Der Bundesbeauftragte
für den Datenschutz und
die Informationsfreiheit

Vortrag

des Bundesbeauftragten für den Datenschutz
und die Informationsfreiheit

Prof. Ulrich Kelber

„Informationelle Selbstbestimmung und andere Grundrechte: Führt die Corona-Krise zu einer Grundrechtskrise?“

bei der Gesellschaft für Informatik (GI) Regionalgruppe Köln

Onlineveranstaltung am 3. Mai 2021

Es gilt das gesprochene Wort

Sehr geehrte Frau Professor Kees,

sehr geehrter Herr Dr. Stiemerling,

sehr geehrte Damen und Herren,

I. Einleitung

Wäre ich einer der notorischen Dauergäste in den Talkshows dieser Republik, wäre die Antwort auf die Frage im Titel meines Vortrags ganz einfach: Alle Grundrechte werden derzeit eingeschränkt, nur der Datenschutz nicht. Ende aus, gute Nacht!

Da ich aber weder Philosoph, noch Oberbürgermeister, noch Ministerpräsident oder Chefredakteur bin, begnüge ich mich nicht mit falschen Parolen, sondern will mit Ihnen etwas genauer hinschauen.

Was ist denn nun wichtiger, Lebensschutz oder Datenschutz? Oder, oh Wunder für eine plurale Gesellschaft, vielleicht ist es ja einer der Fragen, die gar nicht ein Entweder-Oder verlangen!?

Ich vertrete diese Ansicht ganz entschieden, wie sie sich vielleicht vorstellen können. Wenn Abwägungen ni da sind, dann kann mich das auf den Palmer bringen. So faz zu erklären, ist nicht sö dermaßen schwierig, das kretsch man hin, das dauert nur einen Weil, das kostet nicht die Welt.

II. Pandemie als Ausnahmesituation

Die Corona-Pandemie dauert jetzt schon über ein Jahr. Die Situation entstand trotz mancher mehr oder weniger abstrakter Warnungen durchaus unvorhergesehen und plötzlich. Das Virus ist neu und ständig gibt es neue Erkenntnisse und Entwicklungen. Die Situation hat sicher die meisten von uns das ein oder andere Mal überfordert.

Und so geht es auch der Politik und den staatlichen Stellen. Die Entscheidungsträger müssen die Situation ständig neu bewerten und die zu treffenden Maßnahmen anpassen.

Die Bundes- und Landesregierungen haben im letzten Jahr immer wieder Rechtsänderungen vorgenommen. Neue und geänderte Verordnungen wurden erlassen und auch das Infektionsschutzgesetz wurde mehrfach angepasst. Die letzte Änderung des Infektionsschutzgesetzes trat vor gut einer Woche in Kraft. Bundestag und Bundesrat haben die sogenannte „Bundesnotbremse“ verabschiedet.

Die mit den Änderungen des Infektionsschutzgesetzes und den Corona-Verordnungen der Länder eingeführten Maßnahmen haben erheblich in die verschiedenen Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger eingegriffen. Wir alle sind in unserer Handlungsfreiheit beschränkt. Wir dürfen uns nicht mehr in größeren Gruppen treffen und viele Freizeitaktivitäten und Hobbys sind seit Monaten nicht mehr möglich.

Noch härter trifft es viele Unternehmer und Selbstständige wie Kinobetreiber, Restaurantbesitzer oder aber auch freischaffende Künstler und Beschäftigte aus vielen Bereichen der Dienstleistungsbranche. Deren berufliche Zukunft ist durch die getroffenen Maßnahmen existenziell bedroht. In ihre Berufsausübungsfreiheit wird massiv eingegriffen. Dies alles ist unbestritten.

III. Keine Sonderstellung des Datenschutzes

In vielen Talkshows und anderen Diskussionsformaten wurde, wie gesagt, dann die Behauptung aufgestellt, dass viele Beschränkungen in diverse Grundrechte erfolgt seien, der Datenschutz aber „unangetastet“ sei. Diese Behauptung ist schlicht falsch. Es wurden natürlich verschiedene Regelungen erlassen, die Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger vorsehen.

Die meisten von uns werden sich noch gut an den letzten Sommer erinnern. Die Corona-Zahlen waren niedriger und der ein oder andere Café- und Restaurantbesuch war wieder möglich. Doch jeder Besuch war mit dem Ausfüllen von Kontaktformularen verbunden, bei denen wir Namen und Kontaktdaten preisgeben mussten. Bei der Einreise nach Deutschland muss eine elektronische Einreiseanmeldung ausgefüllt werden. Und auch die ersehnten Impfungen sind mit zahlreichen Datenverarbeitungen verbunden, um nur drei kleinere Beispiele zu nennen.

Die informationelle Selbstbestimmung ist also, wie viele andere Grundrechte auch, durch die Corona-Maßnahmen sehr wohl betroffen und wird auch eingeschränkt.

IV. Kein „Entweder - Oder“ bei der Grundrechtsabwägung

In der öffentlichen Diskussion wird zudem häufig der Eindruck erweckt, es gäbe beim Eingriff in den Datenschutz zur Pandemiebekämpfung nur ein „entweder – oder“. *Entweder* wir bekämpfen die Pandemie und retten Leben *oder* wir schützen die Daten der Bürgerinnen und Bürger.

Auch diese Aussage ist falsch und – verzeihen Sie – von erschreckender Unkenntnis geprägt. Es ist das tagtägliche Geschäft der Verwaltung, der Regierung und natürlich auch der Datenschutzbehörden, bei ihren Entscheidungen verschiedene Grundrechte gegeneinander abzuwägen. Dies war vor Corona so, ist während der Pandemie so geblieben und wird auch nach der Pandemie der Fall sein.

Die Juristen benutzen hierfür den Begriff der „praktischen Konkordanz“. Dieses Prinzip kommt immer dann zur Anwendung, wenn sich gleichrangige Verfassungsgüter gegenüberstehen und miteinander kollidieren. Die Pflicht des Staates zum Schutz der Gesundheit und der Datenschutz als Konsequenz des informationellen Selbstbestimmungsrechts finden beide ihre Grundlage im Grundgesetz. Zwischen Ihnen muss ein möglichst schonender Ausgleich erreicht werden.

In der Pandemiesituation bedeutet dies, die Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung gegen die Schwere des Eingriffs in das informationelle Selbstbestimmungsrecht abzuwägen, wenn dies notwendig wird. Aufgrund der hohen Gefährlichkeit des Coronavirus habe beispielsweise auch ich als Datenschützer keine Einwände dagegen, dass vermehrt Kontaktdaten erhoben und an die Gesundheitsämter weitergeleitet werden. Wichtig ist, dass dies nur in dem Umfang erfolgt, wie es für die Pandemiebekämpfung erforderlich ist. Und dass die üblichen Maßnahmen der rechtlichen Grundlagen, der Transparenz, der Sorgfalt, der Sicherheit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben.

Bis zur der dargestellten Abwägung zwischen dem Datenschutz und dem Infektionsschutz kommt es jedoch in vielen Fällen gar nicht. Die Abwägung zwischen den Grundrechten ist die letzte Stufe, wenn es darum geht, ob ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung zulässig ist. Zuvor muss erst geprüft werden, ob vorgeschlagene Maßnahmen überhaupt zur Pandemiebekämpfung geeignet sind oder ob es andere Maßnahmen gibt, die gleich geeignet sind, aber weniger stark in die informationelle Selbstbestimmung eingreifen. Diesen Schritt wollen sich die Vereinfacher dieser Welt gerne ersparen, obwohl er – an den Anfang einer Überlegung gestellt – keine Zeit, wohl aber Gehirnschmalz kostet.

V. Verbesserung der Pandemiebekämpfung durch Datenschutz

In vielen Fällen, in denen die Politik zwischen verschiedenen Maßnahmen entscheiden musste, widersprachen sich Pandemiebekämpfung und Datenschutz überhaupt nicht. Es ist nämlich mitnichten so, dass *mehr* Datenschutz zu *weniger* bzw. schlechterer Pandemiebekämpfung führt. Als sehr anschauliches Beispiel möchte ich auf die Diskussionen rund um die Corona Warn App (CWA) eingehen, weil das ja wieder hochaktuell ist:

Die CWA dient der anonymen bzw. pseudonymen Kontaktnach-verfolgung. Sie nutzt dafür die Bluetooth-Technologie. Diese ist die beste unter vielen schlechteren Alternativen, Begegnungen automatisch zu erfassen. Ziel der CWA ist es, die Kontaktpersonen Infizierter möglichst schnell zu informieren, um die Infektionskette zu unterbrechen. Die direkte Warnung über die App ist hierbei wesentlich schneller, als es die Benachrichtigung über das Gesundheitsamt sein kann. Zudem können über die CWA auch Kontaktpersonen informiert werden, die der Infizierte gar nicht kennt, beispielsweise andere Zugpassagiere. Gleichzeitig aber auch nur die, die irgendwie in die Nähe gekommen sind und nicht z.B. alle Besucher des Zoos in Osnabrück.

Als Alternative zur Bluetooth-Technologie wurde – insbesondere in der Anfangsphase der Pandemie – die Nutzung von GPS-Daten gefordert. Doch die Nutzung von GPS-Daten wäre sowohl aus Datenschutz als auch aus Infektionsschutzgründen die schlechtere Wahl gewesen.

Aus Datenschutzperspektive spricht gegen GPS-Nutzung, dass hierdurch detaillierte individuelle Bewegungsprofile erzeugt werden können. Es würden über mindestens zwei Wochen hinweg detaillierte Bewegungsprofile erstellt, wo sich der Nutzer der CWA – oder zumindest sein Handy - wann und wie lange aufgehalten hat. Allein aus dem Zugang zu einem solchen Profil ließe sich in vielen Fällen ein Rückschluss auf die dahinterstehende Person ziehen.

Aber auch aus Infektionsschutzgesichtspunkten ist die Nutzung der GPS-Daten nicht sinnvoll. Während Bluetooth den ungefähren Abstand zwischen zwei Geräten misst, bezieht sich GPS auf den Ort, an dem sich eine Person befindet. Die GPS-Ortung erfolgt Satelliten-gestützt. Abstände zwischen zwei Personen können dabei nur viel ungenauer bestimmt werden. GPS funktioniert in Innenräumen oder in Tiefgaragen zum Teil gar nicht. Zudem macht GPS keinen Unterschied, ob sich eine Person direkt neben einer anderen Person befindet oder drei Stockwerke darüber. Auch zwischen zwei Personen befindliche Türen oder Wände haben keinen Einfluss. Folglich würden beim Einsatz von GPS-Daten zur Kontaktnachverfolgung viel zu viele völlig irrelevante Treffer generiert und andere Begegnungen übersehen werden. Dies würde zu einer unnötigen Inanspruchnahme von Tests und auch zu einer unnötigen Mehrbelastung der Gesundheitsämter führen.

Es ist auch eine Mär, dass andere Staaten erfolgreich auf GPS zur Kontaktnachverfolgung setzen würden. Japan benutzt ebenfalls eine App, die auf Bluetooth basiert und der CWA sehr ähnlich ist. Die in Südkorea eingesetzte App dient hingegen der Quarantäneüberwachung und nicht der Kontaktnachverfolgung. Taiwan hat keine App.

Sollte man mal auf ein Großplakat in den Studios der Talkshows schreiben. Merken können sich das die Dauergäste dort nämlich nicht, selbst wenn man es ihnen persönlich erklärt hat.

Auch die niedrigen Infektionszahlen in Australien und Neuseeland beruhen nicht auf Kontaktnachverfolgung mittels Apps oder anderen Eingriffen in den Datenschutz. Diese Länder haben die niedrigen Infektionszahlen durch äußerst rigide Lockdown-Maßnahmen erreicht. Ähnlich harte Einschränkungen wie dort gab es in Deutschland bisher in keiner Phase der Pandemie. So wie auch unsere Gesundheitsämter kaputtgespart wurden.

Es ist meine Überzeugung, dass gute digitale Lösungen die Pandemiebekämpfung erleichtern und auch aus Datenschutzsicht besser als ihre analogen Vorläufer sind. Sie sind jedoch keine Allheilmittel.

Ein Beispiel, wo digitale Lösungen zu einer Verbesserung beitragen können, ist die ortsbezogene Kontaktnachverfolgung. Die Kontaktnachverfolgung in Restaurants, bei Veranstaltungen etc. muss nicht auf Papier erfolgen. Im Sommer wurden zur Kontaktnachverfolgung beispielsweise Papierlisten ausgelegt, bei denen jeder Restaurantbesucher einsehen konnte, wer im Laufe des Tages sonst noch das Restaurant besucht hatte. Noch am Freitag ist das meinen Söhnen auf einer Wiese begegnet, wo sie Maibäume geholt haben. Eine solche unzulässige und unnötige Preisgabe ließe sich durch eine entsprechende technische Lösung leicht vermeiden.

Eine digitale Lösung - wie eine Kontaktnachverfolgungs-App - ist aber aus Datenschutzsicht nur dann gut, wenn sie datenschutzfreundlich umgesetzt wird. Das bedeutet unter anderem, dass:

- ausreichende technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz der Daten getroffen werden,
- nur die benötigten Daten gespeichert und übermittelt werden,
- unberechtigte Zugriffe verhindert werden,
- und automatische Löschroutinen implementiert sind.

Eine solche Lösung wird von mir immer favorisiert und unterstützt. Es gibt bereits diverse Apps auf dem Markt, die die Papierlisten ersetzen wollen. Hier gilt es die Apps danach zu prüfen, ob sie die Kontaktnachverfolgung auf datenschutzkonforme Art und Weise gewährleisten.

Eine datensparsame Clusterverfolgung bietet auch die CWA unter dem Begriff „Eventregistrierung“ mit ihrem neuesten Update (ab der bereits verfügbaren Version 2.0). Die Länder sollten diese zulassen, weil sie eben schneller ist und die Gesundheitsämter informiert. Eine Weiterentwicklung der Funktionalität ist außerdem leicht möglich.

VI. Datenschutz als Sündenbock

Es gibt bei der öffentlichen Diskussion, aber auch in politischen Kreisen, teilweise die Tendenz, dem Datenschutz die Schuld zu geben, wenn (nicht nur) die Pandemiebekämpfung nicht so läuft wie gewünscht. Dies lenkt nicht selten von jahrelangen Versäumnissen an ganz anderer Stelle ab, denkt man nur an den Stand der Digitalisierung in Deutschland.

Es wurden mir in den letzten Monaten aber noch keine konkreten Maßnahmen von verantwortlicher Stelle vorgeschlagen, bei denen ich sagen musste, dass ist generell nicht möglich, weil es gegen den Datenschutz verstößt.

Es mag Fälle geben, in denen bestimmte Maßnahmen eine Gesetzesänderung erfordern würden. Denn wie alle Grundrechtseingriffe bedürfen Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmungsrecht einer gesetzlichen Grundlage. In diesen Fällen scheitert die Maßnahme dann aber nicht am Datenschutz, sondern am politischen Willen, die entsprechende Rechtsgrundlage zu schaffen. In solchen Konstellationen würde ich mir mehr Ehrlichkeit wünschen.

Zudem müssen bei der Umsetzung der Maßnahmen selbstverständlich die datenschutzrechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden. Diese sind nicht irgendwie aus der Luft gegriffen, sondern sind geltendes Recht, das sich insbesondere aus der Datenschutz-Grundverordnung ergibt.

So gilt selbstverständlich auch für die Gesundheitsämter im Rahmen der Kontaktnachverfolgung oder für die Restaurants beim Führen der Kontaktlisten, dass sie die Informationspflichten nach der DSGVO einhalten müssen.

VII. Fazit

Lassen sich mich zum Schluss noch einen Vergleich zwischen Pandemiebekämpfung und der Automobilindustrie wagen:

Wenn ich ein möglichst schnelles Auto herstellen möchte, brauche ich einen guten Motor, Reifen, die der Geschwindigkeit standhalten und zum Schutz der Insassen sollte das Auto auch Bremsen, Airbags und Sicherheitsgurte haben.

Wenn ich eine Pandemie effektiv bekämpfen möchte, brauche ich Maßnahmen zur Kontaktreduktion, eine schnelle und zuverlässige Kontaktnachverfolgung und zum Schutz der personenbezogenen Daten die Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Vorgaben.

Das sollte eigentlich selbstverständlich sein.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.