

Prof.em. Dr. Dr.h.c.mult. Winfried Hassemer

Datenschutz – ein modernes Grundrecht

Hauptreferat. Festsaal Schloss Schwerin

Datenschutz-Fachtagung 2010: "10 Jahre IFG M-V"

5.7.2010, 10.30 – 11.15

„Datenschutz.Schwerin.10“

Stand: 7.6.10

I. An der Krippe

1. Anlass und Prognosen

a. Ein anrührendes Bild

Es muss ein anrührendes Bild gewesen sein, als der kleine Datenschutz im winterlichen Dezember zu Beginn der 80er Jahre des letzten Jahrhunderts¹ das Licht der Welt erblickt hat.

Um sein Bettchen im Karlsruher Schlosspark – oder war es eine Krippe? – hatten sich alle diejenigen versammelt, die ihm zum Leben verholfen hatten: der Staat im schuppigen Kleid des Leviathan, dem in jenen Tagen und Nächten nicht wenige zu trauten, dass er die automatisierte Datenverarbeitung zu bedrohlicher Blüte voran-

¹ Das Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts über das Volkszählungsgesetz 1983, dem man gemeinhin die Elternschaft der informationellen Selbstbestimmung zuschreibt, stammt vom 15.12.1983 und erging nach mündlicher Verhandlung vom 18. und 19. 10.1983 (BVerfGE 65, 1).

treiben würde, und Frau Prognose, welche sich ganz sicher war, dass das Kindlein zum mächtigen Streiter gegen ebendiesen Leviathan heranwachsen und den vom Staat bedrohten Menschen ein Wohlgefallen sein werde. Als Hebammen waren zwei Anwältinnen aus Hamburg zur Stelle und als kundige Staffage eine große Zahl von Hirten – aus den Kanzleien, den Ministerien und den Parlamenten, den Verbänden und den Universitäten; die meisten von ihnen hatten die heranwachsende Leibesfrucht während der Zeit der Schwangerschaft pflegend und schützend begleitet. Und natürlich waren nicht wenige Ochsen und Esel vor Ort. Die meisten hatten die Ankunft des Kleinen sehnsüchtig erwartet, einige aber hatten sie auch ängstlich befürchtet.

Anrührend ist das Bild in der Tat, aber ziemlich falsch – so falsch, dass man sich fragen muss, warum das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung bis heute überlebt hat (wenn auch die meiste Zeit mehr schlecht als recht). Die basale Annahme, aus welcher damals der Anlass² hergeleitet wurde, nunmehr ein neues Grundrecht (oder war es ein altes Grundrecht in neuem Kleid?³) zu formulieren, war in ihrer Allgemeinheit richtig; diesen Anlass treffend zu beschreiben, war zum damaligen Zeitpunkt auch wahrlich kein Kunststück. Die Prognosen⁴ aber, mit welchen konkreten Entwicklungen, Zuständen und Problemen das neue Grundrecht es zu tun bekommen würde, haben sich nicht verwirklicht.

Das hängt uns bis heute an und macht uns Schwierigkeiten – nicht zuletzt bei der Frage, ob die ausgreifende Informationsfreiheit ein natürlicher Feind des abschirmenden Datenschutzes sei oder ob sie gar einen Raum im Haus des modernen Datenschutzes beziehen könne, wo dieser Raum liegen und wie er möbliert sein sollte.

b. Der Staat

Der dringende Anlass, ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus der Taufe zu heben, es zu hegen und zu pflegen, stand damals und steht bis heute außer Diskussion. Er war auf die gute alte Art begründet, mit der unsere Verfassung von Anfang an operiert und mit der sie auch in der Bevölkerung Achtung und Vertrauen gewonnen hat. Diese Begründung ist, wenn man sie nur in ihrer Grundstruktur und aus sicherer Entfernung betrachtet, ganz einfach. Sie stammt aus dem Erbe der politischen Philosophie der Aufklärung und präsentiert sich bis heute in vielen Varianten des Sozialvertrags zwischen den Bürgerinnen und Bürgern - Varianten, die im Kern dieselbe Botschaft verkünden. Ich zeichne sie in groben Strichen nach.

² Dazu unten I.1.b.

³ Dazu unten I.2.

⁴ Dazu unten I.1.c.

Die Begründung, die am Ende das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung im Gefolge hat⁵, setzt bei der Erfahrung an, dass es - in der Moderne - nicht „die Natur“, nicht irgendeine allgemeine Vernunft oder der liebe Gott sind, die uns unsere rechtliche Ordnung vorgeben und uns zeigen können, wo es lang geht, sondern dass wir das schon selber herausfinden müssen. Der Gesetzgeber braucht auf höhere Weisung nicht zu warten, denn die wird ihm nicht kommen. Es gibt kein Naturrecht, das wir nur noch abzuschreiben und anzuwenden hätten – nein, wir alle zusammen sind der Gesetzgeber, wir dürfen die Normen, unter denen wir zu leben haben, nicht nur selber vereinbaren, sondern wir müssen sie auch selber verantworten.

Wir alle verzichten in einem gedachten Vertrag, eben dem Sozialvertrag, auf einen Teil unserer natürlichen Freiheit, damit allgemeine Gesetze möglich werden. Und diese Gesetze müssen wir sichern. Wir müssen uns bei unserer Gesetzgebung um Gleichheit, Gerechtigkeit, Sachnähe und Zukunftsoffenheit bemühen und müssen auch untereinander für die fundamentalen Normen werben, die wir, der Theorie nach, miteinander vereinbart haben auf die wir unser persönliches, unser soziales und unser politisches Leben bauen.

Und dazu brauchen wir am Ende den Staat als eine Instanz, die über die Grenzen der Freiheit wacht. Einen gerechten, aufmerksamen und mächtigen Hüter, der auf diese Aufgabe streng verpflichtet ist und sich an deren Erfüllung messen lässt, der uns unterstützt, uns nährt und uns auch voreinander schützt und dessen Rolle gerade deshalb immer prekär ist: Wie wir gut wissen, ist er ein Leviathan, ein Wesen mit zwei Gesichtern, das nicht nur zur republikanischen Pflichterfüllung, sondern auch zum brutalen Missbrauch seiner Macht neigt und deshalb an die Kette des Rechts gelegt werden muss. Nicht der Staat herrscht in der Republik, sondern das Recht; der Staat dient. Die Bürgerinnen und Bürger müssen wachsam sein.

Mit der Kette des Rechts schließt sich der Kreis, in dessen Mittelpunkt die meisten Lehren vom Sozialvertrag den modernen Staat sehen. Dass es diese Kette nach unser aller Erfahrung geben und dass sie stark genug sein muss, damit nicht der Staat uns beherrscht, sondern wir ihn in den Schranken des Rechts halten können, damit wir also nicht in das Chaos des Naturzustands zurückfallen, ist eine außerordentlich starke Rechtsbegründung. Sie beschränkt sich nicht auf Theorien und allgemeine Ableitungen, sondern bezieht den vergesellschafteten Menschen und seine Interessen mit ein. Sie eröffnet dem Recht eine konkrete Perspektive: die Ermöglichung von Freiheit, die Beherrschung von Macht, die Durchsetzung von Gerechtigkeit. Und genau an dieser Stelle wird einsichtig, warum die Grund- und Menschenrechte im Lichte dieser Konzeption vor allem „Abwehrrechte“ sind; sie haben bei ihrer Abwehrbewegung den Staat im Visier, sie sind Stoppschilder gegenüber dem machthungrigen Leviathan.

⁵ Das wird hier unter I.2. entwickelt.

c. Die Datenverarbeitung

Der Staat als Leviathan, die Grundrechte als Abwehrrechte – das waren die beiden Sterne, welche über der Geburt des Kindes geleuchtet und ihm ins Leben verholfen haben. Und unter ihrem Schein versteht man die Kraft und den Nachdruck, welche im letzten Viertel des vergangenen Jahrhunderts das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in einem Umfang gestützt und gestärkt haben, wie wir uns das heute nicht mehr vorstellen können. Und auch das ist schnell erzählt:

Die technische Möglichkeit, Daten automatisch zu verarbeiten, musste angesichts des Verständnisses vom modernen Staat rechtliche Konsequenzen jedenfalls dann haben, wenn man sich Datenverarbeitung als ein Instrument in der Hand des Staates vorstellt. Genau das hat man an der Krippe des Datenschutzes getan, und darin bestand die erste wackelige Prognose. Die zweite war, dass es nur wenige, zentrale, hochleistungsfähige Zentren der Datenverarbeitung geben werde, in denen all die wundersamen komplexen Bilder, Verdichtungen und Hochrechnungen gefertigt würden, die man damals in furchtsamer Faszination erwartet hat.

Beides, Staatlichkeit und Zentralität der Datenverarbeitung, hat sich nicht verwirklicht. Stattdessen hat der datenverarbeitende Staat mächtige Konkurrenz vonseiten der Privaten bekommen, und die datenverarbeitenden Maschinen sind heute Legion und werden von den Leuten in der Westentasche durchs Land getragen. Zwei frühe Fehleinschätzungen also.

Dass Prognosen nicht eintreffen, ist nun freilich ihr Schicksal. Gleichwohl muss man auf sie bauen, wenn man keine besseren zur Hand hat. Dass sie sich später nicht verwirklichen, macht sie nicht im Nachhinein falsch und widerlegt sie nur auf eine triviale Weise, wenn sie denn methodengerecht gefertigt worden waren und das Ausbleiben des Vorhergesagten deshalb nicht auf handwerklichen Fehlern beruht, sondern auf dem Verborgensein jeglicher Zukunft. Gleichwohl wäre es für uns alle besser, wenn Prognosen zuträfen. Denn sie werden wirkmächtig und belasten die Zukunft, falls die sich anders gestaltet als vorhergesagt. Sie brechen und verwirren das Denken, das sich von Anfang an vertrauensvoll an den Prognosen ausgerichtet und vertieft hat, und sie begünstigen Investitionen, die dann später in den Sand gesetzt sein werden, weil sie nicht passen auf das, was sich wirklich ereignet hat. Dann stehen Korrekturen an, die teuer werden können – für die Konzeptionen, für die Institutionen und für den Geldbeutel. Und so war und ist das auch beim Datenschutz.

2. Informationelle Selbstbestimmung

Am Beispiel der informationellen Selbstbestimmung nämlich kann man diese Prozesse gut nachvollziehen.

Zur Entdeckung oder Erfindung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gab es damals an der Krippe keine Alternative, der Anlass war dringend und aller Ehren wert; dazu passte die Situation in den letzten beiden Jahrzehnten des letzten

Jahrhunderts gar zu fugenlos in die staatstheoretische Konzeption, wie ich sie gerade umrissen habe⁶; diese Parallele von Konzeption und Wirklichkeit war schlechthin verführerisch:

Auf den Staat trieb in jenen Jahren ein großes Geschenk zu, das für die Bürgerschaft ein doppeltes Gesicht hatte, ein helles und ein dunkles. Man durfte einerseits von einer automatisierten Verarbeitung von Daten Sagenhaftes erwarten: exekutive Erleichterungen, Einsparungen, Steigerungen von Effizienz, Geschwindigkeit, Transparenz und Genauigkeit, und alles in überreichem Maße; das war der helle Teil, der verheißungsvollen technischen Entwicklung zugewandt. Und andererseits war es exakt dieses Geschenk, das manchen den Schweiß auf die Stirn trieb – war das Geschenk doch zugleich ein eminenter Zuwachs an Macht des Staates, der die Bürger in eben der Hinsicht bedrohte, in der er staatliches Handeln ab jetzt effektivieren konnte; das war der dunkle Teil des Geschenks, der Bedrohung der Grundrechte zugewandt.

Dieses vergiftete Bonbon galt es zu entschärfen, und zwar genau an der Stelle, wo es den Grundrechten ins Gehege kommen und gefährlich werden konnte. Diese Stelle war die bürgerliche Privatheit: das von den Gesetzen, der Verfassung und der Rechtsprechung schon vielfach beglaubigte und geschützte Interesse der Menschen, „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“⁷. Automatisierte Datenverarbeitung in staatlicher Hand, massive Erleichterung von Ausforschung, zugriffsfreundliche Speicherung von Erkenntnissen: das war der Gottselbeius, den es zu neutralisieren galt.

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung war also, in der Konzeption des modernen Staats, nichts anderes als die ausgleichende normative Reaktion auf informationellen Machtgewinn des Staates, nichts anderes als ein Widerlager im Interesse einer fortdauernden stabilen Machtbalance zwischen Exekutive und bürgerlichem Rechtsschutz. Es verstärkte das Lager der Abwehrrechte des Grundgesetzes gegenüber staatlichen Eingriffen in die bürgerliche Privatheit, nachdem und weil die technische Entwicklung solche Eingriffe leichter, erfolgreicher und deshalb auch wahrscheinlicher gemacht hatte. Dieses Grundrecht war also keine Erfindung; es war die konsequente Weiterentwicklung des uralten Rechts auf Privatheit angesichts des technologischen Wandels, es war die Übersetzung und Überleitung dieses Rechts in eine veränderte Umwelt⁸. Es war deshalb alles andere als originell⁹.

⁶ Oben unter I.1.b.

⁷ BVerfGE 65, 1 (42). Ebenda (41f.) zählt der Senat auch eine Reihe von Entscheidungen auf, die das Recht auf „freie Selbstbestimmung“ in der Judikatur des Gerichts schon vor diesem Urteil aus dem Dezember 1983 auf der Agenda gehabt hatten.

⁸ Das ist die Antwort auf die oben unter I.1.a. gestellte Frage nach dem Verhältnis des Rechts auf Privatheit und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

⁹ Dasselbe wird man von der neuesten, der zweiten, Fortentwicklung des Rechts auf Privatheit in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sagen können, nämlich

Und es war aus zwei Gründen ein modernes Grundrecht und ist es bis auf den heutigen Tag geblieben: Es verdankt sich der modernen Konstruktion des Staates, der nach der politischen Philosophie der Aufklärung nicht durch ewige Rechtsgrundsätze, sondern durch einen Gesellschaftsvertrag der Bürger eingerichtet und gerechtfertigt ist, und es ist wie kein anderes Grundrecht ausgerichtet auf die jeweils aktuellen Technologien und lebt von ihnen. Erst später, wenn wir uns mit der Informationsfreiheit befassen¹⁰, wird sich freilich genauer zeigen, dass dieses Grundrecht konzeptionell noch einen gewissen Bedarf an Modernisierung hat.

Dem einen oder der anderen mögen die Sprache oder vielleicht gar die Argumente, mit denen das Bundesverfassungsgericht die neuen Gefahren für das Recht auf Privatheit vorstellt, altfränkisch vorkommen. Das freundlich geneigte Ohr aber nimmt wahr, wie treffend und auch heute noch gültig der Senat die informationellen Bedrohlichkeiten in der Sache beschrieben hat, gegen die er das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung in Stellung bringt¹¹. Da geht es um zweierlei: zum einen um die grenzenlose Aufnehmbarkeit und sekundenschnelle Abrufbarkeit von Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person¹², und es geht zum anderen¹³ um die Möglichkeit, Datensammlungen zusammenzuführen, daraus Persönlichkeitsbilder zu formen und den Betroffenen überdies von einer zureichenden Kontrolle dessen auszuschließen, was da an Informationen über ihn zusammengekommen ist.

Auch wenn das alles zu dieser frühen Zeit und unter der Herrschaft der damals als tragfähig geltenden Prognosen nur auf den informationshungrigen Staat hin gedacht worden ist, auch wenn die Myriaden datenverarbeitender Minimaschinen zwangsläufig außer Betracht geblieben sind, auch wenn also die argumentative Basis damals bei weitem nicht hingereicht hat, so darf man diesen Maßstab des Ersten Senats im Ergebnis doch für eine sensible und gedankenreiche Kennzeichnung dessen halten, was moderne Informationstechnologie für das Grundrecht auf Privatheit bis in unsere Tage bedeutet.

Als Datenschutzbeauftragter des Landes Hessen in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts habe ich mich jedenfalls durch diese Konzeption verfassungsrechtlich

des Grundrechts „auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ (BVerfGE 120, 274, 1. Leitsatz [in der Sache ausgeführt dann 302ff.]); dieses Grundrecht ist für den Senat, mit Recht, nicht mehr als eine „besondere Ausprägung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (ebenda 302) und steht zum „Ur-Recht“ auf Privatheit in demselben Verhältnis wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – vom selben Stamm, nur eine Generation später.

¹⁰ Unter II.2.

¹¹ All das findet sich in einer kurzen, sehr verdichteten Passage in BVerfGE 65, 1 (42).

¹² Letzteres gilt ebenda als Paraphrase der „personenbezogenen Daten“.

¹³ In Ergänzung: „... beim Aufbau integrierter Informationssysteme ...“ (ebenda).

hinreichend belehrt gesehen, um meiner Arbeit wenigstens insoweit einen guten Sinn zu geben.

II. Im Leben

Aber jeder Kundige weiß, und wer aufmerksam zugehört hat, kann es sich auch selber denken: Das ist nur die eine Seite der Medaille. So einfach werden wir die Konsequenzen nicht los, die uns die Fehlprognose einer Konzentration der Informationstechnologie in staatlicher Hand¹⁴ eingebrockt hat. Diese Konsequenzen begleiten uns bis heute, hier mehr, dort weniger, aber doch immer noch spürbar. Wer über neue Konzepte der informationellen Selbstbestimmung nachdenkt, wie beispielsweise über das Recht auf Information und ein Grundrecht auf Informationsfreiheit, muss sich diesen Konsequenzen stellen. Einige davon sind trivial, einige komplex, aber alle sind wichtig.

Zwei davon stehen im Vordergrund: zum einen der staatliche und rechtliche Schutz bei Datenverarbeitung in privater Hand und zum anderen die Informationsfreiheit als Bürgerrecht.

1. Private Datenverarbeiter

Zugleich praktisch wichtig und konzeptionell trivial ist die Zersplitterung der Zuständigkeiten der Datenschützer in unseren Ländern: einmal sind die privaten Datenverarbeiter mit im schützenden Boot, ein andermal richten sich die kritischen Blicke nur auf staatliche Neugier, und die Landesgrenzen sind zwar entscheidend für die Wahl des Schutzbereichs, sie sind aber in der Sache gänzlich nichtssagend. Kein harmonisches Nebeneinander, keine glückliche Fügung bislang.

Für mich ist dieses bunte Landschaftsbild ein schlagender Beleg der Empfehlung, Bürokratien rechtzeitig zu beschneiden, bevor sie sich auswachsen; sind sie erst einmal eingerichtet, entwickeln sie ihre eigene Logik, schichten abwehrende Argumente um sich herum auf und stricken an der Überzeugung, so wie es ist, müsse es auch sein, denn sonst wäre es ja nicht so, wie es ist. Ich bin mir jedenfalls – auch in Erinnerung an die damaligen Diskussionen im Hessischen Landtag – ziemlich sicher, dass wir heute viel mehr und viel stärkere allgemeine und einheitliche Strukturen des Datenschutzes hätten, hätten seine Mütter und Väter prognostiziert, dass die informationelle Musik alsbald auch von den privaten Datenverarbeitern geblasen werde und nicht nur vom Staat.

Das ist für die professionellen Datenschützer ein Politikum, und es ist zugleich eine zentrale Bedingung ihrer täglichen Arbeit, und beides ist aufhaltsam und lästig; es

¹⁴ Oben unter I.1.a. und I.1.c.

kostet Zeit, und bloße Sachargumente reichen nicht hin, um wirklich und nachhaltig Türen zu öffnen. Dass über die Einbeziehung der privaten Datenverarbeiter gestritten wird, überrascht deshalb nicht, und es geht allemal um wichtige Weichenstellungen und gewichtige Argumente. Nach meinem Eindruck liegen die Argumente für und gegen eine Erstreckung auf die Privaten freilich seit geraumer Zeit vollständig auf dem Tisch, und je geraumer die Zeit ist, umso frustrierender ist der fortdauernde Streit.

Gleichwohl folge ich diesem Weg hier nicht weiter und zeichne die Streitlinien nicht nach. Zum einen sind sie den hier Anwesenden wohlbekannt, und zum andern wollen wir bei der Informationsfreiheit ankommen, und zu diesem Ziel führen andere Wege.

2. Recht auf Information

Wir haben bei der Frage, woher das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt und was es bedeutet¹⁵, mit Gewinn in der zentralen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁶ nachgeschlagen, und wir werden das auch jetzt tun, wenn wir uns fragen, was es mit einem Recht auf Information auf sich hat, wie ein solches Recht zu den sonstigen Verbürgungen der Freiheit im informationellen Zeitalter passt und wie es sich mit dem Recht auf Datenschutz verträgt – oder auch nicht verträgt. Das Urteil aus dem Jahr 1983 verhält sich nämlich, außer zum Datenschutz, auch zur Informationsfreiheit, wenn man nur genau hinschaut; das tut es nicht so umfänglich und laut wie beim Datenschutz – um den es damals ja vor allem ging -, aber doch bestimmt und überzeugend in seinen wenigen und leisen Tönen.

Auf drei Ebenen finden wir in diesem Urteil weiterführende Argumente und festere Verankerungen zum Verhältnis von Datenschutz und Informationsfreiheit: auf einer Oberfläche der Problembeschreibung, wo ein klarer Gegensatz zwischen beidem herausgearbeitet ist¹⁷, sodann eine Stufe tiefer bei der Sozialgebundenheit der Person in der modernen Gesellschaft, wo diese Klarheit zu verschwimmen beginnt¹⁸, und endlich angesichts der tief begründeten Einsicht, dass Datenschutz ohne die Basis von Wissen und Information ein Stochern im Dunkeln, ein Tasten ohne Orientierung wäre¹⁹.

a. Gegensätze: Oberfläche, Innenpolitik, Abwehrrecht

¹⁵ Oben unter I.2.

¹⁶ BVerfGE 65, 1.

¹⁷ Unten II.2.a.

¹⁸ Unten II.2.b.aa.

¹⁹ Unten II.2.b.bb.

In der verfassungsrechtlichen Konstellation, die dem Bundesverfassungsgericht bei seinem Urteil zur Volkszählung damals vorgelegt worden ist, stehen Datenschutz und Recht auf Information auf den ersten Blick in einem einfachen und klaren Verhältnis.

Dieses Verhältnis ist der schlichte Gegensatz zweier Pole: Der nachfragende und datenverarbeitende Staat suchte auf der einen Seite Informationen über Lebensumstände der Bevölkerung, und ein aufmüpfiger Teil dieser Bevölkerung wollte auf der anderen Seite einen Teil seiner Daten vor dem neugierigen Staat schützen. Und das Gericht hat dem Staat eine schmerzende Grenze gezogen, in Konstruktion, Begründung und Ergebnis. Diese Grenze eines staatlichen Rechts auf Sammlung und Verarbeitung von Informationen ist derjenige Gegenstand, der in der Entscheidung eine umfängliche und fast liebevolle argumentative Ausstattung erfährt: Datenschutzrecht gegen Informationsrecht eins zu null.

So kann man das sehen. Diese Sicht leuchtet die Oberfläche des Problems gut aus, und sie wird überdies der innenpolitischen und der verfassungsrechtlichen Bedeutung gerecht, die dem Kampf um den Datenschutz zur Zeit dieser verfassungsgerichtlichen Entscheidung zukam.

Es ging, an der Oberfläche, um einen Gegensatz zwischen Ausgriff und Fortschritt einerseits sowie Schutz und Abwehr andererseits: Der verklagte Staat war unterwegs und auch imstande, seine Informationspolitik nachdrücklich voranzubringen und um ein mächtiges Instrument zu erweitern, und die Klägerinnen haben einen Großteil dieser Erweiterung mit der Hilfe des Gerichts gekappt. Innenpolitisch standen einander gegenüber die gesetzgebenden Körperschaften und ihr einstimmig beschlossenes Gesetz²⁰ auf der einen Seite und auf der anderen Seite beunruhigte Teile der Bevölkerung in der „Furcht vor einer unkontrollierbaren Persönlichkeitserfassung²¹“, und das Gericht hat dieser Beunruhigung eine tragende verfassungsrechtliche Grundlage verschafft. Verfassungsrechtlich ging es nämlich um die Formulierung und den Ausbau eines Grundrechts, das stark und einleuchtend genug war, dem staatlichen Informationsinteresse zu widerstehen; es ging um ein zeitgerechtes Stoppschild, um ein wohlbegründetes und auf die historische Konstellation passendes Abwehrrecht, und das Gericht hat dieses Recht gefunden, verfassungsdogmatisch ausgestattet und verwendet.

Klar, eindeutig und lehrreich ist das alles – aber bei weitem zu simpel. Wer sich mit der Sicht zufrieden gibt, wie ich sie gerade nachgezeichnet habe, ist nicht bis zum Kern des Problems vorgedrungen und, was hier noch schwerer wiegt, ist außerstande, ein mögliches Recht auf Information in ein solches Konzept von Datenschutz fugenlos einzupassen, ja es dort auch nur systematisch zu befestigen.

²⁰ BVerfGE 65, 1 (4).

²¹ BVerfGE 65, 1 (3f.; das Zitat auf Seite 4).

Das lässt sich schon bei genauer Lektüre des Urteils absehen. An zwei zentralen Stellen der verfassungsrechtlichen Konstruktion vertieft der Erste Senat seinen Blick auf das Phänomen der automatischen Datenverarbeitung wesentlich: bei der Gemeinschaftsgebundenheit der Person und beim Wissen der Betroffenen. Das erste ist wichtig und richtig, das zweite hilft uns weiter; beide zeichne ich nach.

b. Bundesverfassungsgericht: Selbstbestimmung und Orientierung

aa. Abwehr und Teilhabe

Es ist wahr, es entspricht unserer sozialphilosophischen und unserer verfassungsrechtlichen Tradition, und es muss immer in die wertende Abwägung mit einbezogen werden, vor allem dann, wenn es um die zentralen personalen Grundrechte wie Freiheit und Privatheit geht: „Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneingeschränkten Herrschaft über ‚seine‘ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit.“²² Daraus schließt der Senat neben anderem, auch personenbezogene Information sei ein „Abbild sozialer Realität“ und könne „nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet“ werden²³. Ein überwiegendes Allgemeininteresse sei folglich imstande, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einzuschränken²⁴.

Dem wird in einem Rechtsstaat niemand widersprechen. Es gibt viele zwingende, vom Senat an dieser Stelle noch nicht einmal vollständig angedeutete, Gründe, ein Recht ohne die ihm gleichsam eingebaute Berechtigung seiner Einschränkung nur mit spitzen Fingern anzufassen; spätestens die Berufung eines anderen auf sein eigenes, gleichlautendes, Recht öffnet unsere Augen für die Einsicht „Du bist nicht allein, und auch Deine Rechte leben zusammen mit den Rechten anderer und der Allgemeinheit; mit denen musst Du Dich abstimmen“.

Gerade weil das alles so klar und selbstverständlich, ja fast trivial zu sein scheint, verspricht es keine atemberaubende theoretische Einsicht, und so ist es auch. Ich zitiere diesen Rechtsgedanken hier freilich nicht nur der Vollständigkeit halber, sondern auch wegen der etwas anderen Beleuchtung, in die er unseren Gegenstand taucht; dieser Rechtsgedanke schlägt nämlich eine Brücke von der Abwehr zur Teilhabe und vom Staat zur Gesellschaft.

Bislang hatte wir keinen Grund zu zweifeln, dass wir es hier grundrechtsdogmatisch mit lupenreinen Abwehrrechten zu tun haben²⁵: Das Proprium des Rechts auf Pri-

²² BVerfGE 65, 1 (44f.)

²³ Ebenda Seite 45.

²⁴ Ebenda.

²⁵ Oben II.2.a., aber schon zuvor I.2.

vatheit und auf informationelle Selbstbestimmung, sein Eigensinn, hat den Staat im Visier, den zugleich nährenden und bedrohlichen Leviathan, der mit Hilfe des Rechts daran gehindert werden soll, seine wachsende Macht zum Nachteil der Bürger auszuspielen, auf Deutsch: die ihm zuwachsenden Möglichkeiten schneller, präziser, umfassender und jederzeit präsentabler Information zu nutzen, um den Menschen übermäßig nachzuspionieren, sie auszuforschen. Das ist die Logik der grundrechtlichen Abwehr.

Im Moment der „Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person“ freilich, die der Senat an dieser Stelle seines Gedankengangs in Bezug nimmt²⁶, kündigen sich andere, neue Farben an. Hier geht es nicht mehr nur um Abwehr, hier geht es auch um Teilhabe – und zwar nicht an einem marginalen Punkt der verfassungsrechtlichen Konstruktion, sondern an einer zentralen Stelle. Dass der Mensch in unserer vergesellschafteten Welt allemal ein *animal sociale* ist, kennzeichnet ihn nicht weniger tief als seine personale Individualität; die „Gemeinschaftsgebundenheit“ muss immer auch und gerade dann mitgedacht werden, wenn es um Rechte der Person geht. Und „Gemeinschaftsgebundenheit“ kann mit der Geste der Abwehr allein nicht begriffen werden; sie konnotiert ganz andere Haltungen wie Ausgriff, Gestaltung, Mitmachen, und sie lenkt überdies den Blick vom Staat weg auf die Gesellschaft. Wo sie herkommt und wo sie stattfindet, geht es auch um Miteinander und Austausch, nicht bloß um Herrschaft und Kontrolle.

Das sind neue Perspektiven – nicht gerade das Gegenteil von Abwehr, aber doch deren Relativierung und Ergänzung um einen Blick auf die Dinge, der, neben der Abwehr, auch positive, weiterführende Aspekte ins Auge fasst.

Diese Aspekte werden klarer sichtbar, wenn man die argumentativen Grundlagen genauer anschaut, auf die der Senat sein Konzept der informationellen Selbstbestimmung baut. Diese Grundlagen sind Wissen und Information – nicht mehr und nicht weniger.

bb. Wissen und Information

Einige Formulierungen des Gerichts, die in Richtung auf Wissen und Information unterwegs waren, sind in den späteren Debatten über den Datenschutz berühmt geworden, ohne dass jemand bis heute konzentriert danach gefragt hätte, ob in ihnen nicht nur die Basis eines grundrechtlichen Verständnisses der informationellen Selbstbestimmung und des Datenschutzes, sondern auch der Kern eines Rechts auf Informationsfreiheit gelegt worden ist. Ich zitiere sie in knappen Auszügen²⁷.

²⁶ BVerfGE 65, 1, 44.

²⁷ Diese Zitate finden sich sämtlich in BVerfGE 65, 1 (43).

„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“ Das ist die Grundlegung, und sie sagt uns: Selbstbestimmung setzt Wissen voraus. Gleich darauf folgt die argumentative, konkretisierende Verstärkung: „Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“ In meinen Worten: Wer vernünftig kommunizieren und verantwortlich handeln will, braucht Orientierung, und Orientierung setzt Information voraus.

Der Senat punktet sodann mit dem Beispiel, wer nur irgendwie damit rechne, auf einer Versammlung oder in einer Bürgerinitiative behördlich registriert zu werden, werde möglicherweise seine Grundrechte auf Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit gerade wegen dieser Befürchtung nicht ausüben, und das bedrohe nicht nur seine individuellen Entfaltungschancen, sondern auch das Gemeinwohl in einer freiheitlichen Demokratie. Feierlicher kann es kaum kommen: Demokratie setzt die Chance von Mitwirkung voraus, diese Chance scheitert an diffusen Ängsten vor einer kontrollierenden und sanktionierenden Anwesenheit des Leviathan, und also müssen wir mittels verlässlicher Information der Bürger für stabilisierende Klarheit über die Realität ihrer informationellen Überwachung für Orientierung sorgen. Nur dann gelingt Demokratie und, in ihrem Rahmen, auch informationelle Selbstbestimmung.

[Nicht nur bei dieser Grundlegung des Verhältnisses von Wissen und informationeller Selbstbestimmung, sondern auch bei der konkreten Abstimmung von Einzelheiten durchzieht der Topos Information den Gedankengang der Entscheidung wie ein roter Faden. So fordert²⁸ der Senat beispielsweise bei der Konturierung eines für den Datenschutz zentralen Merkmals, der Zweckbindung, eine Kenntnis des Verwendungszusammenhangs und fährt fort: „Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, lässt sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten.“²⁹ Klarheit, Wissen, Information, Orientierung allerorten.]

Warum langweile ich Sie mit langwierigen Zitaten? Es soll keine Bibelstunde sein (obwohl die hier analysierte Entscheidung in ihrer Mischung von Präzision und Feierlichkeit sich ganz gut für so etwas eignen würde – bis heute). Nein, ich will zeigen, dass die Informationsfreiheit nichts weniger als die erstgeborene Zwillingsschwester der informationellen Selbstbestimmung ist, von Anfang an, und ich will dafür werben, die Geschwister in freundlicher Umarmung und Harmonie statt in Spannung und Krieg

²⁸ BVerfGE 65, 1 (45).

²⁹ Ebenda.

miteinander zu sehen. Und zu diesem Zweck stütze ich mich natürlich auf diejenige Entscheidung, mit welcher der Datenschutz das Licht der Welt erblickt hat: Kann es einen verlässlicheren Geburtshelfer geben?

Eine Harmonie zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit versteht sich ja in der Tat nicht von selbst, man muss vielmehr tief graben, um auf sie zu stoßen, und wir haben das hier im Wesentlichen schon herausgearbeitet³⁰: Eine solche Harmonie ist wahrlich begründungsbedürftig. Datenschutz ist zuerst einmal Verbergen, ist Zurückhalten von Informationen, ist Abwehr gegen Offenlegung, ist informationelle Sparsamkeit, und Informationsfreiheit ist unter allen diesen Aspekten das genaue Gegenteil: Aufdecken, Zugang, Ausgriff, Offenheit. Wer Datenschutz will, muss, so scheint es, Informationsfreiheit bekämpfen und beschneiden, wie das der Erste Senat ja offenbar ist seinem grundlegenden Urteil³¹ getan hat und wie wir das notiert haben³²: Datenschutz bremst Informationsfreiheit.

So scheint es aber nur, und dieser Schein kann so lange trügen, wie nicht nach dem sozialen und dem rechtlichen Sinn von Datenschutz weitergefragt wird, so lange, wie der Datenschutz als Recht isoliert betrachtet, wie er nicht im Kontext seiner Bedeutung für Individuum, Gesellschaft und Staat konzipiert wird. Stellt man Sinn und Kontext aber her, dann sieht man: In Wirklichkeit ist Datenschutz ohne Informationsfreiheit schon gar nicht denkbar.

Bringt man die Überlegungen des Senats im Volkszählungsurteil, wie ich sie hier zitiert und analysiert habe und wie sie bis heute Gültigkeit haben, auf den Punkt, so sind sie nichts weniger als eine Paraphrase des mündigen Bürgers, und zwar nicht nur in der Informationsgesellschaft, sondern in jeglicher Form der vergesellschafteten Welt. Mündigkeit braucht in dieser Konzeption zweierlei, Orientierung und Schutz. Orientierung als Voraussetzung verantwortlichen Handelns und Schutz als Voraussetzung von dessen Gelingen. Ohne Orientierung, ohne Information und Wissen, kann soziales Handeln nur zufällig – und deshalb nicht verlässlich – gelingen: ob mit oder ohne automatische Datenverarbeitung. In Zeiten der automatischen Datenverarbeitung aber bedarf soziales Handeln eines besonderen Schutzes, wie wir gesehen haben³³. Deshalb bleibt es dabei: Datenschutz und Informationsfreiheit sind Zwillingsschwestern, aber die Informationsfreiheit war früher da.

Auch wenn die Informationsfreiheitsgesetze lastende Probleme mit ihrer Implementation haben, auch wenn der demokratische Sinn von Informationsfreiheit in unserer Kultur der Abwehr erst nach und nach auf ein angemessenes Verständnis trifft: Ich kann heute einen Gegensatz zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz unter

³⁰ Insbesondere unter I.1.b., c., 2.; II.2.b.aa.

³¹ BVerfGE 65,1.

³² Insbesondere unter I.1.b., c., 2.

³³ Oben unter I.

der Verfassung nicht mehr erkennen, ich sehe beides in einem Wirkungszusammenhang.

III. Vor der Hacke

„Vor der Hacke ist es dunkel“ – dieses schöne Wort bringt die frühen Arbeitsbedingungen der Bergleute in ein Bild, und es kennzeichnet auch unsere Situation vor der abschließenden Frage, wie es denn nun in der Zukunft weitergehen werde. Angesichts der Enttäuschungen, die wir mit der Verlässlichkeit früher Prognosen zur Entwicklung gerade des Datenschutzes haben machen müssen³⁴, empfiehlt es sich, den Mund nicht allzu voll zu nehmen.

Daran werde ich mich allein schon deshalb halten, weil ich von dem, was jetzt zu sagen ist, fast keine Ahnung habe. Ich möchte nur die Gelegenheit nutzen, zwei Konstellationen wenigstens zu benennen und kurz zu beleuchten, welche heute die Aufmerksamkeit der Datenschützer verdienen, nachdem geklärt ist, dass es im Bereich des Datenschutzes konzeptionell keine Alternative zur Informationsfreiheit gibt.

1. „Privatheit“

Ich beobachte wie jede und jeder andere auch einen Wandel dessen, was den Menschen Privatheit bedeutet. Ich höre im Zug intime Gespräche mit, sehe im Internet seltsame Lebenspraktiken, verfolge im Fernsehen absonderliche Erscheinungs- und Verhaltensweisen, höre Klagen, dass junge Leute bei der Jobsuche Probleme bekommen, weil auch Personaler sich aus den neuen Medien über persönliche Absonderlichkeiten ihrer Kandidaten informieren, und lese, dass Massenveranstaltungen wie Facebook geradezu auf eine überraschende Konstruktion von Privatheit zusteuern, die keine Schwierigkeiten hat, allerlei Intimes, Personales und Soziales in diese Privatheit einzustellen, weit zu streuen und damit dem überkommenen Verständnis von Privatheit an die Gurgel zu gehen. Und bei alledem hoffe ich, dass dieser mein Eindruck vor kritischen Nachfragen bestehen kann und sich nicht nur der sauertöpfischen Abwertung der Welt durch das Alter verdankt.

Diese Entwicklungen – wenn sie denn halbwegs richtig beobachtet sind – kann ich nicht bewerten; insbesondere scheue ich vor dem – durchaus nahe liegenden - Urteil zurück, hier vollziehe sich nichts weiter als der Niedergang der Privatheit. Ich favorisiere vielmehr bis auf weiteres die Annahme, hier wachse etwas Neues heran: nichts Verunglücktes, Gebrochenes, Weltvergessenes, sondern etwas Anderes: ein neues „social network“, ein neues Verständnis von Privatheit. Dafür spricht immerhin, dass diese Entwicklungen einen stabilen Eindruck machen, dass sie sowohl ziemlich ho-

³⁴ Oben unter I.1.c.

mogen als auch recht weit verbreitet sind unter denjenigen, die morgen mit ihnen leben (und vielleicht unter ihnen leiden) müssen: unter den Heranwachsenden.

Wenn das ungefähr stimmt, haben wir ein Problem. Dieses Problem besteht im Verschwinden oder doch in der Verformung des Rechtsguts, das den Gegenstand des Datenschutzes tief begründet und über Jahrzehnte hinweg konkret gestaltet hat: das, was die meisten von uns als „Privatheit“ verstanden und gelebt haben. Wer das Individuelle ins Soziale auflöst und es dann nach den Regeln sozialer Kommunikation verbreitet, wer mit „Geheimnis“ oder „Scham“ gar keine oder ganz andere Erfahrungen und Empfindungen verbindet als die Menschen in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts, wird die analytische Konstruktion des „Volkszählungsurteils“ vielleicht verstehen, nicht aber seine Wurzeln, seine rechtfertigende Grundlage, seinen grundrechtlichen, seinen kultur- und innenpolitischen Motor.

Was daraus folgt:

Wir müssen uns intensiv um die reale Entwicklung von Privatheit in unserer Gesellschaft kümmern, wenn wir weiterhin den normativen Schutz von Privatheit im Auge haben wollen. Wir müssen es ernsthaft für möglich halten, dass hier nicht etwas einfach zerbricht, sondern sich neu formuliert, und wir müssen deshalb studieren, wie diese neuen Formen von Privatheit aussehen und was sie für die Leute real bedeuten. Erst wenn wir das wissen, macht es Sinn, über Privatheit und deren Schutz neu nachzudenken und in dieses neue Konzept dann auch das Recht auf Informationsfreiheit einzuarbeiten.

2. „Compliance“

Ich beobachte wie jede und jeder andere auch ein steiles Anwachsen der Bereitschaft, Situationen aufzudecken, Daten zu erheben und Informationen weiterzugeben, wenn es nur so aussieht, als diene dies einem guten Zweck. Dieser Wandel belegt in meiner Einschätzung, dass die Grundlagen, auf denen einst der Datenschutz geboren wurde und aufgewachsen ist, sich in ihrer Tektonik verschieben: Waren einst Sparsamkeit der Datenhingabe und Misstrauen gegenüber Datensammlern die Leitsterne ziviler Informationspolitik, so regieren uns mittlerweile Aufklärungsinteresse und Informationsversorgung.

Die jüngsten Skandale großflächiger heimlicher Überwachung in großen deutschen Unternehmen, die Auseinandersetzungen über einen flächendeckenden automatischen Datentransfer von Europa in die USA oder auch die Idee einer verallgemeinerten „Vorratsdatenspeicherung“ sind nur die Spitze eines Eisbergs, der aus dem Bedürfnis nach möglichst vollständiger und frühzeitiger Informationsverarbeitung besteht. Immerhin haben sich diese Entwicklungen wenigstens skandalisieren lassen: Bürger und Presse waren sofort und massiv bereit, sich zu entrüsten, und die ertappten Datenverarbeiter erweckten den Eindruck, sie hätten verstanden, dass sie sich die Finger verbrannt hatten. So strafte sie Pessimisten wie etwa mich Lügen, die

dem Datenschutz heutzutage ein solches Aufregungspotential nicht mehr zugetraut hätten.

Aber man täusche sich nicht über den Eisberg, der diesem Bedürfnis zugrunde liegt; er wird langfristig nicht abschmelzen, sondern wachsen. Das liegt an seiner Umgebung; die pflegt ihn durch die moderne Verbreitung und Vertiefung von Aufklärungsinteresse und Informationsversorgung. Das lässt sich an den drei gerade erwähnten Beispielen möglichst großflächiger und frühzeitiger Informationsverarbeitung ablesen. Es wird noch überzeugender und wie unter einem Brennglas sichtbar an einer Institution, die sich nach rasanter Karriere mittlerweile gleichsam als ein Strukturelement moderner Organisation und Verwaltung etabliert hat: Compliance³⁵.

Compliance gedeiht in einer Umgebung, der es als angemessen und vernünftig gilt, dass Normverstöße möglichst frühzeitig und möglichst vollständig verhindert oder notfalls verfolgt und aufgedeckt werden und dass Verhinderung und Verfolgung auch in der Pflicht des betroffenen Unternehmens stehen. Dazu werden neue Einrichtungen geschaffen, werden alte Strukturen verändert, und es wird Geld ausgegeben. Die Verfahren neigen zu Informalität und zur Beteiligung privater „Ermittler“ und „Rechtskundiger“. Wer sich gegen Compliance wehrt oder sie nachlässig betreibt, macht sich allein schon deshalb verdächtig, an einer Normverletzung beteiligt zu sein.

Compliance ist nicht nur eine neue – und in unsere Rechtsordnung nur schlecht passende – Form der Verhinderung und Verfolgung von Normverletzungen und auch nicht nur eine Verunsicherung über die Grenzen zwischen Täter und Opfer, über staatliche und private Aufgaben bei diesem Geschäft, sondern auch ein mächtiger Staubsauger für persönliche Daten. Eine anspruchsvolle datenschutzrechtliche Theorie, welche die Erfahrungen mit Compliance angemessen verarbeitet, oder gar Institutionen, die sich im Rahmen von Compliance um den nötigen Datenschutz kümmern, sind nicht in Sicht. Aber sie sind dringlich.

IV. Fazit

Der Vortrag widmet sich dem prinzipiellen Verhältnis von Datenschutz und Informationsfreiheit. Er sieht den Datenschutz als ein modernes Grundrecht: zum einen als Abwehr gegen einen Staat, der seine informationellen Möglichkeiten rasant vermehren konnte und deshalb zu einer Bedrohung bürgerlicher Privatheit geworden ist, zum anderen als Aufforderung gegenüber der Rechtsordnung, mit zentralen neuen Technologien auf Augenhöhe zu agieren. In diese Konstruktion eines Grundrechts als Abwehrrecht passt ein Grundrecht auf Informationsfreiheit offensichtlich schlecht hinein. Doch schon eine Analyse der zentralen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Volkszählungsgesetz 1983 zeigt, dass Datenschutz und Informationsfreiheit ge-

³⁵ Allgemein Knierim, in: Festschrift für Klaus Volk, 2009, S. 247ff.; zugespitzt Rainer Hamm, NJW 2010, 1332ff.

schwisterlich zusammengehören; sie stärken einander. Zum Schluss werden zwei Phänomene benannt, mit denen Theorie und Praxis des Datenschutzes sich alsbald sorgfältig befassen sollten: mit den aktuellen Veränderungen in unserer alltäglichen Erfahrung von Privatheit und mit dem Institut der „Compliance“ als neuartiger und dringender Aufforderung, Daten zu sammeln.