5.Teil: Spieltheoretische Modellierung des IKT-Rechts

Die Identitätsverwaltung soll mit den Anforderungen an ein Verfahren auf der Metaebene konkretisiert werden. Dieses Verfahren im Rahmen der Identitätsverwaltung im online-Kontext dient dem Zweck eines umfassenden Schutzes der informationellen Selbstbestimmung und bedarf der Sicherstellung durch ein Schutzregime, das in seiner Ausgestaltung zu spezifizieren ist. Folglich sind die grundrechtlichen und IKT-rechtlichen Wertungen in dem Verfahren einzubeziehen, damit die ergebnisoffene Verhandlung der Bilder personaler Identitäten ermöglicht wird. Dafür soll als Verfahren die Mediation im Hinblick darauf analysiert werden, ob sich diese für einen umfassenden Schutz der informationellen Selbstbestimmung einsetzen lässt. Wenn spieltheoretisch nachgewiesen werden kann, dass die Mediation ein schonendes Verfahren für das Schutzgut der informationellen Selbstbestimmung darstellt, ist eine Einbeziehung in das Identitätsverwaltungsmodell naheliegend. Diese könnte darin bestehen, dass ein technischer Mediationsagent für die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten eingesetzt wird und insgesamt eine mediative Identitätsverwaltung als förderungswürdig gilt.

Für die Konkretisierung eines Identitätsverwaltungsmodell zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung soll die spieltheoretische Perspektive demnach einbezogen werden, da in ihr eine Querschnittsperspektive über zwischenmenschliche Kommunikation und den Informationsaustausch aus der Rechtsinformatik zum Ausdruck kommt.[708] Dabei liegt der spieltheoretischen Modellierung die Prämisse zugrunde, dass die IKT-rechtlichen Phänomene im online-Kontext nicht nur rechtlich geprägt sind, sondern auch vom Marktverhalten der Akteure beeinflusst werden. Denn die Entscheidungen der Akteure werden nicht nur durch rechtliche Vorgaben bestimmt, sondern auch durch das Interesse an Gewinnen, an der Nutzung eines Dienstes oder an den Gratifikationen. Damit bestehen

708 *Steinmüller*, Information, Modell, Informationssystem, S. 2 Fn. 6, S. 4 Fn. 32; *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, 2016, S. 249–252. In dem technischen Informationsaustausch wird die kommunikationspsychologische Dimension benannt und ebenso wird die zwischenmenschliche Kommunikation als spieltheoretisch modellierbar angesehen, was die Verbindung dieser Fachdisziplinen verdeutlicht.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch ökonomische Wirkmechanismen. Zwar ließe sich konstatieren, dass sich eine ökonomische Betrachtung der Grundrechte und des einfachen Rechts verbiete, jedoch soll mit der spieltheoretischen Modellierung der rechtliche Wirkmechanismus zur Lösungsfindung für einen umfassenden Schutz der informationellen Selbstbestimmung einbezogen werden.

Darüber hinaus wird der Zweck verfolgt, den Lösungsmechanismus für die Identitätsverwaltung auf eine möglichst breite fachübergreifende Grundlage zu stellen. Damit sollen die IKT-rechtlich indizierten Entscheidungen, die Informationslagen und die Auszahlungen für die Akteure im Rahmen des Datenzyklus analysiert werden. Dies verlangt die Einbeziehung der chronologischen Abfolge von anzuwendenden Rechtsvorschriften *ex ante* zur Rechtfertigung, der Rechtfertigung und *ex post* zur Rechtfertigung, um die Wirkungen für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung zu verdeutlichen. Dafür sollen im Folgenden die Entscheidungen des Verantwortlichen und des Betroffenen näher betrachtet werden. Dabei werden der Verantwortliche und der Betroffene als Synonym für die jeweils im Telemedienrecht agierenden Dienstanbieter und Nutzer und im Telekommunikationsrecht agierenden Telekommunikationsanbieter und Teilnehmer im Folgenden verwendet.

Insgesamt sind in der spieltheoretischen Modellierung, die sich an den rechtlichen Vorgaben orientiert, die Entscheidungen und das Verhalten des Verantwortlichen und des Betroffenen zu analysieren. Dies bedarf der Bestimmung des Verhandlungsgegenstandes der persönlichen Informationen als öffentliches Gut (A.) und der Darstellung des spieltheoretischen Modells im IKT-Recht (B.). Weiter soll die Diskussion eines technischen Mediationsagenten als Lösungsmodell (C.) erfolgen und abschließend ein Mediationsagent zur Identitätsverwaltung (D.) herausgearbeitet werden.

A. Persönliche Informationen als öffentliches Gut

Die spieltheoretische Modellierung des Spielerverhaltens, basierend auf den Regeln des IKT-Rechts, setzt einen Verhandlungsgegenstand voraus, der das online-Phänomen einer hohen Offenlegungsbereitschaft persönlicher Informationen umfasst. Indem die Zugangsgewährung zu persönlichen Informationen mit der rechtfertigenden Einwilligung oder ohne aktive Handlung des Betroffenen erfolgt, geht damit die Offenlegung persönlicher Informationen einher und der Schutz des Privatlebens dieses Nutzers erfährt eine Beschränkung. Dies wird in einem sozialen Netzwerk besonders deutlich, wenn die Nutzer nach Erteilung der Einwilligung ihre priva-

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten Interessen und Erlebnisse austauschen und andere Nutzer sich dazu veranlasst sehen, ebenso Einzelheiten aus ihrem Privatleben zu offenbaren. Darin kommt eine Dynamik zum Ausdruck, die zu einem Absinken des Schutzniveaus über die informationelle Selbstbestimmung führt.

Sobald das Schutzniveau über das Privatleben insgesamt abnimmt, wirkt sich dies gleichzeitig auf den Schutz des grundrechtlich gewährleisteten öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen aus. Bei dem Begriff des öffentlichen Gutes handelt es sich um einen ökonomischen, der für diejenigen Konstellation als anwendbar gilt, in denen die Nutzung des Gutes keiner Gegenleistung unterliegt.[709] Mit der Offenlegung persönlicher Informationen etwa in einem sozialen Netzwerk ist keine Gegenleistung verbunden, höchstens in der Gestalt der beidseitigen Offenlegung persönlicher Informationen im Rahmen der Kommunikationsbeziehung. Folglich wirkt sich etwa in einem sozialen Netzwerk die Offenlegungsbereitschaft auf den grundrechtlichen Schutz des Privatlebens gemäß Art. 7 GRC aus. Demnach gelten persönliche Informationen für den weiteren Gang der Untersuchung als öffentliches Gut,[710] welches als Verhandlungsgegenstand zwischen dem Betroffenen und Verantwortlichen fungiert. Gleichwohl handelt es sich nach *Hermstrüwer* nicht um einen Gegenstand von Allokationen und distributiven Verhandlungen über begrenzte Ressourcen, sondern die persönlichen Informationen gelten als Primärrechtsgut, was der Persönlichkeitsentfaltung und der Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit dient und unbegrenzt zur Verfügung stehe.[711]

Auch wenn die Verbindung zwischen den grundrechtlich geschützten persönlichen Informationen und der Ökonomie nach dem dargestellten IKT-Recht zunächst fernliegend erscheint, soll in Anbetracht von Geschäftsmodellen zu persönlichen Informationen für die Begründung des Schutzkonzeptes eine ökonomische Betrachtung herangezogen werden. Denn es zeigt sich mit dem Wirken endogener und exogener Entscheidungsfaktoren beim Betroffenen, dass Gratifikationen und Netzwerkeffekte mit der Entscheidung über die persönlichen Informationen im Zusammenhang stehen.[712] Dabei können Datenverarbeitungen durch den Ver-

709 *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 134.

710 Von *Hermstrüwer* werden „persönliche Informationen" als öffentliche Güter eingeordnet, die nach ihrer Veröffentlichung nicht mehr kontrollierbar sind, aber jederzeit genutzt werden können, vgl. *ders.*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 134–136. Von *Roßnagel* wurde die informationelle Selbstbestimmung als öffentliches Gut eingeordnet, *Roßnagel*, MMR 2005, 71 (75).

711 *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 142 Fn. 87.

712 4. Teil., C., II., 1., a)–c).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

antwortlichen erfolgen, mit denen entsprechend der *Mosaik-Theorie*[713] umfangreiche Erkenntnismöglichkeiten über die personalen Identitäten entstehen. Somit bringt die Einwilligung unbekannte oder unerwünschte negative Externalitäten mit sich, die sich ökonomisch abbilden lassen.[714]

Schließlich erscheint eine klare Aufteilung zwischen der privaten und öffentlichen Sphäre im online-Kontext faktisch aufgehoben, was den grundrechtlichen Schutz des Privatlebens erschwert und für die Annahme des öffentlichen Gutes persönlicher Informationen im online-Kontext spricht. Folglich bilden die Regelungen des IKT-Rechts die Anreizmechanismen über das öffentliche Gut der persönlichen Informationen, die sich unmittelbar auf das Verhalten des Betroffenen und Verwantwortlichen auswirken. Auf dieser Grundlage soll ein Schutzmechanismus für die personale Identität bestimmt werden.

B. Spieltheoretisches Modell im IKT-Recht

Die spieltheoretische Betrachtung des IKT-Rechts setzt voraus, dass die Akteure miteinander in Beziehung stehen und aufeinander reagieren. Denn die Spieltheorie geht von einem Verhalten des einen Spielers aus, welches eine Reaktion auf das vorangegangene Verhalten des anderen Spielers darstellt und sich damit die Verhaltensweisen aufeinander auswirken.[715] Indem es sich bei der Einwilligung oder den ausgeübten Betroffenenrechten nicht um solipsistische Entscheidungen handelt, sondern diese von dem Verhalten des Verantwortlichen als Spieler geprägt sind, liegt im IKT-Recht ein Interdependenzcharakter zwischen dem Verantwortlichen und Betroffenen vor.[716] Dabei richtet sich das Strategieverhalten der Spieler nach den erreichbaren Gratifikationen oder Sanktionen, so dass die Auszahlungswerte in Gestalt von Kosten oder Nutzen als Anreize für ein bestimmtes Verhalten fungieren. Ebenso reagiert der Spieler auf den vorangegangenen Spielzug des Gegenspielers, so dass die Strategieentscheidung reziprok zum vorangegangenen Spielzug ist und sich dieses auf die folgenden Spieliterationen auswirkt. Zusammengefasst besteht die Spieltheorie aus Spielern, Handlungen, Auszahlungen und Informationen („*Players, Ac-*

713 2. Teil, A., III.
714 *Hermstrüwer*, JIPITEC 2017, 9 (12) Rn. 12.
715 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 12.
716 *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 158.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tions, Payoffs and Information-PAPI") unter der Anname, dass die Spieler versuchen, ihre Auszahlungen zu maximieren.[717]

Die Handlungen der Spieler können in einer bestimmten Kombination zu einem neutralen Gleichgewicht führen, in dem die Strategien miteinander das Optimum einer „effizienten Güterverteilung"[718] bilden, sog. *Nash*-Gleichgewicht. Weiter wirkt sich die Dauer des Spiels mit endlichen Iterationen oder unendlichen Iterationen der Spielzüge auf das Strategieverhalten und den gesamten Verlauf des Spiels aus.[719] Bei den Spielregeln des IKT-Rechts handelt es sich nach den Rechten und Pflichten um ein endliches Spiel, da spiegelbildlich zum Datenzyklus *ex ante* zur Rechtfertigung, mit der Rechtfertigung und *ex post* zur Rechtfertigung die Strategiemöglichkeiten aus den beschränkt zur Verfügung stehenden Rechten und Pflichten erwachsen. Demgegenüber können die Folgen der Datenverarbeitung in ihren Erkenntnismöglichkeiten über eine personale Identität unendlich sein. Dies kann sich auf das Strategieverhalten der Spieler über die persönlichen Informationen auswirken, wenn eine geringe Anzahl von Spieliterationen zu defektivem Verhalten verleitet und eine hohe Anzahl von Spielzügen kooperatives Verhalten begünstigt. Demnach sollen die spieltheoretischen Annahmen (I.), ein von defektivem (II.) und ein von kooperativem Verhalten geprägtes Spiel (III.) diskutiert werden.

I. Annahmen zur spieltheoretischen Modellierung

Zur Angleichung der spieltheoretischen Betrachtung mit dem IKT-Recht bedarf es stipulativer Annahmen, die sich aus dem Gleichlauf mit dem IKT-Recht ableiten lassen. Diese bestehen aus der Informationsasymmetrie zwischen Verantwortlichem und Betroffenem (1.), der verhaltensökonomisch motivierten Entscheidungsfindung durch den Betroffenen im „*Rational Choice*"-Ansatz (2.), und dem Bestehen widerstreitender Interessen als Konflikt und Grundlage für das Gefangenendilemma (3.).

717 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 12 f.
718 *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, 31 (33).
719 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 137, 362.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Informationsasymmetrien

Die Informationsasymmetrie zwischen dem Verantwortlichen und Betroffenen geht auf den jeweiligen Informationsstand im Datenzyklus über eine personale Identität zurück. *Ex ante* zur Rechtfertigung hat der Verantwortliche die Kenntnis über die tatsächliche technische und organisatorische Gestaltung des Dienstes und die Entscheidungsmacht darüber, welche Informationen gemäß Art. 12, 13 DSGVO transparent gemacht werden. Dabei werden die mit der Datenverarbeitung verbundenen Risiken aus einer vorangegangenen Risikobewertung oder Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 25 DSGVO typischerweise nur rudimentär in den Informationspflichten erscheinen und können im Übrigen zum Geschäftsgeheimnis des Verantwortlichen gehören. Die Informationsasymmetrie zugunsten des Verantwortlichen besteht somit bereits mit Beginn des Datenzyklus zu Lasten des Betroffenen und wird durch bevorstehende Gratifikation ausgelöst. Auf der Rechtfertigungsebene kann eine Kompensation der Informationsasymmetrie erfolgen, wenn die Informationen aus der Datenschutzerklärung in den Entscheidungsprozess einbezogen werden, was in Anbetracht endogener und exogener Entscheidungsfaktoren als fraglich erscheinen dürfte. Nach der Rechtfertigung wird der Ausgleich der Informationsasymmetrie durch das Auskunftsrecht und die weiteren Betroffenenrechte möglich. Obwohl innerhalb des Datenzyklus regelmäßig die Chance für eine Kompensation der Informationsasymmetrie besteht, wirkt die anfängliche Informationsasymmetrie über die begründete personale Identität in ihrem Erkenntniswert fort. Mit jeder Kontrolle der personalen Identitäten nach der Rechtfertigung wird eine Korrektur der personalen Identität möglich, wobei selbst bei der Ausübung des Rechts auf Vergessenwerden gemäß Art. 17 DSGVO ein eigener Erkenntnisgehalt verbleiben kann.

Insgesamt wirkt somit die anfängliche Informationsasymmetrie in abweichender Intensität fort und könne durch den Einsatz von Algorithmen zur Profilerstellung zu einer weiteren „gigantische(n) Asymmetrie des Wissens“[720] führen. Gleichwohl ist ein Ausgleich der Informationsasymmetrie *ex post* zur Rechtfertigung durch einen öffentlich gewordenen Datenskandal oder negative Bewertungen in Datenschutzbewertungsportalen[721]

720 *Graf von Westphalen*, IWRZ 2018, 9 (12); ebenso zur Informationsasymmetrie *Hoffmann-Riem*, in: Augsberg (Hrsg.), Ungewissheit als Chance, 2009, 17; *Acquisti*, ACM 2004, 21 (24); *Shapiro*, Negotiating the nonnegotiable, 2017, S. 167.

721 *Ben-Shahar/Strahilevitz*, The Journal of Legal Studies 2016, S1–S11, (S4 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

möglich, sofern sich diese auf das Strategieverhalten des Betroffenen auswirken würden.

Diese beschriebene Informationsasymmetrie im Rahmen der Datenverarbeitung ist parallel zur Informationsasymmetrie in einer Prinzipal-Agenten-Beziehung[722], wonach der Verantwortliche als Prinzipal gilt und über die tatsächlichen Informationen zur Datenverarbeitung verfügt und der Betroffene als Agent den Maßgaben des Prinzipals unterliegt. Folglich ist dem IKT-Recht immanent, dass von dem Verantwortlichen gegenüber dem Betroffenen eine Prinzipal-Agenten-Beziehung besteht, die bereits *ex ante* zur Datenverarbeitung vorliegt. Damit wirkt die Informationsasymmetrie über den Datenzyklus fort und durch das Wirken von Netzwerkeffekten kann unter erleichterten Bedingungen ein „*take it or leave it*"-Angebot entstehen, unter dem sich die Informationsasymmetrie perpetuiert.

Für das Strategieverhalten der Spieler bringt das IKT-Recht damit eine strukturelle Informationsasymmetrie zugunsten des Verantwortlichen mit sich. Der Spielraum für eine Gegenstrategie des Betroffenen, einen adäquaten Schutz der persönlichen Informationen herbeizuführen, ist gering ausgeprägt. Die Verhandlungsmacht des Betroffenen ist damit über den Datenzyklus hinweg als schwach einzuordnen, was einen Kompensationsbedarf auslöst.

2. Rationale Strategieentscheidung

Die Strategieentscheidung basiert auf der Annahme, dass sich das Verhalten der Spieler am maximalen eigenen Nutzen ausrichtet. Der Spieler handelt in dem spieltheoretischen Modell mit einer Kosten-Nutzen-Analyse und orientiert seine Strategie daran, mit welchem Verhalten die höchsten Auszahlungswerte erreicht werden können und an welcher Stelle ein geringes Kostenrisiko besteht. Abhängig davon, ob die Anzahl der Spieliterationen von vornherein bestimmt ist oder nicht, kann die Strategie, *ob* und *wann* ein kooperativer oder defektiver Spielzug erfolgen soll, variieren. Weiter kann sich die Strategie in einem späteren Stadium der Spieliterationen aufgrund eines neuen Informationsstandes oder als Reaktion auf eine vorangegangene Defektion ändern. Darin wird die Interdependenz der Strategieentscheidungen und deren exogene Entscheidungsbeeinflussung deutlich, so dass überraschende und außerhalb der Verhandlungssituation

722 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 182–185.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

liegende Entscheidungen nach dem spieltheoretischen Modell unüblich sind.[723]

Im IKT-Recht wirkt sich die Entscheidung des Verantwortlichen über den eingesetzten Stand der Technik und das Bestehen einer möglichen Zertifizierung auf die Strategiewahl des Betroffenen aus. Der Betroffene wird das Produkt oder den Dienst wählen, mit dem der beste Auszahlungswert verbunden ist. Diese Auszahlung kann in dem Schutz der persönlichen Informationen liegen oder den Zugang zu sozialen Medien durch einen Intermediär darstellen. Die Strategie des Verantwortlichen über die Umsetzung der Informationspflichten in den Datenschutzerklärungen wird sich ebenfalls auf die Entscheidungsfindung des Betroffenen auswirken können. Denn der Verantwortliche kann Datenschutzerklärungen derart gestalten, dass etwa mit einem sog. „*one pager*" bei dem Betroffenen eine Zeitersparnis in der Entscheidungsfindung erreicht und eine effektive Entscheidungsfindung erleichtert wird. Gleichwohl kann sich eine derartige Strategie faktisch nicht als Gratifikation für den Betroffenen erweisen, sondern sich aufgrund einer oberflächlicheren Informationslage auf den Schutz der persönlichen Informationen auswirken und damit zum Kostenfaktor werden. Weiter wird mit der Erteilung der Einwilligung ein Auszahlungswert verbunden sein, dem eine subjektive Annahme des Betroffenen über das folgende Verhalten des Verantwortlichen dahingehend zugrunde liegt, dass die personenbezogenen Daten nach dem Stand der Technik ausreichend geschützt werden. Schließlich folgt *ex post* zur Rechtfertigung die Strategieentscheidung über die Geltendmachung der Betroffenenrechte.

Gegenüber dieser spieltheoretischen Annahme des *rational choice*-Ansatzes lässt sich kritisch anmerken, dass eine ausschließlich rationale Entscheidung unter Einbeziehung der neuen Erwartungstheorie die individuellen Präferenzen und exogenen Entscheidungsfaktoren unberücksichtigt lässt.[724] Gleichwohl wird in der rechtlichen Annahme des *rational choice*-Ansatzes von *van Aaken* eine verhaltenskoordinierende Funktion und damit ein Fokalpunkt gesehen,[725] mit dem neben der rechtlichen Orientierung eine Grundlage für die spieltheoretische Modellierung geschaffen wird. Demnach soll der *rational choice*-Ansatz in seiner verhaltenskoordinierenden Funktion für die spieltheoretische Modellierung herangezogen

723 *Ders.*, Games and information, 2009, S. 13.
724 4. Teil, C., II., 1., b), bb).
725 *Van Aaken*, in: Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, 2016, 187 (190).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

werden, ohne dass endogene und exogene Entscheidungsfaktoren für die Gesamtbetrachtung der Identitätsverwaltung unberücksichtigt bleiben.

3. Konflikt und Eskalationsstufe

Das IKT-Recht regelt divergierende Ausgangspositionen des Verantwortlichen und Betroffenen bereits auf der Ebene des Informationszugangs, so dass die Positionen über den Zugang zu den Informationen der technischen Datenverarbeitung und der generierten personalen Identität asymmetrisch zu Lasten des Betroffenen verteilt sind. Weiter divergieren die Interessen des Verantwortlichen und des Betroffenen dahingehend, dass der Verantwortliche die Datenverarbeitung und Erstellung von personalen Identitäten mit einem wirtschaftlichen Interesse verfolgt und der Betroffene das Interesse an der schlichten Nutzung des Dienstes hat. Dabei kann das Nutzungsinteresse gegenüber dem Interesse am Schutzniveau über die persönlichen Informationen vorrangig sein.

Weiter kann mit der Geltendmachung der Betroffenenrechte der Interessenkonflikt offensichtlich werden. Denn der Verantwortliche wird sich fragen müssen, welche Informationen im Rahmen des Auskunftsrechts offengelegt werden müssen und welche Informationen strategisch offenzulegen sind. Darüber hinaus muss der Verantwortliche klären, welche Informationen von dem Löschanspruch erfasst sind und welche Erkenntnisse über eine personale Identität davon nicht erfasst sind.

Daraus kann sich ein Konflikt über das Bild der personalen Identität aus der Perspektive des Betroffenen gegenüber dem Bild der personalen Identität aus der Perspektive des Verantwortlichen ergeben. Denn es stehen sich das Ergebnis der generierten personalen Identität durch den Verantwortlichen in Gestalt eines Bildes und das Ergebnis des Selbstbildes des Betroffenen gegenüber. Diese Divergenz hat ihren Ursprung in den IKT-rechtlich begründeten Asymmetrien der Verhandlungspositionen und der ökonomisch beeinflussten Interessenlagen des Verantwortlichen und Betroffenen. Insofern divergieren die Interessen des Verantwortlichen an einer umfangreichen Datenverarbeitung und Profilerstellung mit den Interessen des Betroffenen an einem möglichst hohen Schutzniveau über die persönlichen Informationen, so dass zwischen diesen beiden Spielern eine Konfliktlage besteht.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei der Bewertung der Konfliktintensität in Gestalt des Eskalationsgrades kommt nach dem Stufenmodell von *Glasl*[726] ein Interessenkonflikt in der zweiten Eskalationsstufe in Betracht. Danach ist der Konflikt von der Debatte und Polemik gekennzeichnet, so dass die Spieler das Interesse an der Durchsetzung ihres Standpunktes verfolgen.[727] In dieser Stufe besteht der Konflikt aus defektiven und kooperativen Elementen, die aber leicht in die dritte Eskalationsstufe übergehen können und der Konflikt dann aus Taten statt Worten bestünde.[728] Mit der weiteren Eskalation des Konflikts entwickelt sich dieser in die Richtung einer „*win-lose*"-Lösung,[729] die zu Lasten des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen ginge.

Für den Verantwortlichen liegt der Nutzen in dem Konflikt darin, dass der Betroffene seine persönlichen Informationen mit der Einwilligung oder durch einen anderen Rechtfertigungsgrund offenlegt. Folglich entsteht ein IKT-rechtlich begründeter Konflikt über die Bilder personaler Identitäten zwischen dem Verantwortlichen und Betroffenen in einer noch frühen Eskalationsstufe, mit der aber eine Lösung noch realisierbar wäre. Sobald der Rechtsbeziehung zwischen dem Verantwortlichen und Betroffenen von vornherein ihre Konflikthaftigkeit mit dieser Eskalationsstufe zugebilligt wird, kann diese ein Anknüpfungspunkt für eine Lösung mit dem Identitätsverwaltungsmodell bilden. Dann würde es um die Umgestaltung und Neubildung der Beziehung zwischen dem Verantwortlichen und Betroffenen[730] über die jeweiligen Bilder personaler Identitäten im Rahmen einer Konfliktlösung gehen. Diese Konfliktlösung könnte eine Stärkung des Schutzes der persönlichen Informationen bedeuten. Damit könnte eine Kompensation der bestehenden Marktmacht von Intermediären gegenüber dem Betroffenen ermöglicht werden.

4. Zusammenfassung

Die Annahmen für eine spieltheoretische Modellierung lassen sich auf das Modell der Identitätsverwaltung im IKT-Recht übertragen. Zwischen dem Verantwortlichen und dem Betroffenen besteht aufgrund der IKT-rechtlichen Regelungen eine Informationsasymmetrie, da die technischen und

726 *Glasl*, Konfliktmanagement, 2020, S. 243 ff.
727 *Ders.*, Konfliktmanagement, 2020, S. 249–260.
728 *Ders.*, Konfliktmanagement, 2020, S. 260 f.
729 *Ders.*, Konfliktmanagement, 2020, S. 269.
730 *Shapiro*, Negotiating the nonnegotiable, 2017, S. 149.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

organisatorischen Maßnahmen und die mit der Datenverarbeitung verbundenen Risiken für den Betroffenen über den Datenzyklus der personalen Identität teilweise intransparent sind. Dabei tragen die Betroffenenrechte nur eingeschränkt zu einem Ausgleich der Informationsasymmetrie bei.

Aus spieltheoretischer Sicht könnte gerade in den B2C- und P2C-Konstellationen die Prinzipal-Agenten Beziehung für die Strategieentscheidungen angenommen werden. Diese Strategieentscheidungen werden als dem *rational choice*-Ansatz unterliegende Entscheidungen der Spieler angenommen, die sich an den möglichen Auszahlungswerten orientieren und das potentielle Folgeverhalten des Gegenspielers zu antizipieren versuchen.

Weiter stehen die IKT-rechtlich geprägten Verhandlungspositionen und Interessenlagen des Verantwortlichen und Betroffenen über die Bilder der personalen Identität in einem konflikthaften Verhältnis zueinander. Gleichwohl ist die Eskalationsstufe noch in einem Anfangsstadium, so dass eine „*win-win*"-Lösung noch möglich erscheint. Insgesamt liegt den spieltheoretischen Grundannahmen ein prozedurales Konzept zugrunde, welches die informationsbasierten Strategieentscheidungen und ihre Auswirkungen auf die nächste Iteration des Spiels einbezieht. Dabei gilt es, für das Identitätsverwaltungsmodell die Strategien in den Spieliterationen für die mögliche Lösung konträrer Bilder personaler Identitäten in eine „*win-win*"-Lösung für den Verantwortlichen und den Betroffenen zu überführen.

II. Gefangenendilemma im IKT-Recht

1. Einführung

Das spieltheoretische Modell im IKT-Recht soll für die Identitätsverwaltung am Gefangenendilemma veranschaulicht werden. In diesem Spiel ist die Ausgangssituation davon geprägt, das zwischen den Spielern ein Gut aufgeteilt werden soll. Die Spieler müssen sich bei jeder Spieliteration zwischen Defektion und Kooperation entscheiden. Dabei wirkt sich der Vorteil für einen Spieler zum Nachteil für den anderen Spieler aus, sog. Nullsummenspiel. Am Ende des Spiels würde typischerweise eine distributive „*win-lose*"-Konstellation entstehen. Als berühmtes Beispiel wird als Verteilungsgegenstand eine Orange angeführt, die jeweils von beiden Spielern

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

benötigt wird und nur einer diese Orange erhalten könne.[731] Bei einer Spieliteration erscheint das defektive Verhalten, eine ganze Orange erhalten zu wollen, für die Spieler vorteilhafter zu sein, so dass dieses gegenüber kooperativem Verhalten vorgezogen wird.[732]

Sobald das Spiel aus mehreren Spieliterationen besteht, kann defektives Spielverhalten folgenreich sein und einen „Schatten auf die Gegenwart"[733] werfen, der sich auf das folgende Spielverhalten unmittelbar auswirkt und zu einer Verhaltensanpassung führen kann. Dabei geht es langfristig darum, ein *Nash*-Gleichgewicht herzustellen, mit dem sich auf beiden Seiten eine Lösung einstellt, die für beide Spieler nicht besser sein kann, sog. Fokalpunkte.[734] Gleichwohl handelt es sich nicht um ein ethisch oder rechtlich anerkanntes Gleichgewicht, sondern allein um das mathematisch beste Ergebnis für beide Spieler.

Im IKT-Recht bestehen mehrere Spieliterationen, die sich im Wesentlichen aus den Rechten und Pflichten *ex ante* zur Rechtfertigung, der Rechtfertigung selbst und *ex post* zur Rechtfertigung zusammensetzen. Dabei geht es zu Beginn des Datenzyklus um die Verteilung des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen in Gestalt eines Zugangs zu den Informationen über die Datenverarbeitung. Im Folgenden geht es *ex post* zur Rechtfertigung darum, dass der Verantwortliche dem Betroffenen eine Zugangsmöglichkeit über die personenbezogenen Daten einräumt, mit dem die personalen Identitäten einsehbar werden. Sobald eine Ablehnung der Zugangsmöglichkeit oder nur ein eingeschränkter Zugang erfolgt, würde dies für den Betroffenen zu einer Einbuße des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen führen. Insoweit kann bei ökonomischer Betrachtung ein „Austauschverhältnis" angenommen werden, bei dem die Einwilligung zur Dienstnutzung mit dem „Gegenwert" von Daten erfolgt.[735]

Demnach soll sich im Folgenden die spieltheoretische Modellierung auf die generierten personalen Identitäten im Sinne einer Allokation von persönlichen Informationen beziehen. Das IKT-Recht bringt als Spieler den Betroffenen und den Verantwortlichen hervor, die in ihrer Strategie nach dem spieltheoretischen Modell zwischen defektivem und kooperativem

731 *Axelrod/Raub*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 7.
732 *Besemer*, Mediation, 2007, S. 25 f.
733 *Axelrod/Raub*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 11.
734 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 32 f.; *Nash*, Econometrica 1950, 155; *Rajbhandari/Snekkenes*, in: IFIP Advances in Information and Communication Technology, vol. 352, 2010, 41.
735 2. Tei, D., II., 2., a).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verhalten wählen können (2.), (3.). Daher sollen die Kooperationsmöglichkeiten (a) und die Defektionsmöglichkeiten (b) nach den Datenverarbeitungsphasen des IKT-Rechts herausgearbeitet werden. Diese können kontextspezifisch variantenreich sein und sollen im Folgenden für die Verdeutlichung exemplarisch aufgeführt werden.[736]

2. Strategiewahl durch den Betroffenen im IKT-Recht

a) Kooperation über die personale Identität

Mit der Strategieentscheidung des Betroffenen zur Kooperation werden *ex ante* zur Rechtfertigung die Reputation des Verantwortlichen und die Informationen über die Datenverarbeitung in die Entscheidungsfindung einbezogen. Bei den Informationspflichten zu der Datenverarbeitung könnte eine hypothetische Konsultation oder Befragung des Verantwortlichen ermöglicht werden, welche in eine Verhandlung und damit Kooperation münden würde. Weiter kann bei der Rechtfertigung der Datenverarbeitung die Strategieentscheidung dahingehend getroffen werden, dass eine freiwillige Einwilligung nicht erteilt wird und die personale Teilidentität in dem Kontext nicht entstehen soll. Ferner kommt nach der Rechtfertigung ohne aktive Handlung eine kooperative Handlung durch die Geltendmachung des Auskunftsrechts in Betracht und dem folgend die Geltendmachung weiterer Betroffenenrechte. Damit kann der Zugang zu der personalen Identität gewährt werden und über die Betroffenenrechte die personale Identität in relativer Hinsicht kontrolliert werden. Insgesamt wird bei einer kooperativen Strategiewahl des Betroffenen erkennbar, dass dem Grunde nach eine Einwilligung nicht erteilt werden dürfte, und die Nutzung des Dienstes auf ein minimales Maß zu beschränken wäre. Dies käme einer digitalen Abstinenz gleich, die jedoch in Anbetracht der Ubiquität von Datenverarbeitungen in praktischer Hinsicht fernliegend erscheint.

b) Defektion über die personale Identität

Der Betroffene kann sich defektiv gegenüber der entstandenen personalen Identität verhalten, indem *ex ante* zur Rechtfertigung die Informationen

736 Vgl. *Zander/Steinbrück/Birnstill*, DuD 2019, 270.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über die Reputation des Verantwortlichen und die potentiellen Risiken der Datenverarbeitung in die Strategieentscheidung nicht einbezogen werden. Weiter kann in der Rechtfertigung defektives Verhalten liegen, wenn die Einwilligung erteilt wird und wenn ohne aktive Handlung mit der Datenverarbeitung die personale Identität generiert wird. Dies kann mit der unmittelbaren Gratifikation durch den Zugang zum Dienst und dem Wirken von Netzwerkeffekten begünstigt werden. Zum Schutz der personalen Identitäten bei der Nutzung von Diensten kann defektives Verhalten darin liegen, die Angabe des Klarnamens zu umgehen. Ferner liegt nach der Rechtfertigung defektives Verhalten vor, wenn die Strategieentscheidung des Betroffenen sich gegen die Inanspruchnahme des Auskunftsrechts und der weiteren Betroffenenrechte richtet, was sich ebenfalls durch fehlende Anreize und Gratifikationen begründen lässt. Insgesamt würde mit der gerechtfertigten Datenverarbeitung eine personale Identität in der Sphäre des Verantwortlichen entstehen, die aufgrund defektiver Strategieentscheidungen fortbestehen und nicht zum Kontrollgegenstand des Betroffenen werden würde.

3. Strategiewahl durch den Verantwortlichen im IKT-Recht

a) Kooperation über die personale Identität

Die Strategieentscheidung des Verantwortlichen vor der Datenverarbeitung bezieht sich zunächst auf die Gestaltung des Datenverarbeitungsprozesses in technischer und organisatorischer Hinsicht. Dabei würde eine kooperative Strategiewahl in einem besonders ausgeprägten Schutz personenbezogener Daten mit dem Stand der Technik bestehen und den Einsatz von *„privacy enhancing technologies"* umfassen. Ebenso kann die Strategieentscheidung die öffentliche Reputation des Dienstanbieters durch Zertifizierungen einschließen. Damit könnte der Betroffene das Vertrauen über den Schutz der persönlichen Informationen bei den Verbrauchern aufbauen.

Weiter könnte die Strategieentscheidung des Verantwortlichen *ex ante* zur Rechtfertigung solche Datenschutzerklärungen umfassen, die in einer klar verständlichen Sprache und in einem über die Risiken aufklärenden *„one pager"* zusammengefasst sind. Bei der Rechtfertigung könnte vorzugsweise die Rechtfertigung durch die Einwilligung als Strategie gewählt werden, womit eine gesteigerte Kontrollmöglichkeit des Betroffenen herbeigeführt würde. Weiter wäre in die Strategieentscheidung *ex post* zur Rechtfer-

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tigung ein umfassendes Konzept zur Gewährleistung der Betroffenenrechte unter verbraucherfreundlichen Bedingungen einzubeziehen. Dabei könnten die Strategieentscheidungen durch den Verantwortlichen über die Regeln des IKT-Rechts hinaus Schutzmechanismen für die persönlichen Informationen enthalten, was sich als Wettbewerbsvorteil auswirken könnte. Diese kooperative Strategiewahl würde einen gesteigerten Kostenaufwand bei dem Verantwortlichen auslösen und zugleich eine Investition darstellen können. Denn mit der Einbeziehung von gesteigerten Schutzmechanismen für die persönlichen Informationen über das rechtlich geforderte Mindestmaß hinaus, kann das Vertrauen der Verbraucher in die datenschutzrechtliche Qualität des Dienstes hergestellt werden. Diese datenschutzrechtliche Qualität könnte zum Gegenstand entsprechender Produkt- und Dienstbeschreibungen werden und sich damit auf die Reputation des Verantwortlichen in der Öffentlichkeit auswirken.

b) Defektion über die personale Identität

Die Strategiewahl des Verantwortlichen über die personale Identität beginnt mit der Entscheidung über den geeigneten Stand der Technik zur Gewährleistung des Schutzes der personenbezogenen Daten. Dieser kann in der öffentlichen Darstellung des Dienstes und in der Entscheidung, sich nicht zum Schutz personaler Identitäten zu äußern, liegen. Die Informationspflichten über die Datenverarbeitung zur personalen Identität sind defektiv gestaltet, wenn Sie entweder nicht den Anforderungen gemäß Art. 12, 13 DSGVO entsprechen oder durch eine unklare Sprache und eine zu lange Datenschutzerklärung gerade noch den rechtlichen Anforderungen entsprechen. Dabei kommt der Zweckbestimmung eine besondere Bedeutung zu. Sobald der Zweck sehr weitgehend bestimmt wird, sinkt der Schutz für den Betroffenen, da die Vorhersehbarkeit der möglichen Datenverarbeitungen erschwert wird.

Weiter kann auf der Rechtfertigungsebene von einer defektiven Ausgestaltung ausgegangen werden, wenn vorzugsweise Rechtfertigungsgründe ohne eine aktive Handlung des Betroffenen gewählt werden. Nach der Rechtfertigung würde eine defektive Strategiewahl vorgenommen werden, wenn der ursprüngliche Zweck gemäß Art. 6 Abs. 4 DSGVO ohne erneute Einwilligung bei bestehender Vereinbarkeit geändert wird. Weiter liegt nach der Rechtfertigung eine defektive Strategiewahl vor, wenn mit der Geltendmachung des Auskunftsrechts dieses durch den Verantwortlichen nicht rechtskonform oder gerade noch rechtskonform realisiert und der

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zugang zu der personalen Identität nur teilweise gewährt würde. Ferner würde die Strategiewahl bei den Betroffenenrechten defektiv ausgestaltet sein, wenn diese nicht rechtskonform oder gerade noch rechtskonform durchgeführt werden und etwa die Löschung oder Übertragung personaler Identitäten unvollständig erfolgen würde. In diesen Strategieentscheidungen wählt der Verantwortliche die Maßnahmen mit einem geringen Kosten- und Organisationsaufwand, so dass das Risiko eines Rechtsverstoßes besteht und möglicherweise in Kauf genommen wird.

4. Bewertung

In dem Gefangenendilemma über die Verteilung des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen wirken sich die Strategien direkt auf die generierbaren personalen Identitäten und ihren Erkenntnisgehalt aus. Dies betrifft einerseits das Verhältnis zwischen dem Verantwortlichen und Betroffenen und andererseits die Gesamtwirkung auf andere Betroffene in Gestalt von Netzwerkeffekten, so dass die defektive Strategiewahl tendenziell zu einer „*win-lose*"-Situation führt. Neben der nachteiligen Verteilung des öffentlichen Gutes für den Betroffenen in dem Nullsummenspiel führt die „*win-lose*"-Situation zu einer Erosion des Schutzes persönlicher Informationen und der personalen Identitäten.

Zum Schutz der persönlichen Informationen führt die kooperative Strategiewahl von beiden Spielern zu dem höchsten Schutzniveau für die personalen Identitäten. Gleichwohl erscheinen die dargestellten kooperativen Strategien zunächst unökonomisch für den Verantwortlichen und praxisfern für die Betroffenen. Dennoch sollen die kooperativen Strategien als Modellgrundlage dienen, um die Lösung für einen technisch unterstützten Schutzmechanismus personaler Identitäten im Identitätsverwaltungsmodell herleiten zu können. Dafür sollen die von Defektion und Verteilung geprägten Strategien mit dem Konzept der Verhandlung erweitert werden. Dieses knüpft an die Strategiewahl der Kooperation an, die als Grundlage für einen Schutzmechanismus in dem Identitätsverwaltungsmodell weiter untersucht werden soll.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Verhandlung im IKT-Recht

1. Einführung

Mit dem Modell der Spieltheorie lassen sich die Wahlmöglichkeiten der Strategien auf defektives und kooperatives Verhalten beschränken, so dass für die Schutzsteigerung der personalen Identität und der Einräumung einer Verhandlungssituation die kooperative Strategieentscheidung im Vordergrund stehen soll. Mit der kooperativen Strategie können Wertschöpfungspotentiale im Sinne eines Kooperationsgewinnes[737] über den Schutz der persönlichen Informationen unter der Annahme, dass ein Konflikt die Herausforderung beider Spieler in gleichem Maße sei,[738] generiert werden. So wird der kooperativen Strategie zugesprochen, dass sie die zivilisatorische Grundlage bilde, obwohl die negative Kooperation etwa durch Korruption ebenfalls denkbar sei.[739] Dabei wird in Kooperationsspielen miteinander verhandelt, um einen Vorteil aus dem Spiel generieren zu können und gleichzeitig soll mit der kooperativen Verhandlung eine Harmonisierung der Interessenlage[740] über den Schutz der persönlichen Informationen herbeigeführt werden können.

Für die Verhandlung mit einer primär kooperativen Strategie bildet das Vertrauen die Grundlage, da erst mit dem Vertrauen in die Strategieentscheidung des Gegenspielers das Strategieverhalten entsprechend auf eine kooperative Strategie angepasst werden könne.[741] Folglich muss der Frage nachgegangen werden, mit welchem Anreizmechanismus die Kooperation gefördert und das Vertrauen gesteigert wird, damit durch das kooperative Verhalten eines Spielers ein für die Zukunft wirkender Schatten gelegt wird.[742] Dies setzt voraus, dass im IKT-Recht das Konzept der Kooperation verankert ist und dieses als Anknüpfungspunkt für ein kooperatives Verhandlungskonzept über die Bilder personaler Identitäten fungieren kann.

---

737 *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, 31 (36).
738 *Shapiro*, Negotiating the nonnegotiable, 2017, S. 128.
739 *Axelrod/Raub*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 3 f., 18.
740 *Brandimarte/Acquisti*, in: Peitz/Waldfogel (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Digital Economy, 2012, S. 565.
741 *Schelling*, The strategy of conflict, 1969, S. 54 f.; *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, 2016, S. 61 ff.
742 *Axelrod/Raub*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Förderung der Kooperation

Die Förderung der Kooperation im IKT-Recht erscheint bereits im Zusammenhang mit dem behördlichen Kooperationsgebot gemäß Art. 31 DSGVO. Danach sollen die verantwortliche Stelle und der Auftragsdatenverarbeiter mit der Aufsichtsbehörde „zusammenarbeiten", worin sich ein kooperatives Element in der DSGVO widerspiegelt. Weiter komme in Art. 33 Abs. 4 DSGVO der kommunikative Austausch mit der Aufsichtsbehörde zum Ausdruck, wenn für die Meldung der Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten die Informationen schrittweise zur Verfügung gestellt werden dürfen, sofern nicht alle Informationen zur gleichen Zeit bereitgestellt werden können.[743] Ebenso wird im IT-Sicherheitsrecht ein kooperatives Konzept angenommen, wonach zwischen Staat und Wirtschaft eine vertrauensvolle Kooperation als sog. „*shared mission*" hergestellt werden soll.[744] Darin liegen staatliche Regelungsansätze, mit denen rechtliche Konfliktlagen in Anbetracht der schnellen Entwicklungen und Veränderungen in der Informationstechnologie durch ein Verfahren im Rahmen der Selbstregulierung gelöst werden können.[745] Dieses Verfahren ermögliche einen erweiterten Informationsaustausch mit einer höheren Problemlösungskapazität, um eine gesteigerte Akzeptanz und Wirksamkeit von Lösungen erreichen zu können.[746] Insoweit nähme der Staat seine Gewährleistungsverantwortung zur Herbeiführung innovationsoffener Lösungen über die rechtlichen Regelungen wahr, die im Einzelnen ein funktionales Zusammenwirken zur Umsetzung des Kooperationsprinzips fördern und als regulierte Selbstregulierung wirken würde.[747]

Demnach bildet Art. 31 DSGVO einen Anknüpfungspunkt für die Anerkennung der Kooperation in der DSGVO als Ausprägung der regulierten Selbstregulierung im Datenschutzrecht. Folglich lässt sich die Kooperationsförderung als ein bereits im Datenschutzrecht bestehendes Konzept annehmen, welches als wesentlicher Anhaltspunkt für die Implementierung der Identitätsverwaltung herangezogen werden soll. Dafür soll zur Schaf-

743 *Martini*, in: Paal/Pauly/Ernst (Hrsg.), Kommentar, DS-GVO, 2018, Art. 33 DSGVO Rn. 51 f.; *Jandt*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), Kommentar, DS-GVO, BDSG, 2018, Art. 33 DSGVO Rn. 23.

744 *Dürig/Fischer*, DuD 2018, 211 (214)

745 *Spindler/Thorun*, MMR-Beilage 2016, 1 (17).

746 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Gesamtwerk, 2012, § 19 Rn. 59.

747 *Ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Gesamtwerk, 2012, § 19 Rn. 52 f.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fung eines Kooperationsumfeldes die Steigerung der Iterationen dargestellt (a), die *TIT for TAT*-Strategie diskutiert (b) und die Übertragung auf die Bilder personaler Identitäten vorgenommen werden (c).

a) Steigerung der Iterationen

Die Kooperation kann gefördert werden, wenn die Chancen für kooperatives Verhalten gesteigert werden. Dabei bestünde bei unendlichen Spieliterationen (sog. „*Supergame*“) eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Strategieentscheidung zugunsten der Kooperation ausgehen wird.[748] Gerade unter der vorliegenden Annahme einer Informationsasymmetrie hat die Steigerung der Spieliterationen zur Folge, dass sich bestimmte subjektive Wahrscheinlichkeiten in der Vorstellung des Spielers auf die Strategieentscheidung zur Kooperation auswirken können, weil das Fehlen von Informationen zum Ausgleich der Informationsasymmetrie ignoriert werde und defektives Verhalten des Betroffenen keinen Sinn machen würde.[749] Dabei würde sich die kooperative Strategiewahl wie ein Schatten auf die Zukunft legen, da diese bei dem Gegenspieler ebenfalls eine kooperative Strategieentscheidung in einer späteren Spieliteration auslösen und zu einer *Selbstbindung* zur Kooperation führen könne.[750]

Um eine Reputation über die Anwendung kooperativer Verhandlungsstrategien herbeiführen zu können, fördert eine hohe Anzahl an Spieliterationen das Wirken einer kooperativen Strategieentscheidung auf die folgenden Spieliterationen. Denn sobald ein Spieler die Reputation zu kooperativem Verhalten hat, kann dies bei dem Gegenspieler die Bereitschaft auslösen, seine Strategieentscheidung an dem letzten kooperativen Spielzug zu orientieren und sich damit ebenso kooperativ zu verhalten. Demnach gehe es bei der gezielten Kooperationsförderung darum, eine Spieliteration in mehrere Spieliterationen zu zerlegen oder eine andere Methode zur Iterationssteigerung zu bestimmen.[751]

Insgesamt ist gegen die Annahme der Förderung des Schutzes der persönlichen Informationen durch Kooperation die Strategievariante anzu-

748 *Axelrod/Raub*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 9; *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 177 f.

749 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 137–140; *Faber/Sedlacek*, DuD 2017, 440 (445).

750 *Axelrod/Raub*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 113–117; *Faber/Sedlacek*, DuD 2017, 440 (444).

751 *Dies.*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 119.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

führen, die nicht an die letzte Spieliteration anknüpft.[752] Danach bezieht sich die Strategieentscheidung auf eine deutlich frühere Spieliteration, die etwa eine defektive Strategieentscheidung war. Sollte eine frühere negative Reputation vorliegen, könnte diese zu einer Abkehr von der ursprünglichen Kooperation führen, so dass die nächste Spieliteration in defektivem Verhalten liegt. Folglich stellt sich insgesamt die Frage nach einem kooperationsfördernden Strategieverlauf.

b) Kooperationsförderung mit der „*TIT for TAT*"-Strategie

Die Kooperationsförderung zur Verhandlung der Bilder personaler Identitäten kann eine bestimmte Abfolge von defektivem und kooperativem Verhalten voraussetzen. Von *Axelrod* wurde in „*The Evolution of Cooperation*" nachgewiesen, dass die „*TIT for TAT*"-Strategie zu kooperativem Verhalten führt und dafür die beste Strategie darstelle.[753] Der Begriff „*TIT for TAT*" beschreibt ein Verhalten, welches die spiegelbildliche Reaktion zu vorangegangenem Verhalten darstellt, so dass auf Defektion eine defektive Reaktion und auf Kooperation eine kooperative Reaktion folgt. Entscheidend für den Verlauf der Spieliterationen ist, dass die *TIT for TAT*-Strategie mit der Kooperation beginnt und der folgende Spielverlauf durch reziproke Reaktionen auf kooperatives oder defektives Verhalten geprägt ist. Indem *TIT for TAT* mit Kooperation beginnt, wird eine positive Reputation begründet und der Schatten für eine reziprok kooperative Reaktion vergrößert, so dass die Chance für Kooperation in den folgenden Spieliterationen steige.[754] Demgegenüber könne sich bei wiederholter Defektion die Frage nach der Nachsichtigkeit stellen, die auch bei Defektion von einem reziproken Verhalten absieht und gezielt aus einem Optimismus heraus Kooperation einsetzt.[755]

Die Annahme dieser Strategie besteht aus dem Verhalten von zwei Spielern und könne sich ohne den Anreiz einer Autorität realisieren, wenn sich eine Gemeinschaft aus *TIT for TAT* anwendenden Spielern selbst überwacht.[756] Auch gegenüber anderen Strategien wirke die *TIT for TAT*-Strate-

752 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 110.
753 *Axelrod/Raub*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 12 f.
754 *Dies.*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 28, 126; *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 117.
755 *Dies.*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 32.
756 *Dies.*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 43, 123 f.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gie in der Gemeinschaft aus *TIT for TAT*-Spielern robust, da *TIT for TAT* in seiner Gesamtleistung eindrucksvoll wiederum *TIT for TAT* fördere und gegenüber defektivem Verhalten eine Sperrwirkung entfalte.[757] Denn nicht *TIT for TAT*-Spieler würden unmittelbar sanktioniert werden, hätten aber gleichzeitig die Chance, schnell die herrschende *TIT for TAT*-Strategie aufgrund der damit verbundenen Belohnung mit kooperativem Verhalten zu verstehen, und sich dem anzupassen.[758] So konnte festgestellt werden, dass in einer Kohorte mit 5 % *TIT for TAT*-Spielern sich diese Strategie ausweite.[759] Gegen dieses Phänomen der *TIT for TAT*-Strategie lasse sich auch nicht die bestehende Informationsasymmetrie anführen, da gerade in Anbetracht bestehender informatorischer Unsicherheiten die subjektiven Vorstellungen der Spieler und die Anknüpfung an den letzten Spielzug eine kooperative Strategieentscheidung begünstigen.[760] Folglich wird für die *TIT for TAT*-Strategie und ihre Wirkungen keine ausgeprägte Rationalität der Spieler nach dem *rational choice*-Ansatz vorausgesetzt. Damit erscheint sie als geeignet, um auf die Verhandlung von Bildern personaler Identitäten übertragen zu werden.

c) Bilder personaler Identitäten als Kooperationsgegenstand

Die *TIT for TAT*-Strategie in Kombination mit der Steigerung der Spieliteration wirkt sich begünstigend auf die kooperative Verhandlung von personalen Identitäten aus und fördert zugleich den Schutz des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen. Dabei geht es um die Verhandlung von dem dargestellten Bild der personalen Identität des Betroffenen gegenüber dem Bild der personalen Identität des Verantwortlichen. Diese Bilder stellen das sichtbare Ergebnis einer generierten personalen Identität infolge einer Datenverarbeitung dar. Unter Einbeziehung des Modells von *Ricœur*[761] handelt es sich um einen dialogischen Prozess, der von einem narrativen Bild der personalen Identität ausgeht und als Agent in den Empfangsbereich des Kommunikationspartners gelangt, damit das Bild der personalen Identität in einer nächsten Iteration verhandelbar wird. Übertragen auf die spieltheoretische Modellierung kann das narrative Bild

757 *Dies.*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 19, 53.
758 *Dies.*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 47.
759 *Dies.*, Die Evolution der Kooperation, 1991, S. 118.
760 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 149, 152.
761 1. Teil, C., II., 2., b).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der personalen Identität beim Gegenspieler eine Defektion oder Kooperation auslösen. Die Defektion könnte aus einer Ablehnung des Bildes der personalen Identität oder in der Erwiderung mit einem verfälschten Bild der personalen Identität etwa als Profil bestehen. Demgegenüber würde die Kooperation aus einer realen Kontrollmöglichkeit des Bildes der personalen Identität bestehen.

Das Phänomen der Evolution des Bildes personaler Identitäten im online-Kontext soll in ein kooperationsförderndes aus mehreren Spieliterationen bestehendes Verhandlungsmodell überführt werden. Dafür bedarf es der Zerlegung des Spiels in weitere Spieliterationen. Mit dieser Zerlegung können die relationalen Querverbindungen und Interdependenzen der Spieler gesteigert[762] und die Diversität der Bilder personaler Identität im Rahmen der Kooperation gefördert werden. Die Zerlegung könnte damit erfolgen, dass das durch den Spieler empfangene Bild der personalen Identität und dem daraus begründeten Profil im kooperativen Sinne transparent gemacht wird, womit das informationelle Machtungleichgewicht modifizierbar wird. Mit dieser Informationsgrundlage würde der Spieler wiederum zwischen Defektion in Gestalt der Ablehnung des Bildes der personalen Identität und Kooperation in Gestalt der Annahme und Modifizierung des Bildes personaler Identitäten entscheiden können. Gleichwohl kann möglicherweise auf die vollständige Transparenz verzichtet werden, solange ein aus mehreren Iterationen bestehendes Verfahren eine stillschweigende Verhandlung, basierend auf den Vorstellungen der Spieler, ermöglicht. Auch damit kann es zu einer Steigerung der Kontrollmöglichkeit über das Bild der personalen Identität kommen und Fokalpunkte über die Bilder der personalen Identitäten erreicht werden. Folglich könnte darin ein Schutzmechanismus zugunsten der persönlichen Informationen liegen, wobei es nicht um den Schutz gegenüber alltäglichen fremden Identitätserwartungen geht, sondern um die Verhandelbarkeit des Bildes der personalen Identität und somit auch den verhandlungsfähigen persönlichen Informationen[763]. Es lässt sich darin eine Umstrukturierung und Neuausrichtung der Verhandlung in eine Verfahrenserweiterung erblicken,[764] die einen ungewissen Verfahrensausgang als Konsens in Gestalt eines Bildes der personalen Identität ermöglicht.

762 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2017, S. 75; *Shapiro*, Negotiating the nonnegotiable, 2017, S. 127.
763 2. Teil, A., II., 1., d).
764 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2017, S. 37–40, 50 f.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Verfahrenserweiterung zu dem Bild der personalen Identitäten ist vergleichbar mit dem elektronischen Zustellungsverfahren, bei dem es um den Konsens über den Zugang eines Dokumentes geht. Denn mit einer amtlichen Abholbestätigung wird das Vertrauen über die Zustellung ausgelöst und gegen nichtkooperative Kommunikationspartner durchgesetzt, § 5a VwZG i.V.m. §§ 5, 17 De-Mail-G.[765] Folglich geht es bei der Übertragung der elektronischen Zustellung auf die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten um die „Zustellung" des Bildes der personalen Identität von dem Betroffenen auch gegenüber einem nichtkooperativen Verantwortlichen. Ebenfalls wird ein iteratives Verfahren eingesetzt, mit dem eine Nachricht oder ein Bild der personalen Identität nicht nur in den Empfangsbereich gelangt, sondern auch die Kenntnisnahme fingiert wird.

In der Struktur sieht das De-Mail-G eine rechtssichere Kommunikation vor, die auf eine rechtssichere Verhandlung als „vermittelte Kommunikation"[766] über das Bild der personalen Identität übertragen werden soll. Inhaltlich geht es dabei um die Separierung und Angleichung von Attributen oder Profilen der personalen Identität, die iterativ verhandelt werden (vgl. Abbildung 4) und zu einer dynamischen Konstituierung des Bildes der personalen Identität und zu einer „Entsklavung von den algorithmusbasierten Erzeugnissen"[767] beitragen sollen. Eine derartige iterative und kooperative Verhandlung der Bilder personaler Identitäten stellt ein Verfahren für die Steigerung der Realisierungsmöglichkeiten der informationellen Selbstbestimmung dar und sollte in dem Identitätsverwaltungsmodell einbezogen werden.

765 *Roßnagel*, CR 2011, 23 (29).
766 *Steinmüller*, Information, Modell, Informationssystem, S. 5.
767 *Edwards/Veale*, Duke L. & Tech. Rev. 2017, 18 (84).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

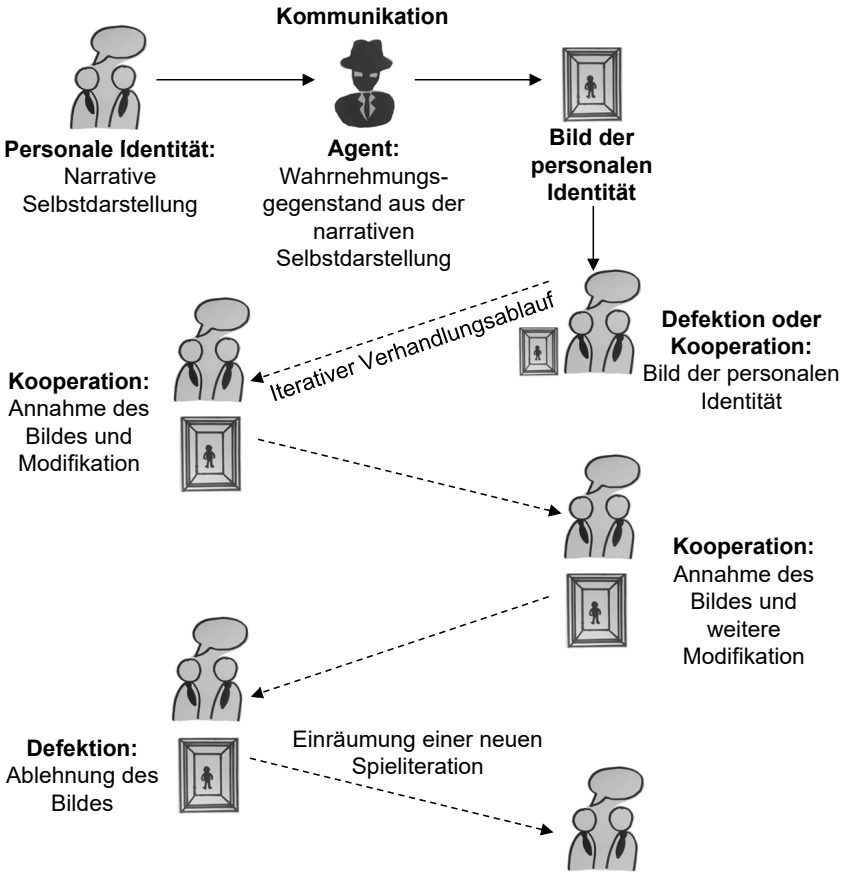

Abbildung 4: Iterative Verhandlung der Bilder personaler Identitäten

3. Bewertung

Die Verhandlung im IKT-Recht dient dem öffentlichen Gut der persönlichen Informationen optimal, wenn die Spieler miteinander kooperieren. Als kooperationsfördernd konnte die Steigerung der Iterationen des Spiels und der Einsatz der *TIT for TAT*-Strategie identifiziert werden. Auch wenn es sich jeweils um ein Spiel zwischen zwei Spielern handelt, hat die *TIT for TAT*-Strategie einen Ausstrahlungseffekt in der Kohorte von Spielern, die eine andere Strategie verfolgen. Gleichwohl ist kooperatives Strategieverhalten fragil, da die Interessen der Spieler über den Schutz des öffentlichen

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gutes der persönlichen Informationen variieren können, so dass es für den überwiegenden Einsatz der kooperativen Strategie der autoritären Gewährleistung mit einem Sanktions- und Anreizmechanismus bedarf.[768] Damit würde die Kooperation als vorzugswürdige Strategie gefördert werden. Ebenso ist eine autoritäre Intervention dahingehend möglich, dass die Macht eingeräumt wird, eine Nachricht in Gestalt eines Bildes der personalen Identität nicht zu empfangen. Denn das kooperative Verhandlungsmodell findet seine Grenzen darin, dass eine personale Identität in ihrem *Ipse*-Anteil nicht mehr verhandelbar ist und das Bild der Identität beibehalten wird. So ist etwa der *Idem*-Anteil einer personalen Identität im Personalausweis- und Meldewesen nicht verhandelbar und das Attribut der strafrechtlichen Schuld nach einer rechtskräftigen Verurteilung ist ebenfalls nicht verhandelbar.

Insoweit fungieren die Rechtsregeln zur Festlegung dieser Bilder der personalen Identität als Fokalpunkte, da mit diesen Rechtsregeln ein stabiler Punkt über die Bilder personaler Identitäten für beide Spieler erreicht wird. Demnach werden mit den Rechtsnormen die Interessen der Spieler über den Schutz der Bilder personaler Identitäten gesteuert und mit ihnen wird ein Interventionsmechanismus bei widerstreitenden Interessen der Spieler geschaffen. Ebenso können als Interventionsmechanismen auf der technischen Gestaltungsebene der „*layered approach*“[769], die Anonymität[770], die Privatheitseinstellungen[771] und ein *Dashboard-System* eingesetzt werden. Mit diesen Interventionsmechanismen erfährt der Betroffene eine Schutzmöglichkeit gegenüber dem Verantwortlichen und der bestehenden Informationsasymmetrie. Weiter könnte eine rechtliche Intervention darin liegen, einen Hinweis in den Informationspflichten über die Auswirkungen der Einwilligung gegenüber dem öffentlichen Gut der persönlichen Informationen aufzunehmen.[772] Damit würde eine Steigerung des Bewusstseins beim Betroffenen über die Risiken der Datenverarbeitung ermöglicht werden.

Insgesamt lässt sich das Konzept der Kooperation gemäß Art. 31 DSGVO als Makroebene des Datenschutzrechts auf die Mikroebene des

768 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 173–185; *van Aaken*, in: Kirste (Hrsg.), Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften, 2016, 187 (193–196).
769 4. Teil, B., II., 3.
770 4. Teil, B., IV.
771 Diese sind ebenfalls mit Transaktionskosten für den Betroffenen verbunden, so dass ein umfassender Schutz damit zweifelhaft erscheint, vgl. *Hermstrüwer*, JIPITEC 2017, 9 (11) Rn. 9;
772 4. Teil, B., II., 4.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schutzes der personalen Identität übertragen. Denn auf der Mikroebene würde mit einem kooperativen Verhandlungsverfahren dem *Ipse*-Anteil der personalen Identität entsprochen und ein eigenständiger Schutzmechanismus zur Verhandlung der Bilder personaler Identitäten begründet werden. Darin liegt ein Interventionsmechanismus gegen die Informationsasymmetrie und einen defektiven Strategieverlauf, indem mit der Iteratationssteigerung zugleich die Kooperation gefördert wird. Insoweit stellt sich die Frage nach einem rechtlichen Interventionsmechanismus zur Implementierung der Kooperation über die Bilder personaler Identitäten, so dass sich daraus der mögliche soziotechnische Regelungsbedarf ableiten lässt.

IV. Rechtliche Interventionsmechanismen

1. Einführung

Mit der Annahme konfligierender Interessenlagen bei der spieltheoretischen Modellierung geht es nun bei der rechtlichen Intervention um eine mögliche Förderung der Verhandlung. Für die gezielte Kooperationsförderung soll demnach die zweite Eskalationsstufe des Konfliktes als ein Anknüpfungspunkt herangezogen werden. Dabei geht es darum, das Vorliegen eines Interessenkonfliktes anzuerkennen und eine „*win-lose*"-Lösung zu umgehen. Dies könnte mit einem sanktionsbewehrten Anreiz durch eine Rechtsregel als Interventionsmechanismus erfolgen. Voraussetzung dafür ist eine nähere Analyse der bestehenden Informationsasymmetrie zwischen den Spielern (2.) und die exemplarische Einbeziehung der wettbewerbsrechtlichen Interventionsmechanismen (3.). Schließlich soll die Intervention in den Interessenkonflikt mit einem Verfahren dargestellt werden (4.) und abschließend die Interventionsmechanismen insgesamt bewertet werden (5.).

2. Intervention in die Informationsasymmtrie

Die Intervention in die bestehende Informationsasymmetrie der Spieler verlangt, dass die Wirkungen der Informationsasymmetrie über die beteiligten Spieler hinaus analysiert werden. Dabei könnte sich ein „*Market for Lemons*"[773] über datenverarbeitende Dienste etabliert haben (a), bei dem

773 *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics 1970, 488.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich in besonderem Maße die Frage nach der Kompensation durch eine erweiterte Transparenz stellt (b).

a) Datenschutzrechtlicher „*Market for Lemons*"

Im IKT-Recht konnte über den Datenzyklus hinaus die Informationsasymmetrie zwischen Verantwortlichem und Betroffenen nachgewiesen werden, die in den Phasen des Datenzyklus jeweils eine rechtliche Kompensation erfährt.[774] Dies führt nicht zu einer gleichen Informationsverteilung und damit zur Aufhebung der Informationsasymmetrie, sondern es liegt vielmehr eine punktuelle kompensatorische Wirkung vor. Dies betrifft zunächst das individuelle Verhalten des Betroffenen etwa mit der Einwilligungserteilung und den Betroffenenrechten. Gleichwohl konnte nachgewiesen werden, dass das Verhalten anderer Betroffener sich auf das individuelle Verhalten auswirkt, wenn sich der Betroffene etwa an dem Mehrheitsverhalten bei der Verwendung sozialer Medien orientiert. In diesen Netzwerkeffekten liegt ein Phänomen, was sich möglicherweise in den Marktmechanismen niederschlägt und sich darüber hinaus auf die datenschutzrechtliche Qualität der Dienste auswirkt.

Entscheidende Ausgangssituation ist dabei die Wahl der technischen und organisatorischen Maßnahmen und die Risikobewertung durch einen defektiv handelnden Verantwortlichen, der die Informationen über einen angebotenen Dienst mit einem geringen Schutzniveau nicht veröffentlicht. Der Betroffene muss demnach auf den öffentlich bekannten Informationsstand über den Verantwortlichen vertrauen und unterliegt einer informatorischen Unsicherheit, was die datenschutzrechtliche Qualität des Dienstes angeht. Gleichwohl ist bei der Datenverarbeitung und der Generierung von Bildern personaler Identitäten ein Verstoß gegen den Stand der Technik oder den Informationspflichten möglich, was sich aber typischerweise erst zu einem späteren Zeitpunkt des Datenzyklus herausstellen wird. Somit können sich Dienste mit verbraucherfreundlichen Informationen, aber mit einem nachteiligen Schutz der persönlichen Informationen im Rahmen des Standes der Technik etablieren. Die zeitliche Verzögerung der Auswirkungen und des Bekanntwerdens von Diensten mit einem unzureichenden Schutzniveau erlaubt es, dass sich diese Dienste mit einem günstigen Preisniveau etablieren. Dieses entspricht dem von *Akerlof* verwendeten Beispiel über den Gebrauchtwagenhandel, in dem ein Markt

774 Vgl. *Zander/Steinbrück/Birnstill*, JIPITEC 2019, 200.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von „bitteren Zitronen“ (Gebrauchtwagen in einem schlechten Zustand) in Gestalt von Diensten mit einem geringen Schutz der persönlichen Informationen entstehen können.[775] Dieser könne sich ebenso auf die Qualität der Datenschutzerklärungen auswirken und die Verwendung klauselartiger Formulierungen begünstigen, was sogar zum Geschäftsmodell der Intermediäre gehören könnte.[776] Weiter lässt sich mit diesem Marktmechanismus feststellen, dass die unehrlichen defektiven Strategien die ehrlichen kooperativen Strategien verdrängen.[777] Zwar ließe sich dem entgegenhalten, dass die „unsichtbare Hand“ des Marktes langfristig für einen Ausgleich sorgen könne, jedoch mangele es bei faktischen Monopolstellungen von Intermediären an echten Wahlmöglichkeiten für den Betroffenen[778] und das Recht auf Datenübertragbarkeit vermag noch keinen angemessenen Ausgleich herstellen.

In Anbetracht der Tatsache, dass bei der Identitätsverwaltung nicht der Gebrauchtwagenhandel, sondern das Primärrechtsgut der persönlichen Informationen als Schutzgegenstand betroffen ist, führt dieser Marktmechanismus zu einem unbefriedigenden Zustand für den Schutz der personalen Identitäten. Folglich sind rechtliche Interventionen in einen datenschutzrechtlichen „*Market for Lemons*“ wünschenswert, da das öffentliche Gut der persönlichen Informationen betroffen ist und im Zusammenhang mit Marktmechanismen steht.

b) Erweiterte Transparenz

Weil für den beschriebenen Marktmechanismus die Informationsasymmetrie ausschlaggebend ist, kann die Intervention in der Wiederherstellung der Informationssymmetrie durch eine Erweiterung der Transparenz erfolgen. Diese könnte in der Ausdehnung der Informationspflichten und der Verbesserung der Informationsdarstellung liegen oder in vertrauensbildenden Maßnahmen etwa durch Garantien und Zertifizierungen gemäß Art. 42, 46 DSGVO. Damit würde die *Selbstbindung* des defektiven oder ko-

775 *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics 1970, 488 (489 f.).
776 *Becker*, JZ 2017, 170 (174); *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 15, 35–37.
777 *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics 1970, 488 (495).
778 *Becker*, JZ 2017, 170 (174 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

operativen Verantwortlichen ausgeweitet werden, welche mit unmittelbaren Sanktionen etwa des Publizitätsschadens verbunden sein könnte.[779]

In spieltheoretischer Hinsicht hat die *informationelle Selbstbindung* in Gestalt der Reputation in wiederholenden Spielen eine stabilisierende und kooperationsfördernde Wirkung, da das Vertrauen für eine ebenfalls kooperationsfördernde Strategieentscheidung geschaffen und die positive Reputation für die Zukunft gesteigert wird.[780] Die positive Reputation könne erweitert werden, wenn über Garantien und Zertifikate hinaus die zur Rechenschaftsdokumentation gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO gehörenden Risikobewertungsmaterialien etwa als „Beipackzettel"[781] veröffentlicht und eine sog. „Transparenzschnittstelle"[782] für die Verständlichkeit der Wirkmechanismen von Algorithmen eingeräumt werden. Ebenso wird zur Transparenzerweiterung ein „*comply & explain*" Konzept, wie es das Kapitalmarktrecht in § 161 AktG vorsieht, vorgeschlagen.[783] Damit müsse zunächst die Rechtmäßigkeit im Rahmen der freiwilligen Veröffentlichung transparent gemacht werden und diese könnte anschließend einer weiteren Begründungspflicht unterliegen. Dies setzt voraus, dass gerade marktbeherrschende Intermediäre ein Interesse an ihrer Reputation dahingehend haben, dass Einblicke in ihre dokumentierten technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der personalen Identitäten gewährt werden. Jedoch widerspricht diese Variante dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach Wahrung der Geschäftsgeheimnisse und dem praktischen Bedürfnis, mit einer positiven Reputation eine hohe Nutzerzahl zu generieren.

Insgesamt könne der Interventionsmechanismus mit einer Transparenzerweiterung im Rahmen der Publizität als „*disclosure*" verstanden werden und sich auf der Makroebene auswirken.[784] Daher erscheint neben der Transparenzerweiterung zwischen Verantwortlichem und Betroffenen die Realisierung einer sog. Strukturtransparenz[785] im Markt über die persönlichen Informationen notwendig. Damit wären wettbewerbsrechtliche Interventionen erforderlich, mit denen eine Entflechtung marktbeherrschen-

779 *Faber/Sedlacek*, DuD 2017, 440 (445); auf die Selbstbindung mit Garantien abstellend, *Akerlof*, The Quarterly Journal of Economics 1970, 488 (499 f.).
780 *Faber/Sedlacek*, DuD 2017, 440 (444 f.).
781 *Bieker/Hansen/Friedewald*, RDV 2016, 188 (196 f.); 4. Teil, B., II., 1.
782 *Gigerenzer/Müller/Wagner*, FAZ vom 22.06.2018, 15.
783 *Klaes*, MMR 2015, 299 (301).
784 *Damler*, Rechtsästhetik, 2016, S. 312 f.
785 *Ders.*, Rechtsästhetik, 2016, S. 307.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Strukturen erfolgen würde, um zu einer Durchsichtigkeit der Marktstrukturen beizutragen.[786]

3. Intervention durch das Wettbewerbsrecht

Die Intervention in eine von marktbeherrschenden Spielern bestehende Struktur kann mit dem Wettbewerbsrecht erfolgen, damit verfestigte Strukturen im Markt unter der Prämisse eines fairen Wettbewerbs gestört werden. Dazu gehören die kartellrechtliche Intervention wegen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung, der Schutz vor unlauterem Wettbewerb und die Intervention durch datenschutzrechtliche Anforderungen im Vergaberecht. Diese Interventionsformen sollen übersichtsartig dargestellt und auf ihre Übertragbarkeit hin zur rechtlichen Förderung eines kooperativen Identitätsverwaltungsmodells untersucht werden.

In struktureller Hinsicht hat das Bundeskartellamt den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB von *Facebook* in einer Entscheidung am 15.02.2019 festgestellt.[787] Das zur marktbeherrschenden Stellung beitragende Geschäftsmodell des Datensammelns und der Zusammenführung von Datensätzen mit „*Whats App*"-Daten, sowie das Zusammenführen von Datensätzen mit der Funktionsschaltfläche „Gefällt Mir" wurde als missbräuchlich bewertet. Neben den Aktivitäten, die durch die ursprüngliche Einwilligung ausgelöst wurden, würden die Sekundäraktivitäten der Datenzusammenführung von Metadaten ein eigenes Risiko für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung bilden. Hervorzuheben an den Ausführungen des Bundeskartellamtes ist, dass keine Kompensation mit den Betroffenenrechten angenommen wurde, so dass darin eine Anerkennung dominierender Marktmechanismen gegenüber den Betroffenenrechten liegt. Vielmehr befand das Bundeskartellamt die Erforderlichkeit einer „Art innere(n) Entflechtung der Daten", weil die Zusammenführung der Daten durch eine faktische Zwangssituation beim Betroffenen ausgelöst werde und der Betroffene keine echte Wahlmöglichkeit bei der Erteilung der Einwilligung habe.

Gleichwohl wurde diese Entscheidung des Bundeskartellamtes im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes von dem OLG Düsseldorf als rechtswidrig eingeordnet, da insgesamt keine wettbewerbsrechtliche Fehlent-

786 *Ders.*, Rechtsästhetik, 2016, S. 318 f.; *Nissenbaum*, Wash. L. Rev. 2004, 119 (130).
787 *Bundeskartellamt*, Fallbericht vom 15.02.2019, Az.: B6-22/16.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wicklung oder ein Wettbewerbsschaden festzustellen sei.[788] Dabei wurden Unklarheiten in der Entscheidungsbegründung des Bundeskartellamtes hinsichtlich der zusammengeführten Datenarten und des Datenumfangs hervorgehoben, die für die Begründung eines Marktmissbrauchs jedoch Voraussetzung seien. Zudem wurde die Einwilligung der Nutzer als ausreichende Kontrollmöglichkeit über die personenbezogenen Daten angesehen und die fehlende Kausalität zwischen datenschutzrechtlichen Verstößen und Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung im Wettbewerb betont. Mit dem Beschluss vom 23. Juni 2020 hat der Bundesgerichtshof die Entscheidung des OLG-Düsseldorf aufgehoben, so dass das Verbot der Zusammenführung von Daten durch das Bundeskartellamt vorläufig durchgesetzt werden darf.[789]

An diesen Entscheidungen werden die Chancen des Kartellrechts deutlich, dass das Marktverhalten und die Marktmacht der Intermediäre begrenzt werden könne, so dass sich kartellrechtliche Maßnahmen auch auf die Reputation der Intermediäre auswirken.[790] Dahingehend wirkt die Entscheidung des Bundeskartellamtes als eine sachgerechte Anerkennung von wirtschaftlichen Wirkmechanismen im Datenschutzrecht. Diese rechtliche Verbindung wurde jedoch mit dem Beschluss des OLG Düsseldorf zunächst deutlich eingeschränkt. Gleichzeitig bleibt abzuwarten, wie in der Hauptsache nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofes das OLG-Düsseldorf entscheiden wird.

Jedenfalls kann sich die Aufforderung im OLG-Beschluss zur Differenzierung des Nachweises der Kausalität zwischen marktbeherrschender Stellung und deren Missbrauch durch Intermediäre auf die Hauptsacheentscheidung auswirken. Diese Differenzierung könnte die exogenen Entscheidungsfaktoren[791] bei der Einwilligungserteilung einbeziehen, die kausal sein können für eine langfristige marktbeherrschende Stellung. Weiter könnte sich eine bestehende marktbeherrschende Stellung auf die Zweckänderungsmöglichkeiten im Laufe des Datenzyklus gemäß Art. 6 Abs. 4 DSGVO auswirken und einen Missbrauch dieser begünstigen, indem Datenverarbeitungen erheblich erweitert und verlängert werden. Ebenso können sich der Zugang auf wettbewerbsrelevante Daten und die Gewährleistung der Interoperabilität auf das Entstehen der marktbeherrschenden

788 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 26.08.2019, Az.: VI-Kart 1/19 (V).
789 BGH, Beschluss v. 23.06.2020 – KVR 69/19.
790 *Kühling/Sackmann*, Rechte an Daten, 20. November 2018, S. 33 f.; *Lewinski*, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 77.
791 4. Teil, C., II., 1., c).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stellung auswirken, wie es in dem Referentenentwurf zu § 19 a GWB geregelt wurde.[792] Demnach lässt sich die Ansicht vertreten, dass mit einer fachübergreifenden Argumentationslinie möglicherweise die Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch nachweisbar wird.

Ferner kommt als Interventionsmöglichkeit die Abmahnung des Marktverhaltens der Spieler wegen eines Verstoßes gegen die Informationspflichten gemäß Art. 12, 13 DSGVO und des Einwilligungserfordernisses gemäß Art. 6, 7 DSGVO in Betracht. So wurde vereinzelt etwa ein unlauterer Wettbewerb angenommen, wenn die Datenverarbeitung ohne Einwilligungserteilung oder ohne Datenschutzerklärung vorgenommen wurde.[793] Weiter sieht ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz[794] den Aufwendungsersatz für Abmahnungen bei Verstößen gegen die DSGVO und das BDSG gemäß § 13 Abs. 4 UWG-E vor. Gegen einen derartigen Entwurf wird jedoch angeführt, dass bereits abschließende Regelungen für Rechtsbehelfe gegen Datenschutzverstöße gemäß Art. 77 ff. DSGVO bestünden.[795] Entsprechend sieht Art. 80 Abs. 1 DSGVO die Einschaltung eines Verbandes vor und gemäß Art. 58 DSGVO bestehen umfassende Abhilfebefugnisse der Aufsichtsbehörden, die einen ausreichenden Schutzmechanismus begründen. Zudem erscheint die Wirkung einer Abmahnmöglichkeit gegen Datenschutzverstöße auf die bestehenden Marktstrukturen fraglich. Denn eine negative Reputation des Verantwortlichen ist infolge der Abmahnung und der geltendgemachten Rechtsbehelfe gemäß Art. 77 ff. DSGVO ebenso möglich. Demnach würde ein datenschutzrechtliches Abmahnrecht kaum als eigenständiger Interventionsmechanismus gegenüber den Marktstrukturen wirken, sondern in seinen Wirkungen den Rechtsbehelfen aus der DSGVO gleichrangig sein.

Schließlich kommen als wettbewerbsrechtlicher Interventionsmechanismus vergaberechtliche Anforderungen bei der öffentlichen Ausschreibung von IT-Dienstleistungen und IT-Produkten in Betracht. Dabei ist die Einhaltung der Grundsätze des Datenschutzes durch Technik und die Realisierung datenschutzfreundlicher Voreinstellungen ausdrücklich als eine Anforderung bei öffentlichen Ausschreibungen vorgesehen, EWG 78 S. 5. Auch sieht § 128 Abs. 2 S. 3 GWB vor, dass öffentliche Auftraggeber beson-

792 Referentenentwurf, GWB-Digitalisierungsgesetz, S. 9 f.
793 LG Hamburg, Urt. v. 02.03.2017 – Az.: 327 O 148/16; LG Würzburg, Beschluss v. 13.09.2018 – Az.: 11 O 1741/18 UWG.
794 *Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz*, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs.
795 *Köhler*, ZD 2019, 285 f.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dere Ausführungsbedingungen zum „Schutz der Vertraulichkeit von Informationen" verlangen können, was neben den Geschäftsgeheimnissen auch personenbezogene Daten betrifft. Diese Regelung ist auf die „Snowden"-Affäre und dem darauf folgenden „No-Spy"-Erlass von 2014[796] des Bundesinnenministeriums zurückzuführen, wonach eine Zuverlässigkeitserklärung darüber abgegeben werden sollte, dass im Ausland gespeicherte Informationen nicht an ausländische Behörden weitergegeben werden sollen.[797] Darin liegt nicht nur eine rechtliche Verpflichtungserklärung, sondern auch der Bedarf an einer technischen Umsetzung der Vertraulichkeitsanforderungen. Folglich wird im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung der Anreiz gesetzt, frühzeitig technische und organisatorische Maßnahmen zur Implementierung der Datensicherung und Datensparsamkeit zu treffen. Diese können bereits in der Entwicklung von Diensten und Produkten einbezogen werden und somit zum Bestandteil der Geschäftsstrategie werden.

Insgesamt wird mit diesen wettbewerbsrechtlichen Interventionsmechanismen in das Marktverhalten korrigierend eingegriffen und ein Anreiz für die Marktteilnehmer geschaffen, die datenschutzrechtlichen Maßgaben umfassend und frühzeitig zu implementieren. Für die Identitätsverwaltung, die sich als datenschutzrechtliches Erfordernis auf der Mikroebene darstellt, wirken sich die wettbewerbsrechtlichen Interventionsmechanismen nur indirekt aus. Diese können zu einem Anreiz für datenschutzfreundliche Produkte und Dienste mit einem „*identity management by design*" führen. Folglich könnte das Reputationsinteresse der Verantwortlichen über ein datenschutzkonformes Marktverhalten zu einem intensiveren Wettbewerb über datenschutzfördernde Dienste führen und die Sensibilität der Nutzer steigern. Gleichwohl wirken sich wettbewerbsrechtliche Interventionen verzögert auf das Verhalten einzelner Spieler aus. Insoweit können die wettbewerbsrechtlichen Interventionsmechanismen über einen längeren Zeitraum den Schutz über das öffentliche Gut der persönlichen Informationen entfalten, wenn wirksame Anreize für die technischen und organisatorischen Maßnahmen und ein kooperatives Identitätsverwaltungsmodell gesetzt werden. Im Rahmen der Technikgestaltung sollte sich das „*identity management by design*" implementieren lassen und in der konkreten Ausgestaltungsform aus mehreren Iterationen bestehen, damit die personale Identität in ihrem *Ipse*-Anteil abgebildet werden kann.

---

796 *Bundesministerium des Innern*, No-Spy-Erlass, 2014.

797 *Fehling*, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2019, § 128 GWB Rn. 43; *Gabriel/Bärenbrinker*, VergabeR, 166.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Intervention durch Verfahren

Das IKT-Recht ist von einer Verfahrensdimension geprägt, die *ex ante* zur Rechtfertigung in der Risikobewertung und Bestimmung des geeigneten Rechtfertigungsgrundes, auf der Rechtfertigungsebene in dem Einwilligungs*verfahren* selbst und *ex post* zur Rechtfertigung in den Betroffenenrechten erkennbar ist. Weitergehend sind diese Betroffenenrechte als verfahrensmäßige Gewährleistung des Datenschutzes grundrechtlich in Art. 8 Abs. 2 GRC verankert, worin eine staatliche Schutzpflicht auf verfahrensmäßige Grundrechtsgewährleistung gesehen wird.[798] Auch aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil den verfahrensrechtlichen Schutz hervorgehoben, indem gesteigerte organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen für einen wirksamen Schutz verlangt wurden.[799]

Indem die Struktur eines Verfahrens einen übergeordneten Rahmen als Metakommunikation für die Förderung einer Entscheidung ermöglicht, lässt sich das *Verfahren als Intervention* zum Schutz der Bilder personaler Identitäten einsetzen. Denn mit dem Verfahren könne die Entscheidungsfindung in ihrer Richtigkeit kanalisiert und unterstützt werden,[800] so dass darin eine Schutzmöglichkeit gegenüber Verzerrungen der Bilder einer personalen Identität liegt. Gleichzeitig wird mit dem modellierten Verfahren eine Komplexitätsreduktion gewährleistet,[801] mit der sich die potentiell relevanten Daten für das Bild der personalen Identität im Hinblick auf den intendierten Erkenntnisgehalt reduzieren lässt. Entsprechend steht ein Verfahren für das Bild der personalen Identität und schließlich für die Identitätsverwaltung an sich im Gleichlauf zu dem dynamischen Identitätsbegriff in seinem *Ipse*-Anteil. Dieses wurde bereits in einem iterativen Verfahren zur Kooperation über die Bilder personaler Identitäten dargestellt und setzt die Anforderungen an den Begriff der personalen Identität um. Darin liegt eine Verlagerung der Entstehung des Bildes der personalen Identität in ein Verfahren, welches in das Identitätsverwaltungsmodell zu

798 *Knecht*, in: Schwarze/Becker/Hatje u.a. (Hrsg.), EU-Kommentar, 2019, Art. 8 GRC Rn. 10; *DeHert/Gutwirth*, in: Claes/Gutwirth/Duff (Hrsg.), Privacy and the criminal law, 2006, 61 (78).

799 BVerfGE 65, 1 (44, 49).

800 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 2017, S. 12 f., 22; *Zippelius*, Das Wesen des Rechts, 2012, S. 117.

801 *Ders.*, Legitimation durch Verfahren, 2017, S. 42–44; *Reisinger*, Rechtsinformatik, 2016, S. 70.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

integrieren ist. Damit soll sich der Betrachtungsschwerpunkt hin zu einem prozedural geprägten Identitätsverwaltungsmodell verschieben.

5. Bewertung

Die Interventionsmechanismen zur Förderung des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen dienen der Kompensation des Interessenkonfliktes zwischen Verantwortlichem und Betroffenen. Dabei erscheint eine Intervention mit einer erweiterten Transparenz möglich, die in einer strukturellen Transparenz bestehen könnte. Dieser strukturellen Transparenz dienen die wettbewerbsrechtlichen Interventionsformen, mit denen kartellrechtlich in das Marktverhalten der Verantwortlichen eingegriffen wird, um Anreize für die Realisierung datenschutzrechtlicher und technischer Gestaltungsmechanismen zu schaffen. Damit lässt sich das Verhandlungsungleichgewicht und die bestehende Informationsasymmetrie stören, so dass die bestehende „*win-lose*"-Konstellation zu Lasten des Betroffenen gemindert werden könnte. Zusätzlich würde die Förderung des kooperativen Strategieverhaltens mit einem Verfahren, welches komplexitätsreduzierend bei der Bildung personaler Identitäten eingesetzt wird, für das öffentliche Gut der persönlichen Informationen schonend wirken. Dies würde zugleich dem dynamischen Identitätsbegriff in seinem *Ipse*-Anteil und der Anforderung einer hohen Iterationszahl Rechnung tragen. Ein derartiges prozedurales Identitätsverwaltungsmodell könnte über wettbewerbsrechtliche und datenschutzrechtliche Anreize implementiert werden, damit marktstarke Verantwortliche einem sanktionsbewehrten Anreiz zur Umsetzung von „*identity management by design*"-Maßnahmen unterliegen.

V. Ergebnis

Das spieltheoretische Modell im IKT-Recht ist von einer konfligierenden Interessenlage zwischen dem Verantwortlichen und Betroffenen geprägt. Dabei wirken sich auf die spieltheoretische Modellierung die Informationsasymmetrie und die Interdependenz der rationalen Strategieentscheidung in den sich wiederholenden Spieliterationen aus. Zwischen der defektiven und kooperativen Strategiewahl erweist sich das von Kooperation dominierte Spiel als schonend für das öffentliche Gut der persönlichen Informationen. Wenn es um den Schutz der Bilder personaler Identitäten geht, scheint die kooperative Verhandlung vorzugswürdig und könnte mit

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einer Intervention gefördert werden. Dabei erscheint die kooperationsfördernde *TIT for TAT*-Strategie als wirksam und resistent gegenüber störenden gegenläufigen Strategien, so dass die Verhandlung des Bildes der personalen Identität mit der *TIT for TAT*-Strategie ein hohes Schutzniveau über das öffentliche Gut der persönlichen Informationen gewährt und sich als eine sog. „*win-win-win*"-Lösung einordnen lässt. Diese besteht aus dem Gewinn einer gesteigerten Kontrolle des Betroffenen über die Bilder der personalen Identität und dem Gewinn der technischen und organisatorischen Maßnahmen mit einem „*privacy by design*"-Konzept des Verantwortlichen, was sich positiv auf die Reputation im Markt auswirkt. Darüber hinaus würden sich diese kooperativen Strategien des Betroffenen und Verantwortlichen schonend auf das öffentliche Gut der persönlichen Informationen als weiteren Gewinn auswirken, zumal sich das beschriebene Strategieverhalten auf eine Vielzahl von Spielern übertragen lässt und diese sich dann ebenfalls kooperativ verhalten.

Daneben lässt sich die Kooperation mit einer Intervention von außen fördern. Dies kann mit der Erweiterung der Transparenz als Strukturtransparenz, durch Anreize aus dem Wettbewerbsrecht und der Implementierung eines Verfahrens erfolgen. Mit einem Verfahren würde das Bild der personalen Identität dynamisch kontrolliert werden können. Demnach sollte das Verfahren zum Bestandteil des Identitätsverwaltungsmodells werden. Ein solches übergeordnetes Metaverfahren könnte als Anforderung an ein „*identity management by design*"-Konzept gemäß Art. 25 DSGVO implementiert werden.

Insgesamt lässt sich gegen die spieltheoretische Modellierung anführen, dass die Annahme der ausschließlich rationalen Entscheidung als Reduzierung individueller Erwägungen auf ein ökonomisch motiviertes Kalkül fragwürdig sei. Denn auch die Spieltheorie stelle ein theoretisches Modell dar, das nicht mit der Wirklichkeit verwechselt werden dürfe und mit der Annahme, dass Entscheidungen allein auf Auszahlungs- und Sanktionsinteressen zurückzuführen sind, sehr beschränkt sei. Weiter würden sich die in der Spieltheorie gebildeten *Nash*-Gleichgewichte nicht an der Gerechtigkeit orientieren, sondern stellten allein ein berechnetes wertungsfreies Gleichgewicht dar.[802]

802 *Schirrmacher*, Ego, 2013, S. 66, 68; *Rubinstein*, Economic fables, 2012, S. 137. Ebenso führt *Hoffmann-Riem* das Beispiel der Finanzkrise an, welche in ihren ursächlichen wirtschaftlichen Ausprägungen etwa auf dem Immobilienmarkt der Gegenstand eines rationalen Kalküls mit unbeherrschbaren Risikoketten sei und zu einem „Ritt in die Ungewissheit" führe, *Hoffmann-Riem*, in: Augsberg

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gleichwohl soll für die Begründung eines Identitätsverwaltungsmodells die spieltheoretische Modellierung als Grundlage dienen und für die Bestimmung eines „*mechanism by design*“[803] nutzbar gemacht werden. Für ein solches „*mechanism by design*“ könnte eine Differenzierung der Verfahrensschritte erfolgen, indem ein Spielraum für die Reflektionsmöglichkeit durch die Iterationssteigerungen eingeräumt wird und als Grundlage für die Kooperationsförderung dient. Insoweit kommt ein Verfahren als spieltheoretisch begründetes Lösungsmodell mit der Erweiterung um einen Mediationsagenten in Betracht.

C. Mediationsagent als Lösungsmodell

Mit einem übergeordneten Verfahren kann das beschriebene spieltheoretische Modell mit der kooperativen Strategieentscheidung gefördert werden. Dafür kann das Mediationsverfahren die Grundlage für einen sog. „*meta-frame*“[804] bilden, in dem ein Anreiz für eine *TIT for TAT*-Strategie gesetzt wird und für die persönlichen Informationen schonende Spieliterationen erfolgen. Mit den Verfahrensprinzipien der Mediation und dem Mediator als dritten Spieler könnte dieser Anreiz zur Kooperation[805] und Förderung von pluralen Bildern personaler Identitäten gesetzt werden.

Die Mediation wird gemeinhin als ein aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammendes Verfahren eingeordnet, welches zu einem Ausweg aus den langandauernden und kostspieligen Gerichtsverfahren führen sollte und auf den Vortrag von Frank Sander 1978 mit dem Titel „*Varieties of Dispute Processing*“ zurückzuführen ist.[806] Die Adaption der Mediation im Prozessrecht erscheint deswegen strukturell zunächst wesensfremd, weil der Rechtsstreit auf die richterliche Beurteilung der Rechtspositionen

---

(Hrsg.), Ungewissheit als Chance, 2009, 17 (19); von einem prosozialen und kooperativen Menschenbild ausgehend, vgl. *Glöckner*, in: Funke/Schmolke (Hrsg.), Menschenbilder im Recht, 2019, 79 (84 f.).

803 *Hermstrüwer*, Informationelle Selbstgefährdung, 2016, S. 226.

804 *Winheller*, ZKM 2018, 116.

805 *Haft*, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2016, § 3 Rn. 15; *Elsenbast*, ZKM 2016, 9 (10 f.).

806 *Ders.*, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2016, § 3 Rn. 13 f. Denn unter der Prämisse „*Justice delayed is justice denied*“ bestünde aus rechtsstaatlichen Gründen der Bedarf nach effektiven alternativen Streitbeilegungsmethoden, *Barnett/Treleaven*, The Computer Journal 2017, 399 f.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausgerichtet ist und einem Nullsummenspiel gleicht.[807] Demgegenüber zielt die Mediation auf die Einbeziehung der Interessenlagen ab, so dass sie kooperationsfördernd wirken soll. Dies wird über ein Verfahren realisiert, in dem die Autonomie über den Verfahrensverlauf weitgehend an die Parteien zurückgegeben wird und eine Lösung in einem kontrollierten Kommunikationsprozess außerhalb des Rechts gefunden werden soll. Damit könne unter Schaffung eines entsprechenden Kommunikationsrahmens und Beseitigung von Einigungshindernissen eine Einigung im „Schatten des Rechts"[808] erzielt werden. Voraussetzung bleibt dabei, dass die Parteien – vergleichbar zu diplomatischen Beziehungen – ein Interesse an einer nachhaltigen Verhandlung haben.[809] Demnach soll nach einer Einführung in die Mediation im IKT-Recht (I.) die Verhandlung in der Mediation mit den Verfahrensprinzipien ausgeführt werden (II.), um daran anknüpfend einen Mediator als technischen Agenten zu begründen (III.). In diesem verfahrensrechtlichen Rahmen könnte die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten erfolgen (IV.) und als Grundlage für ein mediatives Identitätsverwaltungsmodell (V.) fungieren.

I. Mediation im IKT-Recht

Die Mediation als Ausprägung der alternativen Streitbeilegungsmethoden wird im IKT-Recht benannt und ist darüber hinaus immanent in den Rechtsnormen des IKT-Rechts erkennbar. Gemäß § 124 TKG kann die Bundesnetzagentur den Parteien zur Beilegung telekommunikationsrechtlicher Streitigkeiten ein Mediationsverfahren vorschlagen und gemäß § 47a Abs. 1 TKG kann auf Antrag ein Schlichtungsverfahren eingeleitet werden. Weiter sieht Art. 12 Abs. 4 f) eIDAS-VO vor, dass der Interoperabilitätsrahmen für die Identifizierungen auch Regeln zur Streitbeilegung enthalten soll. Im Datenschutzrecht enthält Art. 31 DSGVO das Kooperationsgebot zwischen dem Verantwortlichen und der Aufsichtsbehörde und erlaubt einen sukzessiven Informationsaustausch. Indem die Aufsichtsbehörden einerseits über investigative Kompetenzen gemäß Art. 58 DSGVO verfügen, andererseits aber auch eine gestaltende Rolle bei datenschutzrechtlichen

807 *Ders.*, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2016, § 3 Rn. 18 f.

808 Das Konzept des „*Bargaining in the Shadow of the Law*" wurde von *Mnookin/Kornhauser* für emotionalisierte Scheidungskonflikte mit einer Hinwendung zur Mediation begründet, *Mnookin/Kornhauser*, Yale L. J. 1978, 950.

809 *Elsenbast*, ZKM 2016, 9.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Aufklärungs- und Beratungsmaßnahmen gemäß Art. 57 Abs. 1 DSGVO haben, wird ihnen eine mediierende Kompetenz zugesprochen.[810] Demnach ist das Konzept der alternativen Streitbeilegung mit dem Mediationsverfahren für den Konfliktfall dem IKT-Recht nicht fremd und kann als rechtliche Verankerung für ein zu begründendes Modell zum Schutz der Bilder personaler Identitäten eingesetzt werden. Entsprechend wurde von *Nissenbaum* ein Verfahren zum Ausgleich der bestehenden Asymmetrie zum Schutz der *kontextuellen Integrität* vorgeschlagen.[811]

II. Verhandlung mit Mediation

Mit der Mediation erfährt die Kommunikation der Parteien in der Verhandlung einen spezifischen Rahmen, der kooperationsfördernd wirken soll. Dabei sind für die Verhandlungsförderung das Mediationsverfahren (1.) und der Ausgleich ungleicher Verhandlungspositionen durch den Mediator richtungsweisend (2.) und sollen abschließend bewertet werden (3.).

1. Mediationsverfahren

Die konkrete Ausgestaltung der Verhandlung mit Mediation unterliegt der Parteienautonomie und dem Streitgegenstand, so dass nicht von einer einzigen Ausprägung des Mediationsverfahrens auszugehen ist, sondern ein ganzes Spektrum an Verfahrensarten der Mediation zuzuordnen ist. Die Darstellung der Verfahrensprinzipien nach dem Mediationsgesetz soll jedoch die Grundlage bilden (a), um anschließend die Aufgaben des Mediators herauszuarbeiten (b).

a) Verfahrensprinzipien, § 1 MedG

Die Verfahrensprinzipien der Mediation richten sich nach § 1 Abs. 1 MedG[812] und sehen ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren vor, in

810 *Jóri*, IDPL 2015, 133.
811 *Nissenbaum*, Wash. L. Rev. 2004, 119 (130).
812 Das Mediationsgesetz ist auf die Richtlinie 2008/52/EG vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (Mediationsrichtlinie) zurückzuführen.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem eine freiwillige, eigenverantwortliche und einvernehmliche Konfliktlösung herbeigeführt wird. Diese wird durch einen unabhängigen und neutralen ohne Entscheidungsbefugnis ausgestatteten Mediator gefördert, § 1 Abs. 2 MedG. Mit diesen Rahmenkriterien sind die Grundlagen für die Verfahrensstruktur gelegt und sollen im Folgenden nach den Schlüsselkriterien des Mediationsverfahrens dargestellt werden. Zu Beginn steht das Motiv der Parteien, ein vertrauliches Mediationsverfahren durchzuführen (aa). Dem folgt das Erfordernis der Freiwilligkeit (bb), in einem von der Neutralität des Mediators (cc) und von der Eigenverantwortlichkeit der Parteien geprägten Verfahren (dd).

aa) Vertraulichkeit, §§ 1 Abs. 1, 4 MedG

Die Mediation ist ein vertrauliches Verfahren gemäß § 1 Abs. 1 MedG. Mit der Vertraulichkeit soll die Erweiterung des Verfahrensgegenstandes von den (Rechts-)Positionen hin zu den Interessenlagen erleichtert werden, damit eine Einigung über die Rechtspositionen hinaus ermöglicht wird. Dieser Verfahrensgrundsatz erstreckt sich auf den Mediator und den anderen in der Mediation eingebunden Personen, so dass eine grundsätzliche Verschwiegenheit gilt. Es besteht jedoch die Ausnahme, dass Tatsachen aus Gründen des *ordre public* und für die wirksame Vollstreckung offenzulegen sind, § 4 Abs. 1 Nr. 1, 2 MedG. Insgesamt soll mit der Vertraulichkeit des Verfahrens ein Anreiz für die Bereitschaft zur Offenlegung der hinter den Positionen liegenden Interessen geschaffen werden.

bb) Freiwilligkeit, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 MedG

Das Mediationsverfahren verlangt die freiwillige Teilnahme der Parteien am Verfahren, was eine Ausprägung des privatautonomen Charakters der Mediation ist. Mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit wird ein tatsächliches Interesse an der Lösungsfindung vorausgesetzt, so dass die angenommene Chance für ein erfolgreiches Mediationsverfahren mit einer Einigung die Voraussetzung der Freiwilligkeit erfüllt. Gleichwohl wird mit der Freiwilligkeit ebenso die Möglichkeit umfasst, jederzeit das Mediationsverfahren sanktionsfrei beenden zu können, § 2 Abs. 5 S. 1 MedG.[813] Dem

813 *Greger*, in: Greger/Unberath/Steffek (Hrsg.), Recht der alternativen Konfliktlösung, 2016, § 1 Rn. 30–32.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

steht gegenüber, dass die gesetzliche oder richterliche Anordnung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens der Freiwilligkeit grundsätzlich widersprechen könnte, was aber im Einzelnen umstritten ist.[814] Dabei wird einerseits auf die freiwillige Entscheidung zum Mediationsverfahren und andererseits auf die inhaltliche Gestaltung des Einigungsinhaltes in der Mediation abgestellt. Nach einer Entscheidung des EuGHs[815] wurde auf die freiwillige inhaltliche Ausgestaltung der Einigung im Mediationsverfahren abgestellt, so dass kein Verstoß gegen das Freiwilligkeitserfordernis bei einer Anordnung zur Mediationsteilnahme besteht, wie es sich auch aus Art. 5 Abs. 2 der Mediationsrichtlinie[816] ergibt. Schließlich ist zur Sicherstellung der Freiwilligkeit gemäß § 2 Abs. 2 MedG vorgesehen, dass der Mediator sich über die freiwillige Teilnahme der Parteien an der Mediation vergewissert.

cc) Neutralität, §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 3, 3 Abs. 1 MedG

Das Mediationsverfahren ist geprägt von der Neutralität des Mediators gegenüber den Parteien und von seiner Verpflichtung, im gleichen Maße die Kommunikation der Parteien zu fördern, §§ 2 Abs. 3 S. 1–2, 1 Abs. 1 MedG. Bei Vorliegen der Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators beeinträchtigenden Umständen, wären diese gemäß § 3 Abs. 1 MedG offenzulegen. Dieses Schutzkonzept dient dem Postulat der *Allparteilichkeit* des Mediators, sich gegenüber beiden Parteien inhaltlich gleichermaßen zu verpflichten und beide Parteien in die Kommunikation einzubinden, sog. *Gleichbehandlungsgebot*.[817] Darin kommt der Verfahrensrahmen zur eigenverantwortlichen Lösungsfindung zum Ausdruck, der mit spezifischen Methoden etwa der Durchführung von Einzelgesprächen und sogar Lösungsideen des Mediators ausgestaltet werden kann.[818]

814 *Ders.*, in: Greger/Unberath/Steffek (Hrsg.), Recht der alternativen Konfliktlösung, 2016, § 1 Rn. 33.
815 EuGH, Urt. v. 14.06.2017, C-75/16, Rn. 49.
816 Richtlinie 2008/52/EG vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (Mediationsrichtlinie).
817 *Greger*, in: Greger/Unberath/Steffek (Hrsg.), Recht der alternativen Konfliktlösung, 2016, § 2 Rn. 140, 151 f.; daraus ableitend das *Differenzierungsgebot*, vgl. *Gasser*, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, 2002, S. 235.
818 *Eidenmüller*, ZKM 2013, 4.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Eigenverantwortlichkeit, §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 5 MedG

Die Eigenverantwortlichkeit der Parteien in dem Mediationsverfahren ist eines der tragenden Grundsätze der Mediation. Die Parteien sollen in dem Mediationsverfahren eigenverantwortlich eine Lösung finden, was die Alternative zum Gerichtsverfahren ausmacht. Der Mediator schafft den Verhandlungsrahmen für die Kooperation, mit dem die Parteien über die Positionen hinaus ihre Interessen für eine nachhaltige Einigung austauschen können. Dabei ist der Mediator lösungsabstinent und schafft einen Rahmen, in dem die Parteien eine eigenverantwortliche Lösung finden können, § 1 Abs. 1 MedG. Dies setzt voraus, dass die Parteien im Vorfeld ihre beste und schlechteste Verhandlungsalternative[819] für die Entscheidung der mitzuteilenden Interessenlage aussondiert haben. Die Eigenverantwortlichkeit ist gemäß § 2 Abs. 5 MedG für die Mediation konstituierend und kann dazu führen, dass der Mediator das Mediationsverfahren beendet, wenn die eigenverantwortliche Kommunikation in der Mediation aus der Sicht des Mediators fehlt. Insgesamt wird damit von den Parteien eine Eigenverantwortlichkeit und Aufrichtigkeit abverlangt, die erst mit einem neutralen und sanktionsfreien Verfahrensrahmen möglich ist.[820]

b) Aufgaben des Mediators, § 2 MedG

Der Mediator wird von den Parteien ausgewählt und ist für die Gewährleistung der Verfahrensprinzipien und den Rahmen der Verhandlung verantwortlich, § 2 MedG. Dabei ist der Mediator den Parteien gleichermaßen verpflichtet und ermöglicht eine eigenverantwortliche Einigung. Es gehört zu den Kernkompetenzen des Mediators, sich solcher Methoden zu bedienen, die den Kommunikations- und Kooperationsprozess fördern.[821] Etwa mit der sog. „*shuttle-Diplomatie*" kann eine Brückenkommunikation durch den Mediator gefördert werden, die zugleich eine Ausprägung des *Gleichbehandlungsgebotes* darstellt.[822] Damit wird die Kommunikation verändert und die Interessen können offengelegt werden, so dass sich aus den Nach-

819 *Barnett/Treleaven*, The Computer Journal 2017, 399 (406).
820 *Rasmusen*, Games and information, 2009, S. 33.
821 *Greger*, in: Greger/Unberath/Steffek (Hrsg.), Recht der alternativen Konfliktlösung, 2016, § 2 Rn. 147, 253 f.; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, 31 S. 52 f.
822 *Ders.*, in: Greger/Unberath/Steffek (Hrsg.), Recht der alternativen Konfliktlösung, 2016, § 2 Rn. 162.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richten ein anderer Erkenntnisgehalt ableiten lässt und eine „Rekonzeptualisierung des Konfliktes" möglich wird.[823] An dem bereits erwähnten Orangenbeispiel[824] kann die Methodik des Mediators dazu führen, dass das Interesse an der Orangenschale auf der einen Seite und das Interesse an dem Orangensaft auf der anderen Seite den ursprünglichen Konflikt um die eine Orange in eine „*win-win*"-Lösung überführt. Damit kann der Mediator zur Einigung von Teilkonflikten in dem Mediationsverfahren beitragen, die in eine Gesamtlösung münden und aus spieltheoretischer Perspektive den Fokalpunkt als gemeinsames Gleichgewicht begründen. Mit der Erweiterung auf den Konfliktgegenstand des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen ginge es um die Herbeiführung einer die persönlichen Informationen schonenden „*win-win-win*"-Lösung für den Betroffenen und Verantwortlichen mit Hilfe der Mediation.

2. Ausgleich der ungleichen Verhandlungsmacht

Zur Verhandlung mit der Mediation bei einer gleichen Verteilung der Verhandlungsmacht passt das Verfahren, wohingegen die Einsetzbarkeit der Mediation bei einer ungleich verteilten Verhandlungsmacht zu hinterfragen ist. Die Verfahrensprinzipien der Mediation können zu Lasten der schwächeren Verhandlungspartei wirken, wenn diese etwa über begrenzte Ressourcen für den Einigungsspielraum verfügt, unter Kostendruck steht, über weniger Verhandlungserfahrung verfügt oder eine deutliche Informationsasymmetrie besteht. So könnte die Vertraulichkeit und Freiwilligkeit des Verfahrens genutzt werden, um die Interessenlage der gegnerischen Partei für eine anschließend defektive Spielentscheidung in Erfahrung zu bringen. Indem die Verhandlung über die Bilder personaler Identitäten und den Schutz des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen erfolgt, können die Informationsasymmetrien in einer Verhandlung zu einer Gefährdung der Schutzinteressen führen.

Innerhalb eines Mediationsverfahrens kann eine bestehende Informationsasymmetrie mit den Verfahrensprinzipien zunächst keinen Ausgleich erfahren, jedoch können „*Schwächerenschutzinstrumente*"[825] eingesetzt werden. Diese können darin liegen, dass der Mediator im Rahmen seiner Verpflichtung zur Allparteilichkeit das bestehende Machtungleichgewicht an-

823 *Eidenmüller*, ZKM 2013, 4 (8); *Glasl*, Konfliktmanagement, 2020, S. 322.
824 5. Teil, B., II., 1.
825 *Wendenburg*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, 2013, S. 234.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erkennt[826] und anschließend die schwächere Partei in ihrer Selbstbestimmung möglicherweise als Verbraucherschutzmaßnahme fördert.[827] Denn der Mediator unterliegt der Neutralitätspflicht, was die allparteiliche Förderung der Parteiinteressen umfasst. Sollten die Parteiinteressen aufgrund des Machtungleichgewichts nicht mehr zum Gegenstand der Mediation werden können, würde dies den Verfahrensgrundsätzen widersprechen und ein Grund zur vorzeitigen Beendigung der Mediation sein.[828] Ungeachtet dessen kommt als Schwächeschutzinstrument ebenso die Anordnung der Mediation in Betracht. Diese würde dazu dienen, dass die Parteien überhaupt erst miteinander verhandeln, ohne jedoch dabei den Anspruch eines vollständigen Ausgleiches der Informationsasymmetrie zu verfolgen. Der Ausgleich von Informationsasymmetrien in der Mediation lässt sich zudem über die Methoden des Mediators lösen. Insgesamt kommen für die Verhandlung zwischen Verantwortlichem und Betroffenen die Anordnung zur Mediation und die Implementierung spezifischer Methoden in Frage. Darin liegen Schwächeschutzinstrumente, die in der Identitätsverwaltung eingesetzt werden könnten, um die bestehende Informationsasymmetrie auszugleichen.

3. Bewertung

Die Verhandlung mit der Mediation unterliegt Verfahrensprinzipien, die kooperationsfördernd wirken und bei der Verhandlung über die Bilder personaler Identitäten dem Schutz des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen dienen. Die Neutralitätspflichten des Mediators und das *Gleichbehandlungsgebot* in dem Verfahren fungieren als kompensatorisches Gegengewicht gegenüber den potentiell diskriminierend ausgestalteten Profilen und Bildern personaler Identitäten. Weiter deckt sich der Grundsatz der Freiwilligkeit für die inhaltliche Verhandlung des Bildes der personalen Identität in ihrem *Ipse*-Anteil mit der freiheitlichen informationellen Selbstbestimmung. Gleichwohl kann die Freiwilligkeit beim Einsatz des Mediationsverfahrens eine Einschränkung erfahren, wenn die Durchführung der Mediation angeordnet wird. Eine solche Anordnung gegenüber dem Verantwortlichen könnte zunächst ermöglichen, dass die Parteien miteinander in Verhandlung treten. Entscheidend ist dabei die Bewahrung

826 *Ders.*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, 2013, S. 259.
827 *Ders.*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, 2013, S. 262–271.
828 *Ders.*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, 2013, S. 273.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Freiwilligkeit der Parteien über den Verhandlungsinhalt und die grundsätzliche Neutralität des Mediators, damit das Mediationsverfahren in seinem Rahmen genutzt wird, um die Interessen für spezifische Bilder personaler Identitäten einbeziehen zu können. Damit würde eine eigenverantwortliche Einigung über die Bilder personaler Identitäten in ihrer dynamischen *Ipse*-Dimension erfolgen, ohne dass es bei den statisch erstellten Bildern der Identitäten durch den Verantwortlichen bleibt. Der Betroffene würde auf diese Weise seine informationelle Selbstbestimmung in einem *Konzept des Selbstdatenschutzes* unter den Bedingungen der Verhandlung ausüben können.

Schließlich kann gegenüber der bestehenden Informationsasymmetrie die Identitätsverwaltung selbst als Schwächeschutzinstrument eingesetzt werden, wenn diese als „*mechanism by design*" Gleichgewichte zwischen den jeweiligen Bildern personaler Identitäten und eine Pluralität von Bildern personaler Identitäten ermöglicht.

III. Mediator als technischer Agent

Die Verhandlung mit Mediation kann ebenso auf der technischen Ebene durchgeführt werden. Für die Identitätsverwaltung kommt der Einsatz eines technischen Mediators als Schwächeschutzinstrument in Betracht, der dem Schutz des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen dient. Dafür sollen die Eigenschaften eines technischen Mediators (1.) und die Zwecke eines technischen Mediators (2.) bestimmt werden. Weiter soll die Begründung eines technischen Mediationsagenten erfolgen (3.).

1. Eigenschaften eines technischen Mediators

Für die Steigerung der Kooperation über die Bilder personaler Identitäten kann ein technischer Mediator als Schwächeschutzinstrument eingesetzt werden. Es geht dabei um die Steigerung der Iterationszahl bei der Erstellung des Bildes der personalen Identität durch den Verantwortlichen. Die Bestimmung der Eigenschaften eines technischen Mediators soll sich nach einem hypothetischen Mediator richten, da dieser den Verfahrensrahmen für differenzierte Spieliterationen zur Kooperationsförderung setzen würde. Demnach muss ein technischer Mediator neutral und lösungsabstinent sein, indem er keinen eigenen Beitrag zu der Konstruktion von Bildern personaler Identitäten leistet. Aus der Perspektive der Informatik ginge es

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

möglicherweise um einen Informationskanal, der über einen technischen Vermittler als Umsetzer verfügt, wie man es bei den Banken als Intermediäre von Transaktionen mit dem Einsatz von Transaktionsnummern kennt.[829] Danach wird der Eingabewert infolge der Authentifizierung mit der TAN in einen Ausgabewert umgewandelt und der Vorgang erfolgt mit einem neutralen technischen Vermittler unter den vorgegebenen Maßgaben. Dieser technische Vermittler würde einen Beitrag zur Informationsveränderung und Komplexitätsreduktion leisten, um neue Erkenntnismöglichkeiten generieren zu können.[830] Dies entspräche der Aufgabe eines Mediators als „*Agent of (a new) reality*"[831], mit dem eine Neuverhandlung („*renegotiate*")[832] der Erkenntnismöglichkeiten erfolgt. In einem Informationskanal mit einer vermittelten Informationsveränderung besteht die Chance, dass vorangegangene Erkenntnismöglichkeiten im Datenzyklus intransparent und vergessen werden. Dabei wäre ein kommunikativer Austausch durch den Mediator nicht zwingend erforderlich, vielmehr können die Verfahrensiterationen Signalwirkung haben und einen stillschweigenden kooperationsfördernden Beitrag leisten.[833]

Die grundsätzliche Vertraulichkeit der Mediation steht dabei im Gleichlauf zur Integrität und Vertraulichkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO, da der technische Mediator einen Schutzmechanismus für die Bilder personaler Identitäten verkörpern würde. Ebenso wäre die Freiwilligkeit der Mediation gewährleistet, selbst wenn der technische Mediator obligatorisch implementiert werden würde. Indem die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten auf der inhaltlichen Ebene unter der Maßgabe der Freiwilligkeit erfolgen würde, könnte der technische Mediator obligatorisch eingesetzt werden. Zudem könnte mit einem technischen Mediator dem Betroffenen eine erweiterte Zugangskontrolle über die Informationen zu den Bildern personaler Identität ermöglicht werden.

---

829 *Steinmüller*, Information, Modell, Informationssystem, S. 2; *Froomkin*, Building Privacy into the Infrastructure: Towards a New Identity Management Architecture, 2016, S. 30.

830 *Ders.*, Information, Modell, Informationssystem, S. 61–63; *Haft*, Einführung in die Rechtsinformatik, 1977, S. 100–102.

831 *Kracht*, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2016, § 13 Rn. 95, 97.

832 *Jay*, Data protection law and practice, 2012, Rn. 6.39.

833 *Schelling*, The strategy of conflict, 1969, S. 64 f.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Zwecke eines technischen Mediators

a) Zweck der Risikominimierung

Mit dem technischen Mediator lässt sich das Risiko für den Schutz der persönlichen Informationen minimieren, da dieser als ein Assistenzsystem für den Betroffenen zum Schutz der *kontextuellen Integrität* personaler Identitäten fungieren könnte. Die Notwendigkeit eines Assistenzsystems wird von *Spina* dahingehend vorgeschlagen, dass der verhältnismäßige Ausgleich individueller Interessen eines unterstützenden Systems bedarf.[834] Damit ginge es um die Transparenz und die Beherrschbarkeit des Risikos mit einer gesonderten Zugangskontrolle zu den Bildern personaler Identitäten und ihrer Verhandelbarkeit über den technischen Mediator. Entscheidend dabei ist es, dass mit einem technischen Assistenzsystem bei dem Betroffenen keine gesteigerte Kontrollmöglichkeit für den Schutz personaler Identität suggeriert wird, damit die Wirkungen des Kontroll-Paradoxons nicht greifen. Vielmehr gilt es, dass aus der Perspektive des Betroffenen mit einem technischen Mediator die Iterationen erweitert werden und das Risiko für die persönlichen Informationen minimiert wird.

b) Zweck der Rechtsdurchsetzung

Mit dem technischen Mediator könnte die Wirksamkeit IKT-rechtlicher Vorgaben gesteigert werden. Das legitimatorische Defizit im Datenzyklus personaler Identitäten könnte über die *iterative Kontrolle* durch die Verhandlungsmöglichkeit der Bilder personaler Identitäten im Datenzyklus kontextspezifisch wiederhergestellt werden. Damit wird auf die Wirksamkeit des Rechts hingewirkt, wenn mit einem Verfahren der Zugang zu einem rechtsdurchsetzenden Mechanismus geschaffen wird. Dieser Mechanismus könnte über den technischen Mediator erfolgen und würde einen Beitrag zur Kontrolle über den Zugang zu den Bildern personaler Identitäten leisten, so dass damit die Immunisierung gegenüber dem legitimatorischen Defizit im Datenzyklus gesteigert würde. Somit lässt sich mit dem technischen Mediator, bestehend aus einem alternativen Streitbeilegungsmechanismus, eine Steigerung der Verfahrensgerechtigkeit und ein Ausgleich der Informationsasymmetrie für die Parteien herbeiführen.

---

834 *Spina*, EJRR 2014, 248 (252).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Technischer Mediationsagent

Der technische Mediatonsagent hätte die Eigenschaften eines Mediators und würde der Risikominimierung und Rechtsdurchsetzung für eine iterative Verhandlung der Bilder personaler Identitäten dienen. Dieser Agent wäre den jeweiligen Prinzipalen des Betroffenen und des Verantwortlichen zuzuordnen und sein Einsatz wäre kontrollierbar, wobei die inhaltliche Ausgestaltung der Bilder personaler Identitäten Verhandlungsgegenstand sein müsste. Es würde sich um einen *aktiven Agenten* handeln,[835] der inhaltlich auf die Informationen verändernd einwirken und damit ein „neues" Bild der personalen Identität schaffen würde, welches einer Bestätigung oder Ablehnung von den Prinzipalen des Verantwortlichen und Betroffenen bedürfte. Insofern bestünde ein technischer Mediationsagent aus einem *strukturierten Entscheidungsverfahren*[836] und ihm käme eine gestalterische und dynamische Funktion im Datenzyklus der personalen Identität in ihrem *Ipse*-Anteil zu. Dieses strukturierte Entscheidungsverfahren könnte der Formalisierung mit den Verfahrensprinzipien nach dem Mediationsgesetz unterliegen und als *Instruktion* für die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten dienen. Mit dem Transfer in einen Algorithmus, der als ein intelligenter Agent eingesetzt wird, könnten die Verfahrensregeln automatisiert werden. Dieser intelligente Agent müsste eine kooperative Funktionalität aufweisen und eine Wissensbasis voraussetzen, mit der algorithmusbasiert neue Sachzusammenhänge unter Wahrung der *Instruktionen* als Lösungen hergestellt werden.[837] Diese Lösungen könnten in einem Abgleich der widerstreitenden Bilder personaler Identitäten münden und der dynamischen *Ipse*-Dimension der personalen Identität gerecht werden.

Die technische Einrichtung eines Verfahrensrahmens für den Mediationsagenten könnte sich auch nach der EU-Verordnung über die online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten[838] und dem Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen (Verbraucherstreitbeilegungsgesetz-VSBG) richten. Mit diesen Regelungen werden die rechtlichen Grundlagen für alternative Streitbeilegungsmethoden im online-Kontext festgelegt, bei denen die Parteien zusammengeführt werden, um einen Einigungsprozess durchführen zu können. Der technische Mecha-

835 3. Teil, D.
836 3. Teil, B., I.
837 Angelehnt an *Müller-Henstenberg/Kirn*, MMR 2014, 307 (309).
838 Verordnung (EU) Nr. 524/2013 vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nismus wird dabei die Informationssammlung und die Beilegungsmethode mit einem mehrstufigen Kommunikationsprozess[839] umfassen müssen und kann teil- oder vollautomatisiert ausgestaltet sein.[840] Der Kommunikationsprozess wäre in Phasen zu begrenzen, damit diese als koordinierender Faktor für eine Einigung wirken.[841]

Insoweit lässt sich in einem technischen Mediationsagenten auch die Ausprägung einer „Daten(rechts)verkehrsordnung"[842] erblicken, mit der ein technisch unterstütztes Verfahren zur Koordination der Bilder personaler Identität bestünde. Die geregelte Ordnung für die online-Beilegung von Streitigkeiten ließe sich auf einen für die Bilder personaler Identitäten eingesetzten technischen Mediationsagenten übertragen, so dass dieser auf der Mikroebene über ein online-Streitbeilegungsverfahren verfügt. Weiter müsste dieser Agent die Interoperabilität zwischen den Informationsströmen der Bilder personaler Identitäten erlauben, damit die kontextbezogene Verhandlung und die gleichzeitige Trennung der kontextbezogenen Bilder zur Wahrung der *kontextuellen Integrität*[843] ermöglicht werden. Für die Funktionalität des interoperablen Agenten könnte das Konzept des maschinenlesbaren elektronischen Formats gemäß Art. 12 Abs. 7 S. 2 DSGVO angewendet und auf die elektronischen Bilder personaler Identitäten übertragen werden.

---

839 *Barnett/Treleaven*, The Computer Journal 2017, 399 (405); www. *smartsettle.com/about-us/process/* (zuletzt aufgerufen 20.06.2020) Hier werden sechs Phasen für die Streitbelegung beschrieben. In der vierten Phase ist ein Lösungsvorschlag durch Software vorgesehen, auf den sich die Parteien einigen können. Von *Pretschner/Walter* wird ein produktbezogener mehrstufiger Kommunikationsprozess zur Verhandlung der „*Policies*" vorgeschlagen, der automatisiert erstens das Angebot von Produkten, zweitens die Mitteilung des Verbrauchers über das ihn interessierende Produkt, drittens das konkrete Angebot des Unternehmers und viertens die Wahl durch den Verbraucher vorsieht, *Pretschner/Walter*, IEEE 2008, 1135. Ebenso könnte die Blackbox-Pflicht gemäß §§ 63a, 63b StVG für einen technischen Mediationsagenten mögliche Anhaltspunkte bieten, da gemäß § 63a Abs. 4 StVG eine sechsmonatige Löschroutine vorgesehen ist und Deckungsgleich mit dem Löschbedarf von Bildern personaler Identitäten herangezogen werden kann.

840 *Dies.*, The Computer Journal 2017, 399 (402–404). Dabei ist in dem Konzept des „*Discovery*"- Verfahrens gerade zu berücksichtigen, dass die jeweiligen Verbindungen der Fakten genutzt werden können für ein technisiertes „*E-Discovery*"-Verfahren, *Kaulartz*, DSRI 2017, 599 (605).

841 *Schelling*, The strategy of conflict, 1969, S. 60.

842 *Lewinski*, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 51.

843 4. Teil, A., II.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Zusammenfassung

Der Mediator für die Bilder personaler Identitäten lässt sich als technischer Agent ausgestalten, um mit einer gesteigerten Verfahrensgerechtigkeit den Rahmen für die Kompensation legitimatorischer Defizite und die Immunisierung im Datenzyklus zu gewährleisten. Dabei sind die Verfahrensprinzipien aus der Mediation in einen technischen Agenten zu überführen, der auf der Mikroebene im iterativen Verfahren, welches mit der Online-Streitbeilegung vergleichbar wäre, wirken könnte. Für den Schutz des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen könnte damit ein gesteigerter Zugang zu den Bildern personaler Identitäten geschaffen werden, der Gegenstand kooperativer Verhandlungen wäre und risikomindernd wirken würde. Damit einher ginge eine Erweiterung der Kontrollmöglichkeiten, ohne dabei das Kontroll-Paradoxon auszulösen, da die Kontrolle sich auf den Zugang zu den Bildern der personalen Identitäten und ihrer Verhandlungsfähigkeit zu beschränken hätte. Gleichzeitig wäre der technische Mediationsagent obligatorisch für die Bilder personaler Identitäten einzusetzen, was keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens bedeutet, da die inhaltliche Ausgestaltung des Verfahrens weiterhin der Freiwilligkeit unterliegen würde. Schließlich könnte der technische Mediationsagent mit einer fragmentarischen Rechtssubjektivität ausgestattet werden, die aus künstlicher Intelligenz bestehen würde und dem Prinzipalen zurechenbar wäre. Somit könnte ein technischer Mediationsagent als ein *aktiver Agent* den Zugang zu den Bildern personaler Identitäten und die Verhandlungsfähigkeit dieser gewährleisten.

IV. Verhandelte Identität im Schatten des Rechts

Für die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten wurde ein technischer Mediationsagent erarbeitet, der als alternative Streitbeilegungsmethode im „Schatten des Rechts" zum Einsatz käme. Das schattenwerfende IKT-Recht umfasst die Informationspflichten über die Datenverarbeitung, die datenschutzkonforme Technikgestaltung gemäß Art. 25 DSGVO für ein Konzept des „*identity management by design*", die Rechtfertigungsgründe nach Art. 6 DSGVO mit dem verbundenen Legitimationsdefizit und das Auskunftsrecht gemäß Art. 15 DSGVO als Zugangsrecht zu den Bildern personaler Identitäten. Denn diese rechtlichen Maßgaben richten sich an die Datenverarbeitung und die damit verbundenen Rechtspositionen, wohingegen die Interessen am Schutz der persönlichen Informationen

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sich im Schatten des Rechts befinden und über einen möglichen technischen Mediationsagenten einbezogen werden könnten. Daneben ergibt sich mit diesem Konzept eine direkte Wirkung auf die Bilder personaler Identitäten. Das Konzept lässt sich dafür einsetzen, Bilder personaler Identitäten mit Vergangenheitsbezug zu aktualisieren.

Indem die Neuverhandlung des Bildes der personalen Identität mit dem Effekt des „*Reframings*", bestehend aus einer anderen sprachlichen „Verpackung" des Bildes der personalen Identität, erfolgen kann, können *Priming*-Effekte nutzbar gemacht werden. Dabei sollte die Aufmerksamkeitsausrichtung mit anderen Referenzpunkten versehen werden,[844] damit eine Neuinterpretation und ein neuer Erkenntniswert des Bildes personaler Identität ermöglicht wird. Entscheidendes Kriterium bei diesen Maßgaben wäre es, dass sie im Schatten des bestehenden IKT-Rechts realisiert werden müssten, da eine direkte rechtliche Regelung zur Einrichtung eines technischen Mediationsagenten dem Abstraktionsgrad des Rechts widersprechen würde. Dabei kommt die Implementierung eines technischen Mediationsagenten als „*identity management by design*"-Konzept und auch als Verhaltensregel zur fairen und transparenten Verarbeitung gemäß Art. 40 Abs. 2 a) DSGVO in Betracht. Demnach können Verbände solche Verhaltensregeln ausarbeiten, die von den Verantwortlichen im Rahmen der regulierten Selbstregulierung zur Implementierung und Anwendung eines technischen Mediationsagenten angewendet werden. Diese Einordnung der „Mediation als regulierte Selbstregulierung"[845] erlaubt die Einbeziehung des technischen Mediationsagenten als eine Form der kooperativen Umsetzung IKT-rechtlicher Vorgaben. Ein derartiges Konzept der regulierten Selbstregulierung mit Verhaltensregeln gemäß Art. 40 DSGVO ließe sich als freiwilliges Engagement innerhalb der „*Corporate Social Responsibility*"[846] einordnen und hätte den Vorteil, dass die Anwendung der Verhaltensregeln in Gestalt des technischen Mediationsagenten in inhaltlicher Hinsicht über eine hohe Flexibilität[847] verfügen würde. Damit würde aus dem IKT-Recht ein „*identity management by design*"-Konzept das bestehende Recht ergänzen und die Verhaltensregeln gemäß Art. 40 DSGVO den Schutz der personalen Identität erweitern. Daneben erscheinen ein viel-

844 4. Teil, C., II., 1, b), bb); *Winheller*, ZKM 2018, 116 (117–119).

845 *Appel*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Gesamtwerk, 2012, § 32 Rn. 106; über die Stärkung gegenüber Machtungleichgewichten mit dem Selbstdatenschutz, vgl. *Talidou*, Regulierte Selbstregulierung im Bereich des Datenschutzes, 2005, S. 26 f., 30.

846 *Spindler/Thorun*, MMR-Beilage 2016, 1 (13, 23).

847 *Dies.*, MMR-Beilage 2016, 1 (9).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schichtiger Anreizmechanismus zur Implementierung technischer Mediationsagenten und ein entsprechender Verhaltenskodex im IKT-Recht und im Wettbewerbsrecht wünschenswert.

V. Mediative Identitätsverwaltung

Die mediative Identitätsverwaltung ist geprägt von der Verhandlung personaler Identitäten und dem Schutz dieser im Sinne einer *kontextuellen Integrität*. Die Implementierung einer mediativen Identitätsverwaltung verlangt die Einbeziehung derjenigen rechtlichen Mechanismen, die zu dem unzureichenden Schutzgefüge personaler Identitäten geführt haben. Entsprechend kann mit Rechtsnormen ein Anreizmechanismus geschaffen werden, der sich ebenfalls ökonomisch auswirkt. Dies kann in einer Konkretisierung der Vorgabe des „*privacy by design*" liegen, wonach der Verantwortliche ein „*identity management by design*" in Gestalt eines technischen Mediationsagenten zu implementieren hätte. Auf der Ebene des Betroffenen wären Anreize erforderlich, um eine risikobewusste Entscheidung bei der Nutzung eines technischen Mediationsagenten zu fördern. Unter diesen Maßgaben würde eine mediative Identitätsverwaltung umgesetzt werden können. Dabei würde ein solches Konzept mit inhaltlichen und technischen Methoden unter Einbeziehung von Visualisierungstechniken[848] realisiert werden, wie es mit einem *Dashboard-System* möglich wäre.

Auf der rechtlichen Ebene kann die Grundlage für ein *verhaltensänderndes Anreizsystem* geschaffen werden, wie es etwa für die Implementierung der Mediation mit § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO erfolgt ist, wonach in der Klageschrift eine Angabe darüber erfolgen soll, ob vor Klageerhebung ein Mediationsversuch oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unternommen wurde. Mit dieser Vorschrift wird der Regelungszweck verfolgt, ein Begründungserfordernis zur Bewusstseinsförderung über das Bestehen von Alternativen zum Gerichtsverfahren herbeizuführen und kann insoweit als eine verhaltensfördernde Regelung mit einer konkreten Verhaltensauswirkung auf die Parteien eingeordnet werden.[849] Demnach könnte für die Implementierung eines technischen Mediationsagenten *de lege ferenda* eine Regelung erfolgen, die von dem Verantwortlichen die Einbeziehung eines technischen Mediationsagenten für die Kontrolle der Bilder personaler Identitäten im Datenzyklus verlangt. Ebenso

848 *Winheller*, ZKM 2018, 175.
849 *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (819).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wäre *de lege ferenda* denkbar, dass dem Verantwortlichen eine Begründungspflicht auferlegt würde, wenn bei umfangreichen Datenverarbeitungen kein Identitätsverwaltungskonzept vorgesehen ist, mit dem die Bilder personaler Identitäten dem Betroffenen zugänglich gemacht werden und ihm eine Verhandlungsmöglichkeit eingeräumt wird.

Die konkrete Maßnahme zur Implementierung eines technischen Mediationsagenten als „*identity management by design*" ließe sich unter den technischen und organisatorischen Maßnahmen bei der Umsetzung des Standes der Technik gemäß Art. 25 DSGVO einordnen. Ebenso kann der Datenverarbeitungsgrundsatz der Verarbeitung nach Treu und Glauben gemäß Art. 5 Abs. 1 a) DSGVO als rechtliche Grundlage für einen der *datenschutzrechtlichen Verfahrensgerechtigkeit* dienenden „*mechanism by design*" fungieren. Jeder dieser potentiellen Anreizmechanismen könnte zu einer mediativen Identitätsverwaltung und insgesamt zur Verwirklichung des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen beitragen, was einer Erosion datenschutzrechtlicher Vorgaben entgegenwirken würde. Insofern kann eine mediative Identitätsverwaltung das Gegengewicht zu der marktbeherrschenden Stellung von Intermediären darstellen, da in ihr ein „*opacity tool*" liegen könnte. Dieses würde der Iterationssteigerung dienen und damit als Schutzmechanismus für die Pluralität der Bilder personaler Identitäten fungieren.

Gegen die *mediative Identitätsverwaltung* ließe sich anführen, dass sie als ein paternalistisches Konzept und als eine Erweiterung des Datenverarbeitungsvorgangs ebenso *Angriffsgegenstand* werden könnte. Demnach würde sich das Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen steigern, wenn die Bilder personaler Identitäten durch einen Angriff für einen Dritten einsehbar wären. Weiter könne in diesem Konzept ein „Techno-Humanismus"[850] gesehen werden, der einerseits den menschlichen Willen als zentral ansieht, andererseits aber diesen mit technischer Steuerung und Lenkung verdrängt, so dass jede empfundene Kontrollmöglichkeit einer Scheinkontrolle gleichkomme. Auch führten technische Verfahren zur Formalisierung von Menschenrechten meist zu einer Erosion dieser.[851] Dem lässt sich entgegenhalten, dass das Phänomen von personalen Identitäten im online-Kontext ubiquitär und unumkehrbar ist, so dass die Lösung der damit verbundenen Risiken ebenso durch einen technischen Mechanismus erfolgen müsste. Folglich lässt sich ein Lösungsmechanismus

850 *Harari*, Homo Deus, 2017, S. 195.

851 *DeHert/Gutwirth*, in: Claes/Gutwirth/Duff (Hrsg.), Privacy and the criminal law, 2006, 61 (85).

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anführen, der den Geschäftsmodellen von Intermediären gegenübergestellt wird. Da diese Geschäftsmodelle möglicherweise von spieltheoretischen Überlegungen zur maximalen Gewinnerzielung geprägt sind, sollte ein spieltheoretisch begründetes Schutzmodell über die personale Identität als Lösungsmechanismus herangezogen werden. Denn in Anbetracht der ökonomischen Prägung von Geschäftsmodellen erscheint eine Beschränkung des Schutzmechanismus auf das IKT-Recht mit den Betroffenenrechten unbefriedigend. Vielmehr wird ebenso die spieltheoretische Fundierung eines Lösungsmechanismus notwendig, um eine effektive Wirksamkeit und Durchsetzung des IKT-Rechts herbeiführen zu können.

Dieser Lösungsmechanismus könnte mit einer im „Schatten des Rechts" liegenden mediativen Identitätsverwaltung realisiert werden, die den Zugang, die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten und die dynamische Identitätsbildung technisch unterstützt. Dazu kann der Einsatz rechtlicher Interventionsmechanismen in Gestalt einer Begründungspflicht dahingehend gehören, dass grundsätzlich ein mediatives Identitätsverwaltungskonzept bei einem bestimmten Datenverarbeitungsumfang vorgesehen ist. Dieses sollte ein „*identity management by design*"-Konzept im Rahmen des Standes der Technik gemäß Art. 25 DSGVO vorsehen. Ebenfalls kommt eine Implementierung des technischen Mediationsagenten als Verhaltensregel gemäß Art. 40 DSGVO in Betracht und könnte zum Gegenstand der Beschreibung eines Dienstes oder Produktes werden, so dass diese das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflussen könnte.

VI. Zwischenergebnis

Das Mediationsverfahren ist im IKT-Recht verwurzelt, so dass sich aus den Verfahrensprinzipien wesentliche Vorgaben für die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten ergeben. Diese würden durch einen technischen Mediationsagent umgesetzt werden, der als „*opacity tool*" ein Gegengewicht zu marktbeherrschenden Intermediären darstellen könnte. Denn mit einem technischen Mediationsagenten wird eine Iterationssteigerung herbeigeführt, die den dynamischen *Ipse*-Anteil personaler Identitäten gewährleistet. Die Implementierung eines technischen Mediationsagenten sollte im „Schatten des Rechts" erfolgen, indem ein „*identity management by design*"-Konzept einen technischen Mediator umfasst und ein *verhaltensänderndes Anreizsystem* über eine mit § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO vergleichbare Regelung einbezogen wird. Damit könnte *de lege ferenda* der Verantwortliche ein Schutzregime einführen, was eine risikobewusste Entscheidung des

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Betroffenen und die iterative Verhandlung der Bilder personaler Identitäten in Gestalt eines „*Reframings*" ermöglicht. Dies würde die Verfahrensgerechtigkeit steigern und dem Schutz des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen dienen.

D. Ergebnis: Mediationsagent zur Identitätsverwaltung

Die personale Identität unterliegt dem grundrechtlichen Schutz der informationellen Selbstbestimmung und ist zugleich vom Schutzgut der persönlichen Informationen umfasst. Der Schutz persönlicher Informationen ist eine Voraussetzung für demokratische Strukturen und ist als öffentliches Gut der Gegenstand spieltheoretischer Verhandlungen.[852] Dabei würde man die informationelle Selbstbestimmung grundsätzlich nicht in ein ökonomisches Modell überführen wollen, jedoch ist das Verhalten des Verantwortlichen und des Betroffenen als Spieler von Informationen und Auszahlungen beeinflusst, so dass eine spieltheoretische Modellierung des IKT-Rechts der Verdeutlichung von Strukturen dienen kann. Dafür wurde das IKT-Recht in den Strategieentscheidungen des Verantwortlichen und des Betroffenen *ex ante* zur Rechtfertigung, der Rechtfertigung und *ex post* zur Rechtfertigung modelliert. Es konnte aufgezeigt werden, dass dieses als Nullsummenspiel über die Verteilung des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen mit defektiven und kooperativen Handlungen gespielt wird, ohne die Interessenlagen der Akteure in dem Spiel einzubeziehen.[853]

Demgegenüber wird das öffentliche Gut der persönlichen Informationen gewahrt, wenn das Strategieverhalten von Kooperation geprägt ist. Folglich stellt sich die Frage nach der Evolution der Kooperation, welche mit der *TIT for TAT*-Strategie erreicht werden kann. Mit der bestehenden Informationsasymmetrie und dem Verhandlungsungleichgewicht zwischen dem Verantwortlichen und den Betroffenen wurde das Erfordernis einer Intervention durch Verfahren nachgewiesen. Sobald Intermediäre mit marktbeherrschender Stellung in dem Spiel involviert sind, kommen wettbewerbsrechtliche Interventionen hinzu. Diese können aufgrund eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung, des unlauteren Wettbewerbs und im Rahmen der Ausschreibungsanforderungen zum „Schutz

852 5. Teil, A.
853 5. Teil, B., II.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Vertraulichkeit von Informationen" von Diensten und Produkten erfolgen.[854]

Für die Identitätsverwaltung konnte die Intervention mit dem kooperationsfördernden Mediationsverfahren herausgearbeitet werden, welches als Metakommunikation die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten ermöglicht und als technischer Mediationsagent mit künstlicher Intelligenz ausgestattet werden könnte.[855] Dabei würde es sich um ein Konzept des *„mechanism by design"* zum Schutz des öffentlichen Gutes der persönlichen Informationen handeln, welches in einem Gesamtkonzept der mediativen Identitätsverwaltung stünde. Dieses umfasst die Verhandlung der Bilder personaler Identitäten unter den *Instruktionen* des technischen Mediationsagenten und ein Anreizsystem zur Kompensation des Legitimationsdefizits im IKT-Recht. Das Anreizsystem könnte im „Schatten des Rechts" in Gestalt von datenschutzrechtlichen Technikanforderungen und Verhaltensregeln umgesetzt werden. Weiter kommt *de lege ferenda* eine Verfahrensregel in Betracht, die dem Verantwortlichen eine Begründungspflicht darüber auferlegt, welche Identitätsverwaltungsmaßnahmen getroffen werden.[856] Ebenso wäre es denkbar, das öffentliche Gut der persönlichen Informationen in die Auflistung der Schutzgüter gemäß § 1 Abs. 1 ProdHG im Hinblick auf ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte aufzunehmen.[857] Damit würde dem Hersteller bereits zu einem frühen Stadium der Produktentwicklung eine umfassende Pflicht zur Implementierung von Schutzmaßnahmen auferlegt werden, die sich dann auf den gesamten Datenzyklus einer personalen Identität und ihren Schutz auswirken kann.

854 5. Teil, B., VI., 3.
855 5. Teil, C., I.–III.
856 5. Teil, C., V.
857 4. Teil, B., VI.

https://doi.org/10.5771/9783748909699-273, am 12.08.2024, 12:43:44
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb