

# Ad fontes!\*

## – Neu nachdenken über Datenschutz –

### Working Paper

Jörg Pohle<sup>†</sup>

2. September 2011

#### Abstract

Das Datenschutzrecht steht in seiner derzeitigen Form in wachsender Kritik. Einerseits gibt es Forderungen nach einer grundlegenden Überarbeitung, andererseits beließ es der Gesetzgeber in den letzten zwei Jahrzehnten fast ausschließlich beim Flicker der deutlichsten Lücken. In der Arbeit werden einige der grundlegenden Fragen skizziert, deren Beantwortung durch die Datenschützer der ersten Generation Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre die Grundausrichtung des Datenschutzrechts prägten und bis heute prägen. Wer das Datenschutzrecht an aktuelle technische und gesellschaftliche Entwicklungen anpassen will, muss diese Fragen neu stellen, diskutieren und beantworten.

## 1 Einleitung

Das Datenschutzrecht steht in seiner derzeitigen Form in wachsender Kritik. Während es der Gesetzgeber in den letzten zwanzig Jahren vor allem bei Flickschusterei beließ, gibt es seit langem Forderungen nach einer grundsätzlichen Überarbeitung.<sup>1</sup> Die Argumente, die dabei ausgetauscht werden, ähneln stark jenen Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre. Damals wie heute stelle die rasante technische Entwicklung – und die damit einher gehenden gesellschaftlichen Umwälzungen – das bestehende Recht vor unüberwindbare Probleme.<sup>2</sup> Nur durch eine grundlegende rechtliche Neugestaltung der Verhältnisse der Informationsverarbeitung – sei es durch eine Neufassung der gesetzlichen Regelungen oder durch Abschaffung des Datenschutzes – ließen sich Technik, Gesellschaft und Recht wieder in Einklang bringen.

Wenn sich die gesellschaftlichen Umwälzungen damals wie heute qualitativ gleichen – damals

der Übergang von der manuellen zur elektronischen Datenverarbeitung, heute die Nutzung ubiquitärer und total-vernetzter Datenverarbeitungssysteme –, dann müssen auch die gleichen grundlegenden Fragen, deren spezifische Beantwortung das gültige Datenschutzrecht tiefgehend prägten, neu aufgeworfen und beantwortet werden.

## 2 Prägung des Datenschutzrechts

Im folgenden soll ein Überblick über die fundamentalen Fragen gegeben werden, die die Entwicklung des Datenschutzrechts in den ersten Jahren leiteten und seine Struktur bestimmten.

Die Datenschützer der ersten Generation haben die Gefahr gesehen, dass die (automatisierte) Datenverarbeitung die informationelle Machtverteilung – und damit die Verteilung der Macht in der Gesellschaft insgesamt – grundlegend ändert.<sup>3</sup> Das galt sowohl im Verhältnis zwischen den Staatsgewalten – die Exekutive ge-

\* „Zu den Quellen“ – Motto der Humanisten, die damit ein Neustudium der (philosophischen) Originaltexte forderten.

<sup>†</sup>Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für Informatik, Arbeitsgruppe Informatik in Bildung und Gesellschaft, [pohle@informatik.hu-berlin.de](mailto:pohle@informatik.hu-berlin.de).

<sup>1</sup>Siehe etwa schon *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts.

<sup>2</sup>Sowohl damals wie heute wird auf die enorm gestiegene Leistungsfähigkeit der informationstechnischen Systeme verwiesen und auf die Macht, die den Datenverarbeitern daraus erwachse. Auch die anderen Topoi haben sich nicht geändert: Betroffenen seien nicht in der Lage, die Gefahren, die von der Technik und der Datenverarbeitung ausgingen, ausreichend zu überblicken. Das heimliche Sammeln und Nutzen privater und privater Daten sei endemisch. Wo es überhaupt zu einer informierten Einwilligung der Betroffenen komme, basiere diese auf falschen oder unzureichenden Informationen oder sei – zumindest faktisch – erzwungen. Daten würden freigiebig weitergegeben, auch ohne Einwilligung oder gesetzliche Regelung. Computer (und Netzwerke) würden nicht vergessen. Besonders gefährlich sei die zunehmende Vernetzung der Systeme. Der technische Schutz der Datenverarbeitungssysteme sei mangelhaft, organisatorische Sicherungen oft nichtexistent. Datenschutzverletzungen seien für die Täter meist folgenlos. Usw. usf.

<sup>3</sup>Zuerst wohl *Podlech*, Verfassungsrechtliche Probleme öffentlicher Datenbanken, Die Öffentliche Verwaltung, 1970 Informationsbeziehungen ohne Machtgefälle fielen daher nicht unter den Datenschutz, so *Lewinski*, Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977, in: *Arndt* (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit.

wann Macht auf Kosten von Judikative und vor allem Legislative, die Zentrale gewann Macht gegenüber der Peripherie – als auch zwischen Organisationen – hier vor allem Staat und Wirtschaft – und den Individuen.<sup>4</sup> Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass von Beginn an Informationsfreiheit – damals vor allem als Schutz vor der Machtimbalance zwischen den Gewalten gedacht – und Datenschutz – als Schutz von Individuen und Gruppen – als zusammenhängend angesehen wurden und daher auch gleichzeitig reguliert werden sollten.<sup>5</sup> Letztlich geschah dies jedoch, zumindest in Form gesetzlicher Regelung, mittelfristig nur in Hessen.<sup>6</sup>

Von den drei damals diskutierten Möglichkeiten zur Regulierung der Machtverteilung in der sich entwickelnden Informationsgesellschaft – *codes of ethics*, d. h. Selbstregulierung der Datenverarbeiter, Recht und Technik – kristallisierte sich schnell das Recht als einzig Erfolg versprechender Ansatz heraus.<sup>7</sup>

Im Laufe der fünfziger Jahre, spätestens jedoch in den Diskussionen in den sechziger Jahren setzte sich die allgemeine Überzeugung durch, dass der Begriff der Privatsphäre wegen seiner inhärenten Nebeligkeit und seiner starken Subjektivität nicht als Schutzobjekt des Datenschutzes taugen konnte. Auch die Sphärentheorie des Bundesverfassungsgerichts<sup>8</sup> und die darauf aufbauenden Erweiterungen konnten nicht überzeugen. Als Alternative wurde der – vermeintlich besser geeignete – Begriff der personenbezogenen Daten als Bezugspunkt gewählt, der ein expliziter Informationsbegriff ist, damit bei der Regulierung auf die semantischen und pragmatischen Dimensionen zurückgegriffen werden konnte.<sup>9</sup>

Schon früh waren sich die Datenschützer auch einig, dass eine Bindung des Datenschutzrechts an einen bestimmten Stand der Technik die rechtlichen Regelungen aufgrund der rapiden technischen Entwicklung innerhalb kürzester Zeit veralten lasse. Gelöst werden könne dieses Problem des Auseinanderdriftens von Technik und Recht nur durch eine technikneutrale – im

Sinne einer Zeitgebundenheit – Formulierung der rechtlichen Anforderungen.<sup>10</sup>

Die Datenschützer der ersten Stunde waren mehrheitlich stark von den Vorstellungen und Ideen der Kybernetik beeinflusst.<sup>11</sup> Sie sahen große gesellschaftliche Chancen durch die Datenverarbeitung und setzten sich für deren Ausweitung ein.<sup>12</sup> Als kybernetischen Vorstellungen Anhängende sahen sie das informationsverarbeitende System,<sup>13</sup> d. h. die datenverarbeitende Organisation, als Adressaten gesetzlicher Regelungen.

Vor dem Hintergrund der vorgenannten Überlegungen entschieden die Datenschützer, die Praxis der Datenverarbeitung selbst zum zentralen Ansatzpunkt einer gesetzlichen Regulierung zu machen. Datenschutz ist somit in erster Linie die kodifizierte Zielvorstellung einer sozialadäquaten Praxis der Datenverarbeitung. Unter der Annahme, dass sich die Datenverarbeitung in Phasen einteilen lasse, die auch unter der fortschreitenden technischen Entwicklung gleich bleiben würden, wurden diese Phasen zum Objekt rechtlicher Anforderungen.<sup>14</sup> Mit dem Ziel eines effektiven Grundrechtsschutzes schien ihnen dabei nur ein Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt geeignet.

### 3 Schlussfolgerung

Jede Diskussion über die Zukunft des Datenschutzes muss vor dem Hintergrund konkreter gesellschaftlicher Verhältnisse und zu erwartender Auswirkungen des gesellschaftlichen Gebrauchs informationstechnischer Systeme sowie der damit einher gehenden Datenverarbeitung auf die zukünftige Entwicklung der Gesellschaft in der Wertordnung des Grundgesetzes<sup>15</sup> die genannten Fragen neu stellen und beantworten.<sup>16</sup> Nur damit lassen sich die Ziele definieren, die eine Regelung – ob gesetzlich oder nicht – erfüllen muss?

1. Gibt es eine informationelle Machtimbalance zwischen gesellschaftlichen Akteu-

<sup>4</sup>Ausführlich etwa bei *Geiger*, Datenschutz und Gewaltenteilung, in: *Kilian/Lenk/Steinmüller* (Hrsg.), Datenschutz, Band 1.

<sup>5</sup>Siehe etwa *Podlech*, Verfassungsrechtliche Probleme öffentlicher Datenbanken, Die Öffentliche Verwaltung, 1970.

<sup>6</sup>Siehe jedoch auch die Entwicklungen in Schweden und den USA.

<sup>7</sup>*Giloi*, Der Computer und die Rechte des einzelnen, Datascope, 1970.

<sup>8</sup>Als Begründer gilt *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht.

<sup>9</sup>*Garstka*, Grundbegriffe für den Datenschutz, in: *Kilian/Lenk/Steinmüller* (Hrsg.), Datenschutz, Band 1.

<sup>10</sup>So schon allgemein *Bull*, Verwaltung durch Maschinen – Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung.

<sup>11</sup>Siehe etwa *Simitis*, Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, in: *Frank* (Hrsg.), Kybernetische Maschinen; *Podlech*, Rechtskybernetik – Eine juristische Disziplin der Zukunft, in: *Erdsiek* (Hrsg.), Juristen-Jahrbuch, Band 10.

<sup>12</sup>Siehe etwa auch Webers Beschreibung von Simitis, *Weber*, 48. Deutscher Juristentag in Mainz, Juristische Schulung, 1970.

<sup>13</sup>„Informationssystem“ bei *Steinmüller*, Objektbereich „Verwaltungsautomation“ und Prinzipien des Datenschutzes, in: *Kilian/Lenk/Steinmüller* (Hrsg.), Datenschutz, Band 1 oder „Mensch-Maschine-System“ bei *Steinmüller/Wolter*, Besonderheiten elektronischer Datenverarbeitung, in: *Dammann* u. a. (Hrsg.), Datenbanken und Datenschutz

<sup>14</sup>Siehe etwa ausführlich *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts.

<sup>15</sup>BVerfGE 7, 198.

<sup>16</sup>Auch für das derzeitige Datenschutzrecht ist wiederholt gefordert worden, die zugrunde liegenden Annahmen explizit zu machen. Siehe etwa *Leib*, Technische Entwicklung und Datenschutzrecht, in: *Spies* (Hrsg.), Datenschutz und Datensicherung im Wandel der Informationstechnologien.

- ren? Zu wessen Gunsten und zu wessen Ungunsten?
2. Erfordert die informationelle Machtverteilung eine Regulierung? In welcher Form, als Selbstregulierung oder in Gesetzesform?
  3. Was soll zentraler Schutzgegenstand sein? Die Privatsphäre? Die informationelle Selbstbestimmung? Das personenbezogene Datum?
  4. Soll die Regelung einen spezifischen Stand der Technik abbilden oder (technisch) zeitlos sein?
  5. Was soll das zentrale Objekt der Regelung sein? Die Datenverarbeitung als Praxis? Designziele für informationstechnische Systeme? Die informationsverarbeitende Organisation?
  6. Was ist die zentrale Bedingung der Datenschutzregelung? Opt-In, d. h. Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt? Opt-Out, d. h. generelle Freigabe der Verarbeitung mit besonderen Schutzregeln?
  7. Wie wird die Durchsetzung der Regelungen sichergestellt? Zertifizierung? Schadensersatz? Verletzungersatz? Beweislastumkehrung? Strafbewehrung? Gefährdungshaftung?

## Literaturverzeichnis

- Hans Peter Bull*, Verwaltung durch Maschinen – Rechtsprobleme der Technisierung der Verwaltung, 2. Auflage, Köln, Berlin: G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung KG, 1964.
- Hansjürgen Garstka*, Grundbegriffe für den Datenschutz, in: *Wolfgang Kilian, Klaus Lenk und Wilhelm Steinmüller* (Hrsg.), Datenschutz, Band 1 (Beiträge zur juristischen Informatik), Frankfurt am Main: Athenäum-Verlag, 1973, Seiten 209–222.
- Hansjörg Geiger*, Datenschutz und Gewaltenteilung, in: *Wolfgang Kilian, Klaus Lenk und Wilhelm Steinmüller* (Hrsg.), Datenschutz, Band 1 (Beiträge zur juristischen Informatik), Frankfurt am Main: Athenäum-Verlag, 1973, Seiten 173–185.
- Wolfgang Giloi*, Der Computer und die Rechte des einzelnen, in: *Datascopie 1.2 1970*, Seiten 1–10.
- Heinrich Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, Münster, Köln: Böhlau-Verlag, 1953.
- Hans-Jürgen Leib*, Technische Entwicklung und Datenschutzrecht, in: *Peter Paul Spies* (Hrsg.), Datenschutz und Datensicherung im Wandel der Informationstechnologien (Informatik-Fachberichte 113), Berlin: Springer-Verlag, 1985, Seiten 218–228.
- Kai von Lewinski*, Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977, in: *Felix Arndt* (Hrsg.), Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, (48. Assistententagung Öffentliches Recht), Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, Seiten 196–220.
- Adalbert Podlech*, Rechtskybernetik – Eine juristische Disziplin der Zukunft, in: *Gerhard Erdsiek* (Hrsg.), Juristen-Jahrbuch, Band 10, Köln-Marienburg: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1969, Seiten 157–170.
- Ders.*, Verfassungsrechtliche Probleme öffentlicher Datenbanken, in: *Die Öffentliche Verwaltung 23.13–14 1970*, Seiten 473–475.
- Alexander Roßnagel, Andreas Pfitzmann und Hansjürgen Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, Technischer Bericht, Bundesministerium des Innern, 2001.
- Spiros Simitis*, Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme, in: *Helmar Frank* (Hrsg.), Kybernetische Maschinen, Frankfurt am Main: S. Fischer Verlag, 1964, Seiten 351–367.
- Wilhelm Steinmüller*, Objektbereich „Verwaltungsautomation“ und Prinzipien des Datenschutzes, in: *Wolfgang Kilian, Klaus Lenk und Wilhelm Steinmüller* (Hrsg.), Datenschutz, Band 1 (Beiträge zur juristischen Informatik), Frankfurt am Main: Athenäum-Verlag, 1973, Seiten 51–76.
- Wilhelm Steinmüller und Henner Wolter*, Besonderheiten elektronischer Datenverarbeitung, in: *Ulrich Dammann u. a.* (Hrsg.), Datenbanken und Datenschutz (Soziale Probleme), Frankfurt am Main: Herder & Herder, 1974, Seiten 51–61.
- Hermann Weber*, 48. Deutscher Juristentag in Mainz, in: *Juristische Schulung 10.12 1970*, Seiten 644–649.