

Informationsfreiheit und Informationsrecht

Jahrbuch 2013

Herausgegeben von

Alexander Dix

Gregor Franßen

Michael Kloepfer

Peter Schaar

Friedrich Schoch

und der Deutschen Gesellschaft für Informationsfreiheit

DER JURISTISCHE VERLAG

lexxion

• BERLIN
• BRÜSSEL

**Informationsfreiheit
und Informationsrecht**
Jahrbuch 2013

Informationsfreiheit und Informationsrecht

Jahrbuch 2013

Herausgegeben von

Alexander Dix

Gregor Franßen

Michael Kloepfer

Peter Schaar

Friedrich Schoch

und der Deutschen Gesellschaft für Informationsfreiheit

DER JURISTISCHE VERLAG

lexxion

• BERLIN
• BRÜSSEL

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.

Das Werk wurde mit größter Sorgfalt zusammengestellt, dennoch übernimmt der Verlag keine Haftung für inhaltliche und drucktechnisch bedingte Fehler.

ISBN Print: 978-3-869 65-232-0

ISBN E-Book: 978-3-869 65-233-7

© 2014 Lexxion Verlagsgesellschaft mbH · Berlin
www.lexxion.de

Satz: typossatz GmbH Berlin

Umschlag: Annika Langer

Foto: Annika Langer

Vorwort

Die Transparenz, Rationalität und Grundrechtsbindung staatlichen Handelns waren auch im vergangenen Jahr ein großes Thema.

Welche Befugnisse haben oder nehmen sich fremde und innerstaatliche Sicherheitsbehörden beim Zugriff auf private, höchst persönliche und vertrauliche geschäftliche Kommunikation? Wie effektiv ist die Kontrolle der Nachrichtendienste, sowohl bezogen auf ihre innerstaatlichen Aktivitäten als auch hinsichtlich ihrer internationalen Zusammenarbeit? Reicht es aus, dass Vertreter der Nachrichtendienste im Geheimen tagenden Gremien Rede und Antwort stehen, die gegenüber der Öffentlichkeit Stillschweigen zu wahren haben? Warum bedurfte es des Whistleblowers Edward Snowden, damit die Öffentlichkeit sich ein ungefähres Bild von den Überwachungsaktivitäten westlicher Nachrichtendienste machen konnte? Oder ist Transparenz per se gefährlich und schädlich, weil sie Instrumente und Methoden der Sicherheitsbehörden dem Blick des „polizeilichen Gegenübers“ aussetzt und damit die Waffen des Rechtsstaates ins Feuer wirft?

Ich möchte nicht missverstanden werden: Die 3000 Toten des 11. September kann und darf man nicht „hinwegdiskutieren“. Die Bekämpfung des Terrorismus kann auch eine Erweiterung staatlicher Eingriffsbefugnisse rechtfertigen. Aber zusätzliche Befugnisse bedürfen einer überzeugenden Begründung und sie dürfen nicht im Blindflug, quasi per Autopilot beschlossen und eingesetzt werden. Vielmehr müssen derartigen Entscheidungen stets breite parlamentarische und öffentliche Diskussionen vorausgehen, um den Handlungsbedarf und das notwendige Instrumentarium, aber auch die konkreten Folgen für den freiheitlichen Verfassungsstaat zu erkennen, und dieser Diskurs setzt Transparenz unverzichtbar voraus. Da neue staatliche Befugnisse zwangsläufig auch Einschränkungen von Grundrechten zur Folge haben, muss ihre Notwendigkeit auch nachträglich überprüft werden. Auch hier ist Transparenz von entscheidender Bedeutung.

Eine schleichende, heimliche Aushöhlung des Rechtsstaates durch immer tiefere Grundrechtseingriffe, „kontrollfreie“ Nutzung neuer Techniken der Informationsgewinnung und -verarbeitung, die noch nicht hinreichend deutlich reflektiert, geschweige denn im Gesetz abgebildet und erlaubt sind, verbunden mit einer überdehnenden Auslegung bestehender Eingriffsbefugnisse, sollten jedenfalls weder für uns noch für unsere – ebenfalls den Grundrechten und den Werten der Aufklärung verpflichteten – Partner tolerabel sein.

Auch hier gilt: „Sunlight is the best disinfectant.“

Und „Sunlight“ bedeutet Transparenz im Interesse des breiten und intensiven öffentlichen und parlamentarischen Diskurses, der angestoßen und genährt wird von einer vitalen und starken Presse, die frei und ungehindert recherchieren kann.

Presse und andere Medien können ihren von der Verfassung vorgegebenen Auftrag nur dann wirksam erfüllen, wenn sie effektive, „rechtssichere“ Möglichkeiten des Informationszuganges haben. Dieser Gedanke klingt bereits in der berühmten „SPIEGEL-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichtes vom 5. August 1966 an, auch wenn sich das Bundesverfassungsgericht damals noch nicht explizit für einen verfassungsrechtlich begründeten Auskunftsanspruch ausgesprochen hat.

Dies hat das Bundesverwaltungsgericht mit seiner Entscheidung vom 20. Februar 2013 getan, mit der die Verpflichtung der Bundesbehörden zu Presseauskünften nach Maßgabe der Landespressegesetze verneint, übergangshalber aber ein „provisorischer“, lediglich im Rahmen eines wenig konturierten Minimalstandards gewährleisteter verfassungsunmittelbarer Auskunftsanspruch bejaht wird.

Die Argumente des Bundesverwaltungsgerichtes für die Ablehnung einer Bindung der Bundesbehörden an die Landespressegesetze sind durchaus angreifbar. Jedenfalls hätte nach Auffassung renommierter Juristen eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nahe gelegen. Die Kritik der Medien und Medienverbände, aber auch der Informationsfreiheitsbeauftragten von Bund und Ländern richtet sich in erster Linie gegen die Unschärfe des nur im Rahmen eines verfassungsrechtlich gebotenen „Minimalstandards“ vom Bundesverwaltungsgericht anerkannten Auskunftsanspruches.

Zunehmend in den Fokus des Medieninteresses geraten sind die Arbeitsergebnisse des Bundesrechnungshofes, die zunehmend von Journalisten als Einstiegsinformationen für weiterführende Recherchen begehrt werden. Dies umso mehr, nachdem das Bundesverwaltungsgericht die Frage der Anwendbarkeit des IFG positiv und deutlich mit seiner Entscheidung vom 15. November 2012 (Az. 7 C 1.12) geklärt hatte. Die Gewährung des Informationszuganges zu jahre- und jahrzehntealten Prüfberichten z. B. zur Mittelverwendung der Bundestagsfraktionen bindet zweifellos erhebliche Personalkapazitäten beim BRH. Wenn die Vorarbeiten für den Informationszugang nicht immer in kürzester Frist zu bewältigen sind, habe ich hierfür Verständnis, sehe aber keinen Grund für eine Sonderregelung, die den Informationszugang hier in das Ermessen des BRH stellt.

Genau dies bewirkt aber der neue, am 19. Juli 2013 in Kraft getretene § 96 Abs. 4 BHO. Die Regelung weicht von der Grundkonzeption des IFG ab und eröffnet dem BRH ein Ermessen hinsichtlich der Gewährung des Zuganges zu abschließend festgestellten Prüfungsergebnissen und abschließend vom Parlament beratenen Berichte des BRH. An die Stelle des Informationszugangsanspruches, wie ihn das

IFG als Grundsatz statuiert, tritt hier ein Anspruch (nur noch) auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Informationsbegehren.

Die Transparenzbilanz des letzten Jahres weist aber nicht nur die Negativposten auf, sie enthält auch Aktivposten:

So haben nach einer deutlichen Steigerung von 2010 auf 2012 auch in diesem Jahr wiederum viele Bürgerinnen und Bürger ihr Recht auf Informationszugang genutzt.

Als weiterer starker „Positivposten“ erweist sich das neue Hamburgische Transparenzgesetz mit seinen umfassenden Vorgaben zur proaktiven Informationspflicht der Hamburger Behörden, das Transparenz nicht nur für die Verwaltung, sondern auch für deren Vertragspartner in der Wirtschaft schafft, soweit diese Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnehmen. Ich denke, dass das Hamburgische Transparenzgesetz nicht nur für etliche Landesgesetze, sondern auch für ein grundsätzlich überarbeitetes, sehr deutlich modernisiertes Informationsfreiheitsgesetz des Bundes wichtige und nachhaltige Impulse geben könnte (s. dazu den Beitrag von Johannes Caspar, S. 49–61).

Ihr

Peter Schaar

Inhalt

Vorwort	V
<i>Peter Schaar</i>	
Ist die Informationstechnologie durch die Politik noch zu bändigen?	1
<i>Ingolf Pernice</i>	
Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Transparenz staatlichen Handelns	17
<i>Sven Hermerschmidt</i>	
Auswirkungen der Europäischen Datenschutzreform auf die Informationsfreiheit	35
<i>Johannes Caspar</i>	
Das Hamburgische Transparenzgesetz – Eine Zwischenbilanz	49
<i>Sven Hölscheidt/Dierk Wahlen</i>	
Informationsrechte von Abgeordneten und Bürgern: Soll der Bürger wissen, was der Abgeordnete weiß?	63
<i>Eike Michael Frenzel</i>	
Der presserechtliche Auskunftsanspruch – Begründung, Reichweite, Zukunftsfähigkeit	79
<i>Friedrich Schoch</i>	
Verbraucherschutz durch amtliche Verbraucher- information.	117
<i>Ferdinand Wollenschläger</i>	
Mitgliedstaatliche Informationsbefugnisse im Lebensmittel- sektor vor dem Hintergrund der Harmonisierung des europäischen Lebensmittelrechts	151

Conrad Neumann

Geodatenzugangsrecht versus Datenschutz? 169

Carolin Bossack

Das Verhältnis zwischen Informationsfreiheitsgesetz
und Stasi-Unterlagen-Gesetz – Wo endet der Vorrang
der Spezialnorm? 215

Alexander Dix

Tagungsbericht – Transparenz als Treibstoff
der Demokratie 239

Berliner Erklärung zur Stärkung der Transparenz
auf nationaler und internationaler Ebene
vom 20. September 2013 245

Alexander Dix

Menschenrechte als Grenze der Geheimhaltung. 249

Open Society Justice Initiative

Weltweite Prinzipien zur Nationalen Sicherheit und
dem Recht auf Informationen 251

Henning Blatt

Rechtsprechungsübersicht zum IFG und UIG
für die Jahre 2012 und 2013 301

Stichwortverzeichnis 375

Peter Schaar*

Ist die Informationstechnologie durch die Politik noch zu bändigen?

Rede an der Humboldt-Universität zu Berlin vom 24. Oktober 2013

Mein heutiges Referat steht unter der Frage: *Ist die Informationstechnologie durch die Politik noch zu bändigen?* Diese Überschrift impliziert zunächst die *Notwendigkeit zur politischen Bändigung* der Informationstechnologie.

Wo kann man diese Frage besser diskutieren als hier, in der Universität, die auf *Wilhelm von Humboldt* zurückgeht. Ihn beschäftigten besonders die Zwecke und Grenzen staatlichen Handelns, etwa in seiner Schrift *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*. Bezogen auf Einschränkungen von Freiheitsrechten forderte er, im Sinne seiner Bürger solle der Staat „[...] keinen Schritt weiter (gehen), als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem andren Endzwecke beschränke er ihre Freiheit.“ (a.a.O., S. 44 – Ausgabe 1962)

Diese Selbstbeschränkung des Staates erscheint heute, auch vor dem Hintergrund des Sozialstaatsgebots (Stichwort: Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums) nicht mehr zeitgemäß. Angesichts der Erkenntnisse, die wir in den letzten Monaten zur globalen Überwachung gewonnen haben, drängt sich aber andererseits der Eindruck auf, dass das heutige Staatshandeln in seinen Eingriffen in Bürgerfreiheiten viel zu weit gegangen ist oder aber seine Schutzpflichten evident vernachlässigt hat. In diesem Sinne ist die Aussage Humboldts durchaus noch aktuell.

Lassen Sie mich darauf zurückkommen, ob denn Informationstechnologie (IT) überhaupt politisch gebändigt werden muss. Ich meine, sie muss! Denn wie andere Technologien auch – denken Sie an die Atomkraft oder auch die Verkehrstechnologie – ist die IT mit erheblichen Risiken verbunden, und zwar sowohl für den Einzelnen als auch für die Gesellschaft. Die Politik, verstanden als Gesamtheit der gesellschaftlichen Steuerungsmechanismen, muss diesen Risiken begegnen.

* Peter Schaar war von 2003 bis 2013 Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit. Er ist Vorsitzender der Europäischen Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz (EAID), Berlin.

Der Titel der heutigen Vorlesung enthält das Adverb *noch*. Damit wird impliziert, dass der Politik die Bändigung der Informationstechnologie bisher gelungen sei. Dies kann man durchaus in Frage stellen, denn es ist zweifelhaft, ob die Politik die Risiken der IT bisher wirksam in den Griff bekommen hat.

Datenschutzskandale

In den letzten Jahren häufen sich Berichte über *Datenschutzskandale*. Ich möchte hier nur einige davon nennen:

- Die Bespitzelung von Mitarbeitern im Einzelhandel und in einigen ehemaligen Staatsunternehmen,
- das illegale Kopieren von persönlichen Informationen und Weiterverkauf der Daten durch Unternehmen, die Daten im Auftrag verarbeiten,
- die flächendeckende Erfassung und Veröffentlichung von Häuseransichten im Internet (Google Street View),
- das millionenfache Hacking von persönlichen Informationen, darunter Kreditkartendaten und Passwörter,
- den Handel mit Patientendaten,
- *Datenverluste* bei staatlichen und nichtstaatlichen Einrichtungen,
- die permanente Videoüberwachung durch die PlayStation,
- und schließlich: die massenweise und nahezu flächendeckende Ausspähung des Internets und der Telekommunikation durch Geheimdienste.

Mangelnde Gestaltungsmacht des Datenschutzes

Auch wenn der eine oder andere Vorfall – zumindest aus der Rückschau betrachtet – medial überbewertet war, bleibt der Eindruck: Die Informationstechnik scheint außer Kontrolle geraten zu sein. Bei Betrachtung des politischen Entscheidungsprozesses fällt auf, dass es offenbar dieser *Skandale* bedurfte, damit längst überfällige Änderungen in die Wege geleitet wurden. Ein gutes Beispiel dafür sind die Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG), die der Bundestag 2009 beschlossen hat: Ohne die Vorfälle bei Lidl, der Deutschen Telekom und der Bahn hätte es diese Änderungen nicht gegeben. Auch wenn die Bespitzelungsskandale gerade nicht in die Verabschiedung eines überfälligen Gesetzes zum Beschäftigtendatenschutz mündeten und sich die Änderungen des BDSG 2009 thematisch überwiegend auf ganz andere Bereiche – Werbung und Adresshandel sowie

Datenverarbeitung durch Auskunfteien – fokussierten, zeigt sich doch, dass solche Vorfälle als Katalysator dienen, die politische Reformprozesse beschleunigen.

Der seit einiger Zeit emeritierte Hamburger Informatikprofessor Klaus Brunstein, der sich schwerpunktmäßig mit Fragen der IT-Sicherheit und des Datenschutzes beschäftigte, hat einmal gesagt: Wir sollten uns weniger damit auseinandersetzen, warum ein mit Digitaltechnik vollgestopftes Flugzeug abstürzt als mit der Frage, warum es überhaupt fliegt. Übertragen auf unsere heutige Fragestellung heißt dies: Wir sollten uns nicht nur mit Missbrauchsfällen auseinandersetzen, sondern stärker den Fragen des regulären Datengebrauchs zuwenden.

Bedeutsamer als der eine oder andere Fall des Datenmissbrauchs ist die Frage: Soll und kann die Politik die Entwicklung der Informationstechnik steuern? Welche Stellschrauben gibt es im Hinblick auf neue Geschäftsmodelle und Verhaltensweisen der Nutzerinnen und Nutzer? Wie kann sichergestellt werden, dass transnationale Unternehmen sich an rechtliche Vorgaben halten?

Ich halte es für angebracht, dass wir uns verstärkt damit beschäftigen, ob und gegebenenfalls wie sich die Informationstechnik beherrschen lässt. Die Fragen sind nicht neu – das Datenschutzrecht sollte sie eigentlich beantworten. Offensichtlich wird es diesem Anspruch aber nicht (mehr?) gerecht.

Ich möchte hier und heute zunächst den Blick auf das Datenschutzrecht selbst und seine Beschränktheit richten, mit denen ich während meiner Amtszeit als Bundesbeauftragter für den Datenschutz reichlich Gelegenheit hatte, Erfahrungen zu sammeln.

Grundrecht auf Datenschutz

Im Jahr 1980 veröffentlichten Sie, Herr Prof. Kloepfer, ein Bändchen mit dem Titel *Datenschutz als Grundrecht*. Darin setzten Sie sich mit Forderungen auseinander, den Datenschutz als Grundrecht in das Grundgesetz aufzunehmen. Im Ergebnis kommen Sie zu dem Resümee es stünden „*sich bezüglich der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz sowohl gewichtige Vorteile wie beträchtliche Nachteile gegenüber, wobei derzeit vielleicht doch noch die Nachteile ein wenig überwiegen.*“ (a.a.O., S.51)

Vorsichtiger kann man es kaum formulieren: *derzeit, vielleicht, doch noch, ein wenig*. Ganz sicher waren Sie sich also nicht. Bedeutsam erscheint mir aber – auch im Hinblick auf mein heutiges Thema –, dass Sie die Debatte über den Datenschutz schon damals nicht isoliert, sondern im Kontext anderer Rechtsgüter und Instrumente sahen, insbesondere in Bezug auf das *Recht auf Akteneinsicht*.

Bekanntlich hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem *Volkszählungsurteil* (BVerfGE 65,1,1), dessen Verkündung sich demnächst zum 30. Mal jährt, ein „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ festgestellt, als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung gewährleiste das Grundrecht *„die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“*

In einer Vielzahl weiterer Entscheidungen hat das BVerfG diese Sichtweise bestätigt und vertieft. Zu nennen sei hier etwa das vom BVerfG im Jahre 2008 entwickelte Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (kurz: IT-Grundrecht). Auch wenn sich die Forderungen nach der Aufnahme eines expliziten Datenschutzgrundrechts nicht durchgesetzt haben, konzentrierte sich die Datenschutz-Debatte – nicht nur in Deutschland – seither immer stärker auf das Individualgrundrecht auf Datenschutz.

Vor diesem Hintergrund frage ich mich: War das der richtige Weg? Was muss sich ändern, damit der Datenschutz zukunftsfähig bleibt?

Aufwertung des Datenschutzes

Zunächst das Positive: Die Feststellung, dass der Datenschutz ein Grundrecht darstellt, hat diesen aufgewertet. Dies gilt vor allem in Hinblick auf seine Konkurrenz zu anderen Rechtsgütern.

Bei der Abwägung zwischen verschiedenen Rechtsgütern ist ihre verfassungsrechtliche Herleitung von großer Bedeutung, so dass bei der notwendigen Ausbalancierung gegensätzlicher Interessen dem Datenschutz erhebliches Gewicht zukommt. Soweit der Gesetzgeber – vor allem nach dem 11. September 2001 – diese Vorgabe nicht beachtet hat, wurde er durch das Bundesverfassungsgericht mehrfach korrigiert, etwa durch die Entscheidungen zum Großen Lauschangriff, zur präventiv polizeilichen Rasterfahndung, zur präventiven Telekommunikationsüberwachung, zur Online-Durchsuchung und – zuletzt – zur Antiterrordatei. Allein schon dies belegt eindrucksvoll die Sinnhaftigkeit des grundrechtsorientierten Datenschutz-Ansatzes.

Ich teile nicht die Ansicht von Prof. Lutterbeck, einem der Wegbereiter des deutschen Datenschutzsystems, der die Vorstellung eines Rechts auf Informationelle Selbstbestimmung inzwischen für überholt, ja bei rückblickender Betrachtung sogar für verfehlt hält (*Lutterbeck*, ISBR auf dem Prüfstand).

Es geht aus meiner Sicht auch nicht darum, den Datenschutz auf einen (fiktiven) Kern des Privatsphärenschutzes im Sinne des Ansatzes *My home is my castle*