

VOM «EMPIRISCHEN» ZUM «GENERISCHEN» RECHT

*Der Beitrag der Institutionenökonomik**

Bernd Lutterbeck
Technische Universität Berlin
Dezember 2008

1. Im Datenschutz muss man zwei Typen von Recht unterscheiden: Individualdatenschutz und Systemdatenschutz.¹ Seit der Arbeit von Adalbert Podlech über «Systemdatenschutz» von 1982 gehört diese Einsicht zum gesicherten Stand der bundesdeutschen Datenschutzdiskussion.
Der Typ «Systemdatenschutz», wiewohl in allen modernen Regulierungen verwendet, ist in seiner Struktur unklar geblieben. Folgt man Podlech, handelt es sich um eine Art Aggregat, das techniknahe, letztlich programmierbare Regularien enthält, die aber logisch ihren Grund in rechtlichen Vorgaben zB der Verfassung haben. Podlech und die ihm folgende herrschende Meinung verstehen also diesen Typ techniknahen Rechts als eine axiomatische Entität, deren Gehalt sich deduktiv ermitteln lässt. Das vorfindliche [empirische] Recht wird auf der höheren Ebene techniknahen Rechts abgebildet. Im Extremfall, den Podlech am Beispiel einer Krankenkasse durchgespielt hat, erzwingt das Systemrecht einer Stele ein durch und durch formalisiertes Informationsgeschehen (Podlech, 1995).

* Beitrag für den Workshop «Software als Institution», ausgerichtet vom Karlsruhe Institute of Technology, 12. Dezember 2008.

¹ « *Systemdatenschutz (ist) die Menge der Rechtsregeln, die Vorgänge der Informationserhebung oder der Informationsverarbeitung unabhängig davon, ob im Einzelfall Interessen der Betroffenen berührt sind oder nicht, rechtlich so ordnen, dass die Gesamtheit der rechtlich geregelten Informationsvorgänge keine sozialschädlichen Folgen herbeiführen. Welche Folgen eines Informationsverhaltens dabei für die Gesellschaft als sozialschädlich anzusehen sind, hat in erster Linie der Gesetzgeber im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung politisch zu entscheiden.*» (Podlech, 1982, S. 452)

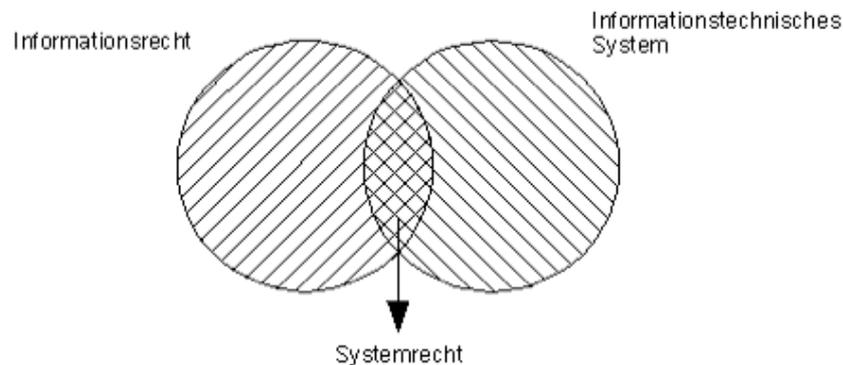


Abbildung 1: Systemrecht²

2. Diese neue rechtliche Entität nenne ich «generisches» Recht (erstmal in Ishii, Lutterbeck und Pallas, 2008, S. 13). Das generische Recht könnte – über den Fall des Datenschutzes hinaus – Regulator eines komplexen informatischen Geschehens sein. Ob man diesen Typ des Rechts «Recht» nennen darf, haben Podlech und Steinmüller (wie schon in Steinmüller, 1993 vorhergedacht) jüngst in Frage gestellt. Es handele sich eher um so etwas wie «Proto-Recht». In meiner Praxis bei der datenschutzrechtlichen Kontrolle großer bis größter Informatik-Systeme zwischen 1978 und 1984 ergaben sich Probleme, für die die gesamte juristische Literatur keine Antwort bereit hielt:

Wie findet man Schwachstellen in großen bis größten Systemen?

Wie lassen sich normative Anforderungen in organisatorische Anforderungen übersetzen?

Aus dieser praktischen Sicht war es völlig klar, dass eine Durchsetzung des Datenschutzes in der Praxis ohne einen solchen neuen Rechtstyp, den Podlech vorgeschlagen hat, nicht gelingen kann.

3. Meine Vorstellung von generischem Recht deckt sich nur teilweise mit den Vorstellungen von Adalbert Podlech zum Systemdatenschutz:
- Das generische Recht kann ein Aggregat rechtlicher Vorstellungen sein. Eine «Abbildung», wie sie Abbildung 1 nahelegt, wird meist schon aus praktischen Gründen nicht möglich sein.
Beispiele:
Die «Safe Harbor-Principles» im Datenschutz
Generische CC-Lizenzen

² Die Abbildung ist in einem Projekt entstanden, das 1988 an der TH Darmstadt bearbeitet wurde, Nachweise bei Ishii, Lutterbeck und Pallas (2008, S. 39).

- Das generische Recht ist die Entität von Regularien, die Informatiker/Systemgestalter handhaben können müssen. Es dient der Umsetzung in den Systementwurf.
Die Abgrenzung zum empirischen Recht mag im Einzelnen schwierig sein. Der Informatiker/Systemgestalter muss daher wissen, wann er einen Rechtsberater hinzuziehen muss und wann nicht.
- Der entscheidende Unterschied liegt in der logischen Fundierung der Konzepte.
Podlech deduziert die Werte des Systemrechts aus vorfindlichen Werten, zB der Verfassung.
Mein Konzept eröffnet die Möglichkeit, dass Werte aus der Gedankenwelt der Ingenieure in den Systementwurf einfließen können und müssen. (hierzu neuerdings Lutterbeck, 2008)

Auf den Punkt gebracht: Ich behaupte, dass die rechtlichen Werte und die Werte, die zum Entwurf und Funktionieren informatischer Systeme führen, nicht ineinander überführt werden können.

4. Es gibt also Klärungsbedarf.

Podlech, Steinmüller und ich sind uns einig, dass die gebotene enge Verbindung der Informatik mit dem Recht nur durch einen neuen Typ von Recht gelingen kann. Fraglich ist, wie man der logischen Falle des Rechts entrinnen kann.

Den Weg heraus hat vor allem der amerikanische Rechtsprofessor Lawrence Lessig gewiesen, der einem breitem Publikum durch die griffige Formulierung «code as law» bekannt geworden ist (Lessig, 1999 b). In diesem Werk schlägt der Autor vier Idealtypen der Regulierung vor: Markt, Recht, Gesellschaftliche Normen und (informatische(r)) Code/Architektur. Jeder dieser Regulatoren ist eigenständig, aber in der Realität aufeinander bezogen. In (Lessig, 1999 a) entwickelt Lessig einen Gedanken, der die Logik der Podlech'schen Axiomatik durchbricht: Quelle der Werte des Regulierungsgeschehens könnten auch Programmierer sein. Er belegt dies mit dem Strukturgleichheiten der Werte von offenem Code und offenen Gesellschaften.

Die Berliner Forschungen zur Regulationstheorie legen es nahe, die Institutionenökonomik zum Aufbau der Brücken heranzuziehen (Ishii, 2005; Ishii, Lutterbeck, Pallas, 2008; van Schewick, 2005 (2009)). Die, allerdings noch nicht sehr mächtige, Evidenz, hat Software als eigenständigen Regulator isolieren und identifizieren können.

5. Institutionen sind Regeln, Normen und Strategien, die Menschen benutzen, um ihre Ziele zu verfolgen.³ Institutionen sind die Spielregeln für das soziale Geschehen, sie definieren die Anreizstruktur unserer Gesellschaften.

Es ist inzwischen gesichert, dass es Fälle gibt, in denen sich soziales Verhalten völlig außerhalb des Rechts herstellt. Häufig sind es Normen der Reziprozität, die für das soziale Ergebnis verantwortlich sind. Gleiches leisten die in Code «gegosenen» Software-Artefakte. Beispiel ist das von Ishii (2005) untersuchte Internet Relay Chat, das ausschließlich durch Software reguliert wird.

Die Evidenz, die diese noch allgemeinen Gedanken mit Inhalt ausfüllt, ist bis jetzt gering – ein Desiderat für die künftige Forschung. Insbesondere für den Gesetzgeber der Informationsgesellschaft sind solche Forschungen von herausgehobener Bedeutung. Denn er muss wissen können, wo welche Anreize mit welchen Instrumenten wirken und wo nicht.

6. Was ist mit dieser Öffnung hin zur Institutionenökonomik gewonnen?

- Unser Ansatz entlastet das Recht von überzogenen Ansprüchen, die es heute nicht mehr erfüllen kann.
- Unser Ansatz legt nahe, dass auf rechtliche Regulierungen in zahlreichen Fällen verzichtet werden kann. In anderen Fällen hinwieder ist rechtliche Regulierung geboten. Mit Hilfe der Institutionenökonomik lässt sich ein differenziertes Instrumentarium zur Auflösung von Dilemmata entwickeln.
- Die Informatik und die Informatiker rücken in den Brennpunkt des Geschehens. Sie und nicht irgendwelche Juristen bauen die Infrastruktur unserer modernen Gesellschaften. Sie sind die sprichwörtlichen «Baumeister mit Lateinkenntnissen».
- Vielleicht haben Podlech und andere Angst vor den unklaren Werten, die neue Berufsgruppen in das Geschehen einbringen. Diese Angst ist unberechtigt. Denn neue (informatische) Mechanismen der Kooperation sorgen für das gesellschaftlich Wünschenswerte.

³ Ich verwende diese Definition von Elenor Ostrom, weil sie anschlussfähig zur Ökonomik wie der Politikwissenschaft und Spieltheorie ist. Etwas andere Akzente setzt ihre Definition in (Ostrom, 1990, S. 66); Richter und Furubotn (2003, S. 7) warnen vor einer «präzisen» Definition und verstehen als Institution «ein System formgebundener (formaler) und formungebundener (informeller) Regeln (Normen) einschließlich der Vorkehrungen zu deren Durchsetzung.»

Weitere Hinweise finden sich in den Materialien zu meiner Vorlesung «Kooperation: Von Lorenzetti zu Malone über Bowles und zurück, online unter http://ig.cs.tu-berlin.de/lehre/s2006/ir2/vl_etc/Date-4/.

- Der entscheidende Gewinn ist also: Mit Hilfe der Institutionenökonomik lassen sich starre Hierarchien zu Gunsten moderner Kooperationsmechanismen überwinden. Deshalb muss die Informatik die Institutionenökonomik in zu klärendem Umfang in sich aufnehmen.

Zusammengefasst:

Eine institutionenökonomische Betrachtung entlässt das Regulationsgeschehen aus der Strenge der Podlech'schen Axiomatik und eröffnet den Weg in ein Arrangement vielfältiger, vernetzter Regularien. Das generische (Informations)recht ist der nötige neue Institutionentyp, der Informatik und Recht miteinander verbindet.

7. Allerdings sollte man vorsichtig mit diesem «Economic Turn» der Informatik umgehen. Sonst gerät man in Gefahr, der notwendigen Ökonomisierung die fundamentalen Gerechtigkeitsprobleme unserer Gesellschaften zu opfern (Ishii, Lutterbeck, Pallas, 2008, S. 97-99).

Meine mündliche Präsentation greift aus dieser umfassenden Thematik einen einzigen Aspekt heraus: die Entstehung des Systemdatenschutzes in der Zeit von 1979-1982. Sie erzählt aus der Erinnerung von dem Disput eines Beamten und Datenschutzkontrolleurs Bernd Lutterbeck mit dem Professor Adalbert Podlech als Vertreter der Kontrollierten.

Quellenverzeichnis

- Ishii, Kei (2005): Code Governance – «Code» as Regulation in a Self-governed Internet Application from a Computer Science Perspective, Dissertation, Technische Universität Berlin, online:<http://opus.kobv.de/tuberlin/volltexte/2005/1104/>.
- Ishii, Kei; Lutterbeck, Bernd; Pallas, Frank (2008): Forking, Scratching und Re-Merging, Ein informatischer Blick auf die Rechtsinformatik, Forschungsberichte der Fakultät IV Elektrotechnik und Informatik der TU Berlin Nr. 2008-4. Eigenverlag.
- Lessig, Lawrence (1999a): Open Code and Open Societies: Values of Internet Governance, Chicago Kent Law Review Vol. 74 (1999), S. 101-116, www.lessig.org/content/articles/works/final.PDF.
- Lessig, Lawrence (1999b): Code and Other Laws of Cyberspace, Basic Books: New York. [Die zweite Auflage von 2006 trägt den Titel «Code. Version 2.0»].

- Lutterbeck, Bernd (2008): Open Source Communitys und Geistiges Eigentum – Ein Kommentar zu Axel Mezger, in: M. Eifert; W. Hoffmann-Riehm (Hg.), Geistiges Eigentum und Innovation, Dunker & Humblodt: Berlin 2008, S.207-236.
- Ménard, Claude; Shirley, Mary M. (2005): Handbook of New Institutional Economics. Springer: Dordrecht.
- North, Douglas C. (2005): Institutions and the Performance of Economics Over Time. In: Ménard/Shirley 2005, AS. 22 ff.
- Ostrom, Elinor (1990): Die Verfassung der Allmende. Jenseits von Staat und Markt. Mohr Siebeck: Tübingen.
- Podlech, Adalbert (1982): Individualdatenschutz – Systemdatenschutz, Beiträge zum Sozialrecht, Festgabe für H. Grüner, Verlag R. S. Schulz: Percha am Starnberger See, S. 451-462.
- Podlech, Adalbert (1995): Der Informationshaushalt der Krankenkassen, Datenschutzrechtliche Aspekte, Nomos: Baden Baden.
- Steinmüller, Wilhelm (1993): Informationstechnologie und Gesellschaft. Einführung in die Angewandte Informatik, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt.
- Steinmüller, Wilhelm; Lutterbeck, Bernd; Mallmann, Christoph (1972): Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministers des Innern, Bundestagsdrucksache VI/3826 vom 7. 9 1972, Deutscher Bundestag: Bonn.
- van Schewick, Barbara (2005 [2009?]): Architecture and Innovation, The Role of the End-to-end Arguments in the Original Internet, Dissertation, Technische Universität Berlin (mimeo MITPress [2009?]).