

# Schutz der (digitalen) Privatsphäre als Staatsaufgabe?

## Eine polit-ökonomische Analyse

---

Karsten Mause<sup>1</sup>

### 1. Einleitung: Staat und Privatsphäre

In den Sozialwissenschaften gibt es eine anhaltende Debatte über den ›optimalen‹ Staatsumfang bzw. die ›adäquate‹ Rolle des Staates in Wirtschaft und Gesellschaft.<sup>2</sup> Innerhalb des sozialwissenschaftlichen Staatsaufgaben-Diskurses existiert – ausgehend von Adam Smiths 1776 erschienenen Werk *Wohlstand der Nationen*<sup>3</sup> – eine lange Tradition an polit-ökonomischer Forschung, die untersucht, inwieweit es notwendig ist, dass der Staat in die Wirtschaft und andere Bereiche der Gesellschaft eingreift. Der Begriff *Politische Ökonomie* bezeichnet in diesem Zusammenhang ein interdisziplinäres Forschungsgebiet, das an der Schnittstelle von Politik- und Wirtschaftswissenschaft angesiedelt ist und den Gesellschafts-/Sozialwissenschaften zugerechnet wird.<sup>4</sup> Anknüpfend an ähnliche Studien zu anderen Problembereichen setzt sich der vorliegende Beitrag aus einer polit-ökonomischen Perspektive mit der grundsätzlichen Frage auseinander, ob der Schutz der (digitalen) Privatsphäre der Gesellschaftsmitglieder überhaupt eine Staatsaufgabe oder aber – wie quasi bereits im Begriff der *Privatsphäre* angelegt – gänzlich eine Privatsache bzw. ein privates Problem darstellt, um das sich jeder/jede Einzelne in der Bevölkerung selbst kümmern muss.

Man mag diese etwas provokativ formulierte Frage – sowie die nachfolgende Analyse – für überflüssig halten, da staatliche Akteur/e/innen wie zum Beispiel Ministerien, Datenschutzbehörden, Polizei und Geheimdienste in Deutschland und anderen Ländern bereits vielfältige Aktivitäten in dem hier betrachteten

---

1 Der Autor dankt Lukas Edeler, Bert-Jaap Koops, Bryce Clayton Newell, Lea Raabe, Tjerk Timan sowie den Teilnehmer/n/innen der interdisziplinären Tagung »Digitalität und Privatheit« (Universität Passau, 26.-28. Oktober 2017) für hilfreiche Kommentare und Anregungen.

2 Siehe dazu zum Beispiel Wehling 1982; Grimm 1994; Boettke/Leeson 2015; Mause/Müller 2018.

3 Smith 1981.

4 Siehe zur Einführung zum Beispiel Weingast/Wittman 2008; Bueno de Mesquita 2016; Mause 2018a; 2018b.

Bereich entfalten. Dementsprechend gibt es zwar in der bereits existierenden rechts-, wirtschafts- und politikwissenschaftlichen Fachliteratur zum Themenkomplex Privatsphäre/Privatheit Beiträge, die sich kritisch mit der Rolle des Staates in diesem Bereich auseinandersetzen;<sup>5</sup> aber die Grundfrage, ob es sich bei dem Schutz der Privatsphäre überhaupt um eine Staatsaufgabe handelt, wird nur ansatzweise bearbeitet.<sup>6</sup>

Stellt man jedoch aus ökonomischer Sicht in Rechnung, dass die in diesem Staatstätigkeitsbereich verwendeten Ressourcen (insbesondere Geld, Personal, Zeit) für andere Verwendungen nicht mehr zur Verfügung stehen (sogenanntes Alternativ-/Opportunitätskostenargument), dann scheint es durchaus Sinn zu machen, den *status quo* kritisch zu hinterfragen; also zu überprüfen, ob und inwieweit staatliches Handeln zum Schutz der (digitalen) Privatsphäre der Bürger/innen notwendig erscheint. Dazu wird – wie weiter unten näher erläutert – zu Untersuchungszwecken eine marktliberale ökonomische Position eingenommen, die staatlichen Eingriffen in Wirtschaft und Gesellschaft grundsätzlich mit großer Skepsis begegnet. Zwar wird die Analyse – um dies gleich vorwegzunehmen – zu dem Ergebnis kommen, dass selbst aus markt-/wirtschaftsliberaler Sicht im Untersuchungsbereich nicht gänzlich auf den Staat verzichtet werden kann. Allerdings wird auch deutlich werden, wo aus ökonomischer Sicht die Grenzen und Probleme der Staatstätigkeit in diesem Bereich liegen. Die Studie möchte damit einen Beitrag zu der oben kurz angesprochenen rechts-, wirtschafts- und politikwissenschaftlichen Literatur leisten, die sich kritisch mit der Rolle des Staates im Zusammenhang mit dem Schutz der individuellen Privatsphäre auseinandersetzt.

Der Beitrag gliedert sich wie folgt: Abschnitt 2 erläutert, welcher Bewertungsmaßstab im Folgenden verwendet wird, um die Notwendigkeit von Staatstätigkeit im Untersuchungskontext zu beurteilen. In Abschnitt 3 erfolgt die eigentliche polit-ökonomische Analyse. Der Beitrag schließt in Abschnitt 4 mit einem Fazit. Eingangs war vereinfachend von ›dem Staat‹ die Rede, und auch im Weiteren wird dies des Öfteren der Fall sein. Dies geschieht freilich in dem Bewusstsein, dass es in der Realität Regierungen, Minister/innen, Verwaltungsmitarbeiter/innen, Wettbewerbsbehörden und andere politisch-administrative Akteur/e/innen sind, die als Repräsentant/en/innen des Staates handeln und in real-existierende Gesellschaftsbereiche eingreifen können. An den Stellen im Text, an denen es von Relevanz ist, wer genau als ›Staat‹ in dem jeweiligen Kontext auftritt, wird der/die konkrete staatliche Akteur/in selbstverständlich benannt. Ebenso wird an den entsprechenden Textstellen genauer ausgeführt, welche Maßnahmen der Staat in

5 Siehe zum Beispiel Bull 2015; Sloan/Warner 2016; Miller 2017.

6 Für Überblicke über die rechts-, wirtschafts- und politikwissenschaftliche Literatur siehe Geminn/Roßnagel 2015; Acquisti u.a. 2016; Jacob/Thiel 2017.

dem betreffenden Kontext zum Schutze der (digitalen) Privatsphäre ergreift oder ergreifen könnte.

Als weitere und letzte Vorbemerkung sei gesagt, dass sich der vorliegende Beitrag angesichts der (a) Vielzahl an Definitionen und Typologien zu den Begriffen Privatsphäre und Privatheit in der multidisziplinären Fachliteratur sowie (b) der sich daraus – je nach verwendeter Definition/Typologie – ergebenden Vielzahl an möglichen Verletzungen der Privatsphäre/Privatheit auf den Schutz der *Privatsphäre* in den folgenden drei Alltagsbereichen/-dimensionen beschränkt, die der Typologie von Koops u.a. entnommen sind: (1) Schutz vor Verletzungen der körperlichen bzw. physischen Privatsphäre (in Koops u.a. als »bodily privacy« bezeichnet, zum Beispiel Körperverletzung, sexuelle Übergriffe), (2) Schutz vor Verletzungen der räumlichen Privatsphäre (»spatial privacy« bzw. »protection of the home«, das heißt eigene Wohnung, eigenes Haus, eigener Garten etc.) sowie (3) Schutz vor Verletzungen der informationellen bzw. digitalen/virtuellen Privatsphäre (»informational/data privacy«, das heißt die auf Computern, Mobiltelefonen und anderswo gesammelten persönlichen Daten).<sup>7</sup> Diese Aufzählung beansprucht – wie gesagt – keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Nach meiner Durchsicht der Literatur scheinen die drei genannten Dimensionen jedoch die offensichtlichsten und wichtigsten Gefahren zu sein, denen Individuen im Alltag ausgesetzt sein können.

## 2. Theoretischer Hintergrund: Marktliberalismus und Subsidiaritätsprinzip

In der nachfolgenden polit-ökonomischen Analyse wird die Frage, ob der Schutz der individuellen Privatsphäre staatliches Handeln erfordert, zu Untersuchungszwecken aus einer marktliberalen Perspektive betrachtet. Zu den Klassikern des Wirtschafts-/Marktliberalismus, als Teilgebiet des polit-ökonomischen Staatsaufgaben-Diskurses, zählen Adam Smiths (1723-1790) Buch *Wohlstand der Nationen*, Friedrich August von Hayeks (1899-1992) *Verfassung der Freiheit* und Milton Friedmans (1912-2006) *Kapitalismus und Freiheit*.<sup>8</sup> Obwohl diese Denker verschiedenen Schulen des Wirtschafts-/Marktliberalismus zugeordnet werden, weisen sie zwei grundlegende Gemeinsamkeiten auf: Erstens basiert ihre Sicht auf die Gesellschaft auf den Prinzipien der individuellen Freiheit und Eigenverantwortung. Zweitens gehen diese Ökonomen nicht von der Annahme aus, dass der soge-

7 Vgl. Koops u.a. 2017: S. 564-569, deren Typologie noch weitere Dimensionen umfasst und auf einer Sichtung einer Vielzahl an älteren Konzepten/Typologien aus der multidisziplinären und internationalen Fachliteratur zum Themenkomplex *privacy* basiert.

8 Smith 1981; Hayek 1960; Friedman 1962.

nannte ›interventionistische‹ und ›paternalistische‹ Staat automatisch bzw. *per se* für die Lösung von Problemen, die in einer Gesellschaft auftreten, verantwortlich ist. Staatliche Maßnahmen sind aus ihrer Sicht nur dann notwendig, wenn private (Markt-)Lösungen und private Regelungs- bzw. Governance-Mechanismen das betreffende Problem nicht lösen können.

Die gerade skizzierte freiheitlich-individualistische, marktliberale Sicht auf staatliche Interventionen basiert auf dem sogenannten Subsidiaritätsprinzip. Gemäß diesem Prinzip sollte der Staat nur dann versuchen, bestimmte gesellschaftliche Probleme zu lösen, wenn die Bürger/innen selbst nicht dazu in der Lage sind. Eine oft zitierte Definition des Subsidiaritätsprinzips findet sich in dem Buch *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* des Ökonomen Walter Eucken (1891-1950):

Von unten nach oben soll der Aufbau der Gesellschaft erfolgen. Was die einzelnen oder die Gruppen selbständig leisten können, das sollen sie aus freier Initiative nach besten Kräften tun. Und der Staat soll nur da eingreifen, wo seine Mithilfe in keiner Weise zu entbehren ist.<sup>9</sup>

Dass der Forschungsgegenstand im Folgenden durch eine marktliberale Brille betrachtet wird, und das Subsidiaritätsprinzip zur Beurteilung der Notwendigkeit staatlichen Handelns zum Schutze der Privatsphäre der Bürger/innen verwendet wird, hat einen einfachen Grund: Diese theoretische Perspektive geht – getreu dem Motto ›Der Markt wird es schon richten‹ – im Prinzip zunächst einmal von einem in dem betrachteten Problembereich inaktiven bzw. untätigen Staat aus und untersucht, ob der Staat in dem untersuchten Kontext bestimmte Aufgaben übernehmen muss, um bestimmte Probleme zu lösen bzw. um diese Probleme zumindest anzugehen. Im hier betrachteten Feld zwingt uns also die Einnahme der marktliberalen Perspektive, den *status quo* in Deutschland und anderen westlichen Demokratien kritisch zu hinterfragen: denn in diesen Ländern gehört der Schutz der Privatsphäre bereits zum etablierten Katalog an Staatsaufgaben, das heißt staatliche Akteur/e/innen (unter anderem Ministerien, Datenschutzbehörden, Polizei, Geheimdienste) entfalten bereits vielfältige Aktivitäten, die dazu dienen sollen, die Privatsphäre der Bürger/innen zu schützen. Mit anderen Worten, die nachfolgende polit-ökonomische Analyse mithilfe des Instrumentariums des Marktliberalismus dient dazu herauszufinden, ob der in diesem Beitrag betrachtete Problembereich Bürger/innen, Unternehmen, Märkten und Wettbewerb überlassen werden kann (das heißt Anwendung des Laissez-faire-Prinzips) oder ob möglicherweise Staatstätigkeit in diesem Bereich erforderlich ist.

An dieser Stelle kann eingewendet werden, dass die politik- und wirtschaftswissenschaftliche Forschung nicht bei den oben genannten Klassikern des Wirt-

<sup>9</sup> Eucken 2004: S. 348.

schafts-/Marktliberalismus, die im vordigitalen Zeitalter lebten und publizierten, stehen geblieben ist. In Abschnitt 3.3 wird daher diskutiert, ob eine Analyse auf Basis des traditionellen Marktliberalismus im heutigen digitalen Zeitalter noch zeitgemäß ist. So ist etwa zu berücksichtigen, dass sich die heutige Bedrohungslage in Hinblick auf die individuelle Privatsphäre signifikant von derjenigen im »guten alten« vordigitalen Zeitalter unterscheidet, in dem Menschen noch ohne Internet, ohne *global positioning system* (GPS), ohne Smartphones (das heißt Mobiltelefone mit Kamera, Audio-/Videorekorder, Internetzugang, GPS etc.) und ohne soziale Medien wie Facebook, Twitter & Co. lebten. Festzustellen ist aber auch, dass das Instrumentarium des traditionellen Marktliberalismus (Subsidiaritätsprinzip etc.) nach wie vor in polit-ökonomischen Beiträgen zum sozialwissenschaftlichen Staatsaufgaben-Diskurs verwendet wird.<sup>10</sup>

Auch in der in Politik und Öffentlichkeit geführten (wirtschafts-)politischen Debatte zu der normativen Fragestellung, was der Staat in bestimmten Gesellschaftsbereichen tun oder lassen sollte, sind marktliberale Positionen nach wie vor von Relevanz, was insbesondere durch die massive Kritik an diesen Positionen zum Ausdruck kommt. Beispielsweise finden sich zahlreiche Beiträge, in denen (i) die »Vermarktlichung« und »Ökonomisierung« verschiedener Gesellschafts- und Lebensbereiche oder (ii) allgemein der »Marktradikalismus«, »Marktfundamentalismus«, »Wettbewerbswahn«, »entfesselte Kapitalismus« oder die »neoliberale Hegemonie« kritisiert werden.<sup>11</sup>

### 3. Schutz der Privatsphäre als Staatsaufgabe?

#### 3.1 Selbstschutzmaßnahmen und ihre Grenzen

Zur Beantwortung der Frage, welche Rolle der Staat aus marktliberaler Sicht im Untersuchungskontext spielen sollte, wird in diesem Unterabschnitt – dem Subsidiaritätsprinzip folgend – zunächst erörtert, inwieweit sich Bürger/innen selbst vor Verletzungen ihrer individuellen Privatsphäre schützen können. Letztere ist in der heutigen (digitalen) Gesellschaft in mehrfacher Weise bedroht. So können sich Angriffe auf die körperliche bzw. *physische* Privatsphäre der Gesell-

10 Überblicke über derartige polit-ökonomische Studien geben Reksulak/Shughart 2012; Boettke/Leeson 2015; Mause/Müller 2018.

11 Siehe zum Beispiel Sandel 2012 oder die Studie von Butterwegge u.a. 2017, in der die gerade im Text zitierten Begriffe verwendet werden: »Vermarktlichung« (Butterwegge u.a. 2017: S. 170, 175, 227), »Ökonomisierung« (S. 14, 147, 161, 185, 204, 246), »Marktradikalismus« (S. 12, 200, 259, 261, 279, 284), »Marktfundamentalismus« (S. 156, 168), »Wettbewerbswahn« (S. 191, 222), »entfesselter Kapitalismus« (S. 14, 46, 222, 227) sowie »neoliberale Hegemonie« (S. 200f., 260).

schaftsmitglieder ereignen; beispielsweise in der Form, dass Menschen gegen ihren Willen fotografiert, gefilmt oder abgehört werden. Auch körperliche Angriffe und sexuelle Belästigung – um exemplarisch zwei weitere Deliktsbereiche zu nennen – werden in der internationalen Literatur zum Themenkomplex *privacy* üblicherweise als Verletzungen der physischen Privatsphäre des Menschen klassifiziert.<sup>12</sup> Zu beachten ist ferner, dass derartige Verletzungen sowohl im öffentlichen Raum (zum Beispiel Marktplätze, Fußgängerzonen, Parks) als auch im *privaten* Raum (zum Beispiel in der eigenen Wohnung) stattfinden können.<sup>13</sup> Letztere wurden in der Einleitung zu diesem Beitrag als Verletzungen der räumlichen Privatsphäre bezeichnet.

Neben potenziellen Bedrohungen bzw. Verletzungen der physischen und räumlichen Privatsphäre können zudem auch Angriffe auf die *digitale* bzw. virtuelle Privatsphäre des Einzelnen stattfinden; etwa dergestalt, dass andere gegen den Willen der Betroffenen auf private Daten (E-Mails, Notizen, Fotos, Kontodaten, Passwörter, Kontaktdaten, Terminkalender etc.) zugreifen, die etwa auf einem Smartphone, einer Smartwatch, einem Heimcomputer oder einem sogenannten *internet cloud server* deponiert sind. Möglich ist auch, dass Kriminelle die Identität anderer Personen nutzen, um gegen deren Willen und mit bzw. in deren Namen über das Internet geschäftliche Transaktionen zu tätigen (Stichwort: Identitätsdiebstahl). Oder, um ein drittes Beispiel zu geben, Kriminelle könnten sich via Internet bzw. konkret über das Smartphone, die Smartwatch, das Auto-Navigationsgerät oder das GPS-Gerät anderer Personen Daten zum gegenwärtigen Aufenthaltsort dieser Personen ergaunern; die via Internet ausgespähten Daten können dann zum Beispiel dazu genutzt werden, um Haus-/Wohnungseinbrüche in Abwesenheit der Bewohner/innen durchzuführen. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich Verletzungen der digitalen Privatsphäre (etwa eine Cyberattacke auf ein Smartphone) natürlich sowohl im öffentlichen als auch im *privaten* Raum ereignen können.

Allerdings gibt es eine Reihe von Maßnahmen, mittels derer sich Individuen vor den skizzierten Bedrohungen schützen können. Um sich selbst vor Angriffen auf die eigene physische Privatsphäre zu schützen, können Bürger/innen auf Märkten zum Beispiel Pfefferspray, Schreckschusspistolen, Selbstverteidigungskurse und andere ›Schutzprodukte‹ erwerben. Zudem stehen diverse Mittel zum Schutz vor Angriffen auf die eigene digitale Privatsphäre zur Verfügung (zum Beispiel Passwortschutz, Verschlüsselungssoftware, Virens Scanner etc.).<sup>14</sup> Auch wenn derartige Selbstschutzmaßnahmen vermutlich keinen 100-prozentigen Schutz vor Angriffen auf die physische/digitale Privatsphäre im privaten/öffent-

12 Siehe zum Beispiel die Typologien von Solove 2006 und Koops u.a. 2017.

13 Vgl. dazu ausführlicher Mause 2017; Newell u.a. 2018.

14 Eine Übersicht hierzu geben Brunton/Nissenbaum 2015.

lichen Raum bieten, so kann doch davon ausgegangen werden, dass deren Einsatz zumindest das Risiko reduziert, Opfer eines solchen Angriffs zu werden.

An dieser Stelle lässt sich einwenden, dass den vorgestellten Selbstschutzmechanismen im betrachteten Kontext offensichtlich auch Grenzen gesetzt sind; etwa in dem Sinne, dass davon auszugehen ist, dass vermutlich nicht alle Gesellschaftsmitglieder in der Lage sein werden, von den oben skizzierten Selbstschutzmaßnahmen Gebrauch machen zu können. So könnte es sein, dass sich einzelne Bürger/innen die auf Märkten angebotenen Selbstschutzprodukte finanziell nicht leisten können; das heißt, es kann in einem Gemeinwesen Bürger/innen geben, die zwar (a) eine Zahlungsbereitschaft für derartige Produkte haben, aber gleichzeitig (b) eine *fehlende Zahlungsfähigkeit* aufweisen. Auf das Problem, dass es in einer Gesellschaft Individuen geben kann, die sich Güter und Dienstleistungen, die für ein menschenwürdiges (Über-)Leben notwendig sind, finanziell nicht leisten können, wird auch in marktliberalen Studien zur Staatstätigkeitsforschung eingegangen. So sprechen sich selbst Hayek und Friedman,<sup>15</sup> denen als prominente Vertreter des Markt-/Wirtschaftsliberalismus im öffentlichen Diskurs nicht selten ›soziale Kälte‹ unterstellt wird, in ihren Schriften dafür aus, dass es eine Staatsaufgabe sei, finanzschwachen Gesellschaftsmitgliedern zumindest ein gewisses Existenzminimum zu garantieren, welches ein menschenwürdiges Leben ermöglicht. Dies ist im Übrigen gängige Praxis in Deutschland, Österreich, der Schweiz und anderen Sozial-/Wohlfahrtsstaaten.<sup>16</sup> Zumindest einen Teil der sozialen Transferzahlungen kann also der/die Einzelne verwenden, um sich Selbstschutzprodukte zu kaufen (Antivirus-Software, Pfefferspray etc.), zumal letztere oftmals zu einem günstigen Preis oder gar gratis zu erwerben sind.<sup>17</sup>

Neben der Absicherung eines gewissen (finanziellen) Existenzminimums für alle Bürger/innen sehen es Markt-/Wirtschaftsliberale in der Tradition von Hayek oder Friedman auch als eine Staatsaufgabe an, Individuen zu schützen, die sich selbst nicht schützen können. Im hier betrachteten Kontext würde das zum Beispiel bedeuten, dass es die Aufgabe eine/s/r staatlich bestellten Vormund/s/in ist, die oben skizzierten Selbstschutzmechanismen zu ergreifen, damit die ihm/ihr anvertraute Person (zum Beispiel ein/e alleinstehende/r, nicht geschäftsfähige/r Pensionär/in) bestmöglich vor Angriffen auf die Privatsphäre geschützt ist. Gleiches gilt für Kinder, die aus bestimmten Gründen nicht bei ihren leiblichen Eltern, sondern bei staatlich bestellten Erziehungsberechtigten aufwachsen. Für gänzlich verzichtbar halten also – dies ist hier schon mal festzuhalten – selbst marktgläubige Wirtschaftsliberale den Staat nicht. Ob die gerade kurz angesprochenen gesetzlich bestellten Betreuer/innen in der Praxis wirklich dabei helfen,

<sup>15</sup> Vgl. Hayek 1960; Friedman 1962.

<sup>16</sup> Vgl. Neumann 2016; Wang 2016.

<sup>17</sup> Zu diesem Punkt ausführlicher Mause 2017: S. 106f.

dass die ihnen anvertrauten hilfsbedürftigen Individuen die Mechanismen des Selbstschutzes nutzen können, ist selbstverständlich eine nur empirisch, im konkreten Fall zu beantwortende Frage. Gleiches gilt für das Verhältnis von Eltern bzw. Erziehungsberechtigten zu ihren Kindern, die heutzutage insbesondere im virtuellen Raum zahlreichen Bedrohungen im Hinblick auf ihre Privatsphäre ausgesetzt sind.<sup>18</sup>

Darüber hinaus könnte – ebenfalls zum Stichwort Grenzen des Selbstschutzes und der Eigenverantwortung – gegen die vorgebrachte liberal-individualistische Argumentation eingewendet werden, dass auch extrem vorsichtige Personen, die eine Reihe von Selbstschutzmaßnahmen ergriffen haben, Opfer von verschiedenartigen Angriffen auf ihre individuelle Privatsphäre werden können (zum Beispiel Datenklau im Internet). Diesem Einwand ist zweifellos zuzustimmen. Zu fragen ist gleichzeitig aber auch, ob der Staat (unter anderem Regierung, Polizei, Geheimdienste) als alternative Schutzinstitution in der Lage ist, mittels verschiedener Instrumente, auf die später noch im Einzelnen eingegangen wird, alle Bürger/innen immer und überall vor Angriffen zu schützen. Dies dürfte eine heroische und unrealistische Annahme sein. Denn selbst Menschen, die 24 Stunden am Tag von privaten und/oder staatlichen Personenschützer/n/innen begleitet werden, sind – dies belegt die Liste an Attentaten in der Weltgeschichte – offensichtlich nicht immun gegen Angriffe auf ihre Privatsphäre.<sup>19</sup> Dies ist zugegebenermaßen ein makabres Beispiel, verdeutlicht aber den generellen Punkt: Wir werden uns damit abfinden müssen, dass es trotz aller möglichen privaten und staatlichen Sicherheitsvorkehrungen vermutlich immer Personen geben wird, die es schaffen, zu welchem Zweck auch immer, in die Privatsphäre anderer Menschen einzudringen. Weder private Akteur/e/innen noch der Staat werden das in diesem Beitrag behandelte Problem also vollständig lösen und aus der Welt schaffen können.<sup>20</sup> Mit anderen Worten, mehr oder weniger schmerzhaftes Angriffe auf die Privatsphäre ähneln Unfällen: Die Wahrscheinlichkeit des Eintretens derartiger Ereignisse kann durch verschiedene Vorsichtsmaßnahmen reduziert werden. Aber wir müssen eben mit dem Risiko leben, dass solche Ereignisse eintreten können.

### 3.2 Rechtsschutz und seine Grenzen

Die eben vorgestellten Selbstschutzmaßnahmen wirken präventiv; das heißt, diese *ex ante*-Maßnahmen sollen das Risiko, Opfer eines Angriffs auf die individuelle Privatsphäre zu werden, reduzieren. Was ist jedoch zu tun, wenn eine wie auch immer geartete Verletzung der Privatsphäre bereits stattgefunden hat? Ultraliberale

18 Vgl. Schmidt 2014.

19 Vgl. Torgler/Frey 2013.

20 Vgl. zu diesem Punkt allgemein Wolf 1993.



bzw. Libertäre, die im Staatsaufgaben-Diskurs eine extrem markt-/wirtschaftsliberale Position einnehmen, versuchen bestimmte Probleme zunächst gänzlich ohne den Staat (das heißt ohne staatliches Rechtssystem, ohne staatliche Gerichte etc.) privat zu regeln bzw. zu lösen.<sup>21</sup> Derartigen Private-Governance-Konzepten folgend könnte im Untersuchungskontext zunächst versucht werden, eine nicht-staatliche, außergerichtliche Regelung von Verletzungen der Privatsphäre herbeizuführen. Konkret würde dies bedeuten, dass private Verhandlungen bzw. eine private Streitbeilegung zwischen den beteiligten Parteien – das heißt ›Opfer‹ und ›Angreifer/in‹ – stattfinden würde. In Einklang mit dem oben erläuterten Subsidiaritätsprinzip würden die beteiligten Parteien also zunächst selbst – das heißt ohne den Staat – versuchen, das Problem zu lösen. Dies funktioniert freilich nur, wenn man sich der Verletzung bewusst ist und überhaupt in Verhandlungen mit dem/der Täter/in treten kann; beispielsweise in der Alltagssituation, in der man eine/n Fremde/n bittet, den eigenen Garten zu verlassen. Oder etwa, wenn Person A jemanden, der gerade ein Foto oder Video von A gemacht hat, bittet, die gemachte Aufnahme sofort zu löschen.

Eine andere Problemlösungsmöglichkeit besteht darin, sein Recht auf Privatsphäre gerichtlich durchzusetzen. Dies setzt allerdings die Existenz einklagbarer formaler Regeln bzw. Rechte zum Schutz der (digitalen) Privatsphäre im privaten/öffentlichen Raum voraus.<sup>22</sup> Zum Beispiel existiert in Deutschland seit Anfang des 20. Jahrhunderts das KUG. Dieses Gesetz sichert das sogenannte Recht am eigenen Bild und wurde seinerzeit als Reaktion auf die Erfindung und Ausbreitung portabler Kameras eingeführt.<sup>23</sup> Dieses Recht beinhaltet, dass andere Personen kein Foto von jemandem machen und veröffentlichen dürfen, ohne dass der/die Fotografierte seine/ihre Einwilligung dazu gegeben hat. Im Falle von Verletzungen des Rechts am eigenen Bild können Betroffene vor Gericht auf Unterlassung und Schadenersatz klagen.

Die gerichtliche Durchsetzung des Rechts auf Privatsphäre setzt voraus, dass (a) überhaupt ein derartiges Recht besteht und (b) Gerichte vorhanden sind, um dieses Recht durchzusetzen. Im Gegensatz zu Ultraliberalen bzw. Libertären, die von einer staatsfreien Gesellschaft mit privaten Gerichten träumen,<sup>24</sup> sehen es selbst markt-/wirtschaftsliberale Vertreter/innen von Minimalstaats-Konzepten wie die oben erwähnten Smith, Hayek und Friedman<sup>25</sup> als Staatsaufgabe an, ein

21 Siehe zum Beispiel Ellickson 1991; Leeson 2014a; Stringham 2015.

22 Für eine Übersicht über die internationale Rechtslage siehe Solove/Schwartz 2017; Kühling u.a. 2018.

23 Vgl. hierzu ausführlicher Klang 2005.

24 Siehe zum Beispiel die diesbezüglichen Überlegungen in Leeson 2014a; 2014b und Stringham 2015.

25 Vgl. Smith 1981; Hayek 1960; Friedman 1962.

funktionierendes Rechtssystem (Gesetze, Gerichte, Richter/innen, rechtsstaatliche Prinzipien etc.) bereitzustellen. Dies impliziert für den in diesem Beitrag betrachteten Kontext, dass dem Staat heutzutage unter anderem die Aufgabe zukommt, permanent zu überdenken, ob die bestehenden Gesetze zum Schutz der Privatsphäre, die bestehenden Datenschutzgesetze und andere Elemente des Rechtssystems reformbedürftig sind und ob der Rechtsstaat für bestimmte neue Herausforderungen, denen sich die Gesellschaft aufgrund der Digitalisierung verschiedener Lebensbereiche gegenübersteht (zum Beispiel Cyberattacken auf Smartphones, Ausspähung durch Drohnen usw.), gewappnet ist.<sup>26</sup>

Selbstverständlich könnten Betroffene zunächst auch versuchen, ihr formelles bzw. kodifiziertes Recht auf Privatsphäre außergerichtlich durchzusetzen; etwa auf dem Wege privater Gespräche bzw. Verhandlungen mit dem/der ›Angreifer/in‹ oder mittels der Einschaltung privater Mediator/en/innen oder Rechtsanwält/e/innen. Aus ökonomischer Sicht besteht der Vorteil der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung darin, dass letztere unter Umständen weniger kostspielig und weniger zeitaufwendig ist als das offizielle Beschreiten des Rechtswegs bzw. die gerichtliche Durchsetzung des Rechts auf Privatsphäre. Wendet man das oben erläuterte Subsidiaritätsprinzip im hier betrachteten Kontext an, so sollte demnach zunächst versucht werden, das Recht auf Privatsphäre außergerichtlich durchzusetzen. Wie oben gesagt, funktioniert Letzteres freilich nur in Situationen, in denen Bürger/innen genau wissen, wer konkret zu belangen ist.

Zu bedenken ist an dieser Stelle überdies, dass auch der Mechanismus der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Untersuchungskontext möglicherweise nicht immer und überall funktioniert. So könnte es sein, dass in einem Gemeinwesen nicht alle Bürger/innen über die finanziellen Mittel verfügen, sich eine/n Rechtsanwält/anwältin zu nehmen, um ihr Recht auf Privatsphäre vor einem Gericht durchzusetzen. Auch kann es sein, dass einige Gesellschaftsmitglieder zwar für den entsprechenden Ernstfall gerne eine Rechtsschutzversicherung abschließen möchten (die unter anderem die Anwaltskosten tragen würde), aber sich den Abschluss einer derartigen Versicherung finanziell nicht leisten können. In Deutschland, den Niederlanden, den USA und anderen Ländern springt an dieser Stelle der Staat in Form der staatlichen Prozesskostenhilfe ein, die finanzschwache Individuen unter bestimmten Bedingungen beantragen können.<sup>27</sup> Interpretiert man die Forderung, dass alle Gesellschaftsmitglieder einen Zugang zur Nutzung des Rechtssystems haben sollten, als einen Teil des staatlich garantierten Existenzminimums, dann werden selbst Markt-/Wirtschaftsliberale in der Tradition von Hayek oder Friedman (siehe die Diskussion in Abschnitt 3.1) das Instrument

<sup>26</sup> Vgl. auch Kerber 2016; Budzinski 2017.

<sup>27</sup> Siehe zu den Möglichkeiten und Grenzen des Instruments der Prozesskostenhilfe zum Beispiel Flynn/Hodgson 2016 und Groß 2018.

der staatlichen Prozesskostenhilfe als legitime Staatsaufgabe anerkennen. Gleiches gilt für den staatlichen Schutz derjenigen Bürger/innen, die aufgrund kognitiver Beschränkungen nicht in der Lage sind, das Rechtssystem selbst in Anspruch nehmen zu können (zum Beispiel staatlich bestellte/r Vormund/in für nicht Geschäftsfähige).

Mit anderen Worten, das oben erläuterte Subsidiaritätsprinzip (das heißt der Staat hilft Menschen, die sich selbst nicht helfen können) liefert ein polit-ökonomisches Argument zur Rechtfertigung von Staatstätigkeit in der Form, dass der Staat sicherstellt, dass alle Gesellschaftsmitglieder die Möglichkeit haben, ihre Rechte zum Schutz der Privatsphäre – falls notwendig – vor Gericht durchzusetzen. Im Einklang mit den oben bereits mehrfach erwähnten Markt-/Wirtschaftsliberalen Smith, Hayek und Friedman, die davon ausgehen, dass es unter anderem eine Staatsaufgabe darstellt, ein funktionierendes Rechtssystem bereitzustellen, lässt sich argumentieren, dass der Staat sicherstellen muss, dass das Rechtssystem einer Gesellschaft ein öffentliches Gut im ökonomischen Sinne darstellt. Als öffentliches Gut wird in den Wirtschaftswissenschaften ein Gut bezeichnet, dass die folgenden zwei Merkmale aufweist: (1) keine Anwendung des Ausschlussprinzips und (2) keine Rivalität im Konsum.<sup>28</sup> Übertragen auf den Untersuchungskontext bedeutet die Anwendung des Nicht-Ausschlussprinzips, dass politisch bzw. gesellschaftlich erwünscht ist, dass kein Mitglied der Gesellschaft von der Nutzung des Rechtssystems ausgeschlossen werden sollte. Und es muss sichergestellt werden, dass das Rechtssystem kapazitätsmäßig in der Lage ist, allen Mitgliedern der Gesellschaft zu dienen (das heißt Nicht-Rivalität im Konsum).<sup>29</sup>

Dieser Unterabschnitt dürfte verdeutlicht haben, dass selbst wirtschafts-/marktliberale Ökonomen wie Smith, Hayek und Friedman, denen im öffentlichen Diskurs nicht selten vorgeworfen wird, *free-market liberals* zu sein, in ihren Schriften argumentieren, dass Märkte und gesellschaftliche Prozesse ohne einen gewissen rechtlichen Rahmen nicht funktionieren können.<sup>30</sup> Mit anderen Worten, auch Wirtschafts-/Marktliberale in der Tradition von Smith, Hayek oder Friedman erkennen an, dass die Gesellschaft nicht gänzlich Marktmechanismen (das heißt dem Aufeinandertreffen von Angebot und Nachfrage) überlassen werden darf, sondern dass der Staat zumindest einen gewissen Rechtsrahmen setzen muss, um die Funktionsfähigkeit von Märkten und gesellschaftlichen Prozessen zu ermöglichen.

28 Vgl. zum Beispiel Samuelson/Nordhaus 2009: Kap. 2.

29 Vgl. Cowen 1992.

30 Dazu ausführlicher Vanberg 1999.

### 3.3 Jenseits des traditionellen Marktliberalismus

Der Staat nimmt in der präsentierten marktliberalen Argumentation offensichtlich lediglich den Umfang eines sogenannten Minimalstaats an. In der Realität kann der Staat natürlich auch mehr tun als das, was Marktliberale als den ›richtigen‹, ›adäquaten‹ oder ›optimalen‹ Umfang der Staatstätigkeit zum Schutz der Privatsphäre der Bürger/innen empfehlen. Schließlich stellt diese freiheitlich-individualistische Position lediglich eine mögliche normative wirtschafts-/gesellschaftstheoretische Grundposition dar; und letztlich wird im politischen System entschieden, wie bestimmte gesellschaftliche Aufgaben und Probleme bearbeitet werden. Zum Beispiel könnten staatliche Informations-/Aufklärungskampagnen durchgeführt werden, um die Bürger/innen für die Bedrohungen ihrer Privatsphäre zu sensibilisieren, die insbesondere im virtuellen Raum lauern; etwa bei der Nutzung mobiler Smartphones.

Zu den Zeiten, als die oben genannten klassischen Werke des Marktliberalismus von Smith, Hayek und Friedman veröffentlicht wurden, waren die jüngeren Entwicklungen im Bereich der Informations- und Telekommunikationstechnik (Internet, Mobiltelefonie etc.) natürlich noch nicht eingetreten und auch noch nicht absehbar. Und auf das Instrument der staatlichen Informations-/Verbraucherpolitik wird in diesen älteren Beiträgen zum polit-ökonomischen Staatsaufgaben-Diskurs nicht explizit eingegangen. Bedingt durch das Aufkommen der Informationsökonomik, wird in diesem Diskurs jedoch seit Anfang der 1960er-Jahre verstärkt berücksichtigt, dass auch *Informationsprobleme* auf Seiten der Konsument/en/innen einen möglichen Marktversagenstatbestand darstellen; beispielsweise wenn Verbraucher/innen beim Kauf bestimmter Produkte schlechter über bestimmte Produkteigenschaften informiert sind als Verkäufer/innen (das heißt es liegt eine sogenannte Informationsasymmetrie vor). Informationsprobleme auf Märkten bieten einen möglichen Ansatzpunkt für staatliches Handeln, etwa in Form verschiedener Maßnahmen der staatlichen Verbraucherschutzpolitik. Allerdings ist in der Ökonomik umstritten, ob es immer der Staat sein muss, der auf das jeweilige Informationsproblem reagieren muss.<sup>31</sup> So kann es unter Umständen auch sein, dass die Marktteilnehmer/innen – dem Subsidiaritätsprinzip folgend – ein bestimmtes Informationsproblem selbst lösen können; zum Beispiel über die Bereitstellung von Qualitätsinformationen durch die Unternehmen selbst oder durch unabhängige private Testinstitute. Oder im Markt spricht sich herum, welche Unternehmen einen guten Ruf bzw. eine hohe Reputation aufweisen.

Auch in dem in diesem Beitrag untersuchten Kontext kann der Staat durch Aufklärungskampagnen oder die Bereitstellung von Informationsmaterial einen

31 Für Überblicke über diese Diskussion Fritsch 2018: Kap. 10; Mause/Müller 2018: S. 166-169.

Beitrag dazu leisten, dass die Bürger/innen besser über die Gefahren informiert werden, die sich insbesondere aufgrund der Digitalisierung verschiedener Lebensbereiche (zum Beispiel Smartphone, Smartwatch, Smart-TV, Smarthome usw.) für ihre Privatsphäre ergeben. Zu berücksichtigen ist freilich, dass diesbezüglich bereits viele öffentlich zugängliche Informationen von Nichtregierungsorganisationen und Unternehmen, die in der Internet- und Telekommunikationsbranche tätig sind, bereitgestellt werden. Zu prüfen wäre demnach im konkreten Einzelfall, ob zusätzliches, staatlich bereitgestelltes Informationsmaterial einen Mehrwert für die Bevölkerung schafft – und wie viele Bürger/innen in einem Gemeinwesen die privat und/oder staatlich angebotenen Informationen überhaupt zur Kenntnis nehmen und in ihrem Handeln berücksichtigen. Marktliberale würden also – dem Subsidiaritätsprinzip folgend – erst dann zum Instrumentarium der staatlichen Verbraucherschutzpolitik greifen, wenn die Marktteilnehmer/innen das betreffende Informationsproblem nicht selbst lösen können.

Neben dem Einsatz der staatlichen Aufklärungs-/Informationspolitik kann der Staat sich auch des Instrumentariums der Regulierungspolitik bedienen. So könnte im hier untersuchten Kontext gefordert werden, dass der Staat Unternehmen und insbesondere sogenannte »Datenhändler«, die die Daten ihrer Kund/en/innen weitergeben/weiterverkaufen, regulieren müsse. So ist zu beobachten, dass der Staat bereits in vielen Ländern zum Beispiel die Verkäufer von Smartphones und Apps sowie die Anbieter von Internetdiensten wie Google, Facebook & Co. durch Datenschutzgesetze, die bei Verstößen rechtlich durchgesetzt werden können, reguliert. Ob die geltenden Gesetze und Regulierungen ausreichend sind oder vielleicht sogar bereits zu weit gehen, ist Gegenstand einer anhaltenden Diskussion in Politik, Wissenschaft und Öffentlichkeit.<sup>32</sup>

Selbst aus wirtschafts-/marktliberaler Sicht ergibt sich an diesem Punkt Handlungsbedarf, sofern Unternehmen, denen Kund/en/innen Daten anvertrauen müssen, um die Dienste dieser Unternehmen zu nutzen, eine monopolartige Stellung einnehmen. In diesem Falle liegt nämlich ein *Marktmacht-Problem* bzw. ein Wettbewerbs-/Marktversagen vor.<sup>33</sup> Die Situation verschärft sich weiter, wenn große Teile der Bevölkerung auf dieses eine Unternehmen angewiesen sind. Zu den gerade skizzierten Problembereichen findet man in den oben zitierten Klassikern des Wirtschafts-/Marktliberalismus (Smith, Hayek, Friedman) keine Antworten. Beide Probleme, (a) die Monopolstellung und (b) die mangelnden Wechselalternativen der Kund/en/innen, werden aber im Rahmen der modernen Wettbewerbsökonomik diskutiert und liefern unter Umständen ökonomische Argumente zur Begründung von staatlichem Handeln zur Problemlösung. Allerdings ist für jedes einzelne Unternehmen genau zu prüfen, ob die Punkte (a) und

32 Siehe hierzu zum Beispiel Wright/De Hert 2016; Kerber 2016; Budzinski 2017.

33 Dazu allgemein Fritsch 2018: Kap. 9.

(b) wirklich vorliegen: also ob wirklich eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, ob diese Stellung bereits missbraucht wurde und welche Gegenmaßnahmen (zum Beispiel Verhängung einer Geldbuße, stärkere/bessere Regulierung) gegebenenfalls von staatlichen Wettbewerbsbehörden oder anderen politisch-administrativen Akteuren zu ergreifen sind.<sup>34</sup>

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, wie man mit dem Problem umgeht, dass viele Nutzer/innen von Smartphones und Apps die Datenschutzerklärung, der sie vor dem Gebrauch aufgrund staatlich geschaffener Regulierungen zustimmen müssen (»mit Ihrer Einwilligung erhalten wir Zugriff auf Ihren Standort, Ihre Kontakte, ...«), offenbar ignorieren und ungelesen bestätigen.<sup>35</sup> Von einem freiheitlich-individualistischen, marktliberalen Standpunkt aus betrachtet lässt sich argumentieren, dass jeder/jede Einzelne selbst für sein/ihr (Nicht-)Handeln verantwortlich ist. Stellen Nutzer/innen beispielsweise im Nachhinein fest, dass sie durch ihre Einwilligung persönliche Daten in einem Umfang preisgegeben haben, den sie eigentlich gar nicht preisgeben wollten, dann ist dies – in dieser freiheitlich-individualistischen Sichtweise – das persönliche Problem der betreffenden Nutzer/innen.<sup>36</sup> Letztere werden möglicherweise aus ihrem Handeln lernen und beim nächsten Mal vielleicht genauer hinsehen, was sie im Internet anklicken. In der ökonomischen Literatur zum Verbraucherschutz im digitalen Zeitalter finden sich freilich auch Beiträge, die diese extrem freiheitlich-individualistische Position nicht teilen. So gibt es unter dem Stichwort *privacy-by-default* beispielsweise Vorschläge, dass Unternehmen dazu verpflichtet werden sollten, die Datenschutzeinstellungen ihrer Produkte (zum Beispiel Apps und andere Online-Dienste) sehr »datensparsam« zu gestalten, sodass Nutzer/innen, die mehr persönliche Daten an Unternehmen übermitteln möchten, dies durch zusätzliche aktive Entscheidungen (das heißt Änderung der Voreinstellungen/Defaults) tun müssen.<sup>37</sup> Auf diese Weise soll erreicht werden, dass sich Nutzer/innen stärker mit dem Aspekt des Schutzes ihrer Privatsphäre auseinandersetzen.

Marktliberale haben jedoch im verbraucherschutzpolitischen Diskurs in der Regel ein Problem damit, das Argument der *Irrationalität* bzw. *beschränkten Rationalität* der Nutzer/innen als Marktversagenstatbestand und damit als ökonomische Begründung für paternalistische Eingriffe seitens des Staates zu ak-

34 Siehe zu diesem Themenkomplex zum Beispiel Haucap/Heimeshoff 2014; Haucap/Kehder 2014; Budzinski 2017; Haucap/Heimeshoff 2018: S. 82-87.

35 Zu den Möglichkeiten und Grenzen des Regulierungsinstruments der Datenschutzerklärung zum Beispiel Calo 2012; Balebako u.a. 2015; Solove 2013.

36 Vgl. hierzu den Beitrag von Christian Aldenhoff in diesem Band.

37 Vgl. Acquisti 2009; Dold/Krieger 2017: S. 564f.

zeptieren.<sup>38</sup> Zudem werden Marktliberale mit Blick auf das Politikinstrument der Anbieterregulierung zu bedenken geben, dass nicht auszuschließen sei, dass Unternehmen wie Google, Facebook & Co. nicht bereits von sich aus ein Interesse haben, sorgsam mit den persönlichen Daten ihrer Nutzer/innen umzugehen. So haben Internetunternehmen, aber auch »normale« Wirtschaftsbetriebe, einen monetären Anreiz, ihren Ruf nicht durch Datenmissbräuche bzw. Datenschutzverletzungen zu schädigen. Bereits der marktbasierende Mechanismus der Reputation dient also aus ökonomischer Sicht unter bestimmten Bedingungen dem Verbraucherschutz; etwa in der Form, dass sich im Markt unter Verbraucher/n/innen herumspricht, welche Unternehmen seriöse bzw. »ehrliche« Anbieter sind, die sorgsam mit Kund/en/innendaten umgehen.<sup>39</sup> Und schließlich zeigen die immer mal wieder auftretenden Datenmissbräuche und »Datenlecks« bei staatlichen Behörden/Betrieben, dass keineswegs sicher ist, dass der Staat sorgsamer mit den ihm anvertrauten Nutzer/innendaten umgeht als es private Unternehmen/Organisationen tun.

#### 4. Fazit: Die ambivalente Rolle des Staates

Die obige Analyse dürfte verdeutlicht haben, wo aus ökonomischer Sicht die Grenzen und Probleme der Staatstätigkeit in dem in diesem Beitrag betrachteten Kontext liegen. Es zeigt sich, dass selbst aus markt-/wirtschaftsliberaler Sicht staatliches Handeln im Untersuchungskontext nicht gänzlich verzichtbar ist. Dies ist insofern bemerkenswert, als dass prominente Vertreter/innen des Wirtschaftsliberalismus wie Smith, Hayek und Friedman, auf deren Gedankengut eben zurückgegriffen wurde, im öffentlichen Diskurs nicht selten als »Marktradikale« oder »Marktfundamentalisten« porträtiert werden. Sogar aus marktliberaler Perspektive ist demnach eine subsidiäre Rolle des Staates zum Schutz der (digitalen) Privatsphäre begründbar. In dieser Minimalstaats-Perspektive kommen dem Staat zumindest vier wichtige Aufgaben zu, die zusammenfassend nochmals kurz erwähnt seien. Erstens sollte der Staat auch denjenigen Bürger/n/innen, die über wenig/kein Einkommen und Vermögen verfügen, ein Existenzminimum garantieren, welches unter anderem dazu verwendet werden kann, die oben näher erläuterten Mechanismen des Selbst- und Rechtsschutzes zu nutzen. Daneben sollte der Staat – zweitens – Fürsorge für diejenigen Gesellschaftsmitglieder leisten, die (a) auf sich allein gestellt sind und (b) nicht die kognitiven Fähigkeiten besitzen, die dargestellten Selbst-/Rechtsschutz-Mechanismen in Anspruch zu

38 Zu dieser Debatte ausführlicher Kerber 2014; Le Grand/New 2015; Fritsch 2018: Kap. 12; Mause/Müller 2018: S. 170f.

39 Vgl. dazu allgemein Klein/Leffler 1981; Shapiro 1983.



nehmen; zum Beispiel in Gestalt eine/s/r staatlich eingesetzten Vormund/s/in im Falle von alleinstehenden, pflegebedürftigen Personen.

Der Staat sollte – drittens – ein funktionierendes Rechtssystem bereitstellen (Gesetze, Gerichte etc.), welches unter anderem dazu genutzt werden kann, dass Bürger/innen ihr Recht auf Privatsphäre durchsetzen können. Und viertens sollte der Staat über das Instrument der staatlichen Prozesskostenhilfe sicherstellen, dass auch finanzschwache Bürger/innen, die beispielsweise Opfer eines Angriffs auf ihre individuelle Privatsphäre geworden sind, den Rechtsweg beschreiten können. Weiteres staatliches Handeln erscheint aus einer marktliberalen Perspektive in der Tradition von Smith, Hayek oder Friedman nicht notwendig. Der Staat tut – dem Subsidiaritätsprinzip folgend – nur so viel, dass die Gesellschaftsmitglieder die Mechanismen des Selbstschutzes und Rechtsschutzes nutzen können. Und die markt-/wirtschaftsliberale Position weist unter dem Stichwort Eigenverantwortung aus meiner Sicht zu Recht darauf hin, dass Individuen zum Schutze ihrer Privatsphäre selbst bereits einiges tun können und müssen, um das Risiko zu reduzieren, Opfer eines wie auch immer gearteten Angriffs zu werden.

Die obige Argumentation kann verwendet werden, um für real-existierende Gemeinwesen zu überprüfen, ob der Staat in dem jeweils betrachteten Fall bereits genug Staatstätigkeit entfaltet, um seine Bürger/innen beim Schutz ihrer eigenen Privatsphäre zu unterstützen. Beispielsweise mögen (a) einklagbare Rechte zum Schutz der Privatsphäre sowie (b) die Existenz eines funktionierenden Rechtsstaats für in Deutschland lebende Menschen eine Selbstverständlichkeit darstellen; ländervergleichende Studien zeigen indes, dass es Länder gibt, in denen die gerade genannten Institutionen bzw. Instrumente nicht oder nur in eingeschränkter Form vorhanden sind.<sup>40</sup> Klar ist, dass der Staat aus Sicht des traditionellen Marktliberalismus lediglich den Umfang eines Minimalstaats annimmt. In der Realität kann der Staat selbstverständlich auch mehr tun als das, was Marktliberale – auf Basis ihres analytischen Instrumentariums – als das gerechtfertigte Ausmaß an Staatstätigkeit empfehlen.

Zudem wurde in Abschnitt 3.3 gezeigt, dass jenseits des traditionellen Marktliberalismus in der ökonomischen Literatur gegenwärtig mit Blick auf Herausforderungen, die sich aufgrund der Digitalisierung ergeben, auch zusätzliche (Marktversagens-)Argumente diskutiert werden, die Ansatzpunkte für weitergehende staatliche Aktivitäten zum Schutz der individuellen Privatsphäre liefern. Die Notwendigkeit des Einsatzes bestimmter staatlicher Instrumente (zum Beispiel im Bereich Informations-, Regulierungs- oder Wettbewerbspolitik) sowie die Frage nach deren Wirksamkeit können allerdings nur im konkreten empirischen Einzelfall geklärt werden. Generell ist jedoch bei allen staatlichen Maßnahmen, die politisch-administrative Akteur/e/innen und deren Berater/innen im betrach-

40 Siehe zum Beispiel The World Bank Group 2018.



teten Kontext entwickeln und umsetzen, zu beachten, dass vermutlich weder die in Abschnitt 3.1 genannten Selbstschutzmaßnahmen noch der Staat jede/m/r einzelnen Bürger/in immer und überall einen 24-Stunden-*Präventiv*-Schutz bieten. Darauf deuten etwa die in den Medien und Kriminalitätsstatistiken berichteten Fälle von verschiedenartigen Verletzungen der Privatsphäre hin (zum Beispiel Körperverletzung, sexuelle Übergriffe, Identitätsdiebstahl/Phishing).<sup>41</sup> Ist jemand jedoch Opfer eines Angriffs auf die (digitale) Privatsphäre geworden, so besteht freilich nach der Straftat in vielen Fällen zumindest die *ex post*-Möglichkeit, dem Recht auf Privatsphäre durch außergerichtliche Streitbeilegung oder die Nutzung des Rechtssystems zur Durchsetzung zu verhelfen.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass der Staat in Bezug auf den Schutz der (digitalen) Privatsphäre nicht nur die oben erläuterte subsidiäre, sondern durchaus auch eine ambivalente Rolle spielt. So wird in der Literatur zum Themenkomplex ›Schutz der Privatsphäre‹ auch darauf hingewiesen, dass der helfende bzw. schützende Staat unter Umständen selbst zu einer Bedrohung für die Privatsphäre der Bürger/innen werden kann: etwa in der Form, dass staatliche Organe wie zum Beispiel Polizei und Geheimdienste – vorgeblich zum Zwecke der Gewährleistung der öffentlichen/inneren Sicherheit – bestimmte Bürger/innen im privaten Raum (zum Beispiel in der eigenen Wohnung) oder in öffentlichen Bereichen (zum Beispiel bei der Nutzung des Smartphones in einem Park) überwachen bzw. ausspähen. Diese Problematik wurde bereits im vordigitalen Zeitalter intensiv diskutiert<sup>42</sup> und bildet auch heute noch den Gegenstand von Debatten in Politik, Öffentlichkeit und Wissenschaft.

Dass diese hier nur kurz angerissene Problematik nicht bloß eine Verschwörungstheorie oder Dystopie darstellt, illustrieren exemplarisch die empirischen Fallbeispiele (i) der Deutschen Demokratischen Republik mit ihrem Staatssicherheitsapparat (Stasi), (ii) die vor allem durch den Whistleblower Edward Snowden enthüllten Überwachungsaktivitäten US-amerikanischer und anderer Geheimdienste sowie (iii) die in China eingeführte staatliche Massenüberwachung (unter anderem mittels Kameras, Gesichtserkennung etc. an öffentlichen Orten).<sup>43</sup> Es stellt sich also nicht nur die in diesem Beitrag behandelte Frage, inwieweit staatliches Handeln notwendig ist, um die Privatsphäre der Bürger/innen im digitalen Zeitalter zu schützen; sondern es stellt sich darüber hinaus auch die nicht weniger wichtige Frage, wie sichergestellt werden kann, dass der Staat die (digitale) Privatsphäre der Bürger/innen nicht verletzt. Somit ist schließlich festzuhalten, dass der Staat, der zum Schutze der Bevölkerung im Bereich des Datenschutzes eini-

41 Siehe zum Beispiel Bundeskriminalamt 2017a; 2017b.

42 Siehe zum Beispiel Flaherty 1992; Gieseke 2014.

43 Vgl. unter anderen Gieseke 2014; Schaar 2014; Rosenbach/Stark 2014; Sloan/Warner 2016; Miller 2017; Strittmatter 2018.

ges unternimmt (Expert/en/innentreffen, Strategiepapiere, Informationskampagnen, Gesetze, Verordnungen usw.), unter Umständen gleichzeitig selbst zu einer ernsthaften Gefahr für die Privatsphäre seiner Bürger/innen werden kann.

## Literatur

- Acquisti, Alessandro u.a. 2016: *The Economics of Privacy*. In: *Journal of Economic Literature*. 54.2., 2016, S. 442-492.
- Acquisti, Alessandro 2009: *Nudging Privacy: The Behavioral Economics of Personal Information*. In: *IEEE Security & Privacy*. 7.6., 2009, S. 82-85.
- Balebako, Rebecca u.a. 2015: *Is Notice Enough: Mitigating the Risks of Smartphone Data Sharing*. In: *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*. 11.2., 2015, S. 279-323.
- Boettke, Peter J./Leeson, Peter T. (Hg.) 2015: *The Economic Role of the State*. Cheltenham.
- Brunton, Finn/Nissenbaum, Helen 2015: *Obfuscation: A User's Guide for Privacy and Protest*. Cambridge, Massachusetts.
- Budzinski, Oliver 2017: *Wettbewerbsregeln für das Digitale Zeitalter? Die Ökonomik personalisierter Daten, Verbraucherschutz und die 9. GWB-Novelle*. In: *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik*. 43.3., 2017, S. 221-249.
- Bueno de Mesquita, Ethan 2016: *Political Economy for Public Policy*. Princeton.
- Bull, Hans Peter 2015: *Sinn und Unsinn des Datenschutzes. Persönlichkeitsrecht und Kommunikationsfreiheit in der digitalen Gesellschaft*. Tübingen.
- Bundeskriminalamt 2017a: *Cybercrime. Bundeslagebild 2017*. Wiesbaden.
- Bundeskriminalamt 2017b: *Polizeiliche Kriminalstatistik Bundesrepublik Deutschland. Jahrbuch 2017*. Wiesbaden.
- Butterwegge, Christoph u.a. (Hg.) 2017: *Kritik des Neoliberalismus*. Wiesbaden 3. Aufl.
- Calo, M. Ryan 2012: *Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere)*. In: *Notre Dame Law Review*. 87.3., 2012, S. 1027-1072.
- Cowen, Tyler 1992: *Law as a Public Good: The Economics of Anarchy*. In: *Economics & Philosophy*. 8.2., 1992, S. 249-267.
- Dold, Malte/Krieger, Tim 2017: *Cyber-Security aus ordnungspolitischer Sicht: Verfügungsrechte, Wettbewerb und Nudges*. In: *Wirtschaftsdienst*. 97.8., 2017, S. 559-565.
- Ellickson, Robert C. 1991: *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, Massachusetts.
- Eucken, Walter 2004: *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Tübingen 7. Aufl.

- Flaherty, David H. 1992: *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States*. Chapel Hill, North Carolina.
- Flynn, Asher/Hodgson, Jacqueline (Hg.) 2016: *Access to Justice and Legal Aid: Comparative Perspectives on Unmet Legal Need*. Oxford.
- Friedman, Milton 1962: *Capitalism and Freedom*. Chicago.
- Fritsch, Michael 2018: *Marktversagen und Wirtschaftspolitik: Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*. München 10. Aufl.
- Geminn, Christian/Roßnagel, Alexander 2015: »Privatheit« und »Privatsphäre« aus der Perspektive des Rechts – ein Überblick. In: *JuristenZeitung (JZ)*. 2015, S. 703-708.
- Gieseke, Jens 2014: *The History of the Stasi: East Germany's Secret Police, 1945-1990*. New York.
- Grimm, Dieter (Hg.) 1994: *Staatsaufgaben*. Baden-Baden.
- Groß, Ingo M. 2018: *Beratungshilfe – Prozesskostenhilfe – Verfahrenskostenhilfe*. Heidelberg 14. Aufl.
- Haucap, Justus/Heimeshoff, Ulrich 2018: *Ordnungspolitik in der digitalen Welt*. In: Haucap, Justus/Thieme, H. Jörg (Hg.): *Wirtschaftspolitik im Wandel: Ordnungsdefizite und Lösungsansätze*. Berlin, S. 79-132.
- Haucap, Justus/Heimeshoff, Ulrich 2014: *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet driving Competition or Market Monopolization?* In: *International Economics and Economic Policy*. 11.1/2., 2014, S. 49-61.
- Haucap, Justus/Kehder, Christiane 2014: *Stellen Google, Amazon, Facebook & Co. wirklich die marktwirtschaftliche Ordnung zur Disposition?* In: *ifo Schnelldienst*. 67.16., 2014, S. 3-6.
- Hayek, Friedrich August von 1960: *The Constitution of Liberty*. Chicago.
- Jacob, Daniel/Thiel, Thorsten (Hg.) 2017: *Politische Theorie und Digitalisierung*. Baden-Baden.
- Kerber, Wolfgang 2016: *Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*. In: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil (GRUR Int)*. 2016, S. 639-647.
- Kerber, Wolfgang 2014: *Soft Paternalismus und Verbraucherpolitik*. In: *List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik*. 40.2., 2014, S. 274-295.
- Klang, Mathias 2005: *Privacy, Surveillance & Identity*. In: Klang, Mathias/Murray, Andrew (Hg.): *Human Rights in the Digital Age*. New York, S. 175-190.
- Klein, Benjamin/Leffler, Keith B. 1981: *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*. In: *Journal of Political Economy*. 89.4., 1981, S. 615-641.
- Koops, Bert-Jaap u.a. 2017: *A Typology of Privacy*. In: *University of Pennsylvania Journal of International Law*. 38.2., 2017, S. 483-575.
- Kühling, Jürgen u.a. 2018: *Datenschutzrecht*. Heidelberg 4. Aufl.

- Le Grand, Julian/New, Bill 2015: *Government Paternalism: Nanny State or Helpful Friend?* Princeton.
- Leeson, Peter T. 2014a: *Anarchy Unbound: Why Self-Governance Works Better Than You Think*. Cambridge.
- Leeson, Peter T. 2014b: *Pirates, Prisoners, and Preliterates: Anarchic Context and the Private Enforcement of Law*. In: *European Journal of Law and Economics*. 37.3., 2014, S. 365-379.
- Mause, Karsten 2018a: *Ökonomie und Staat*. In: Voigt, Rüdiger (Hg.): *Handbuch Staat*. Wiesbaden, S. 241-251.
- Mause, Karsten 2018b: *Political Economy*. In: Marciano, Alain/Ramello, Giovanni B. (Hg.): *Encyclopedia of Law & Economics*. New York. DOI: [https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6\\_367-1](https://doi.org/10.1007/978-1-4614-7883-6_367-1).
- Mause, Karsten 2017: *A Politico-Economic Perspective on Privacy in Public Spaces*. In: Timan, Tjerk u.a. (Hg.): *Privacy in Public Space: Conceptual and Regulatory Challenges*. Cheltenham, United Kingdom, S. 91-111.
- Mause, Karsten/Müller, Christian 2018: *Allokation: Marktversagen und Staatstätigkeit*. In: Mause, Karsten u.a. (Hg.): *Politik und Wirtschaft: Ein integratives Kompendium*. Berlin/Heidelberg, S. 147-190.
- Miller, Russell A. (Hg.) 2017: *Privacy and Power: A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair*. Cambridge.
- Neumann, Frieder 2016: *Soziale Mindestsicherung in Europa: Leistungsprofile im Vergleich*. Münster.
- Newell, Bryce C. u.a. (Hg.) 2018: *Surveillance, Privacy and Public Space*. Oxford.
- Reksulak, Michael/Shughart, William F. II 2012: *What Should Government Do? Problems of Social Cost, Externalities and All That*. In: *Public Choice*. 152.1/2., 2012, S. 103-114.
- Rosenbach, Marcel/Stark, Holger 2014: *Der NSA-Komplex: Edward Snowden und der Weg in die totale Überwachung*. München.
- Samuelson, Paul A./Nordhaus, William D. 2009: *Economics*. New York 19. Aufl.
- Sandel, Michael 2012: *Was man für Geld nicht kaufen kann*. Berlin.
- Schaar, Peter 2014: *Überwachung total: Wie wir in Zukunft unsere Daten schützen*. Berlin.
- Schmidt, Jane 2014: *Facebook, Surfen und Co. So ist mein Kind sicher im Internet*. Weinheim.
- Shapiro, Carl 1983: *Premiums for High Quality Products as Returns to Reputations*. In: *Quarterly Journal of Economics*. 98.4., 1983, S. 659-679.
- Sloan, Robert H./Warner, Richard 2016: *The Self, the Stasi, the NSA: Privacy, Knowledge, and Complicity in the Surveillance State*. In: *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*. 17.1., 2016, S. 347-408.
- Smith, Adam 1981: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Indianapolis.

- Solove, Daniel J. 2013: *Privacy Self-Management and the Consent Dilemma*. In: *Harvard Law Review*. 126.7., 2013, S. 1880-1903.
- Solove, Daniel J. 2006: *A Taxonomy of Privacy*. In: *University of Pennsylvania Law Review*. 154.3., 2006, S. 477-560.
- Solove, Daniel J./Schwartz, Paul M. 2017: *Privacy Law Fundamentals*. Portsmouth, New Hampshire 4. Aufl.
- Stringham, Edward P. 2015: *Private Governance: Creating Order in Economic and Social Life*. Oxford.
- Strittmatter, Kai 2018: *Die Neuerfindung der Diktatur: Wie China den digitalen Überwachungsstaat aufbaut und uns damit herausfordert*. München.
- The World Bank Group 2018: *Worldwide Governance Indicators*. URL: [www.govindicators.org](http://www.govindicators.org) (zuletzt abgerufen am: 17.03.2019).
- Torgler, Benno/Frey, Bruno S. 2013: *Politicians: be killed or survive*. In: *Public Choice*. 156.1/2., 2013, S. 357-386.
- Vanberg, Viktor V. 1999: *Markets and Regulation: On the Contrast between Free-Market Liberalism and Constitutional Liberalism*. In: *Constitutional Political Economy*. 10.3., 1999, S. 219-243.
- Wang, Jinxian 2016: *Trends in social assistance, minimum income benefits and income polarization in an international perspective*. Leiden.
- Wehling, Hans-Georg (Hg.) 1982: *Zuviel Staat? Die Grenzen der Staatstätigkeit*. Stuttgart.
- Weingast, Barry R./Wittman, Donald A. (Hg.) 2008: *The Oxford Handbook of Political Economy*. Oxford.
- Wolf, Charles 1993: *Markets or Governments: Choosing Between Imperfect Alternatives*. Cambridge, Massachusetts 2. Aufl.
- Wright, David/De Hert, Paul (Hg.) 2016: *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches*. New York.

