

HEUSS-FORUM
10/2016

Larry Frohman

**Über die Schwierigkeit, im
Informationszeitalter liberal zu sein:
Datenschutz, Datenzugang
und die Grenzen der Sicherheit**

**Theodor-Heuss-Kolloquium 2016
Die neoliberale Herausforderung und
der Wandel des Liberalismus im späten
20. Jahrhundert
3.–4. November 2016**

In Kooperation mit dem
Zentrum für Zeithistorische Forschung Potsdam

ZENTRUM FÜR ZEITHISTORISCHE
FORSCHUNG 

Larry Frohman

Über die Schwierigkeit, im Informationszeitalter liberal zu sein: Datenschutz, Datenzugang und die Grenzen der Sicherheit

Das Recht auf Privatheit und das Recht auf Information verhalten sich spiegelbildlich zueinander: Das Recht der Bürger, der Unternehmen und des Staates, personenbezogene Daten zu erheben, zu verarbeiten, zu nutzen und anderen zu übermitteln, steht gegen das Recht der Datensubjekte, sich gegen eine Verwendung ihrer Daten abzuschirmen. Beide Rechte sowie der bleibende Konflikt zwischen ihnen sind wesentliche Merkmale aller liberalen Gesellschaften. Jedoch haben in den 1960er und 70er Jahren eine Reihe von Entwicklungen die Normen unterlaufen, die die soziale Kommunikation im „bürgerlichen Zeitalter“ geregelt hatten. Zusammen mit der Begeisterung für Sozialplanung haben der Ausbau und die Vertiefung des Sozialstaats einen scheinbar unersättlichen Durst nach empirischen Daten über die Bevölkerung hervorgerufen. Störend wirkte dabei weniger die *Erhebung* dieser Daten als vielmehr die Sorge, dass deren *Verwendung zur Steuerung sozialer Prozesse* die gesellschaftlichen Machtbeziehungen auf eine Weise verändern würde, für die noch nicht einmal die notwendigen Begriffe vorhanden waren. Doch nicht nur der Staat, auch der private Bereich veränderte sich markant, indem die Konsumgesellschaft ein ganz ähnliches Bedürfnis nach Erhebung personenbezogener Daten zum Zweck des Marketing und der Gewährung von Konsumentenkrediten hervorbrachte. Verschärft wurde die Problematik durch technische Neu-

erungen wie die ersten Personalinformationssysteme sowie die Einführung von Großrechnern in der zweiten Hälfte der 1960er Jahre. So sprach man bald von einer Disziplinar- und Kontrollwirkung der neuen Daten- und Informationstechnologien. David Lyon, der Altmeister der *surveillance studies*, prägte den Begriff des *social sorting*, um die neue diskriminierende Macht zu beschreiben.

Um 1970 hatte sich somit eine neue, spezifisch postindustrielle soziale Frage herauskristallisiert, die Horst Herold, 1971 bis 1981 Präsident des Bundeskriminalamts, als die „Informationsfrage“ bezeichnet hat. Die Informationsfrage hat wiederum eine neue Form der Sozialpolitik hervorgebracht, die ich die Politik personenbezogener Daten nenne. Neue Datenschutzdiskurse verfolgten das Ziel, die Probleme, die durch den Ausbau der Datenverarbeitungs- und Überwachungskapazität von Staat und Privatsektor verursacht worden waren, zu analysieren. Ohne hier weiter darauf eingehen zu können, möchte ich behaupten, dass die Datenschutzgesetzgebung der 1970er und 1980er Jahre der Versuch einer Antwort auf die „Informationsfrage“ war. Diese Gesetzgebung verfolgte das Ziel, neue Parameter für den sozialadäquaten Informationsaustausch politisch auszuhandeln und in eine neue Form zu gießen, die den gewandelten Bedürfnissen des wachsenden Sozialstaates und der aufkommenden Informationsgesellschaft besser entsprechen würde.

Zwar war der Datenschutz keineswegs nur ein Thema der Liberalen, doch wurde er ohne Zweifel zu einem Hauptanliegen einer ganzen Reihe von Bundesinnenministern der FDP – von Hans-Dietrich Genscher über Werner Maihofer bis zu Gerhart Baum. Diese sahen sich mit der Herausforderung konfrontiert, zwischen dem Schutz der Privatheit einerseits

und anderen, genauso wichtigen Zielen, deren Verwirklichung gerade vom leichten Zugang zu personenbezogenen Daten abhingen, einen richtigen und politisch annehmbaren Ausgleich zu finden. Auf diese Weise wurde das bisher unbedeutende Gebiet des Datenschutzes und Informationsrechts zu einer Hauptdeterminante des Liberalismus im Informationszeitalter. Allerdings hat die FDP nie mit einer einzigen Stimme gesprochen, und der liberale Datenschutzdiskurs wurde von einem nie gelösten Konflikt zwischen denen, die den Informationszugangs- und -austauschrechten den Vorrang gaben, und denen, die eher auf Bürgerrechte und den Schutz der individuellen Selbstbestimmung gegen Staat und Wirtschaft setzten, charakterisiert.

Die Trennung von Staat und Gesellschaft, Öffentlichkeit und Privatsphäre, war konstitutiv für den modernen Liberalismus. In seiner „Elfen-Entscheidung“ von 1957 hat das Bundesverfassungsgericht die Existenz einer „Sphäre privater Lebensgestaltung, [...] ein[es] letzte[n] unantastbare[n] Bereich[s] menschlicher Freiheit“ bestätigt, „der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist.“¹ Demnach wurde die Privatsphäre damals als vorsozialer Bereich begriffen, in den sich das Individuum zurückziehen könne, um Ruhe, Einsamkeit und Zuflucht von den entfremdenden Antagonismen des öffentlichen Lebens zu finden und von dem aus es dann unter selbstgewählten Bedingungen wieder in den gesellschaftlichen Verkehr mit anderen eintreten können sollte. Wie das Gericht später in seinem Mikrozensururteil von 1969 ausführte, war dieser „Innenraum“ gerade deswegen würdig, als Grundrecht geschützt zu werden, weil er die Vorbedingung der „freien und selbstverant-

wortlichen Entfaltung [der] Persönlichkeit“ bildet, die seit seiner Entstehung der Polarstern im Wertehimmel des Liberalismus gewesen war.² Jedoch haben ab 1970 fast alle, die sich mit dem Problem auf wissenschaftlicher Ebene befassten, behauptet, dass der Begriff der Privatsphäre jene Schlüsselrolle, die er im klassischen Liberalismus innehatte, nicht mehr erfüllen könne.

Einerseits schienen Versuche, die Reichweite und den Inhalt der Privatsphäre zu bestimmen, eher die theoretische Inkohärenz des Begriffs zu beweisen, indem sie zur Erfindung von Geheim-, Intim-, Sozial- und anderen Sphären führten und den entsprechenden Daten unterschiedliche Arten und Grade des Schutzes angedeihen lassen wollten; diese konnten aber weder miteinander noch mit der Erfahrung auf befriedigende Weise in Einklang gebracht werden. Andererseits – und dies finde ich noch interessanter – hat eine Reihe soziologischer und juristischer Arbeiten gezeigt, dass solche räumlichen Auffassungen der Privatsphäre nicht in der Lage waren, die Probleme zu lösen, die durch die routinemäßige Erhebung personenbezogener Daten durch bürokratische Großorganisationen aufgeworfen wurden. Zum Beispiel vertrat 1971 der Frankfurter Rechtswissenschaftler und

¹ BVerfGE 6, 32 (41).

² BVerfGE, 27, 1, (6): „...dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein 'Innenraum' verbleiben muss, in dem er 'sich selbst besitzt' und 'in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt.'“ Das Innenzitat stammt aus Josef Wintrich: *Die Problematik der Grundrechte* (Köln, 1957), 15f. Wintrich war ehemaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts. Zum Einfluss des dahinterstehenden Persönlichkeitsbegriffs auf den Datenschutz siehe die Dissertation von Simon Garnett (Passau, in Vorbereitung).

spätere Hessische Datenschutzbeauftragte Spiros Simitis die Auffassung, dass im modernen Sozialstaat die wachsende Abhängigkeit der Bürger von der Leistungsverwaltung zur informationellen Auflösung der Privatsphäre führe. „Immer dichter,“ so Simitis, „knüpft sich das Netz der Leistungserwartungen des Einzelnen, immer geringer wird aber auch die Zahl der Bürger, die nicht auf einen permanenten Kontakt mit der Verwaltung angewiesen sind. Jede dieser Leistungen entprivatisiert zugleich den einzelnen, verwandelt seine Person in eine Summe sorgfältiger registrierter Details. Leistungsverwaltung und der Drang zur totalen Information lassen sich nicht voneinander trennen, die Registrierung des Einzelnen ist vielmehr Funktionsvoraussetzung einer weitgehend vom Staat administrierten Gesellschaft.“ Die aufkommende Konsumgesellschaft wurde durch ähnliche Tendenzen kennzeichnet, und am Ende kam Simitis zu dem ebenso schlichten wie dunklen Schluss, dass „die spätindustrielle Gesellschaft keine Privatheit mehr“ kenne.³ Angesichts solcher Befunde war es daher keine Überraschung, dass 1971 eine Studie, die vom Bundesministerium des Innern in Auftrag gegeben worden war, zu dem Schluss kam, dass der Begriff der Privatsphäre „ausgedient“ habe und „unbrauchbar“ geworden sei.⁴

Solche Überlegungen wirkten aber nicht nur destruktiv. Sie arbeiteten auch die Grundzüge einer neuen, dem Informationszeitalter zeitgemäßen Theorie der Privatheit heraus, die die Richtung angab, wie das Innenministeri-

um unter Genscher ein Datenschutzgesetz angehen konnte. Diese neue Theorie der informationellen Selbstbestimmung verschob den Schwerpunkt vom vermeintlichen Geheim- oder Intimcharakter gewisser Datentypen auf deren Verwendungszusammenhang. Statt die Sammlung und Speicherung aller Daten, die keinen besonderen Schutz genießen, zu dulden, ging diese neue Theorie davon aus, dass je nach Verwendungszusammenhang die Sammlung personenbezogener Daten die „schutzwürdigen Belange“ des Individuums verletzen könnte. Darauf bauend kam sie zu dem Schluss, dass solche Daten Dritter nur mit deren Einwilligung oder aufgrund gesetzlicher Ermächtigung benutzt werden dürften.⁵ Dieser Gedankengang lief aber dem Recht auf allgemeine Informationsfreiheit zuwider, das im Artikel 5 des Grundgesetzes enthalten war und der Öffentlichkeit das Recht verbürgte, „sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.“ Es stand auch im Gegensatz zu einem zentralen Prinzip des Liberalismus. Nicht nur hat der Informationszugang den Rang eines Grundrechts, weil er die freie Meinungsäußerung schützt, sondern auch, weil ein solcher Zugang für das Funktionieren des Markts erforderlich war. Zudem war er auch Vorbedingung für den von Innenminister Genscher beförderten Einsatz der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien in der Bundesverwaltung.

Zu den großen Mythen, die das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) umgeben, gehört die Annahme, dass es als ein *Privatheitsgesetz*

³ Simitis: „Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung,“ *Neue juristische Wochenschrift* 24:16 (April 20, 1971), 673-82,“ Zitat 675.

⁴ Wilhelm Steinmüller et al.: *Grundfragen des Datenschutzes* (July 1971), Drs. 6/3826, 48.

⁵ Man könnte hier von einem Informationsfreiheitsrecht sprechen, wenn der Begriff mit anderem Inhalt nicht schon besetzt wäre. Um der Klarheitswillen finde ich es daher hier besser von einem Informationszugangsrecht zu sprechen.

gedacht worden sei. Hans-Dietrich Genscher hingegen erklärte den Teilnehmern der ersten Verbandsanhörung, die im Zusammenhang mit dem Datenschutzgesetz gehalten wurde, dass Informationszugangsrechte Datenschutzrechten vorgehen müssten: „Ausgangspunkt aller Überlegungen,” so führte Genscher aus, „sollte dabei ein Bekenntnis zur Informationsfreiheit sein, die nur im Interesse des Individuums eingeschränkt werden sollte. Den entgegengesetzten Ausgangspunkt einer grundsätzlichen Informationsrestriktion mit Erlaubnisvorbehalt lehne ich ab.”⁶ Trotz dieser Festlegung des Ministers auf Informationszugangsrechte vertrat der zuständige Abteilungsleiter im Innenministerium die gegenteilige Auffassung, wonach angesichts der Unmöglichkeit, die oben angesprochen Probleme zu überwinden und dadurch die Privatsphäre mit der juristisch gebotenen Genauigkeit zu definieren, das anvisierte Datenschutzgesetz nur auf die Theorie der informationellen Selbstbestimmung gestützt werden könne.⁷ Deshalb war das BDSG von Anfang an durch einen Widerspruch zwischen Zweck und Mittel geschwächt, d.h. einen Widerspruch zwischen dem von Genscher angegebenen, liberalen Ziel, den freien Informationszugang zu fördern, und der Logik der informationellen Selbstbestimmung, die dem genauso liberalen Zweck diene, die schutzwürdigen Belange des Individuums tatsächlich zu schützen.

⁶ Ministerium des Innern, ed.: *Dokumentation einer Anhörung zum Referentenentwurf eines Bundes-Datenschutzgesetzes vom 7. bis 9. November 1972* (Bonn, 1973), 4.

⁷ Auernhammer, Vermerk Betr.: Vorbereitung eines Bundesgesetzes zum Schutz der Privatsphäre (7. January 1971), BAK B106, Nr. 96305.

Dieser Widerspruch wurde in den wechselnden Formulierungen des Gesetzeszweckes selbst reflektiert. Der Referentenentwurf vom August 1972 hat Datenschutz schwerfällig definiert als „alle Maßnahmen, die geeignet sind, einer *Beeinträchtigung schutzwürdiger persönlicher Belange* bei der Datenverarbeitung personenbezogener Daten entgegenzutreten, die in Dateien gespeichert sind”.⁸ Diese Formulierung legte es nahe, dass alle Datenverarbeitung erlaubt wäre – mit Ausnahme jener Fälle, in denen es einen jeweils genau umschriebenen Schaden bei identifizierbaren Individuen verursachte. Im Gegensatz dazu wurde in der um die Wende 1976/77 verabschiedeten Fassung der Zweck des Datenschutzes darin gesehen, „...durch den *Schutz personenbezogener Daten vor Missbrauch* [...] der Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen entgegenzuwirken,” und in seinem 3. Artikel sprach das BDSG genau jenes Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt klar aus, das Genscher ursprünglich abgelehnt hatte.⁹

In den Bundestagsdebatten haben die Parteien versucht, diesem Widerspruch auf zweierlei Weise zu entkommen: einerseits durch eine klare Unterscheidung zwischen personen- und sachbezogenen Daten, und andererseits durch die Behauptung, es bestehe in bestimmten Zusammenhängen ein vorrangiges öffentliches Interesse an dem Zugang zu (oder an dem Schutz von) bestimmten Datenarten. Es erwies sich aber als unmöglich, hier

⁸ Ministerium des Innern, ed.: *Dokumentation einer Anhörung zum Referentenentwurf eines Bundes-Datenschutzgesetzes vom 7. bis 9. November 1972* (Bonn, 1973), Anhang Nr. 1, §1. Drs. 7/1027, §1.

⁹ *BGBL.*, 1977, S. 201, §1.1. Die Formulierung in Drs. 7/1027, 5 ist mit der Endfassung inhaltlich identisch.

eine Einigung zu erreichen. In der vergeblichen Hoffnung, dadurch bestehenden Formen sozialadäquater Kommunikation nachträglich eine gesetzliche Grundlage unterzuschieben, verließ sich der Bundestag auf eine „wahre Kaskade von Generalklauseln“ – um Simitis noch einmal zu zitieren – und am Ende hat der Gesetzgeber diesen Widerspruch weniger gelöst als verschlimmert.¹⁰

Den wichtigsten Beitrag zur Debatte um die Novellierung des Ende 1976 verabschiedeten Datenschutzgesetzes bildete ein Aufsatz von Rudolf Schomerus, der ausführte, dass das BDSG unter einer „begrifflichen Unsicherheit“ litt.¹¹ Laut Schomerus zwang die strategische Entscheidung, die schutzwürdigen Belange des Individuums – die im ganzen Gesetzestext nicht ein einziges Mal mit dem Begriff „privat“ bezeichnet wurden – indirekt durch die Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten zu schützen, dazu, auf eine Reihe von Ersatzkriterien auszuweichen, die regeln sollten, ob die Verarbeitung von Daten im jeweiligen Fall erlaubt wäre oder einen unzulässigen Eingriff darstellte. Aber ohne eine vorläufige Definition dessen, was die „schutzwürdigen Belange“ sein sollten, blieb es auch unter Einbeziehung dieser Ersatzkriterien unmöglich, diese Frage definitiv zu beantworten. Schomerus zufolge gab es nur zwei Auswege. Der eine, den Schomerus selbst befürwortete, bestand darin, zu einer echt liberalen Auffassung des Datenschutzes zurückzukehren, wonach nur solche Nutzungen

von Daten, die gesetzlich als Missbräuche eingestuft waren, verboten werden sollten; alle andere Nutzungen sollten grundsätzlich erlaubt sein. Diese Strategie aber hätte die Aufgabe oder zumindest die systematische Hintanstellung des Prinzips der informationellen Selbstbestimmung mit sich gebracht. Der einzige andere logisch konsistente Ausweg hätte darin bestanden, auf eine umfassende Verrechtlichung der informationellen Beziehungen zu drängen und das aufzubauen, was Schomerus eher abschätzig eine „Datenverkehrsordnung“ nannte.

Als Schomerus diese Polemik lancierte, mit der er liberale und sozialdemokratische Datenschutzauffassungen voneinander klar unterscheiden wollte, war er Ministerialrat beim Bundesdatenschutzbeauftragten, und deren Spitze war gegen seinen Chef, den Sozialdemokraten Hans Peter Bull, gerichtet.¹² Jedoch reicht die Bedeutung von Schomerus' Ausführungen weit über die Tagespolitik hinaus, denn sie haben das Kernproblem aller deutschen Datenschutzgesetzgebung getroffen. Der Widerspruch zwischen der Logik der Informationsfreiheit und der der informationellen Selbstbestimmung wurde nie aufgelöst.

¹⁰ Stenographisches Protokoll über die öffentliche Informationssitzung des Innenausschusses (6. 05. 1974), BAK B106, Nr. 96319, 62-64.

¹¹ Schomerus: „Datenschutz oder Datenverkehrsordnung?“ *ZfR* 14:12 (1981) 291-94. Eine längere Fassung von diesem Aufsatz ist in BAK B106, Nr. 96338 unter den Titel „Datenschutz oder Informationsrecht?“ zu finden.

¹² Bull: *Ziele und Mittel des Datenschutzes. Forderungen zur Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes* (Athenäum, 1981), S. 24-25. In diesem Aufsatz bleibt die soziale Dimension des Datenschutzes unterbeleuchtet, und ich nehme den Hinweis auf ein „rechts- und sozialstaatliches Informationsrecht“ aus Bull, „Verfassungsrechtlicher Datenschutz,“ in *Das Europa der zweiten Generation. Gedächtnisschrift für Christoph Sasse* (N.P. Engel Verlag, 1981), II: S. 869-87, besonders S. 870. An einer anderen Stelle hat Bull vier Gefahrenarten identifiziert, wogegen Datenschutzgesetze schützen sollten. See Bull, „Datenschutz als Informationsrecht und Gefahrenabwehr,“ in Bull, *Datenschutz, Informationsrecht und Rechtspolitik. Gesammelte Aufsätze* (Duncker & Humblot, 2005), S. 115-28.

Gerade daher hat seit jetzt gut 40 Jahren der Einsatz von solchen formalen Ersatzkriterien wie Verhältnismäßigkeit, Normenklarheit, und Gesetzesvorbehalt – immer in Verbindung mit Kernbereichsschutz –, im Ergebnis zu äußerst komplizierten und schwerverständlichen Gesetzen geführt. Das gilt besonders für jene heiklen Bereiche, für die die Gesetzgeber keinen Konsens erreichen konnten.

Das Bundesinnenministerium war für den Datenschutz sowie die innere Sicherheit gleichermaßen verantwortlich.¹³ Obwohl das nicht unproblematisch war, hat diese Lage die Liberalen gezwungen, über die Beziehung zwischen Datenschutz und Sicherheit nachzudenken. Wenngleich liberale Gesetze die Tätigkeit der Polizei bis in die 1970er Jahre hinein dadurch begrenzt hatten, dass sie deren Tätigwerden von der Existenz einer konkreten Gefahr oder einem wohlbegründeten Einzelverdacht abhängig machten, haben die Sicherheitsbehörden seitdem zunehmend behauptet, dass diese Restriktionen den Kampf gegen neue Formen der Kriminalität, vor allem Terrorismus und organisierte Kriminalität, übermäßig hinderten. Um 1974/75 gelangte die Polizei zu der Einsicht, dass die Logistiknetzwerke, die es den Linksterroristen erlaubten, ihr Leben im Untergrund aufrechtzuerhalten, nur durch „systematisches mapping“ des radikalen Milieus an der Wurzel bekämpft werden könnten, und zu diesem Zweck hat sie eine Reihe neuer Überwachungspraktiken entwickelt – ich nehme an,

dass „Häftlingsüberwachung“, „beobachtende Fahndung“, „Rasterfahndung“ sowie die Polizeiinformationssysteme INPOL und PIOS Ihnen bekannte Begriffe sind. Diesen Überwachungspraktiken ist gemeinsam, dass sie Daten über Menschen präventiv sammeln, die unter geltendem Recht nicht als verdächtig angesehen wurden und daher nicht zu Objekten polizeilicher Informationstätigkeit hätten werden dürfen. Um diese Überwachungsmethoden rechtlich abzusichern wurde die langwierige Novellierung der Polizeigesetze in Gang gesetzt – das Stichwort hier ist der Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes für Bund und Länder.

Diese präventive Überwachung wäre dann nicht gegen konkrete, sondern gegen abstrakte Gefahren, gerichtet gewesen und wäre tief in das Vorfeld antizipierten Verbrechens eingedrungen. Das Problem liegt darin – wie Erhard Denniger kürzlich geschrieben hat – dass, losgelöst von seinen rechtstaatlichen Bindungen, dieses Vorfeld „begrifflich keine Schranken mehr [kennt], weder hinsichtlich der Bestimmung des Kreises risikoträchtiger Personen noch hinsichtlich der einzusetzenden Erkenntnis- und Abwehrmittel noch hinsichtlich der Zielsetzungen der im Interesse der Sicherheit zu treffenden Maßnahmen.“¹⁴ Um „unknown unknowns“ aber zuvorzukommen, müsste die informationelle Arbeit der Polizei das unbestimmte und unbestimmbare Feld abstrakter Gefahren völlig einschließen. Solche Räume der Exzeptionalität widersetzen sich aber jedem Versuch, die in-

¹³ Dies ist der Hintergrund für den neuen Vorschlag, die Verantwortlichkeit für den Datenschutz dem Bundesinnenministerium abzunehmen und sie auf das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz zu übertragen. Siehe <https://netzpolitik.org/2016/spd-will-datenschutz-beim-justizministerium-ansiedeln/>

¹⁴ Denniger: „Der Präventions-Staat,“ *Kritische Justiz* 1 (1988), S. 1-15, and Ders.: „Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit,“ in: Stefan Huster und Karsten Rudolph (Hg.): *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008, S. 85-106, Zitat S. 94-95.

formationelle Tätigkeit der Polizei gesetzlich zu normieren, ohne jedoch je in der Lage zu sein, den Erfolg dieser Tätigkeit im Voraus zu gewährleisten. Diejenigen, die diese Entwicklung unterstützen, gehen ein Wagnis ein, indem sie sich darauf verlassen, dass der Blankoscheck, der den Sicherheitsbehörden dabei ausgestellt wird, in einer permanent hinausgeschobenen Zukunft proportional in der Devise der Freiheit zurückgezahlt werden wird. Seit Mitte der 70er Jahre bis in die neueste Gegenwart hinein hat der Datenschutz als Hauptmittel gedient, um die vielfältigen Probleme, die durch das Aufkommen der präventiven Überwachung aufgeworfen worden sind, zu theoretisieren; seine politische Bedeutung hatte hingegen darin bestanden, die Prinzipien des liberalen Rechtsstaates sowie die Ökonomie informationeller Sparsamkeit gegen die transgressive Logik des Präventionsstaates zu verteidigen.

Nach Hans-Dietrich Genscher hat Werner Maihofer als Bundesminister des Innern den Ausbau und die Modernisierung des Bundeskriminalamtes unter Horst Herold unterstützt. Zwar warnte Maihofer vor den tendenziell totalitären Konsequenzen des Suchens nach totaler Prävention und totaler Repression. Doch seine eigene Verwicklung in mehrere Überwachungsskandale sowie der schrumpfende Einfluss des linken Flügels der FDP haben ihn im Sommer 1978 zum Rücktritt gezwungen. Maihofers Nachfolger im Amt, Gerhart Baum, gemeinsam mit Burkhard Hirsch ein Führer des Bürgerrechtsflügels der FDP, war empfindlicher für Datenschutzbelange. Eine seiner ersten Handlungen als Innenminister bestand darin, eine Prüfungskommission einzusetzen, die sicherstellen sollte, dass das polizeiliche Informationssystem INPOL und die anderen Daten-

sammlungen des Bundeskriminalamtes die Vorschriften des BDSG einhielten.¹⁵

Aber die öffentliche Debatte über Datenschutz und innere Sicherheit spitzte sich erst in den 80er Jahren zu. Bei der Neubildung der Bundesregierung in Oktober 1982 wurde Baum durch den erzkonservativen Friedrich Zimmermann (CSU) abgelöst. Ein Jahr später erging das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, das ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung statuierte. Diese Entscheidung zwang die Regierung dazu, jedes Gesetz, das die Benutzung personenbezogener Daten in der Bundesverwaltung regelte, zu novellieren. Betroffen waren – unter anderem – die Melde-, Personalausweis- und Passgesetze, die Statistik-, Volkszählungs-, Mikrozensus- und Archivgesetze, ferner sämtliche Polizei- und Nachrichtendienstgesetze und die Strafprozessordnung, das Verwaltungsverfahrensgesetz und natürlich das BDSG selbst. Das Gericht überließ es jedoch dem Bundestag, ein angemessenes Verhältnis zwischen Datenschutz und Freiheitsrechten einerseits und Sicherheit und Wirtschaftlichkeit andererseits zu finden. Diese Aufgabe bestimmte weitgehend die innenpolitische Agenda der Regierung in den 1980er Jahren.

Als die Konservativen an die Macht kamen, hielten sie nur noch an einer äußerst ausgedünnten Auffassung des Datenschutzes fest. Zimmermann wollte gewisse personenbezogene Daten schützen – aber nur insoweit, als dieser Schutz keine wesentlichen Begrenzun-

¹⁵ Obwohl Baum und Staatssekretär Andreas von Schoeler die weitgehende Verrechtlichung der informationellen Tätigkeit der Polizei übersahen, hat dieser Prozess öfter zu der Legalisierung polizeilicher Praxis als zu seiner Zurückdrängung geführt.

gen der Erhebung und Nutzung von personenbezogenen Daten durch die Verwaltung mit sich brachte. Der Glaube, dass Sicherheit die „unabdingbare Voraussetzung für Freiheit und Entfaltung der Bürger“ sei, machte die Konservativen schwerhörig für die Argumente der Datenschutzverfechter, denen die Konservativen nun vorwerfen konnten, dass sie die Bevölkerung böswillig gegen die Polizei aufwiegelten.¹⁶ Diese Ideen wurden mit aller wünschbaren Klarheit von Generalbundesanwalt Kurt Rebmann zum Ausdruck gebracht, der der Öffentlichkeit die Lektion „Sicherheit geht vor Datenschutz – nicht umgekehrt“ erteilte.¹⁷ „Es wäre (aber) eine irri- ge Auffassung,“ führte er an einer anderen Stelle aus, „etwa annehmen zu wollen, die Kontrolle staatlichen Handelns sei wichtiger als das staatliche Handeln selbst. Gerade im sogenannten Sicherheitsbereich geht es um – auch dem Datenschutz weit überlegene – vitale Gemeinschaftsinteressen.“¹⁸ Der Eckstein des Datenschutzes war das Zweckbestimmungsprinzip, wonach Daten nur für den spezifischen Zweck benutzt werden dürften, für den sie ursprünglich erhoben worden waren. Die Konservativen lehnten dieses Prinzip jedoch bei jeder Gelegenheit rundweg ab. Zudem wehrten sie sich gegen jeden Versuch, die informationelle Tätigkeit der Sicherheitsbehörden gesetzlich zu regeln, weil sie glaubten,

¹⁶ Laufs: *Sten. Ber.* 10. Wahlperiode, 202. Sitzung (28. February 1986), 15526.

¹⁷ Horst Bieber: „Droht der Schnüffelstaat? Die Koalition will das Volkszählungsurteil aus den Angeln heben,“ *Die Zeit* (27. September 1985). Siehe auch Friedrich Zimmermann, „Grundgedanken zu Fragen der Inneren Sicherheit für 1989,“ *Die Polizei* 80:1 (January 1989), S. 1-4.

¹⁸ Horst Bieber: „Krach mit dem Kontrolleur. Zur Attacke des Generalbundesanwalts: Wieviel Freiraum für staatliches Handeln?“ *Die Zeit* (4. Juni 1982).

dass kein noch so perfektes Gesetz der vollen Komplexität der Herausforderungen gerecht werden könnte, mit denen die Polizei ständig konfrontiert wird. Dabei wurden sie theoretisch von Rupert Scholz und Rainer Pitschas unterstützt, deren 1984 erschienenes Buch „Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsvorsorge“ versuchte, das Volkszählungsurteil auf den Kopf zu stellen und aus dem neuen Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht nur ein fast unbegrenztes Informationsvorsorgerecht abzuleiten, sondern auch eine staatliche Erhebungs- und Nutzungspflicht.¹⁹

Um die Auffassung der FDP zu Datenschutz und Sicherheit herauszuarbeiten und zu verstehen, wie sich die Partei hierbei gegenüber ihrem Koalitionspartner positionierte, möchte ich mich nun zwei Gesetzen zuwenden: Zum einen dem Personalausweisgesetz und zum anderen dem Entwurf eines Gesetzes, das den Informationsaustausch innerhalb des Sicherheitsbereichs regeln sollte. Das Hauptanliegen des 1968 initiierten Bundesmeldegesetzes war es, die Automation der lokalen Melderegister und ihre anschließende Vernetzung voranzutreiben, um sie dann als Knoten für ein bundesweites Bevölkerungsinformationssystem zu benutzen – ein Vorhaben, das für die Polizei immer wichtiger wurde. Eine zentrale Bestimmung des Meldegesetzes war die Einführung eines Personen-kennzeichens als *unique identifier*. Aus Sorge, das Personenkennzeichen des BDSG könnte unterlaufen werden, wurde das Meldegesetz

¹⁹ Scholz / Pitschas: *Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsvorsorge* (Duncker & Humblot, 1984). Scholz / Pitschas haben sich wiederum auf Josef Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates* (De Gruyter, 1983) berufen.

im Mai 1976 durch den Rechtsausschuss des Bundestages gekippt. Am Ende brachte das Melderechtsrahmengesetz, das an Stelle des ursprünglichen Entwurfs im Mai 1980 verabschiedet wurde, den Meldebehörden nur die Aufgabe ein, die Daten der in ihrem Zuständigkeitsbereich wohnhaften Einwohner für den *eng gefassten Zweck* zu registrieren, ihre Identität und Wohnung feststellen sowie dies nachweisen zu können. Jedoch gab es mehrere Hintertüren, wodurch diese enge Zweckbestimmung völlig unterlaufen werden konnte.

Wichtig für die folgenden Ausführungen ist vor allem die Entscheidung der Datenschutzbeauftragten, die konsequente Anwendung aller Datenschutzprinzipien auf das Ausweiswesen – ein Gebiet, das als Brücke zwischen Zivilverwaltung und Sicherheitsbereich diente – zu fordern und insbesondere für das Personalausweisregister eine ähnlich enge Zweckbestimmung zu verlangen, wie sie im Meldegesetz enthalten war.²⁰ Dabei wurden sie von der FDP unterstützt, die, um ihre Anliegen durchzusetzen, ein Junktum zwischen dem Personalausweisgesetz und der Novellierung des Bundesdatenschutz-, des Verwaltungsverfahrens-, des Straßenverkehrs-, der Polizei- und der Nachrichtendienstgesetze herstellte.

Nach dem Volkszählungsurteil war es notwendig, den Informationsaustausch zwischen Polizei und Nachrichtendiensten gesetzlich zu regeln. Im Januar 1986 brachte die Regierung – als Verwirklichung des von der FDP hergestellten Junktums – ein Artikelgesetz ein, das die Novellierung aller eben genannten Gesetze bündelte. Den Entwurf des sogenannten „Zusammenarbeitengesetzes“, in dem die ver-

²⁰ Um dadurch die Lächer in den Datenschutzvorschriften des Meldegesetzes zumindest teilweise auszufüllen.

schiedenen Gesetzentwürfe zusammengefasst wurden, hielt die FDP für äußerst problematisch.²¹ Dem Entwurf zufolge mussten alle hierbei involvierten Institutionen wie zum Beispiel das Bundeskriminalamt, die Grenzpolizei, die Zollverwaltung, die Bundes- und Landesämter für Verfassungsschutz, der Militärische Abschirmdienst, der Bundesnachrichtendienst und die Staatsanwaltschaft initiativ alle angefallenen Informationen teilen, sofern es Anhaltspunkte dafür gab, dass diese Daten für die Informationspartner relevant sein könnten. Umgekehrt durften diese Stellen solche Daten ohne erkennbare Einschränkungen voneinander anfordern. Darüber hinaus unterlief der Entwurf absichtlich das Trennungsgebot zwischen Polizei und Verfassungsschutz. In einem unvergesslichen Gleichnis hat Burkhard Hirsch die so vorgestellten informationellen Beziehungen als eine Art „informationelle[n] Gruppensex im Einverständnis mit der Puffmutter“ gekennzeichnet.²²

Obwohl Baum in der Bundestagsdebatte zum Personalausweisgesetz zugab, dass die Automatisierung die Staatsverwaltung effizienter gemacht habe, sorgte er sich zugleich darum, dass mit der elektronischen Suche nach immer perfekteren Informationen auch eine stetig steigende Einschränkung des individuellen Freiheitsbereichs einhergehen könnte. Im Gegensatz zur konservativen These „*Freiheit durch Sicherheit*“ bestand Baum darauf, dass die Wahrung der individuellen Freiheitsrechte eine Begrenzung der informationellen Tätigkeit des Staates erfordere und das

²¹ Werthebach: Betr.: Erweiterung der BDSG-Novelle (31. March 1984), BAK B106, Nr. 115601, Bd. 2.

²² Zitiert nach „Falsche Richtung,“ *Der Spiegel*, Nr. 4/1988, 18.

dadurch bedingte Nichtwissen der Preis der Freiheit sei. „Die staatliche Verwaltung“, erklärte Baum, „muß eine Unvollständigkeit ihrer Information in Kauf nehmen und ihren Aufgaben auch in Kenntnis von Informationsgrenzen nachgehen. Die Effektivität staatlichen Handelns ist sicher wichtig. Aber Effektivität muß sich im Rechtsstaat auch an der Gewährleistung der Grundrechte orientieren.“²³

Baum und Hirsch vertraten aber nur das *eine* Ende des Meinungsspektrums in ihrer Partei. Mit aller Vorsicht lässt sich wohl sagen, dass die FDP bereit war, die Grenzen der informationellen Tätigkeit der Sicherheitsbehörden pragmatisch und im Einzelfall in Richtung der präventiven Überwachung zu verschieben. Jedoch hielt zumindest die Parteilinke an der begrenzenden Informationsökonomie des Datenschutzes fest. Sie war nie bereit, sich einer Logik der staatlichen Informationsvorsorge zu verschreiben, die die Privatsphäre und die Freiheitsrechte *gegen* den Staat einem vermeintlichen Grundrecht auf Sicherheit *durch* den Staat völlig untergeordnet hätte.

Bei der lang andauernden Debatte über Datenschutz und staatliche Überwachung, über Bürgerrechte und Sicherheit, die sich von dem Volkszählungsurteil bis zum Vorabend der Wiedervereinigung hinschleppte, lavierte die FDP aus prinzipiellen oder aus koalitionspolitischen Gründen zwischen Kompromissbereitschaft und Profilierungsversuchen. Obwohl die FDP viele Vorbehalte gegen diverse Regierungsentwürfe vorbrachte und dabei

viele kleine Änderungen erzwang, ist es den liberalen Innenministern Baum und Hirsch nicht grundsätzlich gelungen, sich in der Partei oder gar in der Koalition durchzusetzen. Am Ende trugen diese Änderungen, wie ich oben ausgeführt habe, eher zur Komplexität, Schwerfälligkeit und mangelnden öffentlichen Legitimität der Gesetze bei als zu einer merklichen Begrenzung der informationellen Tätigkeit der Sicherheitsbehörden. Resümierend lässt sich festhalten, dass die wichtigsten Datenschutz-, Verwaltungs- und Sicherheitsgesetze, die vor 1989 verabschiedet wurden, eher die Prioritäten der Unionsparteien widerspiegeln als die der Liberalen oder der Datenschützer.

Zitation:

Larry Frohman: Über die Schwierigkeit, im Informationszeitalter liberal zu sein: Datenschutz, Datenzugang und die Grenzen der Sicherheit, in: HEUSS-FORUM 10/2016, URL: www.stiftung-heuss-haus.de/heuss-forum_10_2016.

²³ Baum: *Sten. Ber.* 10. Wahlperiode, 202. Sitzung (28. February 1986), 15530-31. Baum hat sich schon 1979 ähnlich ausgedrückt, als er die Versuchung, „ständig restlos informiert zu sein,“ als Gefahr für die Freiheit des Bürgers bezeichnet. *Sten. Ber.* 8. Wahlperiode, 160. Sitzung, 12767.