

Neuordnung des Datenschutzrechts: Datenschutz als Techniksteuerungsrecht oder als Property Right?

Laudatio (und Anmoderation) zu Ehren von Prof. Dr. Wolfgang Kilian auf dem Festkolloquium aus Anlass seines 65. Geburtstages, Hannover 27.2.2004

Bernd Lutterbeck, TU Berlin

Auf seine alten Tage wird unser Jubilar noch einmal richtig jung. Kilian greift noch einmal an. Ich freue mich natürlich besonders, dass er für den Beginn seiner Attacke die von mir herausgegebene Festschrift für Alfred Büllersbach ausgewählt hat. [Kilian 2002a]

Im Grundsatz brauche man die heutigen rechtlichen Regelungen jedenfalls für den privaten Bereich gar nicht. Rahmenvorschriften reichten völlig aus. Wenn man die datenschutzrechtliche Verfügungsbefugnis nur konsequent als «property right» organisiere, komme man zu effektiven, verständlichen und vor allem attraktiven Lösungen. [Kilian 2002a, Kilian 2000b]

Hat hier jemand ein kleines Bömbchen in die ohnehin schon zerzauste Datenschutz-Landschaft geschmissen?

Ich denke: Ja.

Um sicher zu gehen, habe ich noch mal in meinem Erstlingswerk nachgesehen. Wie viele hier wissen, habe ich vor über 30 Jahren die Figur der Informationellen Selbstbestimmung erfunden, bin also so etwas wie der Großvater der Bewegung. Und ein Bombenleger – aber ein junger und unerfahrener, denn ich war damals erst 26. Über 30 Jahre hatte ich unser seinerzeitiges Datenschutzgutachten nicht mehr in die Hand genommen. Ich meinte mich an einen Satz erinnern zu können wie «Mit juristischen Methoden lässt sich hier nichts aussagen.» [Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann 1972, S. 86]

Ja, das steht so drin.

Christoph Mallmann und ich hatten informationelle Selbstbestimmung als einen Beziehungsbegriff definiert. Die Figur der informationellen Selbstbestimmung sollte eine Beziehung herstellen zwischen etwas Juristischem und etwas Nicht-Juristischem. Hätte das Bundesverfassungsgericht 1983 vom Original abgeschrieben, wäre uns allen Manches sicher erspart geblieben. So hat eine ganze Generation von Datenschützern uns glauben lassen, man habe das eine Axiom gefunden, womöglich der ganzen Informationsgesellschaft, aus dem man nur fröhlich deduzieren müsse. Nachdem niemand heute mehr so richtig an die alten Konzepte glaubt, wissen wir fast sicher: Man hat sich einige Jahrzehnte in die Tasche gelogen. Vornehmer ausgedrückt: Man glaubte, auf die Anstrengung des Begriffs verzichten zu können. Es ist ein großes Verdienst von Wolfgang Kilian, dass er in dieser Situation einen Ausweg gewiesen hat, auch wenn der vielen Datenschützern nicht gefallen mag: Sein Ansatz erinnert an unsere alte Einsicht: Man muss eine Beziehung herstellen zwischen etwas Juristischem und etwas Nicht-Juristischem. Neu ist seine Verbindung von «Law and Economics»: Man muss den Datenschutz heute über die moderne Institutionenökonomik fundieren und legitimieren.

In der neuesten Auflage seines Lehrbuchs Europäisches Wirtschaftsrecht schreibt Kilian:

«Das Persönlichkeitsrecht ist eine Institution im ökonomischen Sinne, die besondere Verfügungsrechte verleiht. Eine eingeführte und anerkannte Institution ist in ihrer Struktur bekannt und deshalb voraussehbar und kalkulierbar. Auf diese Weise wird Unsicherheit reduziert. Ein einheitliches klares Datenschutzrecht in Europa ist von allen Binnenmarktbeteiligten einzukalkulieren und erhöht deshalb nicht die Transaktionskosten.»

Kilian (2003, N. 960)

Da ist es: das Bömbchen: Diese Einsicht zwingt nämlich alle Beteiligten, die ökonomische Rationalität ihrer Auffassungen zu belegen. Diejenigen, die sich für die Version «Property Right» stark machen, ebenso wie diejenigen, die die Version «Techniksteuerungsrecht» bevorzugen. Alle Beteiligten sind also aufgefordert, ihre Argumente fernzuhalten von den Niederungen öffentlich-rechtlicher Begriffshuberei und nicht hinter Kilian's Einsicht zurückzufallen.

Indessen – in aller Demut und dem hoffentlich verzeihlichen Übereifer der Jugend – erlaube ich mir Zweifel, ob seine Position in jeder Hinsicht empirisch belegbar ist: Das Transaktionskosten-Argument ist gewichtig, aber wie weit stimmt es? Fragen wir die anerkannte Autorität des Fachs, Richard Posner. [Posner 1998] Richter Posner lokalisiert das Interesse, das «privacy» regulieren will, in dem Interesse an Reputation, die eine Form menschlichen Kapitals sei. Wer eine gute Reputation hat, senkt seine Transaktionskosten. Deshalb betrachte die Ökonomie Reputation als Vermögenswert, der durch Investitionen in Ehre, Zuverlässigkeit usw. geschaffen werde, die langfristige, nicht nur kurzfristige Erträge versprechen. Aber der entscheidende Satz von Richter Posner sagt uns, dass wir uns nicht zu früh freuen dürfen: «Privacy can raise as well as lower transaction costs.»

Die Furcht vor zu hohen Transaktionskosten machen ihn und zB Pamela Samuelson aus Berkeley, eine der wichtigsten Vertreterinnen der amerikanischen Rechtswissenschaft, zurückhaltend, wenn «privacy» als «property right» geschützt werden soll. [Samuelson 2000] Auch Frau Samuelson sieht zu hohe Kosten auf die Gemeinschaft zukommen. Zudem hat sie ein systematisches Argument, das aus meiner Sicht

schwer wiegt. Kilian's Verfügungsrecht müsste ja den Regeln über das sog. Geistige Eigentum unterworfen werden. Frau Samuelson befürchtet eine größere Inkohärenz des Rechts. Es sei auch völlig unklar, inwieweit die Verarbeitung personenbezogener Daten den Fortschritt der Wissenschaft und nützlichen Künste fördern könne. Auch durch das neueste Buch von Richter Posner, das ein Rezensent schon als bestes Buch aller Zeiten (auf diesem Gebiet) bezeichnet hat, zieht sich wie ein roter Faden die Warnung, zu viel von einem «Property Rights-Ansatz» zu erwarten: « Intellectual property tends to be particularly costly to protect.» (Landes/Posner 2003, p 20) Hier zeigt die moderne Diskussion insbesondere um Open Source Software, dass die Komodifizierung ökonomisch fragwürdig sein kann. Verfügungsrechte behindern häufig Innovation – empirisch belegbar in ausreichend vielen Fällen. Damit entfällt zugleich die einzig mögliche Rechtfertigung für «property rights». Und die Institutionenökonomik betont, dass rechtliche Sanktionen häufig die ineffektivste und kostenträchtigste aller Reaktionsmöglichkeiten sind. Der Entzug von Reputation durch die Mitglieder einer Gruppe kann sehr viel wirksamer sein als irgendeine ausgeklügelte rechtliche Regelung.

Mit anderen Worten: Das Ganze ist schwierig.

Die Konsequenz wäre dann nicht etwa, Zuflucht bei längst gescheiterten etatistischen Konzepten zu suchen, sondern auf eine Regulierung im Wesentlichen ganz zu verzichten. Es mit der Institutionenökonomik Ernst nehmen und auf eine vorsichtige Rahmenregulierung des Marktes setzen. Nichts anderes aber schlägt Kilian vor. Er wird für seine Position sicher die Zustimmung führender amerikanischer Wissenschaftler wie Lessig, Samuelson oder auch Posner finden.

Man darf also gespannt sein, wie die Redner des heutigen Tages diesen Zwiespalt auflösen werden. Helfen könnte dabei, wenn wir uns noch

einmal ganz nüchtern in die neueste Auflage von Kilian's Europäischem Wirtschaftsrecht vertiefen. Er erinnert an die eigentlich triviale Erkenntnis, dass Datenschutz ein nicht-tariffäres Handelshemmnis ist und damit eine Marktfreiheit beeinträchtigt, die nur ausnahmsweise eingeschränkt werden darf. (Kilian 2003, N. 998) «Das Datenschutzrecht erschwer(e) ohne Zweifel die Koordination, weil seine Beachtung Zusatzkosten auslöst.» Es «wirkt also transaktionskostenerhöhend.» (N. 959) Es gibt gewiss gute Gründe für ein Datenschutzrecht auf Gemeinschaftsebene. Mangels eigener Kompetenz der Union kann Datenschutz aber nur mittelbar als Wettbewerbs-Regulierung legitimiert werden, nicht als Menschenrechtsposition. Da Kilian's Position besseren Datenschutz durch Stärkung der Marktprozesse bewirken will, spricht Vieles dafür, seine Position sehr Ernst zu nehmen. Jedenfalls befindet sie sich im Einklang mit Gemeinschaftsrecht.

Mit ihrer Dichotomie «Techniksteuerungsrecht» oder «Property Rights» haben die Strategen dieses Nachmittags eine listige Paarung für die Redner zusammengestellt. Vielleicht stimmt ja Beides nicht. Aber ich will unseren Referenten nicht vorgreifen.

Die Redner: Die alte Garde und 2 Junge, Etatisten und ihr Gegenteil, Praktiker und Theoretiker. Und Wolfgang Kilian kann sich gemütlich zurücklehnen und zusehen, wie seine intellektuellen Bömbchen entschärft werden. Das Räumkommando besteht aus, in alphabetischer Reihenfolge:

- A l f r e d B ü l l e s b a c h
Konzern-Datenschutzbeauftragter der DaimlerChrysler AG
Büllesbach hat als bremischer Landesdatenschutzbeauftragter frühzeitig den Niedergang des öffentlich-rechtlichen Datenschutzes bemerkt. Konsequenterweise hat er seine Laufbahn in der

Privatwirtschaft fortgesetzt. Von ihm stammt der Slogan vom«Datenschutz als Wettbewerbsvorteil», der inzwischen zum Allgemeingut vieler Sonntagsreden geworden ist. Büllesbach ist wie Kilian und ich Datenschützer der ersten Stunde.

- B u r k a r d N e d d e n
Gehört zur 2 ten Generation der Datenschützer, hat also nicht die Narben der Altvorderen. Ich kenne Herrn Nedden nicht genauer, bin deshalb gespannt, wie er sich in unserem Mienenfeld positionieren wird.
- G e r a l d S p i n d l e r
Ich sehe ihn als jemand, der Datenschutz gleichermaßen mit Engagement und Distanz betreibt. Hat sich gerade unbeliebt gemacht mit einem Gutachten über Open Source Software. Auch Herr Spindler gehört natürlich zur Jugend, die nicht alle Lieder der Altvorderen für gelungen halten muss.
- T h i l o W e i c h e r t
Sehr engagierter Datenschützer, seine Herkunft aus der frühen Bürgerrechtsbewegung ist noch immer nicht abgeschliffen. Seine Dienststelle in Kiel gilt bei vielen als eine Art Mekka des modernen Datenschutzes. Man kann aber auch der Auffassung sein, dass die Kieler ein klassisches etatistisches Datenschutzkonzept verfechten. Sie reden viel über Wettbewerb und Ökonomie, betreiben aber unter dem Deckmantel des Datenschutzes klassische Industriepolitik für das Land Schleswig-Holstein – durchaus erfolgreich, aber aus dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs fragwürdig.

Vielleicht um Unterschiede und Gemeinsamkeiten besser sichtbar zu machen, möchte ich das Räumkomando in klassischer Formation aufrufen: Zuerst die Öffentlich-Rechtler, dann die Privatrechtler.

Literaturverzeichnis

Ahrend ea (2003)

Volker Ahrend ea: Modernisierung des Datenschutzes? Datenschutz und Datensicherung 27 (2003) 10, S. 433 ff.

Alderman/ Kennedy (2000)

Ellen Alderman and Caroline Kennedy: The Internet, Consumers and Privacy. Paper, sponsored by the Internet Policy Institute. Washington DC: IPI, July 7, 2000, über <http://www.privacyexchange.org/iss/reports/reports.html>.

Bäumler (2000)

Helmut Bäumler (Hg.): E-Privacy. Datenschutz im Internet. Braunschweig/Wiesbaden 2000.

Bizer/Lutterbeck/Rieß (2002)

Johann Bizer; Bernd Lutterbeck; Joachim Rieß (Hg.): Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft. Freundesgabe für Alfred Büllsbach.. Selbstverlag: Stuttgart 2002 oder online unter <http://www.alfred-buellesbach.de>.

BMI-Gutachten (2001)

Alexander Rossnagel; Andreas Pfitzmann; Hansjürgen Garstka: Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern. Berlin 2001.

Böckenförde (2003)

Ernst-Wolfgang Böckenförde: Die Würde des Menschen war unantastbar. Abschied von den Verfassungsvätern: Die Neukommentierung von Artikel 1 des Grundgesetzes markiert einen Epochenbruch. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 03.09.2003.

Buhse (2002)

Willms Buhse: The role of digital rights management as a solution for market uncertainties for mobile music. In: International Journal on Media Management Vol. 4 (2002) No. 3, S. 172 ff.

Büllsbach (2003)

Alfred Büllsbach: Datenschutzrechtliche Herausforderungen für ein global tätiges Unternehmen. PowerPoint-Präsentation bei der Schering AG Berlin. (Berlin 12.12.2003)

Bygrave (2002)

Lee A. Bygrave: Data Protection Law. Approaching ist Rationale, Logic and Limit.

Kluwer Law: The Hague ea 2002.

Cohen (2003)

Julie E. Cohen: DRM and Privacy. Communications of the ACM Volume 46 , Issue 4 (April 2003), S. 46 ff.

Cohen (2000)

Julie E. Cohen: Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object,” 52 *Stanford Law Review* 1373 (2000), über <http://www.law.georgetown.edu/faculty/jec/publications.html>.

Grasnick (2003)

Walter Grasnick: Ab mit Würde. Zu einer grundgesetzlichen Debatte. Frankfurter Allgemeine Zeitung, 07.10.2003

Harper/ Singleton (2001)

Jim Harper; Solveig Singleton: With a Grain of Salt: What Consumer Privacy Surveys Don't Tell Us. Studies of the Competitive Enterprise Institute. June 1, 2001, <http://www.cei.org/utis/printer.cfm?AID=2061>.

Jacob/Jost (2003)

Joachim Jacob; Tanja Jost: Marketingnutzung von Kundendaten und Datenschutz – ein Widerspruch? Die Bildung von Konsumentenprofilen auf dem Prüfstand. Datenschutz und Datensicherung 27 (2003) 10, S. 621 ff.

Kempiakand/ Fox (2002)

Mike Kempiak; Mark A. Fox: Online Grocery Shopping: Consumer Motives, Concerns, and Business Models. First Monday, volume 7, number 9 (September 2002), http://firstmonday.org/issues/issue7_9/fox/index.html.

Kilian (2002a)

Wolfgang Kilian: Rekonzeptualisierung des Datenschutzes durch Technisierung und Selbstregulierung? In: Bizer/Lutterbeck/Rieß (2002, S. 151 ff).

Kilian (2002 b)

Wolfgang Kilian: Informationelle Selbstbestimmung und Marktprozesse. Zur Notwendigkeit der Modernisierung des Modernisierungsgutachtens zum Datenschutzrecht. Computer und Recht 2002, S. 921 ff.

Kilian (2003)

Wolfgang Kilian: Europäisches Wirtschaftsrecht. 2. Aufl. Beck: München 2003.

Köhntopp/Pfitzmann (2000)

Marit Köhntopp; Andreas Pfitzmann: Datenschutz Next Generation. In: Bäumler 2000, S. 316 ff.

Koiso-Kanttila (2003)

Nina Koiso-Kanttila: Consumers on the Web: Identification of usage patterns. First Monday, volume 8, number 4 (April 2003),

http://firstmonday.org/issues/issue8_4/koiso/index.html.

Krishnamurthy (2001)

Sandeep Krishnamurthy: Customer Confidence in E-Tailers. First Monday, volume 6, number 1 (January 2001), http://firstmonday.org/issues/issue6_1/krishnamurthy/index.html.

Landes/Posner (2000)

William M. Landes; Richard A. Posner: The Economic Structure of Intellectual Property Law. Harvard University Press: Cambridge ea 2003.

Lutterbeck (2002)

Bernd Lutterbeck: Die Informationsgesellschaft bauen! In: Bizer/Lutterbeck/Rieß (2002, S. 23 ff).

Maglio (2003)

Marco Maglio: An Economic analysis of the Right to Privacy. Whether data protection is a cost or a resource. Computer und Recht international (Cri) 4/2003, pp 103.

Odlyzko (2003)

Andrew Odlyzko 2003: Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet. Revised version, July 27, 2003, <http://www.dtc.umn.edu/~odlyzko>.

Opaschowski (2001)

Horst W. Opaschowski: Quo vadis, Datenschutz? Die Angst vor dem Datenklau breitet sich aus. Datenschutz und Datensicherung 25 (2001) 11, S. 678 ff.

The Pew Internet & American Life Project (2000)

Trust and privacy online: Why Americans want to rewrite the rules. The Internet Life Report, August 20, 2000, <http://www.pewinternet.org/>.

Poser (1998)

Richard Posner: Privacy. In: P. Newman (ed): The New Palgrave Dictionary and the Law. Vol. 3. MacMillan Reference Limited: London and Basingstoke 1998, S. 103.

Reinermann/ Klewitz-Hommelsen (2003)

Heinrich Reinermann, Sayeed Klewitz-Hommelsen: Datenschutzrecht – Neue Formen der Haltung persönlicher Daten. Projektbericht. (Speyer und Bonn 2003).

Samuelson (2000)

Pamela Samuelson: Privacy As Intellectual Property? Proceedings of Financial Cryptography 2000 Conference, über <http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers.html>.

Schaar (200)3

Peter Schaar: Was schützen Sie noch, Herr Schaar? Auf der Spur der Kamellen. Interview mit dem Tagesspiegel vom 07.12.2003.

Sholtz (2001)

Paul Sholtz: Transaction Costs and the Social Costs of Online Privacy, First Monday,

v o l u m e 6 , n u m b e r 5 , M a y 2 0 0 1
http://firstmonday.org/issues/issue6_5/sholtz/index.html.

Simitis (2000)

Spiros Simitis: Die ungewisse Zukunft des Datenschutzes.– Vorbemerkungen zu einer Prognose. In: Bäumler (2000, S. 305 ff).

Simitis (2003)

Spiros Simitis (Hg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz. 5. Aufl. Nomos: Baden-Baden 2003.

Singleton (2003)

Solveig Singleton: Comments Regarding Consumer Information Flows. June 17, 2003, www.ftc.gov/bcp/workshops/infocflows/statements/030617singleton.pdf.

Solove (2001)

Daniel J. Solove: The Origins and Growth of Information Privacy. Social Science Research Network Electronic Library, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=445181.

Statistics Canada (2001)

Household Internet Use Survey 2000 The Daily. Thursday, July 26, 2001.

Statistics Canada (2002)

Electronic commerce: Household shopping on the Internet. The Daily Thursday, September 19, 2002.

Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann (1972)

Wilhelm Steinmüller; Bernd Lutterbeck; Christoph Mallmann: Grundfragen des Datenschutzes. Bundestags-Drucksache VI/3826 vom 7.9.1972.

Uhe/Herrmann (2003)

Bianca Uhe; Jens Herrmann: Überwachung im Internet (Speicherung von personenbezogenen Daten auf Vorrat durch Internet Service Provider). Diplomarbeit an der TU Berlin, <http://ig.cs.tu-berlin.de/da/2003-08/UheHerrmann-Diplomarbeit-082003.pdf>.