

Fachkonferenz Datenschutz 2008: „Innovation für den Datenschutz“

1. Juli 2008, Berlin

Eine Vielzahl von Ereignissen wie die Onlinedurchsuchung, die Vorratsdatenspeicherung, die Telekom-Affäre oder die Videoüberwachung von Lidl-Mitarbeitern hat in letzter Zeit den Datenschutz wieder ins Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt. Das Bundesverfassungsgericht hat sich auch in seiner Entscheidung zur Onlinedurchsuchung mit dieser Thematik beschäftigt und aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein neues Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme abgeleitet. Das neue Grundrecht soll einerseits das Interesse des Bürgers an der Vertraulichkeit und Integrität seiner personenbezogenen Daten schützen und andererseits seine Vertrauenserwartung auf die Vertraulichkeit und Integrität der von ihm verwendeten Daten verarbeitenden Systeme sichern. Ferner arbeitet die Bundesregierung an zwei Gesetzesnovellen, die zur Stärkung des Datenschutzes beitragen sollen: erstens dem Entwurf eines Bundesdatenschutzauditgesetzes und zweitens dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes mit dem Ziel der Einführung von Regelungen für Kredit-Scoring und Auskunfteien. Beide Gesetzesentwürfe sollen noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet werden.

Die jährlich stattfindende Fachkonferenz Datenschutz greift diese aktuellen Entwicklungen im Datenschutzrecht auf und fördert damit die Diskussion über Innovationen für den Datenschutz, um die Rechte der Bürger weiterhin angemessen schützen zu können.

Forum I: Das Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

Eröffnungsvortrag

In seinem Eröffnungsvortrag erinnerte **Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem**, Professor für öffentliches Recht an der Universität Hamburg und bis April 2008 Richter des Bundesverfassungsgerichts, an die Resonanz des 1983 ergangenen Volkszählungsurteils und an seine Bedeutung für die Entwicklung des Datenschutzrechts. Damals habe sich die Computer-Technologie allerdings noch in den Anfängen befunden und es habe das Bewusstsein darüber gefehlt, wie sehr diese Technologie die kommunikativen Handlungsmöglichkeiten des Einzelnen erweitern werde. Bei der Entscheidung zur Volkszählung sei es vielmehr um die Staat-Bürger-Beziehung und um den Schutz des Bürgers vor der Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit von Seiten des Staates gegangen. Der Redner betonte, dass die in den letzten Jahren ergangenen Gesetzesermächtigungen zu Dateneingriffen im Interesse der öffentlichen Sicherheit gezeigt hätten, dass der Datenschutz in

diesem Bereich seine Bedeutung nicht verloren habe. Er stellte aber zugleich fest, dass sich die Ausgangslage für den Datenschutz hinsichtlich mehrerer Aspekte verändert habe: Einerseits seien Hochleistungsrechner jedermann zugänglich und andererseits werde die Infrastruktur von der Vernetzung dezentraler Datenspeicher geprägt. Informationstechnische Kommunikationsinfrastrukturen sind nach Ansicht des Redners eine zentrale Produktivkraft in allen Bereichen geworden und spielen auch für die Gestaltung der privaten Lebenswelt eine große Rolle. Nicht zuletzt sei der Staat auch für seine Aufgabenerfüllung auf diese Infrastrukturen vermehrt angewiesen.

Hoffmann-Riem merkte weiter an, dass der Schutz der kommunikativen Entfaltung ein Schutz der gegenseitigen Freiheit sei. Dafür sei die Funktionsfähigkeit der technologischen Infrastruktur eine Voraussetzung, die sowohl Zugangs- und Manipulationsfreiheit als auch Schutz vor Machtgebrauch und -missbrauch bedingt. Der Staat könne allerdings nach Meinung des Redners heute nur noch teilweise Garantie dafür geben, dass der Schutz der kommunikativen Entfaltung gewährt wird. Nichtsdestotrotz trage der Staat weiterhin die Privatisierungsfolgeverantwortung, durch die allerdings nur ein eingeschränkter Schutz erreicht werde. Deswegen ist nach Aussage von Hoffmann-Riem eine Neuorientierung hin zu ergänzenden Schutzmechanismen wichtig, wie dem Systemschutz, dem Schutz durch die Technikgestaltung oder die Möglichkeiten zum Selbstschutz des Bürgers, die den Grundrechtsschutz flankierend fördern können.

Ferner stellte der Redner heraus, dass Freiheitsentfaltung durch Kommunikation vertrauensbasiert sei. Vertrauen und Vertraulichkeit seien zwei entscheidende Kriterien für die Freiheitsausübung, die auch die Entscheidung umfasse, welche Informationen über die Kommunikationskanäle öffentlich oder gegenüber einem eingeschränkten Personenkreis zugänglich sein sollen. Die Angewiesenheit auf informationstechnische Kommunikationsinfrastrukturen, die immer mehr personenbezogene Daten generieren, setze auch das Vertrauen voraus, dass diese Infrastruktur so funktioniere, wie man das erwarten dürfe. Insofern sei es nicht ausreichend, dass sich die Grundsätze der Vertraulichkeit und der Integrität nur auf die einzelnen personenbezogenen Daten beziehen, sondern sie müssten sich auch auf die Systeme erstrecken, die diesen Datenaustausch ermöglichen. Nach Hoffmann-Riem handele es sich hierbei sowohl um die Unverletzlichkeit und Betriebssicherheit dieser Systeme, als auch um deren Funktionsschutz einschließlich der Manipulationsfreiheit. Dadurch, dass der Nutzer diese komplexen Kommunikationssysteme regelmäßig nicht näher kenne, und nicht wisse, welche Daten beim Nutzungsvorgang generiert, wo und wie lange gespeichert und in welchem Verbindungskontext genutzt würden, könne er seine Datenschutzrechte praktisch nicht ausüben. Das Problem wird nach Ansicht von Hoffmann-Riem dadurch verschärft, dass zahlreiche Festplatten von intensiv privat genutzten Rechnern ein getreuliches Spiegelbild der persönlichen Interessen, Neigungen, der ökonomischen Situation sowie nicht zuletzt der physischen oder psychischen Befindlichkeit der Nutzer widerspiegeln. In Anbetracht der zunehmenden funktionalen Abhängigkeit der Persönlichkeitsentfaltung von den Strukturen der Informationsgesellschaft hält er den Schutz von Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme für notwendig.

Der Redner führte weiter die Schutzbereiche des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG), des Fernmeldegeheimnisses (Art 10 GG) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) aus, um sodann die Unzulänglichkeit dieses Schutzes vor den neuen Herausforderungen zu erläutern. Diese Schlussfolgerung habe das Gericht zu einer Neuschöpfung des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsgrundrechts verpflichtet. Hoffmann-Riem betonte, dass

es hierbei um den Schutz vor der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit informationstechnischer Systeme gehe. Die Funktionsfähigkeit dieser Systeme sei für die kommunikative Entfaltung der Nutzer wichtig und auf deren Ungestörtheit sollen sie vertrauen dürfen. Der Schutz umfasse nicht nur die Offenbarung personenbezogener Daten, sondern werde insoweit vorverlagert, als dass er auch der Funktionsfähigkeit der Infrastruktur diene, die dem Einzelnen die Möglichkeit eines selbstbestimmten Umgangs mit Daten eröffne. Der Redner erläuterte weiterhin die Dimensionen des neuen Schutzes:

1. Schutz vor dem Zugriff auf informationstechnische Systeme ohne Kenntnis des Nutzers, dem gegenüber er sich selbst nicht schützen könne.
2. Schutz vor der Überwindung der technischen Hürde, die zur Überwachung und Erlangung eines potentiell großen und über die Persönlichkeit höchst aussagekräftigen Datenbestands, der sehr viele Informationen über sehr unterschiedliche Lebensbereiche kumuliere.
3. Schutz vor der Aufhebung des Selbstschutzes des Nutzers, den er durch Verschlüsselung oder Nutzung von Passwörtern anstrebe.
4. Schutz vor dem Risiko, dass sich private Dritte die Infiltration des Systems durch den Staat selbst zu Nutze machen könnten.
5. Schutz vor der Erfassung und Zusammenführung einer unvorhersehbaren Vielfalt von Daten über Lebensumständen, die beim Zugriff auf die bisher gewöhnlichen Kommunikationsvorgänge und Inhalte gar nicht gefunden worden wären und die zu einer persönlichkeitsbezogenen Streubreite führen.
6. Schutz in objektivrechtlicher Hinsicht eines unvorhersehbaren Personenkreises von Dritten, die von dem Eingriff in ein informationstechnisches System betroffen werden können; diese Gefährdung stellt nach Ansicht des Redners eine personenbezogene Streubreite dar.
7. Schutz vor Gefährdungen des Vertrauens auf eine für die heutige Lebensgestaltung immer wichtiger werdende kommunikative Infrastruktur. Sie solle auch vor künftigen Gefährdungen geschützt werden, die in Folge neuer, jetzt noch nicht überschaubarer technologischer Entwicklungen eintreten könnten.

Ziel der Entscheidung zur Online-Durchsuchung sei gewesen, so Hoffmann-Riem, die qualitativ neue Gefährdungslage zu typisieren, sie terminologisch und begrifflich zu erfassen, die neue Qualität der Gefährdung durch Kumulation und Vernetzung zu verdeutlichen und die Schranken des Grundrechtes angesichts der besonderen Gefährdung des Eingriffs zu betonen.

Anschließend wandte sich Hoffmann-Riem in seinem Vortrag den Schranken des neuen Grundrechts zu. Die Gerichtsentscheidung habe Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Ermächtigungsnorm gestellt: Es werden allein solche Eingriffe gerechtfertigt, die für den Schutz von überragend wichtigen Gütern notwendig seien, wie Leib, Leben der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlage und den Bestand des Staates oder die Grundlage der Existenz der Menschen berühren. Die Richter hätten weiterhin Anforderungen an die Intensität der Gefährdung gestellt, indem sie das Vorliegen von tatsächlichen Anhaltspunkten für die Entwicklung einer solchen Gefahr verlangten. Zudem würden sie verfahrensrechtliche Sicherungen

fordern, einerseits in Form eines Richtervorbehalts und andererseits durch die Wahrung des früher entwickelten Kernbereichsschutzes. Der Redner betonte aber, dass verfassungsrechtlich vorrangig der Schutz durch einen Verzicht auf die Erhebung der Daten zu gewähren sei, soweit dies informationstechnisch oder ermittlungstechnisch möglich sei. Ferner ist Hoffmann-Riem auf die Quellen-Telekommunikationsüberwachung eingegangen und ordnete sie im Lichte der besprochenen Entscheidung als Eingriff in den Schutzbereich des neuen Grundrechts ein. Dies träfe allerdings nur auf die Fälle zu, in denen die Überwachung am Rechner, nämlich bei der ausgehenden Kommunikation vor der Verschlüsselung und bei der eingehenden Kommunikation nach der Entschlüsselung, und nicht im Netz erfolge und wenn sie auf eine Infiltration oder Manipulation informationstechnischer Systeme ausgelegt sei. Zum Schluss forderte der Redner die Judikatur, die Rechtswissenschaft und den Gesetzgeber auf, die weiteren Konkretisierungen des Schutzbereichs herauszuarbeiten.

Brigitte Zypries, Bundesministerin der Justiz, ist mit ihrem Vortrag ebenfalls auf das Volkszählungsurteil eingegangen, das vor 25 Jahren dem Datenschutz Verfassungsrang verliehen habe, zu einer Zeit in der die Informationstechnologie noch in den Kinderschuhen gesteckt habe und die begrenzten Möglichkeiten der Datenverarbeitung Zweifel über die Zukunftsfähigkeit dieser Branche haben aufkommen lassen. Dennoch habe kaum ein anderer Bereich so große Fortschritte gemacht wie die Informationstechnologie. Die Zukunftsvisionen im Bereich der Computertechnik ließen jene Systeme zudem immer mehr zu einem zentralen Punkt unserer Lebensführung werden.

Die Ministerin hob in ihrer Rede die Gefährdungen für die Persönlichkeitsrechte hervor, die mit dieser Entwicklung und insbesondere mit der fortschreitenden Vernetzung informationstechnischer Systeme einhergehen. Diese Umstände gebieten Innovationen im Datenschutz auf verschiedenen Ebenen, so Zypries.

Die Frage einer möglichen Verfassungsänderung durch die Aufnahme des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme sei jedoch durch die dynamische Auslegung der Verfassung seitens des Bundesverfassungsgerichts eher kritisch zu sehen. So sei der Schutz durch das neue Grundrecht nach der Entscheidung des Gerichts lediglich bei solchen Systemen nötig, die aufgrund ihrer technischen Verknüpfung so viele personenbezogene Daten enthielten, dass ein Zugriff den Einblick in die wesentliche Lebensgestaltung ermögliche.

Ferner spielt nach Auffassung der Rednerin das neue Grundrecht angesichts der objektiv rechtlichen Dimension der Grundrechte bei der Auslegung einfachen Rechts, insbesondere des Zivilrechts, eine große Rolle. Dem Gesetzgeber werde bei der Schaffung neuen Rechts unter Beachtung des Untermaßverbots ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Diese gesetzgeberische Handlung könne jedoch auch ohne schriftliche Fixierung in der Verfassung stattfinden. Eine solche habe eher Symbolcharakter, als dass sie einen effektiven Grundrechtsschutz gewährleisten würde. Der Schutz der Grundrechte werde vielmehr durch die Beachtung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben im einfachen Recht erreicht. Diese These bekräftigte Zypries mit der Auffassung, dass das Innovationspotential des Datenschutzes sich vordergründig im einfachen Recht niederschlage, wie z.B. in dem momentan viel diskutierten BKA-Gesetz. Das Urteil zur Online-Durchsuchung habe bei den Entwürfen zu der Novellierung jenes Gesetzes einen hohen Grad an Rechtsklarheit gebracht, die nicht zuletzt wegen des technischen und juristischen Neulands auf dem Gebiet der Online-Durchsuchung wichtig gewesen sei. Nicht zuletzt wegen der strengen Beachtung der Vorgaben des Bundesverfassungsge-

richts sei es möglich, trotz des gravierenden Eingriffs, den eine solche Durchsuchung darstelle, die materiell rechtliche und politische Zulässigkeit zu erreichen.

Weiterhin unterstrich Zypries, dass, wie die Fälle Lidl und Telekom gezeigt haben, der Datenschutz gerade ein wichtiges Thema in der Wirtschaft sei, auch wenn er gerade im Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit diskutiert werde. So könne ein Datenschutzaudit für Unternehmen Anreize schaffen, sich datenschutzkonform zu verhalten und gleichzeitig Werbung für ihr Unternehmen und ihre Produkte darstellen. Die qualitativen Anforderungen an ein solches Gütesiegel seien jedoch sehr hoch anzusetzen, denn nur bei einer entsprechenden Seriosität könne es den gewünschten positiven Effekt der Rechtssicherheit für Verbraucher und der Wettbewerbsvorteile für Unternehmen haben.

Die Rednerin stellte zusammenfassend fest, dass der Datenschutz nicht Zweckmäßigkeitserwägungen oder finanziellen Interessen unterzuordnen sei, sondern ihm eine neue Wertschätzung zukommen müsse.

Dr. Alexander Dix, Berliner Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, moderierte die Diskussion.

Prof. Dr. Dirk Heckmann, Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, Sicherheits- und Internetrecht an der Universität Passau, schloss sich in seinem Impulsreferat Hoffmann-Riems Ansicht an, dass die Rechtswissenschaft, die Rechtsprechung und der Gesetzgeber bei dieser neuen Ausprägung des Persönlichkeitsgrundrechts den Auftrag habe, das vom Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung Angestoßene weiter herauszuarbeiten. Danach ist er auf die objektivrechtliche Funktion des neuen Grundrechts und insbesondere auf die Schutzpflichten eingegangen, die den Staat betreffen können. Diese objektivrechtliche Dimension des Grundrechts stelle zunächst einen rechtspolitischen Appell dar. Die Entscheidung sei ein Meilenstein auf dem Weg zu einem IT-Sicherheitsgesetz, welches auch eine Zusammensetzung unterschiedlicher Gesetzeswerke sein könne, so Heckmann,. Er sehe die Kreativität des Gesetzgebers gefordert, weiterhin mehr für die IT-Sicherheit zu tun. Wichtiger ist aber seiner Ansicht nach der rechtswissenschaftliche Appell, eine IT-Sicherheitsdogmatik in interdisziplinärer Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft, Informatik und Sozialwissenschaft zu entwickeln. Man könne sich neben der Weiterentwicklung des Datenschutzrechts an bereits bestehenden Ordnungskonzepten orientieren, um ein eigenes IT-Sicherheitsgesetz herauszuarbeiten. Ähnlich komplexe Rechtsordnungen wie das Straßenverkehrswesen mit seinen hohen Gefährdungspotenzialen, Infrastrukturen und Kontrollen oder das Verbraucherschutzrecht mit seinen Haftungsregelungen können Leitbilder und Maßstäbe darstellen, die für den IT-Sicherheitsbereich übertragbar wären. Zum Schluss ist der Redner auf das Leitbild des Nutzers eingegangen, das man in Anbetracht der rasanten Technologieentwicklung verwenden sollte. Der Durchschnittsnutzer ist nach Ansicht von Heckmann nicht der besonnene lebenslang Lernende, der in die IT-Sicherheit seiner informationstechnischen Systeme investiere, sondern der schutzbedürftige Nutzer, der weiterhin als Anwender der Informationstechnologie behandelt werde sollte, ohne dass von ihm verlangt wird, dass er die Systeme selbst beeinflussen kann. Dieses Leitbild des Nutzers sollte in einem IT-Sicherheitsrecht einfließen.

Dr. Friedrik Roggan, Rechtsanwalt, einer der Einreicher der Verfassungsbeschwerde zur Online-Durchsuchung, ist auf die Frage eingegangen, ob und wie eine Online-Durchsuchung überhaupt gesetzlich geregelt werden könne und solle. Seiner Meinung nach bestehen erhebliche Bedenken gegen den vorliegenden BKA-Gesetzesentwurf, der

keine Maßnahmen zum Ausschluss der Infiltrierung von informationstechnischen Systemen vorsieht, die zunächst mit dem informationstechnischen System der Zielperson nichts zu tun haben. Hinsichtlich der Frage des Regelungsbedürfnisses auf präventiv-rechtlicher Ebene wies er auf das Problem der Doppelfunktion der Onlinedurchsuchung als Instrument sowohl der polizeilichen Abwehr als auch der Strafverfolgung hin und betonte, dass es eine parallele Einschlägigkeit nicht geben könne. Die Forderungen, die er für eine verfassungsrechtlich erlaubte Regelung stelle, seien Folgende: Es müssten sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen einer präventiven Regelung vorliegen, andere Maßnahmen dürften nicht gleichmäßig erfolgsversprechend sein, es dürfte kein Anfangsverdacht vorliegen, damit die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft nicht bestünde, und der Schwerpunkt im Einzelfall dürfte nicht auf der repressiven Aufgabenerfüllung liegen. Zuletzt müsste nach Roggan die tatsächliche Möglichkeit bestehen, die so genannte Remote Forensic Software rechtzeitig programmieren und zur Verfügung stellen zu können. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt wären, sei eine entsprechende Regelung im BKA-Gesetz zulässig.

Peter Schaar, Bundesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, leitete seinen Vortrag mit der Bemerkung ein, dass er sich in Anbetracht des Konferenztitels „Innovation für den Datenschutz“ gefragt habe, wie sich der Datenschutz in den letzten Jahren entwickelt habe und von wem innovative Impulse ausgehen könnten. Der Redner hob hervor, dass Innovationsmotor für den Datenschutz in den letzten Jahren paradoxerweise das Bundesverfassungsgericht gewesen sei, was er sehr begrüße. Gleichzeitig stelle dies aber die Tätigkeit des Parlaments, der Verwaltung und der Regierung in Frage. Anschließend sprach er sich für eine verfassungsrechtliche Verankerung des Datenschutzrechts aus. Der Mehrwert eines Datenschutzgrundrechtes, so Schaar, liege darin, dass der Verfassungsgeber den Datenschutz symbolisch als einen bedeutenden Wert unserer Informationsgesellschaft festlege und ihn somit in der Wahrnehmung der Gesellschaft voranbringe. Dennoch könne man sich nicht fortdauernd auf das Bundesverfassungsgericht als Garant des Datenschutzes verlassen. Seine Stellungnahme könne und müsse sich ändern, wenn sich die gesellschaftlichen Sichtweisen weiterentwickelten. Zum Schluss hob er die Bedeutung der datenschutzgerechten Technologiegestaltung für den Grundrechtsschutz hervor, welche die Menschen in ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht stärken und unterstützen könne.

Dr. Dieter Wiefelspütz, Mitglied des Bundestages und innenpolitischer Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, hob die historische Bedeutung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Online-Durchsuchung hervor, die nicht mit dem Einzelfall des nordrhein-westfälischen Gesetzes, sondern mit der neuen Computerwelt und ihrer Vernetzung insgesamt zusammenhänge. Diese neue Lebenswelt erweitere die Möglichkeiten massiv, bedürfe aber auch eines Raumes, so Wiefelspütz, in dem der Staat seine Verantwortung übernehmen und die Bürger schützen müsse, so dass sie ihre Freiheiten wahrnehmen können. Für diese neue Welt sei eine Verfassungsdebatte entscheidend, damit der Stellenwert einer fundamentalen Änderung unseres Lebens gewürdigt werde. In der Online-Durchsuchungsentscheidung sieht Wiefelspütz eine Chance, neu und vertieft zu diskutieren, wie man mit den neuen Herausforderungen Computer und Internet umgehen solle.

Hoffmann-Riem stimmte Wiefelspütz zu, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einen Anlass gäbe, auf die neuen Dimensionen dieser Gefährdung hinzuweisen, um sie dann in einem größeren Rahmen zu ordnen. Auf die Ausführungen von

Heckmann eingehend betonte er, dass die abwehrrechtliche Dimension des Grundrechts wegen der Komplexität und der Streubreite der Gefährdungslage nicht ausreiche und dass es strukturierender Absicherungen auf verschiedenen Rechtsebenen bedürfe. Hinsichtlich der Kodifizierung eines solchen Freiheitsrechts im Grundgesetz äußerte er sich wegen der Komplexität eines solchen Unterfanges skeptisch. Hoffmann-Riem vertrat die Ansicht, dass die Festlegung von Rechtfertigungsbedürfnissen für bestimmte Grundrechtseingriffe mit Hilfe einer gelungenen verfassungsrechtlichen Kodifizierung dazu führen würde, die Argumentation in eine bestimmte Richtung zu lenken und so den Diskurs zu erleichtern und zu rationalisieren.

Forum II: Aktuelle rechtspolitische Neuerungen im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)

Das erste Impulsreferat zum zweiten Teil der Tagung hielt **Dr. Thilo Weichert**, Landesbeauftragter für Datenschutz in Schleswig-Holstein und Leiter des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz. Er ging auf die aktuellen rechtspolitischen Neuerungen im Bundesdatenschutzgesetz ein. Das Bundesdatenschutzgesetz ist nach Ansicht des Redners informationstechnisch gesehen, mit seinen Grundstrukturen aus dem Jahre 1990, ein altes Gesetz. Nach der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie im Jahr 2001 und abgesehen von der Einführung innovativer Vorschriften wie den Prinzipien von Datensparsamkeit und Datenvermeidung herrsche äußerste gesetzgeberische Zurückhaltung.

Aktuelle Geschehnisse würden jedoch die Notwendigkeit einiger Reformen aufzeigen. Weichert hob insbesondere die illegale Videoüberwachung von Lidl-Mitarbeitern hervor, welche die Notwendigkeit eines Arbeitnehmerdatenschutzes plausibel machen, der schon lange diskutiert, aber sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene bisher nicht ernsthaft initiiert werde. Um die defizitäre Lage des allgemeinen Datenschutzrechts zu zeigen, verwies der Redner auf ein von den Regierungsparteien nur grob skizziertes Eckpunktepapier bezüglich eines Gendiagnostikgesetzes.

Neben der Kritik äußerte sich Weichert zu den aktuellen Vorschlägen des BMI in den Bereichen Scoring und Auskunfteien anerkend: Auch wenn die ursprünglichen Referentenentwürfe inhaltlich und systematisch eher mangelhaft gewesen sind, führte die konstruktive Kritik nach Ansicht des Redners zu einem brauchbaren Entwurf.

Weiterhin positiv zu vermerken sei das vom ULD durchgeführte Projekt „European Privacy Seal“, welches auf unerwartet hohe internationale Resonanz stöße und der Bundesregierung die Chance biete, auf europäischer Ebene zu einem Pionier mit einem Auditgesetz zu werden.

Abschließend betonte er nachdrücklich, dass die aktuellen Datenschutzskandale und die einhergehende öffentliche Empörung eine fachliche und politische Debatte darüber geböten, wie ein modernisiertes Datenschutzgesetz auszusehen habe.

Das zweite Impulsreferat hielt **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Professor für öffentliches Recht an der Universität Kassel. Er berichtete über die im Datenschutzbereich anstehenden Gesetzesvorhaben. Der Redner begrüßte beide Novellen, weil sie die ersten Initiativen nach der langjährigen Diskussion zur Datenschutzmodernisierung darstellten. Die Scoring-Novelle sei nach Ansicht des Redners ein sinnvoller Versuch, Kreditschutz und Datenschutz zusammenzubringen, indem sie Rechtsicherheit für die Kreditwirtschaft

böten aber auch sicherstellen, dass hinter die automatisierten Scoring-Verfahren noch eine menschliche Entscheidung gestellt werde. Außerdem werde dem Betroffenen Transparenz über Auskunftsrechte gewährt.

Zunächst ging Roßnagel auf die Vor- und Nachteile des Gesetzesentwurfes aus dem Blickwinkel der Modernisierung des Datenschutzes ein: Der vorgesehene § 28a Abs. 1 BDSG überließe die Interessenabwägung für die Übermittlung von Daten nicht mehr dem Interessenten, sondern präzisiere fünf Fälle, unter denen Angaben über Forderungen übermittelt werden dürften. Ferner schließe Abs. 2 S. 4 des gleichen Paragraphen verschiedene Sorten von Daten kategorisch aus, beispielsweise Informationen über Nachfragen des Betroffenen nach Kreditbedingungen verschiedener Kreditinstitute, die nun nicht mehr in den Score-Wert hineinfallen dürften. Er beklagte allerdings, dass die allgemeinen Interessenserwägungen nach den §§ 28 und 29 BDSG zur Interessenabwägung im Entwurfstext nicht ausgeschlossen seien, was zum Aushebeln des bereits erklärten Interessenabwägungsausschlusses führen könne. Darüber hinaus kritisierte der Redner die Tatsache, dass keine Vorschriften zur Vorsorge beim Umgang mit schutzwürdigen Daten vorgesehen seien, die noch keinen Personenbezug hätten (pseudonyme Profile), aber bei der Herstellung des Bezugs schwerwiegende Folgen für den Betroffenen haben könnten. Weiterer Kritikpunkt ist nach Ansicht von Roßnagel das Verhältnis zwischen Erlaubnistatbeständen und Einwilligung. Die Position der datenverarbeitenden Stelle werde unbegründet aufgewertet, während sich die Position des Betroffenen verschlechtere: Für die meisten Verarbeitungsfälle sähe der Entwurf sowohl einen Tatbestand als auch die Einholung der Einwilligung der Betroffenen als Ermächtigungsgrundlage vor. Nur wenn eine dieser Alternativen aus dem Gesetzesentwurf gestrichen würde, wäre der Stellenwert der freiwilligen Einwilligung sichergestellt.

Mit der Anmerkung, dass das Datenschutzaudit seit 13 Jahren ein Diskussions-thema sei, ist der Redner zum Auditgesetzentwurf übergegangen. Aus der Sicht der Datenschutzmodernisierung kritisierte Roßnagel allerdings, dass eine konsequente Differenzierung zwischen einem System- und einem Produkt-Audit fehle, obwohl sie sich von sehr stark voneinander unterschieden. Ersteres beziehe sich auf ein Verfahren zur Qualitätsverbesserung, sei prozessorientiert und zielen auf ein dynamisches Lernsystem, das dem Datenverarbeiter ermögliche, auf immer neue Herausforderungen sinnvolle Lösungen zu finden. Das Produkt-Audit hingegen sei statisch, beziehe sich auf eine bereits gefundene Lösung und bei diesem werde keine Qualitätsverbesserung angestrebt, sondern eine Konformität festgestellt. Wichtig sei für den Auditgesetzentwurf die Entscheidung, was ein Datenschutzsiegel bewirken solle. Werde für die Verfahrensauditierung nur die Gesetzeskonformität angestrebt, bewege man sich auf der untersten Stufe, direkt oberhalb der Gesetzeswidrigkeit. Die Belohnung dieses Zustands mit einem Siegel, das die Unternehmen im Markt einsetzen können sollen, sei nicht vertrauenserweckend, wirke nicht qualitätssteigernd und bringe lediglich die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck, dass jeder Bürger sich gesetzestreu zu verhalten habe. Stattdessen müssten Bemühungen um die Datenschutzverbesserung in den Vordergrund gestellt und belohnt werden. Roßnagel plädierte dafür, dies in der Audit-Novelle stärker zum Ausdruck zu bringen. Abschließend stellte er heraus, dass die Organisation eines Datenschutzaudits sich daran orientieren solle, wie Vertrauenswürdigkeit herzustellen sei und eine staatliche Verantwortung an den Prozess angebunden werden könne.

In der von **Bettina Sokol**, Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit in Nordrhein-Westfalen, moderierten Diskussion bemerkte **Rainer Neumann**, Vorstandsvorsitzende der SCHUFA Holding AG, dass in manchen Situationen, z.B. bei einer Kreditvergabe, in denen Vertrauen begründet werden solle, Datenarmut nicht weiterhel-

fe. Er verwies auf die Feststellung der Weltbank, wonach eine Wirtschaft, die auf Kredite angewiesen sei, Einrichtungen wie die Auskunfteien benötige. Er widersprach dem Vorwurf, dass SCHUFA ein Negativregister sei und begründete dies mit dem Argument der Speicherung von positiven Daten der Verbraucher. Daraufhin stellte er die Bedeutung der Transparenz einer solchen Einrichtung fest und erläuterte die Gewährleistung der Transparenz bei der SCHUFA. Hinsichtlich der neuen Regelungen der Scoring-Novelle kritisierte er die fehlende Klärung des Begriffs Auskunftei und plädierte für die Erarbeitung eines für die Auskunfteien geeigneten Zulassungsverfahrens. Der Verbraucher solle wissen, so Neumann, in welcher Auskunftei seine personenbezogenen Daten gespeichert seien. Er deutete weiter auf die Möglichkeit jedes Einzelnen hin, der Datenverarbeitung durch die SCHUFA zu widersprechen und seine Kreditwürdigkeit anderweitig nachzuweisen. Allerdings erleichtere eine datenschutzrechtlich gut funktionierende Auskunftei den Markt.

Cornelia Tausch, Mitarbeiterin der Abteilung Wirtschaftsfragen Verbraucherzentralen-Bundesverbandes, wies auf das Unwissen vieler Verbraucher sowohl hinsichtlich der Scoring-Verfahren allgemein als auch über die sie betreffenden Datenverarbeitungsverfahren hin. Wenn aber die Verbraucher nicht darüber informiert würden, könnten sie, so Tausch, ihre Rechte nicht geltend machen. Wenn sie nicht erführen, wie die Daten gewichtet würden, hätten sie keine Möglichkeit, Fehlinterpretationen zu korrigieren. Die Rednerin kritisierte, dass Scoring-Verfahren neben der Kreditwirtschaft in vielen weiteren Bereichen angewendet würden, wie etwa bei Abschluss eines Telekommunikationsvertrags oder der Vermietung eines Wohnraumes. Diese Verfahren bestimmten nicht nur das Ob des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts, sondern auch seine Konditionen. Die Rednerin äußerte sich positiv zu der Regelung des Scoring-Bereichs, beklagte dennoch, dass Scoring-Verfahren für alle Wirtschaftsbereiche weiterhin offen blieben und plädierte für ihren ausschließlichen Einsatz im kreditorischen Bereich. Weiterhin setze sie sich für eine generelle Opt-In-Regelung im BDSG und für eine Einschränkung der Möglichkeiten einer Waren-ähnlichen Behandlung von Daten ein. Schließlich sprach sie sich gegen die zwanghafte Zustimmung in eine Datenverarbeitung aus, die die Verbraucher abgeben müssten, um überhaupt bestimmte Dienstleistungen wahrnehmen zu können.

Dr. Claus D. Ulmer, Konzernbeauftragter für Datenschutz bei der Telekom, räumte die Vorwürfe des fehlenden Datenschutzinteresses beim gesamten Telekom-Konzern ein und wies auf die Bemühung des Konzerns hin, Datenschutz als Qualitätsmerkmal zu entwickeln und zu stärken. Des Weiteren stimmte der Redner der Wichtigkeit von Opt-In-Verfahren zu und kündigte das Vorhaben seines Konzerns an, sie überall dort einzuführen, wo das möglich sei. Des Weiteren merkte er an, dass Scoring-Verfahren für die Geschäftsmodelle des Konzerns sehr wichtig seien, und begrüßte den Entwurf zu ihrer gesetzlichen Regelung und insbesondere die Schaffung von Transparenz für ihre Rahmenbedingungen. Für Ulmer sei allerdings wichtig zu klären, wie das Gesetz umgesetzt würde und von wem gewisse Abläufe, beispielsweise die Informierung der Kunden über die Ablehnung einer Vertragsschließung, zu gestalten seien. Den Entwurf des Datenschutzauditgesetzes befürwortet er, da das Gesetz einen Regelungsrahmen schaffe, wodurch am Markt Rechtssicherheit für die Vergabe von Zertifikaten erzielt würde. Er verwies allerdings auf die Problematik einer länderbezogenen Regelung, die möglicherweise den Unternehmen schwache Anreize für eine Investition in eine Datenschutzauditierung geben würde. Daraufhin plädierte er ebenso für ein bundesweit einheitliches Verfahren der Gutachterbestellung. Ferner vertrat er die Ansicht, dass ein Audit-Verfahren unabhängig von Prozessen und Produkten auch Unternehmenskonzepte und die Umsetzung dieser Konzepte im Unternehmen selbst einbeziehen kann. Schließlich

appellierte er für die Stärkung der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit der Instanz des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen und für eine Berufsbildung des Datenschutzbeauftragten.

Dr. Manja Schreiner, Bundesverband der Deutschen Industrie, erläuterte, dass aus der Sicht der Wirtschaft Innovation für den Datenschutz in der heutigen Zeit die Anerkennung wäre, dass automatische Bonitätsprüfungen unerlässlich sind, um Entscheidungen im Geschäftsverkehr schnell treffen zu können. Die Rednerin hob weiter das Heranwachsen einer neuen Verbrauchergeneration hervor, die sich durchaus bewusst sei, wohin sie welche Daten weitergäbe. Hier sei eine Balance zwischen Vorschriften für den Verbraucher und einer effizienten Wirtschaftsausübung zu schaffen. Eine Verbraucheraufklärung dürfe nicht über das zu bewältigende Maß hinausgehen; das Augenmaß müsse gewahrt werden, welche Auskunftspflichten dem Verbraucher welche Vor- oder Nachteile brächten, sodass er erkennen könne, welche Information ausschlaggebend sei. Innovation für den Datenschutz erfordere weiterhin Abwägungen und nicht ein absolutes Verbot der RFID-Technik. Wichtig sei die Frage, ob auf RFID-Chips personenbezogene Daten hinterlegt seien oder inwieweit eine Verlinkung mit einer bestimmten Person erfolgen könne. Ferner werde zur Innovation ein Bundesdatenschutzaudit beitragen, das einen Mehrwert für die Unternehmen darstelle. Hinsichtlich der Scoring-Novelle kritisierte sie die Möglichkeit, Datenweitergaben beispielsweise über Zahlungstörungen zu verweigern. Nach Ansicht der Rednerin ermögliche dies Missbrauch und führe zur Rechtsunsicherheit der Wirtschaft. Ferner brächte die Einführung von zusätzlichen Auskunfts- und Dokumentationspflichten neue Kosten- und Aufwandbelastung für kleine und mittlere Unternehmen, die sie möglicherweise nicht tragen könnten.

Manfred Zöllmer, Mitglied der SPD-Bundestagsfraktion, warf die Frage auf, warum das Thema Scoring in der Öffentlichkeit und von den Verbraucherverbänden so heftig diskutiert werde. Er verwies auf Basel II, womit eine neue Kreditgebungsmöglichkeit eingeführt worden sei, die eine je nach Risiko variable Vergabe des Zinssatzes ermögliche. Nach Ansicht des Redners sei es aber trotzdem legitim, Transparenz zum Schutz der Verbraucher in diesem Kreditvergabeprozess zu fordern und einzubringen. Zöllmer betonte die Bedeutung dieses Gesetzesentwurfs für einen innovativen Datenschutz. Er äußerte aber seine Zurückhaltung hinsichtlich der Frage, ob Scoring-Verfahren in jedem Wirtschaftsbereich angewendet werden dürften, obwohl es möglicherweise andere Methoden zur Missbrauchsverhinderung gäbe. In diesem Punkt schloss er sich der Meinung von Tausch an, die Anwendung von Scoring-Verfahren ausschließlich dem kreditatorischen Bereich vorzubehalten. Ferner äußerte er seine Skepsis hinsichtlich der Georeferenzdaten, deren Verwendung in dem Gesetzesentwurf nicht geregelt werde. Darüber hinaus ist für den Redner die Frage wichtig, welche Daten man anerkennen und übernehmen solle; diese Frage solle vor dem Hintergrund weiterer Gesetze, etwa des Kreditwesengesetzes, beantwortet werden. Zu überdenken sei nach Zöllmer die Löschung der Angaben zur Bezahlung eines Kredits, was als Information den Score-Wert eines Verbrauchers verbessern könne. Zum Thema Transparenz verwies er auf die Vorschläge des Zentralen Kreditausschusses zur Einrichtung eines unabhängigen Ansprechpartners, an den sich Konsumenten wenden könnten, wenn eine Kreditanfrage abgelehnt werde. Zum Schluss mahnte er die Praxis der Kreditinstitute in Deutschland an, mit Konditionen zu werben, die grundsätzlich von keinem Konsumenten erfüllt werden könnten.

Schlusswort

In dem Schlusswort fasste **Jörg Tauss**, Mitglied des Bundestages und SPD-Bundesfraktionssprecher für Bildung, Forschung und Medien, die Ergebnisse der diesjährigen Konferenz zusammen. Er stellte dabei fest, dass der Datenschutz in der Tat in letzter Zeit wieder aktuell geworden sei und äußerte Ulmer gegenüber sein Bedauern, dass sein Haus das Thema in den Fokus gerückt habe. In der Politik bedürfe es leider einiger Skandale, so Tauss, um ein Thema auf die Tagesordnung zu setzen. Er wünschte sich dabei, dass man sich in Deutschland auch abseits von Skandalen mit dem Datenschutz intensiv beschäftige. Denn auch die im Laufe der Konferenz vorgetragenen Thesen haben deutlich gemacht, dass der Schutz von personenbezogenen Daten und die Weiterentwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung unabdingbar seien. Er wehrte sich anhand des Beispiels von StudiVZ gegen die Auffassung, dass die Bürger sich bewusst seien, welche personenbezogenen Daten sie preisgeben und was damit geschehe. Auch in dem Bereich Pay-Back-Karten oder Kundenkarten könne man nicht davon ausgehen, dass die Kunden wüssten, was mit ihren Daten passiere. Deswegen betonte er, dass Transparenz sehr wichtig sei, denn gut informierte Verbraucher könnten selbst über ihre Handlungen entscheiden. Er ist sich allerdings darüber im Klaren, dass Transparenz von Geschäftskonzepten zum Konflikt mit den Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen von vielen Unternehmen führen werde und weitere Diskussionen verlange.

Hinsichtlich des Scoring merkte der Redner an, dass die Referenten wichtige Punkte angesprochen hätten, z.B. den Geltungsbereich der automatisierten Bonitätsprüfungen oder die Selbstauskunft, die weiterdiskutiert werden sollten. Ferner betonte er die Wichtigkeit der Erkenntnis, dass man Datenschutz und IT-Sicherheit als ein einheitliches Gebiet betrachten solle. Dabei hob er hervor, dass Konsens sowohl auf Seiten der Politik als auch der Unternehmer hinsichtlich der Unerlässlichkeit einer engen Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbeauftragten und IT-Sicherheitsabteilung bestehe. Allerdings sei die dritte Seite dieser Medaille, die Informationsfreiheit, nicht zu übersehen. Tauss betrachtet diese als den dritten Schritt auf dem Weg zur Modernisierung des Datenschutzes. Zuletzt erklärte er sich bereit, seine frühere Position zum Thema Arbeitnehmerdatenschutz zu überdenken, da dem Datenschutz angesichts des zersplitterten, mit vielen Ausnahmen versehenen Bundesdatenschutzgesetzes eine weitere Ausnahme nicht gut täte.

Abschließend dankte Tauss den Teilnehmern der Konferenz für ihre Beteiligung und der Fachwelt für ihren besonnenen Sachverstand, der in die politische Debatte einfließen könne und ermutigte alle zur Weiterführung des Datenschutzdialogs.

*Dr. Zoi Opitz-Talidou, LL.M.
Universität Kassel*

Kontakt:

Beate Martin
Referentin der Stabsabteilung
Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin
Beate.martin@fes.de

Ilka Monheimius
Ilka.monheimius@fes.de