PHILIPP HACKER

Datenprivatrecht

Jus Privatum
244

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 244

Philipp Hacker

Datenprivatrecht

Neue Technologien im Spannungsfeld von Datenschutzrecht und BGB

Mohr Siebeck

Philipp Hacker, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften, Philosophie und Neueren deutschen Literatur in München und Salamanca; 2014 LL.M., Yale Law School; 2016 Promotion, Humboldt-Universität zu Berlin; 2016/17 Max Weber Fellow, Europäisches Hochschulinstitut, Florenz; 2017/18 A.SK Fellow, Wissenschaftszentrum Berlin; 2019/20 AXA Postdoctoral Fellow, Humboldt-Universität zu Berlin; 2020 Habilitation, Humboldt-Universität zu Berlin; seit 9/2020 Inhaber des Lehrstuhls für Recht und Ethik der digitalen Gesellschaft, Europa-Universität Viadrina, European New School of Digital Studies.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – 452321320.

ISBN 978-3-16-159617-9 / eISBN 978-3-16-159618-6
DOI 10.1628/978-3-16-159618-6

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Lena, Tim und Clara

Vorwort

Daten werden zu einem immer gewichtigeren Teil aller Austauschprozesse. In rechtlicher Hinsicht bedingt dies einerseits, dass das unionale Datenschutzrecht tief in das mitgliedsstaatliche Privatrecht hineinragt. Umgekehrt wirkt dieses aber, zumal wenn es unionsrechtlich harmonisiert ist, auch vielfältig auf das Datenschutzrecht zurück. Die vorliegende Arbeit vermisst dieses Spannungsfeld. Dabei fokussiert sie sich auf drei Basistechnologien: Tracking-Instrumente, künstliche Intelligenz und das Internet der Dinge. Sie lag im Sommersemester 2020 der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift vor. Das Manuskript ist auf dem Stand von Mai 2020.

Entscheidende Impulse hat die Arbeit von einer Reihe von Personen und Institutionen erhalten. Mein Dank gilt dabei in erster Hinsicht meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Stefan Grundmann, der mir für diese Untersuchung nicht nur alle erdenklichen Freiheiten gewährt hat, sondern auf dessen Freundschaft und umsichtigen Rat in allen Dingen ich jederzeit zählen konnte und kann. Dass wir nicht nur einige Jahre in Berlin, sondern auch ein Jahr in Florenz am Europäischen Hochschulinstitut gemeinsam verbringen konnten, war eine glückliche Fügung, welche die Forschung in meiner Postdoktorandenzeit sehr befördert hat. Herrn Professor Axel Metzger danke ich herzlich für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens und wertvolle inhaltliche Hinweise. Insgesamt konnte ich aus dem Schwerpunkt, den die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin auf die Erforschung der Digitalisierung legt, zahlreiche Anregungen mitnehmen, etwa aus Gesprächen mit Herrn Professor Lars Klöhn, Frau Professorin Eva Inés Obergfell, Herrn Professor Gerhard Wagner und Herrn Professor Herbert Zech sowie mit meinen Co-Habilitanden, Dr. Michael Denga, Frau Professorin Linda Kuschel, Dr. Jan-Erik Schirmer, Dr. Sven Asmussen und Dr. Valentin Jentsch.

Meine eigene Forschungstätigkeit im Schnittbereich von Recht und Technologie hat von einer Reihe von Förderungen profitiert, für die ich überaus dankbar bin. Forschungsstipendien der Humboldt-Universität, des Europäischen Hochschulinstituts und des Wissenschaftszentrums Berlin sowie Forschungsprojekte am University College London haben mir eine vertiefte und interdisziplinäre Beschäftigung mit den rechtlichen Herausforderungen digitaler Technologien ermöglicht. Dass die Arbeit selbst im Jahr 2019 zügig niedergeschrieben werden konnte, verdanke ich einem AXA Postdoctoral Fellow-

ship, mit dem ich an die Humboldt-Universität zurückkehrte. Der DFG danke ich für die Gewährung einer Publikationsbeihilfe, der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik für die Auszeichnung dieser Arbeit mit dem DSRI-Wissenschaftspreis.

Zahllose Gesprächspartner haben die Arbeit und meine Forschung in dieser Zeit überaus befruchtet. Herr Professor Klaus Hopt hat meinen Werdegang immer wieder mit umsichtigen Ratschlägen begleitet. Gleiches gilt für Herrn Professor Hans-W. Micklitz, Herrn Professor Klaus Ulrich Schmolke und Herrn Professor Mattias Kumm. Frau Professorin Marietta Auer danke ich für ein weitsichtiges Gespräch am Wissenschaftskolleg. Technische und mathematische Problemstellungen konnte ich mit meinen interdisziplinären Co-Autoren angehen, dem Mathematiker Professor Emil Wiedemann und den Informatikern Professor Felix Naumann und Meike Zehlike, woraus mehrfach fruchtbare Kooperationen erwuchsen.

Besonders herzlich danke ich schließlich meinen Freunden und, vor allem, meiner Familie. Meine Mutter hat das gesamte Manuskript Korrektur gelesen – all errors remain entirely my own, wie man in amerikanischen Aufsätzen zu sagen pflegt. Meine Frau und meine zwei Kinder schließlich haben glücklicherweise immer wieder für die nötige Entschleunigung und die fröhlichste aller denkbaren Ablenkungen von der Wissenschaft gesorgt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im Mai 2020 Philipp Hacker

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

§1 Einführung

Das neue unionale Datenschutzrecht ist, entgegen mancher Befürchtung,[1] kein *law of everything*. Vielmehr müssen unterschiedliche Rechtsmaterien ineinandergreifen, um eine sachgerechte Regelungsstruktur im Schnittbereich von Datenschutzrecht und Privatrecht aufzubauen. Die Bestimmung des Verhältnisses dieser Rechtsmaterien, insbesondere von Datenschutzrecht und bürgerlichem Recht, ist ein zentrales Anliegen dieser Untersuchung. Denn die Verschränkung unterschiedlicher Technologieformen fordert mehr denn je ein rechtsbereichsübergreifendes Verständnis von juristischer Dogmatik und ein interdisziplinär fundiertes Konzept von Regulierung.

A. Daten in der Dauerschleife

Die Kombination unterschiedlicher Technologieformen schreitet rasant voran. Ob Tracking-Instrumente, künstliche Intelligenz oder das Internet der Dinge:[2] Neue Technologien konvergieren zunehmend gegen ein umfassendes *Internet of Everything*,[3] in dessen Rahmen nicht nur analoge und virtuelle Sphären kurzgeschlossen,[4] private und öffentliche Räume verschränkt,[5] sondern

---

[1] *Purtova*, 10 Law, Innovation and Technology 2018, 40 (41, 75 ff.); siehe auch *Lynskey*, 21 German Law Journal 2020, 80 (82); kritisch *Clifford*, The Legal Limits to the Monetisation of Online Emotions, 2019 Rn. 196–199.

[2] Zu diesen Basistechnologien ausführlich unten, §2 A.–C.

[3] Überblick über den Stand der Entwicklung bei *Breiner/Sriram/Subrahmanian*, AAAI Spring Symposium Series 2018, 107 (107 ff.); *Velasquez et al.*, 9 Journal of Internet Services and Applications 2018, 14 (14 ff.); *Di Martino et al.*, in: Di Martino et al. (Hrsg.), Internet of Everything, 2018, 1 (1 ff.); zum Entwicklungspotenzial *DeNardis*, The Internet in Everything, 2020, 3 ff.; *Shojafar/Sookhak*, International Journal of Computers and Applications 2019, DOI: 10.1080/1206212X.2019.1575621, 1 (1); *Miraz et al.*, 10 Future Internet 2018, Article 68, 1 (5); *Botta et al.*, 56 Future Generation Computer Systems 2016, 684 (688); *Miraz et al.*, IEEE Internet Technologies and Applications (ITA) 2015, 219 (220 f.); *Sriram*, 17(3) IT Professional 2015, 60; *Abdelwahab et al.*, 1 IEEE Internet of Things Journal 2014, 276 (276); *Jara/Ladid/Gómez-Skarmeta*, 4 Journal of Wireless Mobile Networks, Ubiquitous Computing, and Dependable Applications 2013, 97 (98); *Evans*, The Internet of Everything, Cisco Internet Business Solutions Group (IBSG), Report, 2012, 3 ff.; siehe auch unten, §2 D.

[4] *DeNardis*, The Internet in Everything, 2020, 8–11; *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015, 41 f.

[5] Siehe etwa *Hacker*, 7 International Data Privacy Law 2017, 266 (272); zur Smart City repräsentativ *Madaan/Ahad/Sastry*, 34 Computer Law & Security Review 2018, 125 (128 ff.);

auch Marktprozesse neu integriert werden.[6] Motor dieser Dynamik ist nicht zuletzt der bereits seit einigen Jahren zu konstatierende Einsatz personenbezogener Daten als funktionales Geldäquivalent.[7] Schon an der zunehmenden Nutzung von autonomen und vernetzten Fahrzeugen[8] oder von Gesichtserkennungssoftware durch private und öffentliche Akteure[9] zeigt sich jedoch, dass die technische Entwicklung mittlerweile weit darüber hinausgeht. Mit der wachsenden Vernetzung von Alltagsgeräten, onlinebasierten Dienstleistungen und öffentlichen Infrastrukturen entstehen genuin techno-physische Architekturen,[10] die durch eine Dauerschleife von einander durchdringenden, sich gegenseitig verstärkenden Analysesystemen gekennzeichnet sind:[11] Tracking-Technologien erheben Daten, die mithilfe von Techniken maschinellen Lernens analysiert und zur Steuerung von Geräten des Internets der Dinge eingesetzt werden, die ihrerseits wiederum neue Daten erheben und in den Zyklus einspeisen. Die Systeme sind entwicklungsoffen,[12] doch der Kreis der Daten schließt sich.

Die Integration dieser Prozesse in ein *Internet of Everything* ist nicht unumstritten. Die Utopie der einen[13] ist, wie so häufig, die Dystopie der ande-

Cobbe/Morison, in: Slautsky (Hrsg.), The Conclusions of the Chaire Mutations de l'Action Publique et du Droit Public, 2019.

[6] Siehe nur *Goldfarb/Greenstein/Tucker*, in: Goldfarb/Greenstein/Tucker (Hrsg.), Economic Analysis of the Digital Economy, 2015, 1, sowie die weiteren Beiträge in diesem Band; ferner *Urbach*, in Schmidt-Kessel/Kramme, Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017, 39; siehe auch die Nachweise in § 2, Fn. 99 zum *consumer preference modeling*.

[7] Siehe unten, § 3 A.II.

[8] Dazu etwa *Abeck et al.*, INFORMATIK 2019, 125 (125 ff.); *Crane/Logue/Pilz*, 23 Michigan Telecommunications and Technology Law Review, 2016, 191 (199 f.).

[9] Siehe nur die (kritische) Debatte über den zunehmenden Einsatz von Gesichtserkennungssoftware in westlichen Demokratien: *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, COM(2020) 65 final, 25 f.; *Coester/Fuhlert*, DuD 2020, 48 (49 ff.); *Hill*, The Secretive Company That Might End Privacy as We Know It, New York Times (18.1.2020), https://www.nytimes.com/2020/01/18/technology/clearview-privacy-facial-recognition.html; *Garvie*, Garbage In, Garbage Out. Face Recognition on Flawed Data, Center on Privacy & Technology, Georgetown Law, Report, 2019; *Draper*, Madison Square Garden Has Used Face-Scanning Technology on Customers, New York Times (13.3.2018), https://www.nytimes.com/2018/03/13/sports/facial-recognition-madison-square-garden.html; *Garvie/Bedoya/Frankle*, The Perpetual Line-Up: Unregulated Police Face Recognition in America, Center on Privacy & Technology, Georgetown Law, Report, 2016; zur VR China *Zoll*, Überwachung mit Gesichtserkennung: Made in China, erprobt in Xinjiang und weltweit exportiert, NZZ (3.12.2019), https://www.nzz.ch/international/china-nutzt-gesichtserkennung-fuer-ueberwachung-und-exportiert-sie-ld.1525690; zur Technologie grundlegend *Lawrence et al.*, 8 IEEE Transactions on Neural Networks 1997, 98; siehe auch *Y. Sun et al.*, Deepid3: Face recognition with very deep neural networks, Working Paper, 2015, https://arxiv.org/abs/1502.00873; *Goodfellow/Bengio/Courville*, Deep Learning, 2016, 23 f.; *Ranjan et al.*, 35 IEEE Signal Processing Magazine 2018, 66.

[10] Siehe nur *DeNardis*, The Internet in Everything, 2020, 25 ff.; vgl. auch *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (235).

[11] Siehe unten, § 3 D.

[12] *Breiner/Sriram/Subrahmanian*, AAAI Spring Symposium Series 2018, 107 (107 f.).

[13] Repräsentativ *Evans*, The Internet of Everything, Cisco Internet Business Solutions

ren.[14] Welchen Weg die technische Entwicklung letztlich nehmen wird, lässt sich naturgemäß nur schwer prognostizieren; umso dringlicher ist jedoch deren rechtliche Begleitung. Gesichert scheint dabei einzig, dass die Tendenz zu einer zunehmenden Kombination von Datensätzen[15] und Technologieformen geht.[16] Man muss nicht das Menetekel des chinesischen Sozialkreditsystems[17] an die Wand malen, um zu erkennen, dass darin gesellschaftliche und ökonomische Kräfte liegen, denen nachgerade revolutionäres Potenzial innewohnt.[18] So hat etwa der Einsatz von Daten als Zahlungsmittel die unmittelbare Folge, dass – ökonomisch gesprochen – die Budgetrestriktionen von Verbrauchern erheblich erweitert werden.[19] Darin liegt nicht zuletzt ein tendenziell egalitärer Impetus: Daten kann jede Person in ähnlichem Umfang als Geldäquivalent einsetzen.[20] Zugleich stellt diese Entwicklung eine immense Herausforderung für ihre datenschutz- und freiheitskonforme Ausgestaltung dar, insbesondere auch deshalb, weil die Präferenzen hinsichtlich des Einsatzes von Daten als Zahlungsmittel erheblich zwischen den Nutzern divergieren.[21]

Zugleich ist der beschriebene Prozess durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass die Selbstentäußerung von Privatheit in ganz erheblichem Maße durch eine (untechnisch gesprochen[22]) freiwillige Offenlegung von personenbezogenen Daten angetrieben wird.[23] Angesichts der zunehmenden Unentziehbarkeit aus der Dauerschleife von Datenerhebung, -analyse und datenbasierter Aktuation stellt sich jedoch die Frage, ob sich die bisherigen rechtlichen Kategorien, die selbstbestimmtes Handeln in digitalen Kontexten garantieren sollten – ins-

---

Group (IBSG), Report, 2012, 3 ff.; *Breiner/Sriram/Subrahmanian*, AAAI Spring Symposium Series 2018, 107 (107 f.).

[14] Siehe etwa *Zuboff*, The Age of Surveillance Capitalism, 2019, besonders deutlich in Kapitel 11 II. und Kapitel 12 VII.; *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, 63; früh bereits nuanciert kritisch Picard, *Affective Computing*, 1997, 118 f., 244; Analyse des *Internet of Everything* als Machtstruktur und Governance-Herausforderung bei *DeNardis*, The Internet in Everything, 2020, 17 ff., 212 ff.

[15] *Bruneteau et al.*, Usage-Based Insurance. Global Study, 2016, 15.

[16] Siehe nochmals unten, § 2 D.

[17] Dazu nur *Liang et al.*, 10 Policy & Internet 2018, 415; *Genzsch*, in: Loitsch (Hrsg.), China im Blickpunkt des 21. Jahrhunderts, 2019, 129.

[18] *DeNardis*, The Internet in Everything, 2020, 59 ff.; *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015, 45 ff.; kritische Zuspitzung bei *Zuboff*, The Age of Surveillance Capitalism, 2019, vor allem Kapitel 13.

[19] Siehe unten, § 3 B.I.1.c).

[20] Vgl. den provokativen Vorschlag bei *Arrieta-Ibarra et al.*, 108 AEA Papers and Proceedings 2018, 38 (39 f.) zu *data as labor*; dass manche personenbezogenen Daten stärker nachgefragt werden und mehr Wert haben als andere, ist zwar nicht in Abrede zu stellen, siehe nur *Bundesverband der digitalen Wirtschaft*, Data Economy, 2018, 15 f. sowie unten, § 3 A.II.1.b). Allerdings dürften diese Wertunterschiede tendenziell orthogonal zu den hergebrachten Kategorien sozio-ökonomischer Stratifikation liegen.

[21] Siehe unten, § 3 C.

[22] Zum spezifisch datenschutzrechtlichen Begriff der Freiwilligkeit in diesem Kontext näher unten, § 4 B.I.3.dd).

[23] *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, 61 f.; siehe auch unten, § 4 B.I.5.

besondere die Einwilligung – nicht endgültig überholt haben. Die vorliegende Untersuchung wird zeigen, dass diese Frage, entgegen zahlreicher Grabesreden auf die Einwilligung,[24] nicht uneingeschränkt bejaht werden kann. Allerdings können und müssen die gesetzlich bereits angelegten Formen datensouveränen Handelns technisch und regulatorisch unterstützt werden, um wenigstens eine maschinell mediierte Residualform von Privatautonomie unter den Bedingungen der digitalen Wirtschaft, und zumal des sich ankündigenden *Internet of Everything*, zu erhalten.[25] Dies impliziert jedoch zugleich, dass neue, datenverarbeitende Technologien nicht nur als Risiko, sondern auch als Chance für Selbstbestimmung und Datenschutz angesehen werden sollten.

B. Datenprivatrecht

Diese Technologien machen an den etablierten Grenzen tradierter Rechtsgebiete keinen Halt. Vielmehr verlangen sie nach einer rechtsgebietsübergreifenden Integration ganz unterschiedlicher, teils rein national, teils unionsrechtlich geprägter Normgruppen. Einerseits ist dabei das Datenschutzrecht von unabweislicher Relevanz, da die genannten Technologien jedenfalls typischerweise mit der Verarbeitung personenbezogener Daten operieren. Zugleich werden sie jedoch, sofern sie von nicht-öffentlichen Akteuren verwendet werden, zur Strukturierung von marktförmigen Austauschprozessen genutzt, auf welche die klassischen Bereiche des Privatrechts Anwendung finden. Die Engführung von Datenschutzrecht und Privatrecht ist dabei besonders getrieben durch die Nutzung von Daten als funktionales Geldäquivalent, bleibt jedoch an diesem Punkt nicht stehen.

In jüngerer Zeit wird vor allem im zivilrechtlichen Diskurs zunehmend von der Notwendigkeit der Ausformung eines Datenschuldrechts gesprochen.[26] Allerdings erweist sich dieser Begriff letztlich als zu eng, da die privatrechtlichen

---

[24] Siehe etwa *Zuiderveen Borgesius*, 13 IEEE Security & Privacy 2015, 103 (104 f.); *Barocas/Nissenbaum*, 57(11) Communications of the ACM 2014, 31 (32); *Tene/Polonetsky*, 11 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property 2012, 239 (261 f.); vgl. ferner die Nachweise in § 6, Fn. 195 ff.

[25] Dazu näher unten, § 6 C.

[26] Begriffsprägend *Schmidt-Kessel*, Daten als Gegenleistung in Verträgen über die Bereitstellung digitaler Inhalte, Folien zum Vortrag vom 3.5.2016, Folie 7, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Praesentationen/05032016_digitalesVertragsrecht_Schmidt_Kessler.html; bereits zuvor in der Sache *Langhanke/Schmidt-Kessel*, EuCML 2015, 218 (220 ff.); aufgegriffen bei *Wendehorst*, NJW 2016, 2609 (2610); *Sattler*, JZ 2017, 1036 (1036); *Schmidt-Kessel/Grimm*, ZfPW 2017, 84 (102 ff.); *Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder*, Bericht vom 15. Mai 2017, 2017, 16, 202 ff.; *Föhlisch*, CR 2018, 583 (583); *Gsell*, ZUM 2018, 75 (80 Fn. 64); *Sattler*, in: Ochs et al. (Hrsg.), Die Zukunft der Datenökonomie, 2019, 1 (3 ff.); *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, 2019, 147; *Indenhuck/Britz*, BB 2019, 1091 (1091 ff.); *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497 (2497); *Riechert*, DuD 2019, 353 (360).

Implikationen von Daten über die Wechselwirkungen des Datenschutzrechts mit dem Schuldrecht im engeren Sinne hinausgehen. Die zunehmende Integration digitaler Technologien in alle Lebensverhältnisse und Austauschprozesse macht daher die Entwicklung eines *Datenprivatrechts* notwendig, in dem auch das Datenschuldrecht als ein Spezialgebiet seinen Platz findet. Der Begriff des „Datenprivatrechts" wurde bislang, soweit ersichtlich, nur im Kontext des internationalen Privatrechts verwandt (internationales Datenprivatrecht),[27] dort jedoch als Chiffre für Fragen des internationalen Privat- und Zuständigkeitsrechts des Datenschutzrechts.[28] Bei Lichte betrachtet reicht das Datenprivatrecht aber, wie auch die Untersuchungen zum IPR schon andeuten,[29] über die DS-GVO und weitere Datenschutzrechtsakte weit hinaus. Letztlich steht der Begriff für ein interdisziplinär informiertes Privatrecht des Umgangs mit Daten. Zum Aufbau einer solchen Querschnittsmaterie kann eine einzelne Untersuchung naturgemäß nur einen Baustein liefern. Ausgespart werden muss vorliegend etwa die besonders vor einigen Jahren aktiv geführte und nun noch einmal von der WIPO[30] aufgegriffene Debatte um ein „Datenrecht" bzw. ein „Dateneigentum".[31]

Die zentrale Zäsur innerhalb des Datenprivatrechts stellt vielmehr die Unterscheidung zwischen personenbezogenen und nicht personenbezogenen Daten dar: Mit ihr steht und fällt die Anwendbarkeit des (unionalen und nationalen) Datenschutzrechts. Wie im Folgenden noch genauer darzustellen ist,[32] interpretiert der EuGH den Begriff der personenbezogenen Daten denkbar weit. Dies impliziert, dass die Wechselwirkungen zwischen Datenschutzrecht und Privatrecht einen Kernbereich des Datenprivatrechts ausmachen, für datengeprägte Austauschprozesse außerhalb der Industrie 4.0 vielleicht gar den relevantesten. Dieser Schnittbereich lässt sich, infolge der schon durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts bedingten Schlüsselstellung des Datenschutzrechts, als *Datenschutzprivatrecht* beschreiben.[33] Dabei muss jedoch, wie sich zeigen wird, neben dem klassisch-regulatorischen Zugriff des Datenschutzrechts immer zugleich die Perspektive eines Daten*ermöglichungs*rechts mitgedacht werden, welches die Nutzer in die Lage versetzt, mit ihren Daten, so weit als möglich, souverän zu verfahren und diese beispielsweise als funktionales Zahlungsäquivalent einzusetzen. Inwiefern solche autonomieförderli-

---

[27] *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50; ihm begrifflich folgend *Thon*, RabelsZ 84 (2020), 24.

[28] *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (52).

[29] Siehe etwa *Lüttringhaus*, ZVglRWiss 117 (2018), 50 (56 ff., 76 ff.).

[30] *WIPO*, Draft Issues Paper on Intellectual Property and Artificial Intelligence, WIPO/IP/AI/2/GE/20/1, 2019, Issue 10.

[31] Siehe dazu etwa *Zech*, CR 2015, 137 (144 ff.); *Fezer*, MMR 2017, 3; *Specht*, GRUR Int. 2017, 1040; *Denga*, NJW 2018, 1371; *Kühling/Sackmann*, ZD 2020, 24; *Pertot* (Hrsg.), Rechte an Daten (im Erscheinen).

[32] Siehe unten, § 4 A.II.2.

[33] So bereits *Hacker*, ZfPW 2019, 148 (150, 195 f.).

chen Ermöglichungsstrukturen im Datenprivatrecht, einschließlich des unionalen Datenschutzrechts, bereits jetzt angelegt sind bzw. ausgebaut werden können, wird eine zentrale Fragestellung der Arbeit ausmachen.[34]

Inhaltlich beschäftigt sich das Datenschutzprivatrecht also mit den Wechselwirkungen des Datenschutzrechts mit einer Reihe von Gebieten des Privatrechts, im Rahmen des bürgerlichen Rechts vordringlich etwa mit der Rechtsgeschäftslehre und dem Schuldrecht, letztlich aber mit allen Büchern des BGB.[35] Außerhalb des BGB stehen die Interferenzen des Datenschutzrechts mit dem Antidiskriminierungsrecht,[36] dem Lauterkeitsrecht[37] und, bereits am weitesten durch das Schrifttum erfasst, dem Kartellrecht[38] im Fokus.[39] Nur

[34] Siehe insbesondere §§ 4 B., 5 B., 6 C.

[35] Siehe zum Verhältnis von Datenschutzrecht und Erbrecht im Kontext des digitalen Nachlasses etwa BGH NJW 2018, 3178 Rn. 64 ff.; repräsentativ aus dem Schrifttum *Budzikiewicz*, AcP 218 (2018), 558 (577 ff.); zum Familienrecht, speziell zur Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Betreuungsbehörden, AG Altötting, Verfügung vom 9.9.2019 – 401 XVII 0178/92, BeckRS 2019, 30935; ferner allgemein die Beiträge in *Pertot* (Hrsg.), Rechte an Daten (im Erscheinen).

[36] Siehe dazu bereits *Hacker*, 55 Common Market Law Review 2018, 1143 (1172 ff.); *Zehlike/Hacker/Wiedemann*, 34 Data Mining and Knowledge Discovery 2020, 163 (186 ff.); *Wachter*, Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising, 35 Berkeley Technology Law Journal (im Erscheinen), https://ssrn.com/abstract=3388639, 17 ff.

[37] Siehe nur LG Stuttgart, ZD 2019, 366; *Uebele*, GRUR 2019, 694 (697 f.); *Köhler*, ZD 2019, 285 (285); *Ohly*, GRUR 2019, 686 (688 ff.); *de Franceschi*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hrsg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017, 113 (131 f.).

[38] Siehe dazu OLG Düsseldorf NZKart 2019, 495 (498): von Marktmacht unabhängiger Datenschutzverstoß als solcher für kartellrechtlichen Missbrauch marktbeherrschender Stellung nicht ausreichend; im internationalen Schrifttum zum EU-Recht überwiegt die Befürwortung der Berücksichtigung von Datenschutzbelangen in der kartellrechtlichen Analyse, siehe etwa *Costa-Cabral/Lynskey*, 54 Common Market Law Review 2017, 11 (besonders 33 ff., dort 35 zur Kausalität); *Graef/Clifford/Valcke*, 8 International Data Privacy Law 2018, 200 (210 f.); *Stucke*, 2 Georgetown Law Technology Review 2018, 275 (286–290); *Lianos*, Polycentric Competition Law, 71 Current Legal Problems 2018, 161 (185–189); *European Data Protection Supervisor*, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, Preliminary Opinion, 2014, besonders 29–32; ders., On the coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data, Opinion 8/2016, 2016, besonders 5–7; *Autorité de la Concurrence/Bundeskartellamt*, Competition Law and Data, Joint Report (10.5.2016), 25; ferner auch *Monopolkommission*, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, 2015, Rn. 522–527; *Kuner/Cate/Millard/Svantesson/Lynskey*, 4 International Data Privacy Law 2014, 247 (248); *Buchner*, WRP 2019, 1243 (1245); tendenziell auch *Kamann/Miller*, NZKart 2016, 405 (406); das deutsche Schrifttum sieht dies mehrheitlich kritisch, etwa *Körber*, NZKart 2016, 348 (351 ff.); *Franck*, ZWeR 2016, 137 (151 ff.) (mangels Kausalität der marktbeherrschenden Stellung für die Datenschutzverletzung); so auch *Schweitzer*, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Regulierung-Wettbewerb-Innovation, 2017, 269 (303 f.); *Körber*, NZKart 2019, 187 (192 f.); ferner *Colangelo/Maggiolino*, 42(3) World Competition Law and Economics Review 2019, 355; sowie die Nachweise unten in § 4, Fn. 550; insgesamt skeptisch jedoch hinsichtlich der Möglichkeit einer durch das Kartellrecht getragenen Regulierung digitaler Austauschprozesse *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (245 f.).

[39] Auch darüber hinaus werden privatrechtliche Gebiete von der DS-GVO maßgeblich beeinflusst, siehe etwa zum Wechselspiel von DS-GVO und ZPO *Ory/Weth*, NJW 2018,

durch die Analyse dieser Querbeziehungen kann ein integriertes Marktordnungsrecht für die digitale Wirtschaft erarbeitet werden, das einerseits sachspezifische Risiken adressiert, andererseits aber auch die Bedingungen der Möglichkeit privatautonomer Gestaltung von Rechtsverhältnissen erhält bzw., wo notwendig, wiederherstellt.

Die vorliegende Untersuchung kann jedoch schon aus Gründen des Umfangs nur einen Ausschnitt dieses umfassenden Forschungsprojekts verwirklichen. Sie fokussiert sich daher innerhalb des Datenprivatrechts auf das Datenschutzprivatrecht im soeben beschriebenen Sinn. Dabei identifiziert sie drei spezifische regulatorische Herausforderungen, welche ein Daten(schutz)privatrecht nach hier vertretener Auffassung vorrangig meistern muss: die Multirelationalität von Daten; ihre Ambivalenz hinsichtlich Nutzen und Risiken; sowie die Heterogenität von Datenschutzpräferenzen.[40] Sachrechtlich kapriziert sich die Untersuchung dabei auf die Wechselwirkungen zwischen dem Datenschutzrecht einerseits und Kerngebieten des Zivilrechts andererseits, insbesondere der Rechtsgeschäftslehre und dem Schuldrecht. Dieser spezifische Querschnittsbereich erscheint gerade für die Frage des Stellenwerts und der Funktionsbedingungen der Privatautonomie zentral. Zudem werden rein rechtstatsächlich weite Bereiche der digitalen Austauschprozesse gegenwärtig auf vertraglichem Wege, zumal durch AGB, zwischen den Parteien geregelt,[41] was über die Rechtsgrundlage zur Verarbeitung vertragserforderlicher personenbezogener Daten in Art. 6 Abs. 1 lit. b. DS-GVO auch unmittelbar datenschutzrechtliche Relevanz gewinnt. Schließlich zeigt auch die zur Zeit der Niederschrift dieser Untersuchung gerade verabschiedete DIDD-Richtlinie,[42] dass die Wechselwirkungen zwischen Datenschutzrecht, Vertragsrecht und Rechtsgeschäftslehre gewissermaßen den Nukleus des Datenprivatrechts ausmachen.[43] Kartell- und lauterkeitsrechtliche Berührungspunkte werden im

2829; *Wiebe/Eichfeld*, NJW 2019, 2734; zur Rechtsdurchsetzung etwa *Fries*, NJW 2016, 2860 (2861 ff., besonders 2865).

[40] Siehe unten, § 3 A.–C.

[41] Siehe nur die Portale Terms of Service; Didn't Read (http://tosdr.org/), bei dem Online-Nutzungsbedingungen benotet werden, und TOSBack (https://tosback.org/), das Änderungen von Nutzungsbedingungen transparent macht. Alle in dieser Arbeit zitierten Webseiten wurden, sofern nichts anderes angegeben ist, zuletzt abgerufen am 30.4.2020.

[42] Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136/1; dazu, seit dem Erlass der Richtlinie, *Mischau*, ZEuP 2020, 335; *Metzger*, JZ 2019, 577; *Sein/Spindler*, 15 European Review of Contract Law 2019, 257; *Sein/Spindler*, 15 European Review of Contract Law 2019, 365; *Spindler/Sein*, MMR 2019, 415; *Spindler/Sein*, MMR 2019, 488; *Wendland*, ZvglRWiss 2019, 191; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497; *Bach*, NJW 2019, 1705; *Schulze*, ZEuP 2019, 695; *Morais Carvalho*, EuCML 2019, 194; bereits zuvor etwa, aus dem breiten Schrifttum, *Auer*, ZfPW 2019, 130 (132 ff.); *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (218 ff.); *Gsell*, ZUM 2018, 75; *Grundmann/Hacker*, 13 European Review of Contract Law 2017, 255 (289 ff.); *Graf von Westphalen*, BB 2016, 1411.

[43] Vgl. *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497 (2497).

Rahmen dieser Untersuchung an geeigneten Stellen aufgezeigt,[44] ohne dass jedoch eine umfassende Untersuchung der Interdependenzen dieser Rechtsgebiete mit dem Datenschutzrecht geleistet werden könnte. Den Verbindungen von Antidiskriminierungsrecht und Datenschutzrecht schließlich ist der Verfasser bereits an anderer Stelle nachgegangen.[45] In all diesen unterschiedlichen Querschnittsmaterien zeigt sich insbesondere, dass einmal mehr das europäische Mehrebenensystem[46] – im hier relevanten Bereich bestehend aus mitgliedstaatlichem und unionalem,[47] dabei teils durch Richtlinien geprägtem, teils unmittelbar durch Verordnungen gesetztem, teils durch Öffnungsklauseln konturiertem Recht – die methodische Komplexität der rechtswissenschaftlichen Erfassung neuer Technologien nicht unerheblich erhöht.[48]

C. Regulatorisches und ermöglichendes Privatrecht

Die systematische Erfassung des Datenprivatrechts muss sich nicht nur an der Dogmatik, sondern auch an den Funktionen des Privatrechts orientieren. Dieses wird bereits seit längerem,[49] besonders deutlich in der grundlegenden Untersuchung von *Hellgardt*,[50] als ein multifunktionales System betrachtet, das neben einem sachgerechten Interessenausgleich[51] (zumindest[52]) zwei weitere, einander partiell ausschließende Ziele verfolgt: einerseits die Ermöglichung der

[44] Siehe zum Kartellrecht etwa § 4 B.I.3.a)dd)(3)(b)(aa) zur Relevanz der Marktmacht des Anbieters bei der Bestimmung der Freiwilligkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung; Text bei § 4, Fn. 945 zur kartellrechtlichen Dimension von Zugangsrechten; zum Lauterkeitsrecht etwa Text bei § 5, Fn. 504 f. zum Unterlassungsanspruch von Mitbewerbern bei Datenschutzrechtsverstößen.

[45] Siehe die Nachweise oben in Fn. 36.

[46] Zu Begriff und Inhalt ausführlich *Metzger*, Extra legem, intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, 115 ff.

[47] Die Ebene des internationalen Rechts (Völkerrecht, Einheitsrecht, *lex mercatoria*) wird hingegen in dieser Arbeit ausgeblendet; siehe zu dieser Ebene im Kontext des europäischen Privatrechts allgemein *Metzger*, Extra legem, intra ius. Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, 126 f., 469 ff.

[48] Siehe dazu unten, § 5 A.

[49] Siehe bereits *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 (91 f.); *Steindorff*, in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, 621 (625); *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85 (98–100), wenngleich mit kritischem Blick auf die regulatorische Seite des Privatrechts; zu einer funktionalen Vertragsperspektive grundlegend *Raiser*, in: von Caemmerer et al. (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960, 101 (109 ff.); siehe auch den Überblick bei *Grundmann*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Band I, 2015, 875 (877 ff.).

[50] *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 47 ff., besonders 58 f., der beide Funktionen auf das Recht als solches, über das Privatrecht hinaus, ausdehnt (ebd., 50 f., 58).

[51] Siehe repräsentativ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 59 ff.; *Grundmann*, in: Festschrift Canaris, 2017, 907 (910 ff., 942); vgl. auch *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 (140 ff.); im Kontext des privaten Datenrechts auch *Denga*, NJW 2018, 1371 (1373 ff.).

[52] Zu weiteren Funktionen, *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 62 ff. (Organisations- und Begrenzungsfunktion); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 52 ff. (Integrationsfunktion im Binnenmarkt).

Ausübung von Privatautonomie (ermöglichendes Privatrecht)[53] und andererseits die Einhegung spezifischer Risiken (regulatorisches Privatrecht),[54] wobei sich letztere zumeist, wenngleich nicht notwendig,[55] als Folge eines Marktversagens darstellen.[56]

Regulierung, verstanden als bewusste, rechtsförmige, staatliche Beeinflussung, die einen über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt,[57] ist schon begrifflich auf Ordnungsstrukturen bezogen.[58] In privatrechtlichen

[53] Siehe nur *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 (91); *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, 1999, 1. Teil, § 2 Rn. 52; *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 7 f.; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 41 ff.; *Grundmann*, 6 European Review of Private Law 2010, 1055 (1063–1066); *Wagner*, in: Blaurock/Hager, Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 2010, 13 (14 f.); *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, 36–38; diese Ermöglichungsfunktion wird auch als Infrastrukturfunktion des (Privat-)Rechts bezeichnet, siehe *Windbichler*, AcP 198 (1998), 261 (271); *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 73–76; *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses, 2007, 136; *Möslein*, Dispositives Recht, 2011, 380 („staatliche Infrastrukturverantwortung"); *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 56–59; vgl. für das Gesellschaftsrecht auch *Fischel/Easterbrook*, The Economic Structure of Corporate Law, 1996, 34.

[54] Siehe dazu umfassend *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 8 f. und 31 ff. (bezogen auf das Vertragsrecht); mit Blick auf das Privatrecht insgesamt *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 46 ff.; ferner *Windbichler*, AcP 198 (1998), 261 (272); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 47 ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (422 ff.) (Steuerungsfunktion); *Micklitz*, GPR 2009, 254 (255 ff.) (Europäisches Vertragsrecht als „Regulierungsprivatrecht"); *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, 38–44; *Grundmann*, in: Festschrift Canaris, 2017, 907 (910); *Grundmann/Hacker*, 13 European Review of Contract Law 2017, 255 (256 f.); *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 (241); siehe auch die verwandte Unterscheidung zwischen marktkonstitutivem und marktkompensatorischem Vertragsrecht bei *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, 65 ff.). Unter denjenigen, welche die Regulierungsfunktion des Privatrechts anerkennen, ist freilich umstritten, ob sich diese auf den Erhalt bzw. die Wiederherstellung der Ermöglichungsfunktion beschränken muss (so etwa *Zöllner*, AcP 188 [1988], 85 [98 f.]; vgl. auch *Bydlinski*, AcP 204 [2004], 309 (344 f.) zum Strafschadensersatz) oder ob auch darüber hinausgehende Ziele verfolgt werden können (so *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 8; *Wagner*, AcP 206 [2006], 352 [432 ff.]; *Micklitz*, GPR 2009, 254 [257]; *Collins*, 22 EBLR 2011, 425, 426; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 81; *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, 41 ff.; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, § 6 und § 9).

[55] Siehe nur *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 8.

[56] *Grundmann*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, 1 (29); siehe auch *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 7.

[57] Vgl. *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I, 2. Aufl. 2012, 1319, besonders Rn. 5; dort auch zum uneinheitlichen Begriff der Regulierung (ebd. Rn. 1 ff.); dazu auch, rechtsvergleichend, *Grundmann*, in: Festschrift Canaris, 2017, 907 (909 f.); *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 16 ff., besonders 50 ff., der zudem die Verfolgung von Zielen des Allgemeinwohls als notwendige Begriffsbedingung postuliert (ebd., 53–55, 81). Im hier betrachteten Schnittbereich von Datenschutz- und Privatrecht macht die (nicht unumstrittene, siehe nur *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 7) Hinzunahme dieser Bedingung jedoch keinen Unterschied, da regelmäßig staatliche Eingriffe (zumindest auch) die Verwirklichung von Markt- oder Datenschutz zum Ziel haben; siehe im Einzelnen unten, § 4 C. und § 5 C.

[58] Vgl. auch den Überblick über Ordnungsdenken und die ordoliberale Schule bei

Kontexten interveniert Regulierung typischerweise durch die Verfolgung jeweils zu rechtfertigender Ordnungszwecke in den Marktmechanismus und begrenzt den Spielraum der Akteure.[59] Damit fungiert diese regulatorische Ebene als ein Rahmen für die Ausübung von Privatautonomie.[60] Demgegenüber lassen sich solche Normen identifizieren, die primär, zum Teil auch durch zwingendes Recht, eine Erweiterung dieses Spielraums bezwecken. Sie halten rechtliche Konstrukte bereit, welche privatautonome Gestaltung unterstützen oder überhaupt erst ermöglichen.[61] Beispiele für derartige Ermöglichungsstrukturen bieten die Anerkennung von (natürlichen oder juristischen) Personen als Rechtssubjekte,[62] rechtliche (z. B. vertragliche) Typisierungen[63] oder die Verfügbarmachung von staatlichen Rechtsdurchsetzungsmechanismen.[64]

Dabei ist zu konzedieren, dass gerade im Vertragsrecht viele Normen sowohl regulatorischen als auch ermöglichenden Charakter haben,[65] da sie einerseits bestimmte, (auch) der Allgemeinheit dienende Schutzzwecke verfolgen,

---

Grundmann, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, Band I, 2015, 405 (408 ff.); *Vanberg*, in: Newman (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Law and Economics, Band 2, 1998, 172; zu Ordnungsstrukturen im Privatrecht auch *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (443 ff.); grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 (85 ff., 99 ff.).

[59] *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 59; vgl. auch *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I, 2. Auf. 2012, 1319 Rn. 3; *Eisner/Worsham/Ringquist*, Contemporary Regulatory Policy, 2000, 6 ff.; für das Datenschutzrecht auch *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, 2006, 62.

[60] *Kilian*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, 427 (431); *Grundmann*, in: Festschrift Canaris, 2017, 907 (911).

[61] Siehe die Nachweise oben in Fn. 53.

[62] *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 41 f.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, 71 ff.; *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, 36.

[63] *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 42; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 72.

[64] *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 44; *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses, 2007, 135 f.; *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, 37; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, 238; vgl. auch *Raiser*, in: von Caemmerer et al. (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1960, 101 (115).

[65] *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 41; *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, 36; vgl. auch *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht, 2013, 66 (Hybridqualität von Normen mit sowohl marktkonstitutiver als auch marktkompensatorischer Funktion, etwa § 138 BGB). Ob man Ermöglichung bzw. Erhalt und Wiederherstellung der Möglichkeit zur effektiven Wahrnehmung privater Gestaltungsmacht durch privatautonome Regelsetzung auch als Teil der Regulierung sieht, weil auch hier zielgerichtet Verhalten und Marktstruktur beeinflusst werden, ist eine rein begriffliche Frage, von der hier nichts weiter abhängt (ablehnend etwa *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, 71 f.; *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses, 2007, 136 [kein Eingriffscharakter]; bejahend *Grundmann*, in: Festschrift Canaris, 2017, 907 [911]; wohl auch schon *Grundmann*, 6 European Review of Private Law 2010, 1055 [1064 f.]). Für die Zwecke dieser Arbeit werden derartige Normen in terminologischer Hinsicht als Hybrid von Ermöglichungs- und Regulierungsfunktion betrachtet. Analytisch bleibt nichtsdestoweniger die Differenz zwischen Ermöglichung einerseits und restringierend ordnender Regulierung andererseits zentral.

Sachregister