

Thomas Giesen

## Datenschutz leicht gemacht

---

Es ist alles falsch eingeknüpft beim zivilrechtlichen Datenschutz.

---

Category: Articles

Region: Germany

Citation: Thomas Giesen, Datenschutz leicht gemacht, in: Jusletter IT next: 11. September 2014  
– Lachmayer

## Inhaltsübersicht

- 1 Friedrich in einer ehemaligen Sowjetrepublik
- 2 Das Grundrecht auf Datenverarbeitung
- 3 Zur Natur der Information
- 4 Informationelle Selbstbestimmung ist im Zivilrecht ein rechtsdogmatischer Unfug
- 5 Das Netz ist ein Ort der Freiheit und der Verantwortung

### 1 Friedrich in einer ehemaligen Sowjetrepublik

[Rz 1] Den Tiefsinnigkeiten Friedrich Lachmayers habe ich mich 2004/2005 in Riga nähern dürfen. Er wollte bei seinen Besuchen partout immer in dieses Bistro an der drittnächsten Ecke in der Krisjana Barona. War es die Tallinas oder die Erglu? Meine Erinnerungen schwimmen und verschwimmen. Ich weiß, dass er dort Tee trank und ich Bier. Er aß auch, wenn überhaupt, immer die gleiche Speise. Es war etwas ganz Einfaches, ich weiß deshalb nicht mehr, was es war. Er hatte auch immer die gleiche Kleidung. Ein blauer Wollschal taucht auf, mit Noppen – oder sagen Sie Knüseln? Sie wissen, diese kleinen Böllchen, die sich bei Wolle bilden, die noch nicht so alt ist, dass sie fadenscheinig und glatt und durchgetragen und fein an der Haut ist. Er, Friedrich Lachmayer, war so, so fein an meiner ungläubigen Thomashaut, meinem oberflächlichen Ich, dass ich nichts anderes konnte, als auch fein, sagen wir etwas feiner, zu werden. Friedrich, das durfte ich bald zu ihm sagen, war immer so, wie ich ihn schon immer hätte kennen können. Er hatte etwas leicht Ewiges. Aber er war auch immer neu, überraschend anders und facettiert. Eben so wie eine nie langweilige Ewigkeit (sie ist es nicht, das werden Sie schon noch sehen). Und fein.

[Rz 2] Das «PROJEKT», eine mission impossible in die Köpfe einer postsozialistischen, sowjetkommunistisch erzogenen neueuropäischen Frauengesellschaft hinein – in Lettland sagt man, dass die Frauen arbeiten und die Männer ihren Pflichten nachzukommen haben –, war vom Institut für Menschenrechte an der Universität Wien aus Brüssel an Land gezogen worden. (Am Rande: Solche Frauengesellschaften sind beileibe nicht emanzipiert im Sinne einer Befreiung zum Schönen und Guten, sondern gehetzt. Kinder und Beruf und Kollegen leiden unsäglich und die Frauen wissen nicht, was ihnen entgeht.) Auf dem Niveau ihres europäischen Englisch und mit der Naivität der Eurokratie ausgestattet hatten Technokraten gemeint, man könne noch nach dem Beitritt Lettlands zur Union, also ohne jede Drohung, dafür sorgen, dass es dort einen wirklich unabhängigen Datenschutzbeauftragten, weiblich natürlich, gebe und dass «Gesetzlichkeiten», das ist das DDR-Wort, das ich kannte, entstehen könnten für eine Kontrolle über die Geheimdienste, die Polizei, die Korruptionsbekämpfer und die Geldwäscher, Verzeihung, die Geldwäscherbekämpfer, ob sie dem Verfassungsbefehl folgen, sich an das «Menschenrecht auf informationelle Selbstbestimmung» zu halten. Das war alles daneben und ging auch daneben. Staatsmacht lässt sich nur in durchgestylten Gesellschaften mit intakten Medien und mit wirklich demokratischen Parteien durch eine Datenschutzidee mäßigen. Im Land der sowjetischen Sozialisation und der Oligarchen ist diese Idee ein Witz. Aber ein Institut an der Universität in Wien, mit genialer Technik in der Angelung und der Abrechnung solcher Menschenrechtsprojekte, war guten Mutes. Diese tüchtigen Betreuer blieben es auch, nachdem sich all das Fassadenhafte und Erfolglose meiner Mission herausstellte und erwies. Es geht eben in Projekten weniger um Erfolg als um korrekte Mittelverwendung.

[Rz 3] Friedrich Lachmayer, er leitete das Vorhaben wissenschaftlich (ob er dabei jemals über das Fassadenhafte hinauszudenken oder gar zu gehen beabsichtigte, ist mir verborgen geblieben), sah mein tragisches und gelegentlich sehr wenig stilles Heldentum; er ließ mich scheitern, weil

er wusste, dass mir das gut tun würde. Er liebte den Untergang, ein wahrer Mann der Tiefebene, die wir Pannonien nennen, ein Joseph Roth im sterbenden Sowjetköpferreich, ein heiliger Severin, dem die Hunnen einfach egal waren, dessen Vita er mir aber zur Erbauung zu lesen gab. Diese morbide Teilnahmslosigkeit habe ich damals sehr genossen. Sie hat mich getröstet, aber nicht gestärkt. Leider trank er nicht. Wie gern hätte ich ihm länger gelauscht, einfach als sein Schüler bei ihm gehört und dabei getrunken. Wir blieben immer nüchtern und daher im Elend.

[Rz 4] Recht eigentlich schaut unser Jubilar auf ein langes und reiches Berufsleben und pflegt eine unerschütterliche Distanz zu den Dingen, ob in der hohen Ministerialverwaltung oder im Universitätsbetrieb oder eben in einem Projekt. Er weiß dann davon unendlich zu berichten. Und er schaut wie immer blitzend unbeteiligt, kritisch, zerlegend, um nicht zu sagen analytisch und witzig auf seine Anekdoten. Er ist nicht verlegen, sondern stolz, dass er sich nur mit den Formen befasst hat. Das ist die vornehmere Juristerei, weg von den Niederungen der angeblich vernünftigen oder gar sozialen politischen Wünsche. Die kommen und gehen. Ihm ist klar, dass die Formen bleiben und dass die Formen im Rechtsstaat über den Inhalten, über dem Geschrei der Politiker nach Lösungen und nach Wohltaten oder gar Gerechtigkeiten rangieren, dass Formgebundenheit das Wesen der Staatstätigkeit beherrscht, wenn sie auch nur den Hauch einer Kulturbindung sucht. Das alles ist ihm so in sein Fleisch gegangen, dass er es nicht mehr bemerkt. Man muss ihm die Nominalisten oder den Hegel oder die Ordnung der Verfassung niemals unter die Nase reiben; überhaupt bedarf er keines Anstoßes, wenn es um den Wert der Form und deren Überlegenheit in nahezu jeder juristischen Lösung geht. Recht ist Form. Staat ist Form. Kurz und vergrößert ist diese Sicht auf das Recht die Luft, die Friedrich Lachmayer belebt; besser, die Formen sind die Lungenflügel, über die er sich mit Brennstoff versorgt.

[Rz 5] Das, was er mir mitgeben musste an Mäßigung (ich solle bittschön nicht immer «Drecksack» sagen, wenn ich jemanden nicht leiden könne) oder an Aufmunterung (nun iss doch bitte noch etwas) oder an Seelentröstung (ich möge mir vorstellen, dass Tag und Nacht mit den Messen und der Transsubstantiation rund um den Erdenball ein Tsunami an Gnaden ströme), war wie von einem älteren und abgeklärten Bruder gesagt und blieb deshalb hängen. Ich kann mir aber lebhaft vorstellen, dass er ein sehr intransigent und eigentlich unangenehmer, weil sturer Gegner sein kann. Er ist halt leicht überlegen, zeigt das aber nie bewusst. Ob er es weiß? Wir spüren es, es macht uns unsicher, das genügt ihm.

[Rz 6] Als ich ihn in Wien besuchen und ein von seiner Frau wunderbar bereitetes «Nachtessen» genießen durfte, habe ich mir ein paar sündhaft teure Schuhe gekauft. Als Belohnung für mein Scheitern in Riga.

## 2 Das Grundrecht auf Datenverarbeitung

[Rz 7] Ich fuhr – viele Monate nach Beendigung der formal und finanziell ordentlichen und gänzlich erfolglosen, aus der Sicht des Instituts also durchaus gelungenen Mission in Lettland – nun aus Salzburg, einer mir wegen der braunen Farbe mancher Erinnerung und der gleichen schlechten Glasur um die Kugeln nicht sympathischen, eher anmaßenden Adels-Trachten-Stadt, im Frühjahr 2007 mit dem Zug in meine rheinische Heimat zurück. Friedrich hatte mich netterweise zu seiner Datenschutztagung eingeladen. Wissen Sie, solche Segensandachten Gleichgesinnter gehen mir auf die Nerven; zwei Tage Selbstbestätigung, Überzeugungsstärkung und kluges Gerede von schlechtverdienenden Datenschützern, Hobbyphilosophen und Misanthropen.

Datenschutz hat sich zu einer Ideologie, fern von Jura, fern von Formen, fern vom Rechtsstaat, entwickelt. Überzeugungstäter, Gutmenschen und Politruks. Ohne Distanz, ohne Respekt vor der Rechtsordnung. Geschrei, politisches. Ideologisch eine sowjetische und destruktive Anmutung. Unpassend für unseren Jubilar.

[Rz 8] Und da im Zug hatte ich – es kann nur eine Kraft von Friedrich ausgegangen sein, die mich beflügelte, der Freiheit die Ehre zu geben – die Eingebung aufzuschreiben, dass wir frei sind und deshalb ein Grundrecht auf Datenverarbeitung haben, das aus dem gleichen Wurzelwerk der Verfassung wächst wie das Persönlichkeitsrecht, das seinerseits das einzige geschützte Rechtsgut des Datenschutzes ist.<sup>1</sup> Beide, das Freiheitsrecht an Daten und seine Grenze an der Würde des Betroffenen, sind geboren aus der freien Entfaltung und aus deren Begrenzung, beide, Datenverarbeitung und Datenschutz, sind Ausdruck der Würde des Menschen und seiner Entfaltungskraft. Folglich sind die beiden kollidierenden Grundrechtspositionen zu einem Ausgleich zu bringen, so, dass beide sich weitestmöglich konkordant entfalten können. Deshalb ist das grundlegende Verbot des Umgangs mit personenbezogenen Daten, wie das die Europäische Richtlinie oder künftig sogar eine «Datenschutz-Grundverordnung» wollen<sup>2</sup>, der gänzlich falsche Ansatz. Zuerst kommt die Freiheit, dann deren Einhegung. Eine prosperierende Wirtschaftsordnung ohne Datenverarbeitungsfreiheit (natürlich will und darf ich wissen, was die Schwiegermutter meines Konkurrenten für eine Geborene oder Geworfene ist und wie sein Zulieferer die Preise kalkuliert) ist nicht denkbar. Und soziales Fortkommen ohne Vorzugswissen über «die Anderen» ist eine Tortur.

[Rz 9] Grundrechte verleiht die Verfassung als Freiräume, also als Abwehrrechte, gelegentlich als Teilhabegarantien und (als Freiheitsrechte und deren Grenzen) immer als Maßstäbe für die Privatrechtsordnung. Das öffentliche Datenschutzrecht befasst sich mit der Grenze der staatlichen Neugier: Gesetzesvorbehalt und Verhältnismäßigkeit sind dort die Maßstäbe zum Schutz der Privatheit. Im Verhältnis des Bürgers zu seinem Staat ist die Rechtsordnung ganz einfach (und folgenreich): Selbstbestimmung und Gesetzesvorbehalt stehen einander gegenüber; der gesetzlich zur Datenverarbeitung berechtigte Staat hat zudem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren und grundsätzlich die Transparenz seiner Verarbeitung zu garantieren. Anderenfalls würden «nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigt, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Entfaltungsfreiheit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.» So steht es im Volkszählungsurteil vom 15. 12. 1983.<sup>3</sup> Wir halten fest: Selbstbestimmung ist eine Kategorie aus dem Verhältnis des Bürgers zu seinem Staat.

[Rz 10] Das privatrechtliche Datenschutzrecht ist jedoch wesentlich komplexer angelegt, weil es die Entfaltungsfreiheit aller Beteiligten, insbesondere ihre Vertragsfreiheit, und zugleich ihre Verletzlichkeit auszugleichen hat. Hier hat Abwägung bis in die kleinsten Einzelheiten stattzufinden, vorausgesetzt ist aber immer, dass auf der einen Seite wirklich die Würde des Betroffenen zur Debatte steht. Adiaphora haben mit der Würde des Menschen aber ebenso wenig etwas zu tun wie bloße Belästigungen oder gar die selbstgewählte Veröffentlichung. Wem es im Netz zu

---

<sup>1</sup> THOMAS GIESEN, Das Grundrecht auf Datenverarbeitung, JZ 2007, 918 ff.

<sup>2</sup> § 4 Deutsches Bundesdatenschutzgesetz (BDSG); Art. 7 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Richtlinie 95/46/EG).

<sup>3</sup> Deutsches Bundesverfassungsgericht, amtliche Sammlung BVerfGE 65, 1 ff., 43.

öffentlich ist, der sollte es meiden wie der empfindliche Koch die Küche.

[Rz 11] Wenn man es mit der Pressefreiheit, der Freiheit der Forschung, der Kunst und der Lehre, überhaupt mit der Entfaltung in Würde als der Quelle aller Grundrechte ernst meint, dann verliert der Datenschutz im Privatrecht jede Absolutheit; er ordnet sich als ein Aspekt ein in den auf Ausgleich angelegten Abwägungsprozess. Er wird erst dann eine Größe von Gewicht, wenn Datenverarbeitung auf das Persönlichkeitsrecht durchschlägt. Deshalb ist es richtig – aber das hören unsere Datenschützer nicht gern, da hören sie weg – dass das einzige Rechtsgut des deutschen Bundesdatenschutzgesetzes das Persönlichkeitsrecht ist<sup>4</sup>. Bester Beweis für die Unzufriedenheit der Datenschutzzene mit dieser Rechtslage ist die stiefmütterliche Behandlung des Stichwortes «Persönlichkeitsrecht» in den führenden Kommentaren, insbesondere durch Spiros Simitis, den Nestor aller Datenschützer<sup>5</sup>. Wenn man sich hingegen den Palandt als den gängigen Zivilrechtskommentar<sup>6</sup> vornimmt, merkt man, dass die Zivilrechtsordnung beim Schutz des Persönlichkeitsrechts nahezu gänzlich ohne den Datenschutz zurechtkommt.

[Rz 12] Dem Datenschutz im Privatrecht fehlt weitgehend die nötige rechtssystematische Basis – von der rechtsphilosophischen ganz zu schweigen. Wir wissen einfach nicht, was eine Information ist. Weil ich allenfalls ein «multilingualer Hobbyphilosoph» bin – hat Friedrich mich so genannt? – kann ich unserem Jubilar nicht mit einem positiven Ansatz aufwarten, sondern ihm nur einige bruchstückhafte Überlegungen widmen. Ich habe also einen destruktiven Ansatz: Ich finde den Datenschutz eigentlich im Zivilrecht als von diesem gesonderte und besondere Materie überflüssig. Soweit er nötig ist als Korrektiv und Grenze der Freiheit, sollte er sich jedenfalls dem Zivilrecht und seinen Kategorien einordnen, etwa in dem Sinn, dass die Daten dem Vertrag folgen, dass die Einwilligung eine normale Willenserklärung ist, dass die Regeln des Deliktsrechts für persönlichkeitsverletzenden Datenumgang gelten usw.

### 3 Zur Natur der Information

[Rz 13] Gegenstand des Datenschutzes sind «Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person», so die Legaldefinition der personenbezogenen Daten in § 3 des deutschen Bundesdatenschutzgesetzes. Solch eine «Angabe» wird üblicherweise auch als «Information» bezeichnet. Aber, bitte sehr, was ist eine Information? Ein Ein-druck, ja klar, eine Kennung, eine Bezeichnung. Wir leben im Informationszeitalter. Gibt es genügend Klarheit darüber, was eigentlich dessen Gegenstand ist? Ein Datum, eine Information ist juristisch betrachtet weder eine Sache noch ein Recht. Ja, auch kein Recht: Die Idee, ich sei im Verhältnis zu meinen Mitmenschen der «Herr meiner Daten», ist noch falscher («falsch» kann man nicht steigern, hat mir meine Mutter beigebracht) als die Idee, mein Bauch gehöre mir. Ich bewege mich als Lebender in einem sozialen Kontext und ziehe einen Kometenschweif an

---

<sup>4</sup> § 1 Abs. 1 BDSG.

<sup>5</sup> SPIROS SIMITIS in ders. (Hrsg.), Kommentar zum BDSG, 7. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2011, § 1 Rn. 25: «Der Gesetzestext spricht ... das geschützte Rechtsgut nach wie vor nicht direkt an. Das Recht des Einzelnen, selbst über die Verwendung und Preisgabe seiner Daten zu bestimmen, wird mit keinem Wort erwähnt.» Hinweis für Nicht-Juristen: Was mit keinem Wort erwähnt wird, ist nicht Inhalt des Gesetzes. So ein Pech. Das «Selbstbestimmungsrecht» ist also in dieser Allgemeinheit keineswegs Rechtsgut des BDSG. Kommentatoren sollten keine Überzeugungstäter sein, sondern sich den Text des Gesetzes vornehmen und ihn erklären.

<sup>6</sup> PETER BASSENGEU a. (Bearb.), Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013, § 823 Rn. 83–125.

nachgelassenen oder zumindest ablesbaren Informationen über mich hinter mir her, die von jedermann frei rezipiert und aufbewahrt und bewertet und verfremdet werden dürfen, ohne, dass er mich zu fragen hätte, ob mir das wohl recht sei. Mein soziales Abbild, meine Daten gehören mir keineswegs; sie sind frei zugänglich und verwertbar. Ich spiegele mich durch meine Daten in der Gesellschaft. Ich bin der Rezeption durch meinesgleichen ausgesetzt. In der Sprache des deutschen Bundesverfassungsgerichts: Der Mensch ist «gemeinschaftsbezogen und gemeinschaftsgebunden», auch das ist im Volkszählungsurteil zu lesen<sup>7</sup>. Und, «bittschön» würde Friedrich sagen, zu beachten.

[Rz 14] Nur im Verhältnis zur Obrigkeit habe ich ein Selbstbestimmungsrecht. Es ist nichts anderes als der Gesetzesvorbehalt<sup>8</sup>: Ich habe ein Grundrecht auf gänzliche Ungestörtheit gegenüber der Staatsmacht, aber nicht gegenüber meinem Mitmenschen. Sie hat sich zu legitimieren, er ist frei.

[Rz 15] Auf der anderen Seite steht das Recht auf Entfaltung: Sie ist nur möglich über das Sammeln von Informationen über Menschen, über ihr Verhalten, ihre Absichten, ihre Misserfolge und Erfolge, über alle, auch die kleinsten Einzelheiten. Jeder Mensch entwickelt sich über das Abschauen und Nachahmen. Wer clever ist und genauer schaut und besser kopiert, gewinnt. Personenbezogene Daten sind das Fluidum jeder personalen Entwicklung. Der soziale Kampf ist ein Kampf um Information. Ohne deren freie Rezeption und Apperzeption ist eine Entwicklung des Einzelnen in der Gesellschaft nicht denkbar: Daten über Menschen sind der Schatz, den jeder zu heben sich zu bemühen hat, wenn er aus sich und seinem Leben etwas machen will. Informationsvorsprünge und geheime Datensammlungen verhelfen zum sozialen Fortkommen. Schon deshalb ist ein Datenschutz im Sinne des grundsätzlichen Vorenthaltens oder im Sinne der Freigabe durch den Betroffenen ein diktatorischer, zutiefst unfreier Ansatz. Er passt in Sowjetköpfe. An solchen Schnapsideen geht die Gesellschaft in die Knie, sie vertrocknet. Auch das Gebot der Datensparsamkeit ist ein solcher weltfremder und freiheitswidriger Ansatz. Denn nur möglichst detaillierte und ausdifferenzierte, also genaue und hinterfragte Angaben sind Vorzugswissen und folglich wertvoll. Jeder strebt nach dieser Vollkommenheit des Wissens; und Wissen ist immer solches über Personen und ihre Werke. Datenaustausch ist folglich der Nährboden jeder Gesellschaft. Und jeder ist dem ausgesetzt und verpflichtet.

[Rz 16] Erst wenn ich Bemühungen unternehme, mich zu verbergen, eine Hecke um mein kleines Refugium zu ziehen, mir mein Tusculum zu bauen, den Rückzugsort vom Politischen und überhaupt von allem Öffentlichen, dann schaffe ich mir einen Privatraum, meine Wohnung, meinen Garten<sup>9</sup>, mein Tagebuch, meinen kleinen vertrauten Kreis. Wenn ich das aber übertreibe oder mich ganz entöffentliche, dann bin ich nach der Erkenntnis schon der alten Griechen ein «Idiot»<sup>10</sup>. Und wenn ich berühmt und allgemein sozial bedeutend, eine absolute oder relative Person der Zeitgeschichte bin, oder wenn ich mich rechtswidrig vor berechtigten Ansprüchen verberge, bleibe ich zugänglich und sogar ablesbar. Das ist sowieso der Fall, wenn und soweit ich nur peripher, also nicht in meiner Unverwechselbarkeit, eben unpersönlich, berührt werde, etwa, indem

---

<sup>7</sup> BVerfGE 65, 44 unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung.

<sup>8</sup> Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (GG).

<sup>9</sup> Dazu SIEGFRIED LAMNEK/MARIE-THERES TINNEFELD(Hrsg.), Privatheit, Garten und politische Kultur, Verlag Leske + Budrich, Opladen 2003.

<sup>10</sup> Idioten ist der Privatmann, der sich nicht am öffentlichen Leben beteiligt und keine Verantwortung für die Polis als gemeinschaftliches Anliegen übernimmt (und später der einfache, nur befehlsempfangende Soldat). So gesehen, sind die Datenschützer falschgepolte Sozialisten; sie huldigen einem asozialen Ethos.

mir unspezifische Werbung in den Briefkasten gesteckt wird. Die Hysterie und der verfassungspräventive Ansatz, mit dem heutzutage Spam (vom Wettbewerbsrecht<sup>11</sup> rede ich hier nicht) und postalische Werbung abgewehrt und verteufelt werden, ist lächerlich. Genauso lächerlich ist der Schutz meiner Erreichbarkeitsdaten/Melddaten oder gar die Idee, man hätte ein Recht, sich «in der Öffentlichkeit unbeobachtet» zu bewegen<sup>12</sup>.

[Rz 17] Andererseits wäre es grauenvoll, kein Kopfkissen zu haben, in das man ungesehen und ungehört weinen kann. Rückzugsräume und Arkanbereiche, dem Sozialen abgerungene Privaträume, gehören auch zur Gesellschaft und zu jeder Kultur in allen Zeiten auf der ganzen Welt; die Schweigepflichten und Berufsgeheimnisse sind uralte Ingredienzien einer funktionierenden Sozial- und Rechtskultur. Sie sind aber nicht der Regelfall, sondern die Ausnahme.

[Rz 18] Die Einhegung von Informationen kann nicht so funktionieren, dass man die Unantastbarkeit jeder Information über Menschen zur Regel und ihre Zugänglichkeit unter den Vorbehalt einer Erlaubnis – entweder durch Gesetz, durch Vertrag oder durch gegenleistungsfreie Gestattung – stellen dürfte. Umgekehrt wird ein Schuh draus: Die Informationen sind frei, es sei denn, sie werden aus besonderen Gründen unter eine Kuratel gestellt. Im Rechtsstaat gilt die Freiheit als Regel und deren Begrenzung als Ausnahme.

[Rz 19] Besonderes Kopfzerbrechen macht den Datenschützern das World Wide Web. Die Nutzung eines für alle offenen, also öffentlichen Netzes für eine unbeobachtete Kommunikation ist eben ein Widerspruch in sich. Es wird noch lange dauern, dort zu Übereinkünften zu kommen, die eben auch weltweit akzeptiert werden. Erst recht werden wir als Europäer dort mit unserem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht weiterkommen. Die anderen finden diesen Ansatz zu recht verfehlt.

[Rz 20] Zuerst sei zur Abgrenzung der sozialen Offenheit von der Privatheit mitgeteilt, dass das Recht, das öffentliche und das bürgerliche, eine nur grobe und seiner Natur nach allgemeine Grenze ziehen kann, die jeder Feinheit (wir erinnern auch hier an den Jubilar) entbehrt und daher weder Gemütszustände noch Gefühle berücksichtigen und einen Sinn weder für vornehme Zurückhaltung noch für öffentliche Verantwortung stiften kann. Die schönste, weil nicht verrechtlichte Regel heißt «Das tut man nicht.» Sie ändert sich mit der Zeit, mit der Mode und dem Geschmack, mit der Bildung und mit dem Alter. Sie differenziert, wird situativ ausbalanciert und ist daher jedem Recht überlegen. Benehmen kann man eben nicht verordnen.

[Rz 21] Viel wäre erreicht, wenn das Netz als Ort erkannt würde, an dem man sich zu benehmen hat. Im Sport ist das jedem geläufig.

[Rz 22] Deshalb, eben wegen ihrer subjektiven und höchstpersönlichen, also geradezu unsagbaren Differenziertheit stehen das Persönlichkeitsrecht einerseits und das Entfaltungsrecht andererseits nicht nur auf Kriegsfuß, sondern auch vice versa in einer Verständigungsfalle, weil beide Seiten über beide Rechte verfügen und dabei einander nicht verstehen. Denn jeder ist Opfer und Täter. Das aber nacheinander und immer in unterschiedlichen Konstellationen. Den Usern fehlt das Gegenseitigkeitsprinzip, weil sie eben in allen Lebenssituationen von der Datenverarbeitung aktiv oder passiv begleitet werden und weil sie dabei ungleich ausdifferenziert sind, ungleich ausdifferenziert empfinden und ungleich ausdifferenziert berührbar und verletzlich sind. Das Persönlichkeitsrecht und der Freiheitsdrang sind halt ebenso ungleich wie empfindlich. Ausgangs-

---

<sup>11</sup> § 7 des deutschen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Schutz gegen unzumutbare Belästigungen (UWG).

<sup>12</sup> Tagesspiegel Berlin am 22. Dezember 2003 als Zitat des Geschäftsführers der Humanistischen Union.

punkt jeden Rechts ist aber die Regelmäßigkeit, die Gleichheit. Die Gleichheit vor dem Gesetz ist nie real, sondern nur ein demokratisches, also ziemlich grobrasteriges, also nicht persönlichkeitsfreundliches Denkmodell.

[Rz 23] Der Freiheitsdrang ist nahezu immer ein Datenverarbeitungsdrang. Er ist der Natur des Menschen entsprechend lebendig, findig und aggressiv und lässt ihn regelmäßig vergessen, dass er einen ebenso verletzlichen Menschen, wie er es selbst ist, zum Objekt seiner Begierde und Enthüllung macht.

#### **4 Informationelle Selbstbestimmung ist im Zivilrecht ein rechtsdogmatischer Unfug**

[Rz 24] Ich habe keine Ahnung von der Semiotik und werde begrifflich wohl alles durcheinanderwerfen: Aber, dass personenbezogene Daten nur dann Gegenstand von datenschutzrechtlichen Überlegungen sein können, wenn sie verkörpert, verschriftet, verzeichnet sind, ist eine Binsenweisheit. Die Vorstellung in unserer Seele, der Gedanke also, ist seiner Natur nach einhäusig, er bleibt in unserem Ich gefangen, er geht nicht auf die Reise zu einem anderen Ich.

[Rz 25] Das tut zwar das gesprochene Wort, es geht aus dem Mund, wird Welle und gehört und manchmal verstanden. Aber auch ein gesprochenes und verstandenes Wort ist kein Datum, so jedenfalls eine Hypothese meines Kollegen Christian Schnoor<sup>13</sup>: Denn so wenig man die Regeln des Sachenrechts auf den elektrischen Strom anwenden kann, so wenig kann man die Regeln des Datenschutzrechts sinnvoll auf das flüchtige Wort anwenden: Solange es nicht aufgezeichnet, also verkörpert ist, kann man es nicht löschen oder sperren; man kann es aber auch nicht weiter übermitteln, denn es ist fort, indem es gesprochen ist. Seine erste Entstehung, ob es gehört und verstanden wird oder nicht, ist sein Tod. Worte sind Schall und Rauch. Für Rauchzeichen, Morsezeichen gilt dasselbe.

[Rz 26] Also ist ein Datum ein bleibendes Zeichen, ein Abbild. Man kann die Form eines Datums kurz «Schrift» nennen. Gleich ob Keilschrift oder digitale Aufzeichnung und Sprache: Datenschutz greift nur, wenn Verkörperung stattfindet.

[Rz 27] Aber ein verschriftetes Wort ist noch keine Angabe. Erst eine Bedeutung, ein Wort einer Sprache, ein Begriff, ist eine Botschaft; nur sie vermittelt einen angehenden inhaltlichen Sinn. Erst ein Sinn bewirkt eine Angabe, sie trägt einen intersubjektiv verstehbaren Sinn. Erst eine solche Angabe ist das eigentliche Objekt der datenschutzrechtlichen Auseinandersetzung. Dass das Gesetz von einer «Einzel»-Angabe spricht, zeigt seine Bemühung, der Angabe einen eindeutigen Sinn zu unterlegen, sie also als Aussage einzugrenzen. Dabei kann eine Einzelangabe aber auch doppeldeutig, mehrdeutig, diffus und unklar sein, wenn ihr Sinn gerade darin liegt. Deshalb kann «Einzelangabe» nur so, wie im Statistikrecht, zu verstehen sein, dass sich die Angabe auf einen Einzelnen beziehen muss. Aber dieser Personenbezug wird ja schon durch die bestimmte Person hergestellt. Das «Einzel-» ist also überflüssig.

[Rz 28] Die dann vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen «persönlichen oder sachlichen» Verhältnissen ist eigentlich ein Unfug. Denn es ist ein Angriff auf die dem Datenschutzgedanken eigentlich zugrunde liegende Idee, dass alle Angaben, die einen Einzelnen mittelbar

---

<sup>13</sup> Dr. Christian Schnoor ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer des Instituts für Informationsordnung.



oder unmittelbar betreffen, personenbezogen und folglich «persönlich» sind. Es gibt keine «sachlichen» Angaben, die nicht auch «persönlich» sind, wenn sie sich mit einem Menschen in einen Kontext, in eine Beziehung bringen lassen können. Jeder Kontext, der zwischen einem Menschen und seinen Lebensumständen besteht, stellt diese Beziehung zwischen Person und Sache her. Es würde den Gesetzesinhalt unverändert lassen, wenn diese beiden Wörter «persönlichen oder sachlichen» fehlen würden.

[Rz 29] Das Gesetz meint schlicht alle «Verhältnisse», also alle Umstände, die mit dem gemeinten Einzelnen (aber genauso gut auch mehreren Einzelnen) in Verbindung zu bringen sind.

[Rz 30] Schon diese wenigen Anmerkungen zeigen, dass die Definition der personenbezogenen Daten sprachlich und folglich auch gedanklich verkorkst und eher misslungen, zumindest aber überfrachtet ist. Es ist offenkundig, dass in Deutschland – der Datenschutz ist ein deutscher Exportartikel – niemand so recht darüber nachgedacht hat, was personenbezogene Daten wirklich sind.

[Rz 31] Und es wird noch schlimmer: Denn eigentlich sind alle Daten, alle Einzelangaben immer personenbezogen; es gibt keine anderen. Denn Verschriftung, Autorenschaft, bedeutet, dass es einen Urheber der Information geben muss, einen Einzelnen, der die Angabe gemacht hat. Schon die Autorenschaft ist ein Datum. Ferner gibt es einen Leser, jemanden, der die Schrift deutet, sie liest und ihren Inhalt versteht. Auch er ist eine Person, also ein Zweiter. Bleibt der Autor allein und schreibt er nur für sich, dann macht er keine «Angabe», er teilt nichts mit, er informiert niemanden, weil er selbst, bevor er oder während er schreibt, schon informiert ist. Folglich sind zwei Beteiligte notwendig, um von einer Angabe zu sprechen. «Angabe» reichte also aus.

[Rz 32] Im Web, im Netz, sind es immer noch weitere Personen, auf die sich eine Angabe beziehen muss: Es sind der Autor, der Zugangsprovider, der Inhaltsprovider, der User und ferner meist ein Dritter, auf den und dessen Verhalten sich die Botschaft bezieht. Wir sehen hier: Allein die Form aller ins Netz gestellten und abgerufenen Inhalte setzt mehrere beteiligte Personen voraus. Der Inhalt ist dabei völlig schnurz. Aber natürlich steht auch diesen Beteiligten ein Datenschutz zu, so meint man zumindest landläufig. Bei den Datenschützern wird nicht zwischen dem Inhalt und der Form unterschieden. Das scheint mir auch konsequent zu sein, weil «Person» heißt, dass etwas durchtönt, gleich, ob es der Inhalt ist, der interessiert, oder die bloße Tatsache, dass es überhaupt durch diese bestimmte Person tönt.

[Rz 33] Wer von allen, die an einer Information, ihrer Entstehung, ihrer Rezeption und ihrem Inhalt teilnehmen, soll nun das Bestimmungsrecht haben?

[Rz 34] Schauen Sie ruhig in die Kommentare: Zwar hat offenkundig niemand darüber nachgedacht, dass eine Information bereits ihrer Natur nach, eben als verkörperte Nachricht, als Angabe, die immer einen Urheber und einen Entzifferer befasst, mindestens zwei Personen betrifft. Dass sich ein personenbezogenes Datum auch auf zwei und mehr Personen bezieht, das haben zwar viele Autoren als Problem erkannt: Bei Daten mit Doppel- oder Mehrfachbezug ergibt sich das Problem, wem nun die Selbstbestimmung zusteht. Aber keiner löst dieses Problem. Es wird allenfalls angerissen und dann umschifft und vergessen<sup>14</sup>. Wenn Zweien eine Selbstbestimmung zustehen soll, dann wünsche ich ihnen eine gute Nacht.

---

<sup>14</sup> Doppelbezug oder Mehrfachbezug kommen z. B. bei SIMIRIS(Fn. 5) im Schlagwortverzeichnis nicht vor. Unter § 3 Rn. 41–56 werden zwar die möglichen Konstellationen mehrerer Betroffener – wenn auch nicht entspringend aus der Natur dessen, was ein Datum ist – besprochen; Konsequenzen zum Selbstbestimmungsrecht bleiben aber unerwähnt.

[Rz 35] Wir können folglich für Friedrich Lachmayer und, so hoffe ich, in seinem Sinn festhalten: Die informationelle Selbstbestimmung ist eine Freiheit, die es schon von der Natur der Sache her nicht gibt.

## 5 Das Netz ist ein Ort der Freiheit und der Verantwortung

[Rz 36] Wesentliche Form des Umgangs mit Informationen ist heute das Netz, das sich seiner Natur nach jedem nationalen Recht entzieht. Zwar kann man über das Niederlassungsprinzip ein wenig reglementieren, jedoch zeigen die neueren gerichtlichen Erkenntnisse, dass beispielsweise deutsches Recht für Facebook in Deutschland nicht anwendbar sein soll, so das Oberverwaltungsgericht Schleswig<sup>15</sup>. Die Grenzüberschreitung, besser die Grenzenlosigkeit des Netzes kann nur für ein weltweites Recht bedeutungslos sein.

[Rz 37] Im Netz mitmachen zu wollen bedeutet für die meisten Zeitgenossen einerseits, viel über bestimmte Andere in Erfahrung oder unter die Leute bringen zu wollen, andererseits aber selbst möglichst anonym zu bleiben. Das kann als Regel nichts taugen. Denn das ist bereits ein widersprüchliches Verhalten, weil jeder Teilnehmer Opfer und Täter zugleich ist. Wer sich aktiv als Netzteilnehmer bewegt, wird auch als solcher erkannt. Wer unerkannt bleiben will, kann im Netz nur lexikalisches Wissen ergattern oder sich dort auf bedeutungslosen Spielwiesen, also verantwortungslos, herumtreiben. Als verantwortungsvoller Kommunikations-Partner muss er jedoch mit offenem Visier erkennbar, fassbar und haftbar bleiben. Die natürliche Verklammerung von Freiheit und Verantwortung gilt uneingeschränkt auch im Netz. Ohne die der Freiheit notwendig zugehörige Verantwortung wird jede Angabe im Netz unverbindlich und damit wertlos.

[Rz 38] Die Grünen und die Piraten – letzteren steht das Wasser am Hals – tun so, als könne man sich in der Öffentlichkeit unbeobachtet bewegen. Sie reklamieren ihr öffentliches Geschrei als Privatheit. Diese sozialfeindliche, geradezu asoziale Haltung, diese Vermummung bei der öffentlichen Meinungsäußerung, vergisst bewusst, dass das Grundgesetz den Menschen als soziales Wesen begreift, das seine Freiheit mit Verantwortung bezahlt (und übrigens die Kostenlosigkeit der Netzangebote mit seinen Daten).

[Rz 39] Soweit ein wenig ungeordnet meine kleinen Wahrheiten. Nun warte ich dazu auf eine Grundsatzarbeit von Friedrich Lachmayer.

---

Thomas Giesen, Rechtsanwalt, Sächsischer Datenschutzbeauftragter a. D., Vorstand des Instituts für Informationsordnung e. V., Palaisplatz 3, D-01097 Dresden

---

<sup>15</sup> Beschlüsse vom 22. April 2013, AZ. 4 MB 10/13 und 11/13.