

Imperiale und totalitäre Züge der europäischen Datenschutzverordnung

Das Freiheitsrecht des Volkszählungsurteils verkommt zum ideologisch verbrämten Machtinstrument

Mit ihrem Entwurf zu einer europäischen Datenschutzverordnung schwingt sich die EU-Kommission auf ein sehr hohes Ross: Sie verfolgt nicht Geringeres als die Ersetzung des nationalen Datenschutzrechts durch eine gemeinschaftliche gesetzliche Ordnung, die unionsweite wie direkte Geltung beansprucht. Die Tragweite dieses Vorhabens ist zum einen Anlass genug, die Kompetenz des europäischen Gesetzgebers zu untersuchen, zum anderen ist die Gelegenheit günstig und auch unausweichlich, den heutigen Stand der bislang gewachsenen datenschutzrechtlichen Grundordnung kritisch zu beleuchten.

Eine gemeinsame Verfassung hat die EU bislang nicht zuwege gebracht; die vielen Versuche, den vertraglichen Grundlagen der Gemeinschaft so etwas wie eine Grundordnung zu unterlegen, ihnen einen höheren Rang einzuräumen als dem Grundgesetz, sind bislang gescheitert. Die Integration geht nur so weit, wie die Verfassung dies erlaubt. Wächst sie darüber hinaus, leben wir in einem anderen Staat. Eine solche neue und andere Ordnung bedarf, will sie bruchlose Legitimität für sich beanspruchen, einer neuen Verfassung.

Will das Volk rechtsstaatlicher Souverän sein, so bindet es - was heißt "es"- so bindet sich jedermann so, wie ein Herrscher gebunden ist. Deshalb hat sich eine Datenschutzordnung zwischen Freiheit und Verantwortung zu bewegen.

I. Die zu regelnde Materie

Was sind Daten?

Informationen, also Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse von Menschen, sind der Grundstoff jeder sozialen Ordnung. Zudem sind sie im Informationszeitalter bedeutsame Handelsware. Sie sind der Schatz der Wissenden und die Waffe der Mächtigen. Wer sich das Recht zuerkennt, sie zu ordnen, nämlich sie selbst sich zu nehmen, sie anderen zuzuteilen oder vorzuenthalten, der ist der Souverän.

Informationen sind die Plattform, auf der sich jeder entfaltet. Zu allen Zeiten war jeder Sozialbezug ohne Kenntnis und gedankliche Umformung und Verknüpfung von Informationen über viele andere, ob nun konkrete Einzelne oder definierte Gruppen, undenkbar. Die Antipoden sind Kaspar Hauser und Odysseus, der eine lebensuntüchtig und ein Narr, der andere voll entfaltet, weil menschenkundig und lebensklug. Will das Grundgesetz die freie Entfaltung, so will es das Grundrecht auf ungestörten Umgang mit Informationen über andere Menschen. Dies hat zentrale Bedeutung von der Geburt bis zum Tod.

Das Unterfangen, eine Informationsordnung zur Geltung zu bringen, ist also nichts Geringeres, als die öffentliche und die private Macht zu verteilen.

Frau Reding, die zuständige Kommissarin der EU, muss wissen, dass sie nicht lediglich für die Verbraucher (bei meinen Eltern war das ein Schimpfwort) oder für die durch Werbung

Belästigten, nicht nur für die Mietnomaden und die Kreditinsolventen spricht, wenn sie dafür wirbt, ein einheitliches Datenschutzrecht zu vereinbaren. Es klärt den Blick, eine Ordnung nicht an den Gebeutelten oder den Unverfrorenen einer Gesellschaft auszurichten, sondern sie an der Freiheit und an der Verantwortlichkeit jedes Einzelnen zu messen, eben *grundsätzlich*, man kann auch sagen, verfassungsrechtlich zu denken.

Informationen - am wichtigsten und interessantesten sind diejenigen über seinesgleichen - sind das Fluidum, in dem der Einzelne sich entfaltet. Diese Entfaltung der Persönlichkeit ist, wie seine Würde, der Quell aller seiner Grundrechte.

Daten sind aber weder Sachen noch Rechte. In der Entwicklung der Rechtsordnungen hatten sie Bedeutung nur in Bezug auf die Schweigekultur, die besonderen, sozial bedeutsamen Berufen zukommt. Würden sie nicht schweigen und schweigen dürfen, so würde sich ihnen niemand mehr anvertrauen. Aber das "Kassedenken des 19. Jahrhunderts", gefangen in einer Sozialordnung, die Soll und Haben für wichtiger hielt als den Informationsstatus, hat das Soziale und die Gerechtigkeit am Geld gemessen. Dass das Geld den Informationen folgt, hatten die Altfordern noch nicht auf dem Schirm. Es ist nicht der Regen- oder der Sonnenschirm, sondern der Bildschirm, der die Benutzeroberfläche bietet, um reich zu werden oder eben arm zu bleiben, um sich entwickeln zu können oder im Tal der Ahnungslosen zu versauern. Der ewige Kampf gegen Nässe und Kälte ist weltweit hochgezont in einen Kampf um Bildung, Chancen und beruflichen Erfolg. Er entscheidet sich am Schirm.

An diesem Schirm gibt es nichts anderes als personenbezogene Daten. Denn jeder ist Teilnehmer am Informationsgeschehen: Der Betroffene der Information (das Objekt), der Urheber der Information (das Subjekt), derjenige, der die Information ins Netz stellt und sie dort zu verantworten hat (der schreibende User und der Provider), der Empfänger der Information, der sie sich herunterlädt (der lesende User), sie alle sind natürliche Personen. Mag die Information auch ohne Betroffenen auskommen - schon das ist seltener, als man glaubt - so wird sie dennoch im sozialen Verlauf, sozusagen in ihrem weiteren Leben, immer auch personenbezogen.

Wenn wir über Daten reden, so reden wir immer über personenbezogene Daten; es gibt nur solche. Und diese Personenbezüge entscheiden über das Gewicht der Information, ihre Wert und ihre Bedeutung. Einer Information zu vertrauen oder nicht, hängt von dem Urheber, dem Boten und dem Vor-Leser ab.

Das Persönlichkeitsrecht hat demnach durchaus zwiespältige Funktionen: Es schützt einerseits diejenigen, die Daten rezipieren und verarbeiten, andererseits die betroffenen Personen, die als Objekt, Medium, Provider oder User am Verarbeitungsvorgang beteiligt sind. Wir alle sind informationell - beileibe nicht nur im Netz - Opfer und Täter zugleich. Dass wir Wissende sein wollen und gleichzeitig Gewusste sind, das macht den Datenschutz so schwierig.

Was ist Datenschutz?

Diese Frage kann nicht korrekt beantwortet werden, wenn wir nicht zunächst danach fragen, wer diesen Schutz vor wem beansprucht.

Die Verfassungsgeschichte ist die Entwicklung der Mechanismen, die die Macht begrenzen. Soweit die Staatsmacht gemeint ist, lebt jeder in einem Status des Grundrechtsinhabers, der

sich seines Freiraums gegenüber dem staatlichen Machtmonopol sicher sein darf, und des Teilhabeberechtigten, der vom staatlichen Kuchen, sicherlich auch von seinem Wissensschatz, etwas abhaben will. Menschenrechte und Bürgerrechte sind Abwehrrechte gegen staatliche Neugier oder gar Allwissenheit. Privatheit ist der gegen obrigkeitliche Einblicke oder behördliches Abhören geschützte Raum. Ein Recht auf Ungestörtheit gegen alle Formen staatlicher Neugier ist Voraussetzung für ein unbefangenes und wahrhaft freies Ausleben der eigenen Persönlichkeit. Aber Teilhabe an Wissensvermittlung (Schule und Hochschule), an der Kunst in Museen, an staatlichen Archiven, Zugang zu Akten und Datensammlungen, kurz Informationsfreiheit, sollen auch garantiert sein.

Weil es diese Grundrechtslage gibt, ist der Staat ein gesetzlich Gebundener; er hat eben kein Recht auf freie Entfaltung, sondern er bedarf einer Legitimation, wenn er Grundrechte und Informationszugänge einzuschränken für geboten hält. Auch die Einschränkung der informationellen Freiheit ist ein "wesentlicher" Eingriff, der sich immer auf eine Rechtsnorm stützen können muss, wenn er Rechtmäßigkeit für sich beansprucht. Kurz: Der personenbezogene Daten erhebende und weiter verarbeitende Staat bedarf bei der Einengung unserer privaten Freiheit einer Rechtsgrundlage. Alles andere wäre verfassungswidrig.

Privatheit ist aber auch die Persönlichkeitssphäre des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, die Freiheit des Bestellers gegenüber dem Versandhändler oder die Abschottung unter Nachbarn; das Kind hat eine Privatsphäre vor seinen Eltern; Ehegatten haben untereinander das Recht (um nicht zu sagen; die Pflicht!) auf einen eigenen ganz persönlichen Bereich.

Die Datenschützer tun nun so, als seien diese Privatheiten ein und das selbe: Es sei gleich, ob ich mich vor dem Staat oder vor der Neugier meines Nachbarn, meines Vertragspartners oder meiner Frau schützen möchte, immer sei ich der Herr meiner Daten. Hier liegt ein schwerwiegender Irrtum.

Denn die einzelnen freien Menschen sind nicht frei kraft einer gesetzlichen Befreiung, sie schöpfen ihr Entfaltungsrecht nicht aus der Verfassung oder etwa aus einer sonstigen gemeinschaftlich geschaffenen Gestattung. Jeder Einzelne ist aus sich, aus seiner Geschöpflichkeit und kraft seiner Vernunft; alle Menschen sind frei geboren; sie sind frei von Natur aus. Weil diese Freiheit aber ganz wesentlich dazu berechtigt, sich in dem Fluidum der Informationen über andere Menschen - und hoffentlich auch, aber besonders kritisch, in dem Fluidum der eigenen Daten - zu bewegen und zu entwickeln, müssen die beiden Rechte, die hier tagtäglich aufeinanderprallen, die Neugier und die Abschottung, zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden: Es gilt eine praktische, ganz einzelfallbezogene Übereinstimmung herzustellen zwischen der Privatheit des einen Einzelnen, die sich aus Daten speist, mit der Privatheit des anderen Einzelnen, der diese Privatheit gegen dessen Einblicke abzuschirmen bemüht ist. Beide haben ein Recht, der eine das der Entfaltung, der andere das seiner ungestörten, würdevollen Privatsphäre. Die Konkordanz zwischen beiden im wörtlichen Sinne einer "herzlichen Verbundenheit" kann nur durch eine Rechtsordnung hergestellt werden, die aktive Bemühungen dessen verlangt, der sich seine Privatheit vorbehält, und die andererseits nur solche Ein- und Übergriffe dort hinein ahndet, die ersichtlich persönlichkeitsrechts-verletzend wirken.

Die Parole "Meine Daten gehören mir" ist ebenso unverantwortlich und sozialschädlich (ein gewichtiges Wort) wie die Parole "Mein Bauch gehört mir". Aus guten Gründen hat die Rechtsordnung dem werdenden Leben ihren Schutz zu gewähren; aus guten Gründen bin ich als Einzelner in die soziale Gemeinschaft mit der Folge eingebunden, dass ich in meinem

Verhalten ablesbar bin. Das Menschenbild des Grundgesetzes sieht den Einzelnen nicht als Anonymus, der in der Masse verschwindet, sondern als freien Einzelnen, der zu dem steht, was er tut. Das Vermummungsverbot ist Ausdruck dessen, dass der Mensch Verantwortung trägt und deshalb beobachtbar, erreichbar und zurechenbar handelt. Besonders lächerlich ist die Forderung, der Einzelne müsse sich "in der Öffentlichkeit unbeobachtet" bewegen können. Das gilt auch für das Internet. Lächerlich ist auch die Vorstellung, man könne am sozialen und marktwirtschaftlichen Leben teilnehmen, sei aber persönlich unerreichbar.

"Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht schrankenlos gewährleistet. 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. Information, auch wenn sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen zugeordnet werden kann." Das ist ein für manche Datenschützer unangenehmer Kernsatz aus dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1983.

Deshalb ist es nicht nur ein schwer wiegendes Fehlverständnis der Verfassungslage, sondern auch ein Angriff auf die Freiheit, wenn das Datenschutzrecht in der EG-Datenschutzrichtlinie und im Bundesdatenschutzgesetz ein für den Staat und in gleicher Weise für den Einzelnen geltendes generelles Verbot der Verarbeitung von Daten aussprechen, von dem es nur gesetzliche Ausnahmen geben soll. Die personale Entfaltung ist immer eine individuelle und auf Eigenmächtigkeiten und Umwege setzende, unplanbare und spontane, regellose und phantasievolle Kreativität; sie gesetzlich auf den "Erforderlichkeitsgrundsatz" - er ist das Maß gesetzlich korrekter staatlicher Eingriffe in diese Freiheit - zu reduzieren und jedermann zu gängeln, kann nur zur Uniformität und zur staatlich verliehenen, also unfreien Freiheit führen, zu einem Freiheitsersatz, wie er in totalitären Staaten zugeteilt wird. In dieser von Anfang an verfehlten Konstruktion werden der Freie und der Staat über einen Kamm geschoren. Deshalb müssen der Freiheit zwar die Grenzen gezeigt werden - sie endet an der Nasenspitze des ebenso freien Mitmenschen - sie darf aber nicht von Grund auf verliehen, gestattet und reguliert sein.

Die Lehre von der Reflex- und Drittwirkung der Grundrechte bietet keinen Freifahrtschein dazu, private Unternehmen wie den Staat zu behandeln. Auch dazu hat sich das Bundesverfassungsgericht unmissverständlich geäußert. Wie merkwürdig, dass wir dem Finanzmarkt diese Freiheit bis in übelste Spekulationen hinein zuerkennen, den Informationsmarkt aber mit einem grundsätzlichen Verbot belegen. Wer die Freiheit des Marktes über eine Informationsordnung abquetscht, wird sich wundern über die dadurch entstehende Lethargie. Sie wird recht bald Folgen haben: Der Informationsmarkt geht ja auch über die schüchternen Versuche, ihn zu bändigen, hinweg, als gebe es hier keine Staaten. Das liegt an der Globalisierung ebenso wie an der falschen Ideologie der Gestattung. Würden wir nur Verbote für schwere Übergriffe in die Privatsphäre diskutieren, gäbe es weltweite Regularien wie die Abkommen zur Auslieferung und zur internationalen Bestrafung, wie in der Dopingbekämpfung und in der Ächtung bestimmter Waffen. Diese Regeln sind zwar löchrig, sie sind aber unendlich erfolgreicher als die der Datenschützer, die sich nicht einmal trauen, nationale und supranationale Regeln für die Benutzung des Internet zu erlassen, weil sie die Verbindung von Freiheit und personaler Verantwortlichkeit, die Lehre vom Täter als Opfer und vom Opfer als Täter nicht auf die elektronische Welt übertragen mögen.

Zu meinen, diese Welt sei "virtuell", also "so als ob", ist ein Irrtum, nämlich der, nicht zu bemerken, dass sie ganz real ist und allmächtig wirkt.

Bei dieser Kritik bin ich mir darüber im Klaren - darauf hat einer der Erbauer des Datenschutzrechts, Spiros Simitis, immer Wert gelegt - dass private Arbeitgeber, private Versicherer, private Geldinstitute, große private Unternehmen uns mehr im informationellen Würgegriff halten können als der Staat; ihr Appetit an unseren Daten und ihre Lust, sie in Profilen zu verknüpfen und uns auszulutschen, uns unfrei zu machen und an ihren Tropf zu hängen sind moderne Gefahren; die Räuber sind Datenräuber; der Kometenschweif an Daten, den wir nie verlieren, ist unser ewiges Leiden; unsere Daten im Netz sind unsere Kompromate.

So gefährlich das sein mag, es ist das Handeln privater Grundrechtsträger (Art. 19 Abs. 3 GG) an anderen privaten Grundrechtsträgern: Deren Ausgleich untereinander kann nicht darin bestehen, die mächtigen Privaten dem Staat gleich zu stellen. Hier dürfen die Maßstäbe nicht verrutschen oder austauschbar werden. Denn die gesetzliche Bindung des Staates muss auch schwerwiegende hoheitsrechtliche Eingriffe gestatten, wenn und soweit sie aus gesetzlich definierten Gründen des Gemeinwohls geeignet und erforderlich sind. Hingegen ist die Konstruktion, die Übergriffe von Privaten gesetzlich auszuschließen oder zu ahnden, eine gänzlich andere: Hier müssen nur, aber eben auch alle, Auswüchse unterbunden werden, die das Persönlichkeitsrecht verletzen.

Will nun die europäische Rechtsordnung den Datenschutz regeln, so muss sie zunächst erkennen, dass der Staat gesetzlich gebunden, der Einzelne aber frei ist. Dieser grundlegende Unterschied von ursprünglicher Freiheit und ursprünglicher Bindung scheint der europäischen Rechtstradition noch fremd zu sein.

Die Diffusion von (immer personenbezogenen) Daten innerhalb der sozialen Gemeinschaft ist solange frei, wie sie die geschützte Sphäre des anderen wahrt. Über die Grenzen, die da zu ziehen sind, entscheiden die Kulturen, wie sie gewachsen sind und sich weiter entwickeln. Einer der Grundsätze wird der sein, dass diese Grenzen zu setzen Aufgabe und Bemühung des Einzelnen ist: Nur die Hecke, die ich pflanze, markiert mein Terrain. Daneben sind gesetzliche Maßstäbe nötig, die bestimmte Zwecke der Datenverarbeitung verbieten und bestimmte Arten mit einem Tabu belegen. Hier helfen die Regeln, die sich zum Schutz des Persönlichkeitsrechts schon lange vor dem "Herrenreiter-Fall" des Bundesgerichtshofs bis heute in der Rechtsprechung entwickelt haben. Hier hilft auch der harmlose Gedanke, dass Belästigungen etwas anderes sind als Übergriffe.

Keine Woche vergeht, ohne dass tatsächliche oder nur vermeintliche Datenschutzskandale durch die Medien rauschen. Die Sensibilität ist hoch. Datenschutz ist ein Zauberwort, mit dem jeder Politiker sich wichtig machen kann. Ich warte auf diejenigen, die kühlen Kopfes erkennen, was Recht ist. Wer es sich anmaßt, der Freiheit im Umgang mit Informationen durch Gestattung das Leben einzuhauchen, der will Weltenrichter sein, seine Hoffahrt kennt keine Grenzen.

II. Die Regelungszuständigkeit

Wer sich zum Gesetzgeber macht, hat nachzuweisen, dass er dazu legitimiert ist. Die vertraglich übertragene Zuständigkeit der europäischen gesetzgebenden Institutionen wird im Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung eher am Rande erwähnt als nachgewiesen: Art. 16 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ex-Art. 286 EGV) gibt dem Parlament und dem Rat die Befugnis, "...Vorschriften zu erlassen über:

(1.) - den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch

die Organe, Einrichtungen und Stellen der Union,": Das ist im vorliegenden Zusammenhang unbedeutend.

(2.) - "den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen,": es geht also nur um Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen, meist Behörden, die Unionsrecht exekutieren; auch das ist hier nicht von Belang.

(3.) - "den freien Datenverkehr.": hier wird es interessant, weil der genaue Blick zu einer sprachlichen Überraschung führt, die bislang wohl übersehen werden sollte:

Schon vom Wortlaut der Vorschrift her erstreckt sich die Befugnis zu (3.) keineswegs auf die Datenverarbeitung und den Schutz der natürlichen Personen, sondern sie beschränkt sich auf die Freiheit des Datenverkehrs, also auf die Grenzüberschreitung als solche. Hier besteht mithin keine Zuständigkeit für die Zulässigkeit der Erhebung und Verarbeitung als solche. Das geht so nicht nur aus der deutschen Vertragsfassung, sondern auch aus der englischen und französischen Fassung hervor (engl: "and the rules relating the free movement"; frz: "et à la libre circulation ..."), denn dem Begriff "Vorschriften" folgen - wenn auch indirekt - hier die Worte "über den freien Datenverkehr" und nicht (mehr) die Worte "den Schutz natürlicher Personen...".

Der "Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten" bezieht sich vielmehr nur auf die hier benannten Satzteile (1.) und (2.). Das ist rein sprachlich in den drei Amtssprachen der Vertragswerke ein eindeutiges und nicht der weiteren Auslegung zugängliches Ergebnis.

Der Wortlaut der vertraglich eingeräumten Gesetzgebungsbefugnis beschränkt die europäische Gesetzgebung folglich auf den Datenschutz bei der Datenverarbeitung der Unionsorgane, die Datenverarbeitung der öffentlichen Stellen bei der Umsetzung des Unionsrechts und auf die grenzüberschreitende Datenverarbeitung. Letztere hat sich demnach zu beschränken auf die Modalitäten der Grenzüberschreitung; welcher Art die Daten sind. Alles andere, nämlich die Behauptung, aus der Zuständigkeit für den grenzüberschreitenden Verkehr folge die materielle Zuständigkeit zur Regelung des Inhalts der Daten, wäre auch ein übler Taschenspielertrick. Wer dem freien Verkehr von Brot das Wort redet, hat deshalb noch keinen Einfluss auf die Backzutaten.

Wir können konstatieren: Die EU hat keine vertragliche Gesetzgebungszuständigkeit für den Datenschutz im Privatrecht, sieht man von der Regelung der förmlichen Grenzüberschreitung ab. Aber auch dort entweicht dem Ballon-Tiger schnell die Luft, hat doch der Europäische Gerichtshof in der Lindqvist-Entscheidung festgestellt, dass das Einstellen von Informationen ins Internet nicht einmal eine Übermittlung im Rechtssinne der EG-Datenschutzverordnung ist, weil eine Zuständigkeit für das Internet nicht bestehe. Wer aber das Internet nicht im Griff hat, sollte nicht über grenzüberschreitende Datenverarbeitung tönen.

Aber auch die Zuständigkeit für die öffentlichen Stellen in den Mitgliedstaaten ist dürftig: Denn fest steht zunächst, dass eine Befugnis der Union in Bezug auf das Verwaltungsverfahren nicht besteht. Darauf hat Walter Rudolf, Staats- und Völkerrechtslehrer in Mainz und langjähriger Datenschutzbeauftragter von Rheinland-Pfalz, bereits früh hingewiesen. Das Recht der Datenverarbeitung öffentlicher Stellen ist jedoch in weiten Teilen Verwaltungsverfahrenrecht. Zum anderen wäre abzuschichten, inwieweit die nationalen öffentlichen Stellen europäisches Recht umsetzen.

Datenschutz ist aber kein Rechtsgebiet; auch diese einfache Erkenntnis musste wachsen. Denn alle Behörden gehen von morgens bis abends mit personenbezogenen Daten um; vom Ausländerrecht bis zur Zwangsvollstreckung enthalten nahezu alle Gesetze spezielle Regelungen zum Umgang mit Informationen. Die Zuständigkeit der Datenschutzbeauftragten umfasst den Aktenplan der gesamten öffentlichen Verwaltung. Will uns die Union weismachen, sie habe überall dort eine Regelungszuständigkeit? Das ist nichts anderes als eine Absurdität.

Das Ergebnis ist erschreckend einfach: Die magere vertragliche Zuständigkeit der Union auf dem Gebiet des Datenschutzes deckt jedenfalls eine Verordnung nicht.

III. Die Rechtsfolgen einer EU-Zuständigkeit auf dem Gebiet des Datenschutzes für den gesamten Grundrechtsschutz

Informationen sind der Grundstoff des sozialen Konnexes. Die Ausübung von Grundrechten und von Teilhaberechten gründen auf Informationsfreiheit. Gehen wir die Grundrechte nacheinander durch, so stellen wir fest, dass tatsächlich kaum eines wahrgenommen werden kann, wenn die Informationsgrundlage fehlt. Das gilt insbesondere für Kunst und Wissenschaft - sie wären ohne freien und findigen Zugang zu auch verdeckten und verborgenen Informationen traurige Veranstaltungen -, aber auch für alle Medien, die uns mehr als jemals in der Geschichte bewegen und prägen. Die Bedeutung der medialen Umgebung, in die wir gestellt werden - Peter Sloterdijk lehrt uns, dass die moderne Nation sich als Verbreitungsgebiet der medialen Aufreger versteht - ist wesentlich abhängig von dem Zugang zu Informationen (auch hier sind es immer personenbezogene): Was uns interessiert, ist personale Geschichte. Deshalb will es überlegt sein, ob unsere tägliche "Berieselung", die uns aber mehr ausmacht und prägt als alles andere, europaweit gestaltet und zugeteilt werden soll. Denn die Rechtsregeln bestimmen, was zulässige Information ist; sie bestimmen es in Bezug auf die Betroffenen, die Schreiber, die Medien, die Leser und die Archive und deren Nutzer.

Wenn die Union die Regeln dazu in einer Verordnung erlassen kann, dann folgt daraus, dass die endgültige Zuständigkeit für die Auslegung, für die Feststellung der Verfassungsgemäßheit oder Verfassungswidrigkeit der Vorschrift und für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit ihrer Anwendung dem Europäischen Gerichtshof zugewiesen ist. Dieses letzte Wort ist angesichts dessen, was Datenschutz ist und welche Rechtsgebiete er wesentlich beeinflusst, eine Machtvollkommenheit, die zu übertragen schon formell wesentlich mehr voraussetzt, als das in Art. 16 des AEUV zum Ausdruck kommt.

Die EU wird dann zu allem, was Informationsverarbeitung heißt, das letzte Wort haben. Dies allerdings nur dann, wenn sein Gerichtshof von einem nationalen Gericht oder von nationalen klagebefugten Organen oder von den Organen der Union angerufen wird. Dem einfachen Bürger ist es versagt, dieses letzte Wort einzufordern, weil die Europäische Rechtsordnung keine Verfassungsbeschwerde kennt. Dieses Defizit an Rechtsschutz zeigt uns den Rang, den der Einzelne im Gefüge der EU hat: Er ist in rechtsstaatlicher Hinsicht ein armer Wicht.

Für das Bundesverfassungsgericht ist diese Rechtsentwicklung nicht hinnehmbar. Sein Richter Johannes Masing hat dies am 9. 1. 2012 in der Süddeutschen deutlich genug angekündigt. Wesentliche Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum Persönlichkeitsrecht und zur staatlichen Datenverarbeitung prägen unseren Umgang mit Informationen über Menschen; schon vor dem Volkszählungsurteil - es hat den Datenschutz zu einem deutschen

Exportschlager gemacht - bis hin zum Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und zum Urheberrecht hat das Bundesverfassungsgericht den Einzelnen gestärkt. Über alle diese Themen soll nun statt dessen die EU letztgültig befinden? Das wäre eine Revolution.

Dies schon deshalb, weil hier über das Kerngeschehen der deutschen Verfassungswirklichkeit entschieden würde. Alle dabei entschiedenen Themen sind solche, die zum Eingemachten, also zur Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG gehören, denn Datenschutz ist nun mal Würde einerseits und Entfaltung andererseits.

IV. Der Verlust der Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten

Ich war ja lange Zeit selbst ein solcher und habe meine Unabhängigkeit genossen und gelegentlich ausgelebt. Deshalb darf ich wohl mitreden, auch wenn ich kritisch bin:

Diese Unabhängigkeit ist nach dem Volkszählungsurteil - es befasst sich nur mit dem Verhältnis des Staates zum Einzelnen durch die Verarbeitung seiner Daten in öffentlichen Stellen - als eine Verfahrensvorkehrung zum Schutz des Einzelnen einzufordern, der nicht bemerkt, dass der Staat seine Daten erhebt und verarbeitet. Hier soll der Datenschutzbeauftragte öffentliche Beanstandungen aussprechen, die politisch weh tun. Klar ist, dass dieses Kontrollorgan des Staates nicht von den staatlichen Stellen auch nur mittelbar abhängig sein kann, die es zu kontrollieren hat. Folglich muss eine Lösung gefunden werden, die den Datenschutzbeauftragten von der Regierungsmehrheit und damit vom einfachen demokratischen Grundprinzip unabhängig macht. Er wird von einer Parlamentsmehrheit gewählt und sollte seines Amtes Dauer sicher sein wie ein Verfassungsrichter. Schon die Lösungen in einigen Ländern, die ihn abwählbar mit Zweidrittelmehrheit machen, sind fehlsam, weil gerade starke große Koalitionen der Datenschutzkontrolle bedürfen; gerade sie müssen diese Kontrolle öffentlich ertragen, ohne sich ihrer durch Abwahl eines Unbequemen zu erwehren.

Aber auch die Wiederwahl macht eine Zeit lang abhängig und brav. Sie sollte nicht möglich sein. Auch hier gelten die gleichen Überlegungen wie bei einem Verfassungsrichter.

Wir stellen fest, dass die Unabhängigkeit ein hohes Gut ist. Sie ist es aber nur, solange der Datenschutzbeauftragte staatliche Stellen ohne rechtsdurchsetzbaren Anspruch auf Befolgung öffentlich berät und beanstandet. Im privaten Bereich spricht der Datenschutzbeauftragte - er ist die Datenschutzaufsichtsbehörde, jedoch in Bayern ist es eine andere unabhängige staatliche Behörde - jedoch Verwaltungsakte aus und verhängt Bußgelder, die vor Gericht zu bestehen haben. Zudem hat er in § 38 BDSG Befragungs-, Einsichts-, Auswertungs- und Betretungsrechte, die weit über die Rechte der sonstigen Ermittlungsbehörden hinausgehen und dort nur mit richterlicher Genehmigung zu dulden sind. Hier muss es eine parlamentarische Verantwortlichkeit geben; derart wesentliches Verwaltungshandeln darf nicht ohne parlamentarische Dauerkontrolle bleiben. Es schlägt nichts, die Datenschutzbeauftragten insoweit unter die Rechtsaufsicht der Regierung zu stellen. Das Parlament muss hier seinen letztlich durch Neuwahl eines Regierungschefs die Zügel in der Hand behalten. Der Europäische Gerichtshof hat sich 2010 darüber verkämpft und nicht beachtet, dass es kein wesentliches Verwaltungshandeln außerhalb der parlamentarischen Dauerkontrolle geben darf.

Offenbar daran anknüpfend hat die Kommission in ihrem Verordnungsentwurf nun eine Dauerkontrolle der nationalen und regionalen Datenschutzbeauftragten erfunden, die aber

nicht zwischen der Unabhängigkeit im öffentlichen Bereich und der mittelbaren parlamentarischen Bindung im nicht-öffentlichen Bereich differenziert, sondern jeden Datenschutzbeauftragten einer Kuratel der EU-Kommission unterstellt. "Berichtspflichten", wie wir sie etwa aus der staatsanwaltschaftlichen Hierarchie (leider auch in Einzelfällen bis in die Ministerien hinein) kennen, sollen ihn zur europaweit einheitlichen Auslegung und Anwendung der Verordnung zwingen. So wird er ein verlängerter Arm der Kommission.

Wir sehen: Sobald die Kommission (ihre eigene parlamentarische Verantwortlichkeit ist höchst problematisch, weil das EU-Parlament nicht die Befugnis hat, aus eigenem Entschluss eine neue Kommission zu wählen) Unabhängigkeit von sich selbst gewähren müsste, wird sie machtvorsessen.

V. Fazit

Der EU-Gesetzgeber überhebt sich gewaltig, wenn er es unternimmt, die Rechtsordnung in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu vereinheitlichen. Er wird sich dabei inhaltlich auf ein zu weites Feld begeben, er wird die Privatrechtsordnung gerinnen lassen und der Freiheit des Einzelnen und seiner Entfaltung im Wege stehen. Er wird der Wirtschaft der EU-Staaten Fesseln anlegen, die sie weltweit ins Hintertreffen bringt.

Seine Zuständigkeit dazu kann er weder begründen noch vernünftig einfordern: Er hat weder die Befugnis, das verwaltungsstaatliche Einwirken auf die Bürger zu reglementieren noch die Privatrechtsordnung zu gestalten.

Gegenüber der Unabhängigkeit der Datenschutzbeauftragten zeigt er weder Fingerspitzengefühl noch verfassungsrechtliche Einsicht.

Dieser Entwurf nichts anderes als eine Zumutung.

Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Dresden und Vorstand des Instituts für Informationsordnung. Von 1991 bis 2003 war er Sächsischer Datenschutzbeauftragter.