

Wolfgang Kilian

Rekonzeptualisierung des Datenschutzrechts durch Technisierung und Selbstregulierung? Zum Modernisierungsgutachten 2002 für den Bundesminister des Inneren.

Der Analyse des Gutachtens »Modernisierung des Datenschutzrechts« (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002) über die Funktionen des Datenschutzrechts in der heutigen Informationsgesellschaft und die immens gewachsenen, mit der Netzwerktechnik und intelligenten Verarbeitungsmethoden zusammenhängenden neuen Gefährdungen ist nichts hinzuzufügen. Die angeführten Beispiele über den Globally Unique Identifier (GUID), Data-Mining-Methoden und Data Warehouses liefern weithin anerkannte Belege für die These, dass ein Modernisierungsbedarf im Datenschutzrecht besteht.

Zuzustimmen ist auch der Beobachtung, dass der im Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 65, 1) bestätigte Grundsatz des deutschen und des nachgebildeten EG-Datenschutzrechts des Verbots unfreiwilliger oder rechtlich unregelter Verarbeitung personenbezogener Daten zu einer schier unüberschaubaren Flut spezieller Datenschutzregelungen geführt hat. Diese »bereichsspezifischen Regelungen« erfüllen zwar die verfassungsrechtsdogmatisch gebotenen Anforderungen, scheinen jedoch durch ihre Vielzahl¹ das grundsätzliche Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eher zu verschleiern als zu verstärken. Selbst Datenschutzspezialisten benötigen heute einen Großteil der Zeit bei der Lösung eines Datenschutzproblems für die Identifizierung der anwendbaren Rechtsgrundlage.

Im privatrechtlichen Bereich haben Generalklauseln mit der Anforderung einer Interessenabwägung (ohne Angabe von Präferenzkriterien) dazu geführt, dass die Nutzung personenbezogener Daten, die vertraglich impliziert oder zumindest mit überwiegendem kommerziellen Bedarf begründbar sind, kaum auf Einschränkungen stoßen.

Soweit das Modernisierungsgutachten »Wertungswidersprüche« im Datenschutzrecht feststellt, die »vollzugshemmend« oder »weniger effektiv« sein sollen (Roßnagel u. a. 2002, S. 33), wird unter anderem auf Opt-in-Regelungen (§ 5 Abs. 2 TDDSG) und Opt-out-Regelungen (§§ 28 Abs. 4 BDSG; 3 Abs. 7 TDDSG, 4 Abs. 4 TDDSG) als Beispiele hingewiesen. Ob es sich tatsächlich um Wertungswidersprüche handelt oder – angesichts vorausgegangener harter Interessendurchsetzung für diese Regelungen – um eine bewusst unterschiedliche normative Präferenzwahl mit impliziter Begünstigung einer Seite hinsichtlich der Verfügungsmöglichkeit über personenbezogene Daten darstellt, wird noch zu diskutieren sein.

Aufgrund der Analyse des faktischen und des normativen Ist-Zustandes des Datenschutzes werden im Modernisierungsgutachten vier Forderungen abgeleitet (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 34):

- Datenschutz muss effektiv werden
- Datenschutz muss risikoadäquat stattfinden

- Datenschutz muss verständlich werden
- Datenschutz muss attraktiv werden.

Durchgesetzt werden sollen diese Forderungen – wobei der Gesichtspunkt der Globalisierung der Datenverarbeitung mehr oder weniger ausgeklammert bleibt (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 35) – durch mehr Technik zur Unterstützung der normativen Ziele (Zweckbindung, Selbstbestimmung, Erforderlichkeit, Vermeidung von Personenbezug, Wahrnehmung von Betroffenenrechten) durch höhere Transparenz über die Verarbeitung personenbezogener Daten (zusätzliche Informationspflichten und Auskunftsrechte), Vermeidung des Personenbezugs (Anonymisierung, Pseudonymisierung), höhere Entscheidungsautonomie der betroffenen Person (die »Betroffenen« werden zu »Teilnehmern« des Datenschutzes) sowie durch Einordnung des Datenschutzes als Teil einer Informationsordnung (informationelle Grundversorgung; Informationsfreiheit und informationelle Selbstbestimmung) (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 35 – 39).

Als Konzepte für die Umsetzung der Ziele und Forderungen werden drei »Instrumente« genannt (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 39 – 42), die dann im Rahmen der Vorschläge zur normativen Umsetzung (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 43 ff.) detailliert entfaltet werden. Die drei Instrumente sind:

- Der **Systemdatenschutz**, eine auf Podlech (Podlech 1982, S. 451) zurückgehende Konzeption der Unterstützung des Datenschutzes durch Technik. Voraussetzung des technisch-organisatorischen Systems ist freilich die Vorklärung der Frage, wer personenbezogene Daten überhaupt verarbeiten darf.
- Als zweites Instrument wird der **Selbstdatenschutz** propagiert. Darunter wird die selbstbestimmte Nutzung technischer und organisatorischer Schutzinstrumente (Verschlüsselung, Pseudonymisierung, Identitätsmanagement) verstanden (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 41).
- Als letztes Instrument werden **Anreize** zur Verbesserung von Datenschutz und Datensicherheit (Auditierungen; Zertifizierungen) vorgeschlagen (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 42).

Die im Modernisierungsgutachten dargebotenen Analysen, Forderungen, Ziele und Instrumente sind plausibel und notwendig, soweit man eine Voraussetzung als gegeben unterstellt: Es muss feststehen, wer Verfügungsrechte über personenbezogene Daten beanspruchen kann. Soweit Ungewissheit über die Vorfrage besteht, ob und von wem personenbezogene Daten verweigert, erhoben, gespeichert, verarbeitet, übermittelt, genutzt oder gelöscht werden können, helfen der Systemdatenschutz, der Selbstdatenschutz oder die vorgeschlagenen Anreize zur höheren Datensicherheit nicht weiter. Alle diese Instrumente betreffen die Optimierung und die Effizienz des Datenschutzes bei **gegebener Verteilung von Verfügungsrechten** (property rights) an personenbezogenen Daten. In den meisten Fällen besteht das zu lösende – und das zu der fast unüberschaubaren Menge an Rechtsvorschriften führende – Datenschutzproblem jedoch nicht in der technischen Effektivierung der

Durchsetzung feststehender Verfügungsrechte, sondern in der Konzeptualisierung und **Begründung der Verfügungsrechte** selbst. Es ist zu fragen, ob sich die wünschenswerte Effektivität des Datenschutzes nur auf die Steigerung der technischen Kontrollmöglichkeit personenbezogener Daten beschränken darf, oder ob – vielleicht sogar primär – die Frage der optimalen Verteilung der Verfügungsrechte unter dem Effektivitätsgesichtspunkt thematisiert werden muss.

Als Zivilrechtler möchte ich mich auf den Datenschutz im nichtöffentlichen Bereich beschränken. Dieser Bereich wird zwar im Modernisierungsgutachten im Hinblick auf das Internet und auf die »wesentlich größeren und sensitiveren Datenbestände« privater Datenverarbeiter (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 23) sowie auf die »Verschiebung« der »Bedrohung der informationellen Selbstbestimmung« in den nichtöffentlichen Bereich (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 23 f, S. 51 f.) besonders hervorgehoben, aber vor allem im ersten Teil des Modernisierungsgutachtens nur nachrangig berücksichtigt. Grundsätzlich gehen die Autoren des Modernisierungsgutachtens von einer Gleichbehandlung des öffentlichen und des nichtöffentlichen Bereichs aus (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 48 unter 4.2).

Die Frage ist zunächst, ob eine Gleichbehandlung des öffentlichen und nicht öffentlichen Bereichs zwingend geboten ist. Warum soll die Wahrung von Allgemeininteressen und der Schutz von Privatinteressen durch parallele staatliche Normen gleich intensiv reguliert werden? Ich möchte die Hypothese aufstellen, dass die überwiegende Zahl staatlicher Regulierungen im nicht-öffentlichen Bereich überflüssig sind, wenn man das informationelle Selbstbestimmungsrecht und die daraus abzuleitende Verfügungsbefugnis an den eigenen personenbezogenen Daten als eigentumsähnliche Position (property right) auffasst, das – von näher zu beschreibenden Schranken abgesehen – grundsätzlich in Marktprozesse eingebracht werden kann.

Demgegenüber vertreten die Autoren des Modernisierungsgutachtens folgende These: (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 37)

»Allerdings darf die informationelle Selbstbestimmung nicht als Herrschaftsrecht über die personenbezogenen Daten verstanden und als eigentumsähnliche Ausschluss- und Verfügungsmacht ausgestaltet werden. Ein solches Verständnis würde zum Einen den objektivrechtlichen Gehalt der informationellen Selbstbestimmung als Funktionsvoraussetzung für eine Gesellschaft verkennen, die auf individueller Selbstbestimmung und freier demokratischer Willensbildung ruht. Sie würde zum anderen aber auch verkennen, dass personenbezogene Daten mehrrelational sind. Als Modelle der Wirklichkeit haben sie immer einen Autor und ein Objekt. Sie haben eine Beziehung zum Objekt, aber auch zum Autor. Sie können nicht allein dem Objekt zugeordnet werden.«

Die Gutachter begründen also ihre Behauptung, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dürfe »nicht als Herrschaftsrecht über personenbezogene Daten« verstanden werden, mit zwei Argumenten: Erstens mit dem »objektivrechtlichem Gehalt« der informationellen Selbstbestimmung als Funktions-

voraussetzung für eine Gesellschaft (nachfolgend »verfassungsrechtliches Argument« genannt) und zweitens mit der Eigenschaft personenbezogener Daten, eine mehrrationale Beziehung zum Objekt und zum Autor abzubilden (nachfolgend »rechtstheoretisches Argument« genannt).

Das verfassungsrechtliche Argument geht von einem Gegensatz zwischen einem privatrechtlichem Herrschaftsrecht (»eigentumsähnliche Ausschluss- und Verfügungsmacht«) und dem verfassungsrechtlich gebotenen »objektivrechtlichen Gehalt« der informationellen Selbstbestimmung aus. Die Befürchtung scheint zu sein, dass bei Ausübung von eigentumsähnlichen Positionen der »objektivrechtliche Gehalt« des informationellen Selbstbestimmungsrechts beeinträchtigt werden könnte.

Das Bundesverfassungsgericht interpretiert die Grundrechte sowohl als Freiheitsrechte als auch als Werte. Auch die dem informationellen Selbstbestimmungsrecht zugrunde liegenden Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG werden diesem Doppelcharakter zuerkannt (BVerfGE 49, 89 (142); 88, 203 (251); 89, 214 (231); 96, 56 (64)). Als objektive Grundsatznormen bilden diese Grundrechte eine objektive Wertordnung (BVerfGE 33, 303 (330)), die als Wirkung den Schutz gegenüber Dritten auch im Privatrechtsverkehr einschließt (Jarrass 2001, S. 39 ff.). Der Schwerpunkt des objektiven Gehalts liegt sogar im Privatrecht.

Die Schutzpflichten des Staates, die den objektiven Grundrechtsgehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts kennzeichnen, gehen aber keineswegs dahin, die Bildung eigentumswerter Positionen des zu Schützenden zu verhindern. Die Anerkennung von eigentumswerten Positionen an personenbezogenen Daten ist gerade umgekehrt eine Funktionsvoraussetzung für eine Gesellschaft und – soweit es um die kommerzielle Nutzung geht – eine Funktionsvoraussetzung für die Marktgesellschaft. Der objektivrechtliche Gehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts führt deshalb lediglich zur Schutzpflicht des Staates, eine Rahmenordnung für die Marktgesellschaft zu schaffen, innerhalb derer sich das informationelle Selbstbestimmungsrecht entfalten kann.

Auch das rechtstheoretische Argument der »Mehrrelationalität« personenbezogener Daten wird nicht näher begründet. Es weist aber bemerkenswerte Parallelen zu einem Beitrag von Steinmüller (Steinmüller 1993) aus dem Jahre 1993 auf. Steinmüller sieht überzeugend das Charakteristikum von Informationen in einer Beziehung zwischen einem Modellsubjekt über einen Ausschnitt der Wirklichkeit (»Modell«) im Hinblick auf einen bestimmten Zweck. Personenbezogene »Daten« wären dann Informationen, die sich ein Modellsubjekt (in der Sprache des Modernisierungsgutachtens: »Autor«) im Hinblick auf einen bestimmten Zweck von einer Person (Modell der Wirklichkeit; in der Sprache des Modernisierungsgutachtens: »Objekt«) macht.

Dieser Systemzusammenhang lässt sich unter der Bezeichnung »Mehrrelationalität« zusammenfassen, und auch Steinmüller spricht von »Relationen« (Steinmüller 1993, S. 217). Die Relationen bestehen zwischen Person (Modell der Wirklichkeit) und personenbezogenen Daten einerseits und zwi-

schen personenbezogenen Daten und Modellsubjekt (Autor) andererseits.

Auffällig an dem rechtstheoretischen Argument der Gutachter ist jedoch, dass die wichtige Zweckorientiertheit der Relationen nicht erwähnt und ausschließlich der Sonderfall einer Zweipersonenrelation betrachtet wird, auf die sich die personenbezogenen Daten jeweils gleichermaßen beziehen sollen. Dadurch bleibt der Normalfall ausgeblendet, der darin besteht, dass eine Person selbst »Autor« seiner personenbezogenen Daten ist, wenn er nämlich im Hinblick auf einen bestimmten Zweck bestimmte Eigenschaften seiner Person (»Modell der Wirklichkeit«) feststellt, beschreibt, übermittelt oder sonst transparent macht. Diese personenbezogenen Daten können sehr wohl ihm allein zugeordnet werden. Die Feststellung, Beschreibung und Übermittlung der personenbezogenen Daten erfolgt zwar zu bestimmten Zwecken, macht aber diese personenbezogenen Daten deshalb nicht zu Daten des Empfängers oder der datenverarbeitenden Stelle. Die Feststellung im Modernisierungsgutachten, »sie (d. h. die Daten) können nicht allein dem Objekt zugeordnet werden« (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 37) ist für den Normalfall unzutreffend. Diese Feststellung beruht auf der unzulässigen Einschätzung, Modelle der Wirklichkeit (also personenbezogene Daten) bildeten »in der Regel« soziale Beziehungen ab, betreffen dann »beide Partner der Beziehung«, könnten also nicht nur einer Person zugeordnet werden (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 37, Fn. 55).

Natürlich gibt es auch Modelle der Wirklichkeit (personenbezogene Daten), die eine soziale Beziehung als solche abbilden. Die Informationen etwa, dass zwei Personen verheiratet sind, enthält eine Aussage im Hinblick auf beide Personen. Es sollte kein Zweifel bestehen, dass beide Personen dann auch Verfügungsrechte an dieser Information besitzen. Beide müssen sich verständigen, ob sie den Ehestatus transparent machen wollen. Nach dem Steuerrecht sind sie dazu gegenüber dem Arbeitgeber sogar gesetzlich verpflichtet und insofern in ihrer Verfügungsbefugnis eingeschränkt. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass der Verheiratetenstatus ein personenbezogenes Datum sowohl der Frau als auch des Mannes ist. Beiden steht grundsätzlich ein eigenes Verfügungsrecht an dieser Information zu. Aus dem Rücksichtnahmegebot (§ 1353 BGB) kann sich allerdings eine Ausübungsschranke ergeben. Zivilrechtlich sind im übrigen Miteigentum (§ 1008 BGB), Gesamthandseigentum (§§ 718; 2032 BGB) oder Gesamthandsverwaltung (§ 1454) anerkannte Institutionen ohne aufregende Besonderheiten, deren Strukturen sich auf kooperative Verfügungsbefugnisse übertragen ließen.

Unklarheiten im rechtstheoretischen Argument über die angebliche Unmöglichkeit, personenbezogene Daten nur einer Person zuordnen zu können, beruhen im Modernisierungsgutachten ferner auf der erwähnten erstaunlichen Ausblendung des Zweckgesichtspunkts bei der Entstehung personenbezogener Daten. »Daten« werden überhaupt nur durch die Zweckorientierung zu »Informationen«. Im Modernisierungsgutachten (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 37) wird behauptet: »Die personenbezogenen Daten sind nicht nur Daten der betroffenen Person, sondern ebenso der Stelle, die sie

erhoben oder verarbeitet hat.« Wäre diese Aussage richtig, könnte man alle Datenschutzvorschriften zur Rechtmäßigkeit der Übermittlung und Verarbeitung streichen. Hinfällig würde auch das Axiom des Datenschutzrechts, dass personenbezogene Daten »Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person« sind (Art. 2 lit. a EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG; § 3 Abs. 1 BDSG), die über die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung grundsätzlich selbst zu entscheiden hat (§ 4 Abs. 1 BDSG). Mit der vagen Formulierung im Modernisierungsgutachten, personenbezogene Daten »sind« auch Daten der datenverarbeitenden Stelle, kann rechtlich keine Verfügungsbefugnis der datenverarbeitenden Stelle begründet werden.

Dies gilt auch für das einzige Beispiel in diesem Zusammenhang, nämlich den Daten über eine medizinische Behandlung (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 38). Behandlungsdaten beziehen sich primär auf die Person des Patienten, bilden also eine Relation zwischen dem Gesundheitszustand eines Patienten (Objekt) aus der Sicht des Arztes (Subjekt; »Autor«). Soweit sich – etwa in dem Stellen einer Diagnose – auch eine Relation zwischen den Fachkenntnissen des Arztes (Objekt) auf der Grundlage der Anamnese durch den Arzt (Subjekt; »Autor«) ausdrückt, handelt es sich bei der Diagnose unter diesem Zweckgesichtspunkt zugleich um personenbezogene Daten des Arztes.

Die Verfügungsbefugnis über Behandlungsdaten liegt primär beim Patienten, was sich daran zeigt, dass er die Weitergabe der personenbezogenen Daten an die Kassenärztliche Vereinigung (bei einem privatversicherten Patienten: an die private Krankenversicherung) durch Übernahme der Behandlungskosten verhindern könnte. Auch die Übergabe der Behandlungsdaten an einen Praxisnachfolger ist nur mit Zustimmung der betroffenen Patienten zulässig (BGHZ 116, 268). Ein Patient hat nur dann keinen Einfluss auf die Speicherung, Verarbeitung oder Übermittlung seiner Daten, wenn dies aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften (z.B. §§ 67 ff. SGB X; 201 SGB VII) vorgeschrieben ist. Die Erfüllung dieser Pflichten durch den Arzt macht die Patientendaten jedoch nicht zu »seinen« Daten². Es trifft deshalb nicht zu, dass »für ein mehrrelationales Wirklichkeitsmodell keine Eigentumsäquivalenz gegeben« sei (Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2002, S. 38). Das rechtstheoretische Argument, ein Betroffener könne keine eigentumsähnliche Position an seinen personenbezogenen Daten haben, vermag deshalb insgesamt nicht zu überzeugen.

Möglicherweise haben die Gutachter weniger eine juristische Präzisierung als eine kommunikationssoziologische Beschreibung geben wollen, da sie den Datenschutz – durchaus zutreffend – als Teil der »Informations- und Kommunikationsordnung« einordnen, wenn auch als einen »allenfalls randständigen« Teil (Roßnagel u.a. 2002, S. 38). Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung personenbezogener Daten, etwa für Finanztransaktionen (Kilian/Scheja 2002), bildet jedoch die klare Zuordnung der Verfügungsrechte rechtlich und ökonomisch die Grundlage für verfahrensmäßige und technische Optimierungen innerhalb der Informations- und Kommunikationsordnung.

Effektivität des Datenschutzes, den die Gutachter auch im nichtöffentlichen

Bereich erreichen wollen, wenn personenbezogene Daten den Gegenstand oder die Bestandteile von Markttransaktionen bilden, lässt sich durch niedrige Transaktionskosten erreichen. Viele staatliche Regulierungen erzeugen einen organisatorischen oder technischen Anpassungsbedarf und machen den Datenschutz aus ökonomischer Sicht zu einem »nichttarifären Handelshemmnis« (non-tariff barrier). Staatliche Regelungen sollten sich deshalb auf die Sicherung von Rahmenbedingungen für die marktmäßige Durchsetzung von Verfügungsrechten beschränken.

Transaktionskosten lassen sich auf verschiedene Weise reduzieren. Gäbe man den Unternehmen das Recht, über personenbezogene Daten der Kunden oder der Arbeitnehmer frei verfügen zu können, entfielen das Problem der Informationsbeschaffung. Rechtlich bedeutete dies aber die Zuerkennung eines primären Verfügungsrechts an personenbezogenen Daten Dritter, wodurch das informationelle Selbstbestimmungsrecht dieser Marktteilnehmer leer liefe. Ein solcher Fall ist auch bei einer Opt-out-Lösung (§ 6 TDSG) gegeben, weil das primäre Verfügungsrecht bei einem Unternehmen liegt und die Ausübung eines Opt-out den Betroffenen einseitig mit Zusatzkosten belastet.

Transaktionskosten könnte man ferner dadurch senken, dass Unternehmen Datenschutzvorschriften nicht beachteten. Dies kommt in der Praxis mangels wirksamer externer Kontrolle nicht selten vor, verhindert aber die Effektivität des Datenschutzes und sollte deshalb als Alternative außer Betracht bleiben.

Über den Markt erzeugte Effektivität des Datenschutzes ist dann ausgeschlossen, wenn zwingende Vorschriften die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten anderweitig regeln. Der Staat in Erfüllung seiner schützenden oder sozialen Funktion beschafft sich personenbezogene Daten für öffentliche Zwecke kostenlos. Dies ist im Interesse aller auch gerechtfertigt, weil sonst Steuern erhöht werden müssten, um personenbezogene Daten für öffentliche Zwecke zu erlangen.

Neben der öffentlichen Verwaltung ist der Arbeitsbereich weithin reguliert, soweit personenbezogene Daten betroffen sind. Der einzelne Arbeitnehmer als Verfügungsbefugter wäre wohl auch überfordert, mit dem Arbeitgeber in Einzelverhandlungen einzutreten. Deshalb finden sich hier institutionelle Arrangements (Betriebsrat; Betriebsvereinbarungen; betriebliche Datenschutzbeauftragte; Verhaltensregeln), die als »Institutionen« im ökonomischen Sinn Entscheidungsprobleme für viele gleichzeitig lösen.

Außerhalb des Marktmechanismus liegen schließlich auch autoritative Zuordnungen von Nutzungsrechten aufgrund von Bewertungen der Interessen. Die Präferenzierung einer Marktseite ohne Kompensation der Marktgegenseite (etwa die Interessenabwägung im Rahmen des § 28 BDSG) erhält ihre Legitimation durch das festgelegte Verfahren. So hat der Europäische Gerichtshof in seiner bisher einzigen unter Berufung auf die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ergangenen Entscheidung, bei der es um die Herausgabe von personenbezogenen Daten eines landwirtschaftlichen Erzeugers aus Anträgen auf EU-Beihilfen, die nach der VO (EWG) Nr. 3508/92 vom 27.11.1993

ABI. L 391, S. 36 zu dokumentieren sind, an einen Betriebsnachfolger ging, keine überwiegenden Interessen des Beihilfe-Antragstellers auf Geheimhaltung erkennen können, sondern unter Hinweis auf Art. 7 lit. f. der Richtlinie 95/46/EG grünes Licht für die (kostenlose) Herausgabe gegeben (EuGH vom 14.9.2000, *The Queen gegen Minister of Agriculture*, Rs. C-369/98, Slg. 2000, I – 6751 = DuD 2001, S. 685).

Privatrechtssubjekte können untereinander rechtlich keinen Zwang über die Art und Weise der Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts ausüben. Das Grundrecht gewährleistet »die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen« (BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählungsurteil). Die Zuordnung eines Verfügungsrechts über die personenbezogenen Daten ist also Voraussetzung für die Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts im Privatrechtsverkehr. Personenbezogene Daten müssen deshalb als in Marktprozesse eingebettet angesehen und analysiert werden. Bestünden kostenlose Übermittlungspflichten, käme es überhaupt nicht mehr auf die primäre Verfügungsberechtigung an. Der Schutz der Privatsphäre, die im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 2 GG) wurzelt (BVerfG NJW 2000, S. 1021 (1022)), schließt auch die Freiheit zum Verlassen der Privatsphäre in Richtung »Marktplatz« ein.

Die Entscheidung über eine Kommerzialisierung personenbezogener Daten (Weichert 2001, 1463), die von schlichten Führerscheindaten (*Reno v. Condon* (98 – 1464) 155 f. 3d 453 (US Supreme Court) bis zu Daten individueller Personen über deren Zelllinien aus Lymphocyten für Patentzwecke (*Moore v. Regents of University of California*, 793 P. 2d 479 (Supreme Court of California 1990)) reichen kann, sollte nicht der Staat, der Forscher, die datenverarbeitende Stelle oder das Unternehmen³, sondern die Person treffen, die Träger dieser Information ist, soweit nicht vorrangige, durch Gesetz festgelegte Interessen dies ausschließen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch im Hinblick auf Informationen, die sich auf den eigenen Körper beziehen und physische oder zeitliche Relationen einer einzigartigen Person enthalten, können als eigentumswerte Persönlichkeitsrechte – ähnlich wie das Urheberpersönlichkeitsrecht – den Gegenstand von Marktprozessen bilden. Als Grenze ist das Verbot der Verletzung der Menschenwürde zu beachten (Art. 1 Abs. 1 GG).⁴

Im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis über personenbezogene Daten stehen Individualität und Gemeinschaftsbezogenheit in einem Spannungsverhältnis (Hufen 2001, S. 105 ff.). Marktorientierter Datenschutz und Allgemeininteressen müssen in ein »System informationeller Garantien« (Fiedler 2001, S. 311) eingebunden sein. Der »Systemdatenschutz« im Sinne des Modernisierungsgutachtens leistet aber keinen Beitrag zum Interessenausgleich, sondern dient der Sicherung des jeweiligen Marktwerts der Daten.

Der Schwerpunkt des Modernisierungsgutachtens liegt eindeutig in der Propagierung technischer Unterstützung zur Optimierung der als geklärt vorausgesetzten Verfügungsbefugnisse über personenbezogene Daten. Insoweit

werden interessante Perspektiven aufgezeigt und juristisch umgesetzt.

Die Möglichkeiten der technischen Optimierung sollten jedoch nicht zu übertriebenem Optimismus für die praktische Verwirklichung verleiten. Bereits die Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG in deutsches Recht verstößt gegen vorrangiges europäisches Recht, soweit das Ziel der Datensicherung, möglichst den »Stand der Technik« zu erreichen, nicht als Formulierung ins deutsche Recht übernommen worden ist (Art. 17, Abs. 1, 2. Unterabs. RL 95/46/EG; § 9 BDSG).

Ferner sind die bisherigen Erfahrungen, auf dem Weg über eine freiwillige Selbstkontrolle zu einem effektiveren Datenschutz zu gelangen, eher ernüchternd: Von den 135 Organisationen in den U.S.A., die sich bis Ende 2001 auf die Safe-Harbor-Grundsätze verpflichtet hatten (<http://web.ita.doc.gov/safe-harbor/shlist.nsf/webPages/safe+harbor+list>), besaßen 134 eigene Datenschutzgrundsätze (privacy policies) und 61 nahmen zusätzlich an externen Datenschutzprogrammen teil.⁵ Nur 40 Unternehmen unterwarfen sich den von den privaten Organisationen angebotenen Schiedsverfahren, und lediglich zehn Unternehmen stimmten einer anlassunabhängigen Kontrolle der Einhaltung der Grundsätze einer externen unabhängigen Organisation zu.

Die Federal Trade Commission (FTC) fordert – entgegen ihrer früheren Meinung – in ihrem Bericht für das Jahr 2000 gesetzliche Maßnahmen zur Unterstützung der Selbstregulierung, weil die Selbstregulierung allein nicht ausreicht (<http://www.ftc.gov/reports/privacy2000.pdf>). »Regulierung der Selbstregulierung« und nicht »Selbstregulierung der Regulierung« mag der nicht überraschende Kompromiss lauten. Datenschutzrechtliche Selbstverpflichtungserklärungen, die bei Markttransaktionen mit personenbezogenen Daten zugrunde gelegt, aber nicht eingehalten werden, können nach deutschem Recht zu Ansprüchen aus vertraglichen Pflichtverletzungen führen (§§ 280, 281 BGB n. F.).

Alfred Büllsbach, der als früherer Landesdatenschutzbeauftragter in Bremen und nun als Konzerndatenschutzbeauftragter der DaimlerChrysler AG in Stuttgart die Entwicklung des Datenschutzrechts nicht nur beobachtet, sondern mitgestaltet hat, möchte ich abschließend mit dem treffenden Satz zitieren: »Der Ordnungsanspruch des Staates sollte sich von der Regulierung des »Rechtlichen Könnens« weg bewegen und die Gestaltung einer Struktur anstreben, die die Betroffenen im Rahmen ihres »Rechtlichen Könnens« dazu befähigt, selbstbestimmt an der Informationsgesellschaft teilzunehmen« (Büllsbach 2000, S. 21).

¹ 409 Gesetze und Verordnungen auf Bundesebene, in denen »Datenschutz« vorkommt, vgl. Roßnagel/Pfitzmann/Garstka S. 30.

² »Zweifellos handelt es sich bei Krankheitsdiagnosen um höchstpersönliche und sensible Daten des Erkrankten«; Auskunftsinhalte kann der Arzt nicht in eigenem Namen geltend machen, BVerfG NJW 2001, 883 (884).

³ Das US-Unternehmen Double-Click verfügt über 100 Mio. Konsumentenprofile aus Internet-Transaktionen, die ohne Kenntnis der Betroffenen entstanden sind, vgl. Enzmann u. Roßnagel, CR 2002, S. 141 ff.

- ⁴ Interessant ist die angedeutete Ausgrenzung von Art. 1 Abs. 1 GG als Begründungsbasis des informationellen Selbstbestimmungsrechts bei Hoffmann-Riem, AöR 123 (1998), 513 (520).
⁵ Z.B. BBBOnline; TRUSTe; DMA.

Literatur

- Büllesbach, Alfred (Hrsg.) (2000): Datenverkehr ohne Datenschutz?, Köln 2000.
- Enzmann, M./Roßnagel, A.: Realisierter Datenschutz für den Einkauf im Internet. Das Projekt DASIT. In: CR 2002, 141 ff.
- Fiedler, W. (2001): Der Staat im Cyberspace. In: Informatik Spektrum 2001, S. 309.
- Hoffmann-Riem, W. (1998): Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft. In: AöR 123 (1998), S. 513 ff.
- Hufen, F. (2001): Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung. In: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 105 ff.
- Jarrass, H. (2001): Die Grundrechte: Abwehnormen und objektive Grundsatznormen – Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung. In: P. Badura / H. Dreier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 35 ff.
- Kilian, W./Scheja (2002): Freier Datenfluss im Allfinanzkonzern?, BB 2002 (Beilage 3 zu Heft 14), S. 19.
- Podlech, A. (1982): Individualdatenschutz – Systemdatenschutz. In: Brückner/Dalichau (Hrsg.), Festgabe für Hans Grüner, Percha 1982, S. 451 ff.
- Roßnagel/Pfitzmann/Garstka (2002): Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministers des Innern, <www.dud.de/dud/documents/modernisierung-dsrecht.pdf>
- Steinmüller, W. (1993): Informationswissenschaftliche und technische Voraussetzungen einer neuen Informationsordnung, NfD 44 (1993), S. 215 ff.
- Weichert T. (2001): Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. In: NJW 2001, S. 1463.