

# Datenschutz und historische Forschung in verfassungsrechtlicher Sicht\*

Hans-Ullrich Gallwas\*\*

## I.

Noch vor zehn Jahren wäre jeder belächelt worden, der die Tätigkeit der öffentlichen Archive der staats- und verwaltungsrechtlichen Kategorie „Eingriffsverwaltung“ zugeordnet hätte.

Staatliche wie kommunale Archivverwaltung war damals eine Tätigkeit, die sich vor allem im Innenbereich der Verwaltung vollzog. Man schuf und bewahrte das „Gedächtnis der Nation“ oder der örtlichen Gemeinschaft. Und wenn man nach außen tätig wurde, sei es, daß man Dritten die Archivbenutzung erlaubte oder versagte, handelte man immer noch im Bereich der Leistungsverwaltung und nach leistungsverwaltungs- bzw. leistungsverfassungsrechtlichen Maßstäben.

Das bedeutet: Im Archivbenutzungsverhältnis war der bundes- bzw. landesverfassungsrechtliche Gleichheitssatz die „regula aurea“. Man durfte dem einen nicht verweigern, was man einem anderen gewährt hatte. Jeder Benutzungsinteressent konnte verlangen, wie jeder bereits zugelassene Benutzer behandelt zu werden; dies freilich unter der Voraussetzung, daß die Sachverhalte, die Umstände des einzelnen Falles sich im wesentlichen glichen<sup>1</sup>.

Wo der Benutzungsbezugsfall fehlte, hatte der abgewiesene Benutzer allenfalls die rechtlichen Chancen, die ihm der leistungsverwaltungsrechtliche Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch gewährt<sup>2</sup>. Er konnte also verlangen, daß man ihn nicht in ermessensfehlerhafter Weise abwies. Das Archiv hatte deshalb alle für den einzelnen Fall maßgeblichen Umstände zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung angemessen, eben nach deren Gewicht zu berücksichtigen. Ein Benutzungsverbot eines Gemeindearchivs allein aus dem Grunde, weil der Antragssteller von auswärts kommt, hätte somit rechtlich keinen Bestand gehabt, wohl aber eine Abweisung mit der substantiierten Begründung, daß überwiegende Gesichtspunkte des örtlichen Wohls einer Benutzung derzeit noch entgegenstünden.

Die zentrale verwaltungsrechtliche Kategorie für die Tätigkeit im Archivwesen war das Verwaltungsermessen; also das Ermessen der Verwaltung, die ihr Material als Archivgut anbot, und das Ermessen der Archive, die das Angebot annahmen, das Archivgut aufzubereiten und über die Benutzung zu entscheiden hatten. Die Ausübung des Verwaltungsermessens hatte zwar den rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu wahren. Aber das besagte, eben weil

\*\* Dr. iur. Hans-Ullrich Gallwas ist Professor an der Universität München.

Archivverwaltung der Leistungsverwaltung zugeordnet war, lediglich Bindung durch den Vorrang, nicht aber Bindung durch den Vorbehalt des Gesetzes. Archivtätigkeit bedurfte also keiner speziellen gesetzlichen Grundlage, sie durfte nur nicht gegen das Gesetz verstoßen, wobei mit Gesetz alle normativen Regelungen gemeint sind, von der Gemeindefestsetzung bis hin zum Grundgesetz<sup>3</sup>.

Die Archivordnung, vor allem das Benutzungsverhältnis, konnten durch ermessensbindende Regelungen ausgestaltet werden. Hierzu reichte eine Richtlinie. War es eine Satzung oder eine Verordnung, so war dies verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Luxus, freilich wohlverstandener Ausdruck von Rechtsstaatspolitik.

In diese leistungsrechtliche Idylle brachen die Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder ein<sup>4</sup>. Sie schufen unter anderem den datenschutzrechtlichen Gesetzesvorbehalt, dem sich letztlich auch das Archivwesen nicht entziehen konnte.

Der datenschutzrechtliche Gesetzesvorbehalt besagt, daß unter anderem Vorgänge der Übermittlung personenbezogener Daten aus Dateien nur zulässig sind, wenn sie durch eine Rechtsvorschrift erlaubt wurden oder der Betroffene in die Übermittlung eingewilligt hat<sup>5</sup>. Dieser Gesetzesvorbehalt stellte die Archivtätigkeit rechtlich auf eine neue, und zwar gemessen am früheren Zustand auf eine tiefgründig neue Basis. Mit ihm verbindet sich nämlich ein neues subjektives Recht, und zwar das Recht jeder natürlichen Person auf Unterlassung unbefugter oder datenschutzrelevanter Verarbeitung ihrer Daten. Datenschutz ist also nicht

\* Vortrag auf der Studienkonferenz zur Problematik der neuen Archivgesetzgebung, Akademie für politische Bildung Tutzing vom 25. bis 27. Februar 1986.

<sup>1</sup> Zu dieser leistungsrechtlichen Funktion des Gleichheitssatzes vgl. Dürig, Maunz-Dürig, Grundgesetz, Artikel 3 Abs. 1 Rdnr. 419ff.

<sup>2</sup> Zu diesem formellen subjektiven Recht Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 15.

<sup>3</sup> Allgemein zum Verwaltungsermessen Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., § 12 II 2.

<sup>4</sup> BDSG vom 27. 1. 1977; Baden-Württembergisches DSGVO vom 4. 12. 1979; Bayerisches DSGVO vom 28. 4. 1978; Berliner DSGVO vom 12. 7. 1978; Bremisches DSGVO vom 19. 12. 1977; Hamburgisches DSGVO vom 31. 3. 1981; Hessisches DSGVO vom 31. 1. 1978; Niedersächsisches DSGVO vom 26. 5. 1978; Nordrhein-Westfälisches DSGVO vom 19. 12. 1978; Rheinland-Pfälzisches DSGVO vom 21. 12. 1978; Saarländisches DSGVO vom 17. 5. 1978; Schleswig-Holsteinisches DSGVO vom 1. 6. 1978.

<sup>5</sup> Dazu Gallwas, in: Gallwas-Schweinoch, Datenschutzrecht, § 3 Rdnr. 1 ff.; Woertge, Die Prinzipien des Datenschutzrechts und ihre Realisierung im geltenden Recht, S. 43 mit Nachweisen.

etwa nur objektiv-rechtliche Pflicht der Verwaltung und ihrer Archive, sondern einklagbares Recht eines jeden Betroffenen<sup>6</sup>. Von nun an war darum das Archivwesen nicht mehr der Leistungs- sondern der Eingriffsverwaltung zuzuordnen<sup>7</sup>.

Dies geschah freilich nicht mit einem Schlag auf voller Breite. Denn die Datenschutzgesetze hatten ihre wirkungslimitierenden Eckpfeiler. Einer davon ist der Dateibegriff, ein anderer der Begriff des Betroffenen, hinzu kommt der Begriff der Datenverarbeitung, der auf bestimmte Verarbeitungsvorgänge, nämlich Speicherung, Übermittlung, Veränderung und Löschung begrenzt ist. Indessen, in dem Maße, wie das archivierbare Material der Verwaltung sich vom Schriftgut zum modernen Datenmaterial hin wandelt, muß auch der datenschutzrechtliche Gesetzesvorbehalt weiter ausgreifen.

Vor allem sind es zwei Funktionsbereiche, die datenschutzrechtlich relevant und zugleich brisant werden: Die Übernahme des modernen Datenmaterials aus der Verwaltung in die Archive und das Benutzungsverhältnis mit Dritten, also die Bereithaltung des Archivguts zur Einsicht durch Dritte. Der eine Bereich wird durch die datenschutzrechtlichen Lösungs- und Sperrungsgebote und beide Bereiche von den datenschutzrechtlichen Übermittlungsverboten erfaßt<sup>8</sup>.

Diese Entwicklung der Archivtätigkeit aus der Leistungsverwaltung in die Eingriffsverwaltung hinein war zunächst zwar umfassend verfassungspolitisch motiviert, aber nicht umfassend verfassungsrechtlich geboten. Vielmehr mischte sich in den Datenschutzgesetzen verfassungsrechtlich vorgegebenes<sup>9</sup> mit gesetzgeberisch eigenständigem. Immerhin war jedoch durch die Datenschutzgesetze die Archivtätigkeit auf eine andere Ebene gehoben worden. Eben weil der einzelne durch die Datenschutzgesetze mit einem, wenn auch noch einfachgesetzlichen subjektiven Recht ausgestattet war, bedurfte Archivtätigkeit, die dieses Recht berührte, einer gesetzlichen Grundlage. Die Ebene einer Regelung der Archivtätigkeit durch Ausübung des Verwaltungsermessens war damit verlassen, und man war auf die Ebene grundsätzlich normativer Regelung gelangt.

Weil diese zweite Ebene mindestens im wesentlichen auf Parlamentsgesetz beruhte, wäre es damals noch möglich gewesen, wiederum durch Parlamentsgesetz eine Ausnahme zu schaffen. Man hätte also die Archive durch ein dem Medienprivileg vergleichbares Archivprivileg von den oder immerhin von einigen Datenschutzbestimmungen freistellen können. Dieser Weg steht heute nicht mehr offen.

Inzwischen hat sich nämlich der datenschutzrechtliche Gesetzesvorbehalt, der zunächst nur kraft einfachen Gesetzes bestand, in einen verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt verwandelt. Die eingrenzenden Eckpfeiler der Datenschutzgesetze, also der Dateibegriff, die Begrenzung auf bestimmte Verarbeitungsphasen und die Beschränkung auf den Schutz natürlicher Personen, sind im Begriff, ihre Tragfähigkeit zu verlieren. Aus dem durch die Datenschutzgesetze geschaffenen subjektiven Rechte des Betroffenen ist das grund-

rechtsverbürgte Recht auf informationelle Selbstbestimmung geworden.

Zur Verdeutlichung dieser engeren verfassungsrechtlichen Einbindung des Archivwesens bedarf es keiner minutiösen Darlegung der einzelnen Gedankengänge des Bundesverfassungsgerichts im Volkszählungs-Urteil vom 15. 12. 1983. Vielmehr genügt es, die beiden ersten Leitsätze dieser Entscheidung in Erinnerung zu rufen:

„1. Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung wird der Schutz des einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Artikel 2 Abs. 1 i. V. m. Artikel 1 Abs. 1 GG umfaßt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.

2. Einschränkungen dieses Rechts auf ‚informationelle Selbstbestimmung‘ sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig. Sie bedürfen einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muß. Bei seinen Regelungen hat der Gesetzgeber ferner den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Auch hat er organisatorische und verfahrensrrechtliche Vorkehrungen zu treffen, welche der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken“<sup>10</sup>.

Daß die Tätigkeit öffentlicher Archive dem informationellen Selbstbestimmungsrecht verpflichtet ist, und zwar ausnahmslos verpflichtet ist, läßt sich angesichts der Bindungswirkung bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen nicht bezweifeln<sup>11</sup>. Freilich ist noch weitgehend offen, wie weit diese Bindung reicht. Zur Verdeutlichung zwei Beispiele:

1. Was bedeutet etwa die im ersten Leitsatz benutzte Wendung: „unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung ...“? Hat man sie als Motiv oder als Voraussetzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts zu verstehen? Der Unterschied ist erheblich. Ist sie Motiv, dann gilt das informationelle Selbstbestimmungsrecht für jedwede Verarbeitung personenbezogener Daten, weil Daten heute anders verarbeitet werden können als früher. Ist sie hingegen Voraussetzung, so gilt dieses Recht nur, wenn und soweit die Daten anders verarbeitet werden als früher.

<sup>6</sup> Das subjektive Recht folgt aus dem datenschutzgesetzlichen Gesetzesvorbehalt, da dieser nach der Regelungssystematik dem Schutz des Betroffenen zu dienen bestimmt ist.

<sup>7</sup> Einzelheiten u. a. bei Steinmüller, *Der Archivar* 1980, S. 76 ff.; Oldenhage, *Der Archivar* 1980, S. 166 ff.; Hecker, *Der Archivar* 1983, S. 264 ff.; Empfehlungen der Konferenz der Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundes zur Sicherstellung des Datenschutzes im Archivwesen vom 27. 4. 1982, *Der Archivar* 1983, S. 66 f.

<sup>8</sup> § 3 Abs. 1 mit § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 4, §§ 11, 14 Abs. 2 und Abs. 3 BDSG.

<sup>9</sup> Dazu Gallwas, *Der Staat*, 1979, S. 507 ff.; Woertge, *Die Prinzipien des Datenschutzes und ihre Realisierung im geltenden Recht*, S. 54 ff.

<sup>10</sup> BVerfG Bd. 65, 1.

Im letzten Fall bliebe für die Archive verfassungsrechtlich alles beim alten, wenn und solange sie nur herkömmliches Archivgut in herkömmlicher Weise verarbeiten und verwalteten. Ist die Wendung aber Motiv, dann verlieren aus verfassungsrechtlichen Gründen der Dateibegriff wie die Modalitäten der Datenverarbeitung ihre limitierende Wirkung. Sie spielten allenfalls noch eine Rolle bei der Beurteilung des Gefährdungspotentials im Rahmen der Abwägung, ob allgemein oder im konkreten Fall das Verarbeitungsinteresse der Verwaltung oder das Schutzinteresse des Betroffenen vorgehen. In diesem Fall bedürfte es dann einer entsprechend weitgreifenden Normierung für das Archivwesen.

2. Als Grundrecht ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht mindestens nicht von vornherein auf natürliche Personen beschränkt. Da nach unserem Grundrechtsverständnis auch nichtrechtsfähige Personengebilde und juristische Personen des Zivilrechts grundrechtsberechtigt sind, erhebt sich die Frage, ob und in welchem Umfang auch sie die Befugnis haben, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung ihrer Daten zu bestimmen?

Für die Beantwortung beider, nicht nur für die Archivtätigkeit entscheidenden Fragen, läßt sich in der Verfassungsgerichtsentscheidung selbst ein entwicklungsfähiger Ansatz finden. Das Bundesverfassungsgericht schreibt: Das Persönlichkeitsrecht umfasse die Befugnis, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Diese Befugnis bedürfe unter den heutigen und künftigen Bedingungen der modernen Datenverarbeitung in besonderem Maße des Schutzes. Sie sei vor allem deshalb gefährdet, weil bei Entscheidungsprozessen nicht mehr wie früher auf manuell zusammengetragene Kartellen und Akten zurückgegriffen werden müsse, vielmehr heute mit Hilfe der automatischen Datenverarbeitung Einzeldaten über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbar Person technisch gesehen unbegrenzt speicherbar und jederzeit ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar seien. Sie könnten darüber hinaus – vor allem beim Aufbau integrierter Informationssysteme – mit anderen Datensammlungen zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild zusammengefügt werden, ohne daß der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zureichend kontrollieren könnte. Damit hätten sich in einer bisher unbekanntem Weise die Möglichkeiten einer Einsicht- und Einflußnahme erweitert, welche auf das Verhalten des einzelnen schon durch den psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme einzuwirken vermöchten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen könne, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt seien, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermöge, könne in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden. Wer unsicher sei, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und

als Informationen dauerhaft gespeichert, verwendet und weitergegeben werden, werde versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Er werde womöglich auf eine Ausübung seiner Grundrechte verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfallungschancen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens sei<sup>12</sup>.

Grund für die Konkretisierung des informationellen Selbstbestimmungsrecht ist demnach die Erhaltung und Sicherung der grundrechtsverbürgten individuellen Freiheiten und sonstigen Verhaltenschancen, kurz des grundrechtsverbürgten individuellen Differenzierungspotentials. In diesem Grundgedanken der Entscheidung liegen zugleich Maßstab und Begrenzung des verfassungsrechtlich gebotenen Datenschutzes.

Datenverarbeitung ist bezogen auf das grundrechtlich verbürgte individuelle Differenzierungspotential in unterschiedlicher Weise bedrohlich. Die Skala läuft von „nichtbedrohlich“ bis „höchstbedrohlich“, und je nachdem richtet sich das Maß des verfassungsrechtlichen Schutzes für den Betroffenen. Die verschiedenen Stufen der Bedrohung werden im Rahmen des Gesetzesvorbehalts, unter den sich das informationelle Selbstbestimmungsrecht gestellt sieht, berücksichtigt. Gesetzesvorbehalte schaffen bekanntlich Raum für Abwägungen zwischen verschiedenen, miteinander im Streit liegenden Positionen und Interessen durch den Gesetzgeber. Die verschiedenen Stufen der Bedrohung bilden die Richtpunkte für die durch gesetzgeberische Abwägung oder auf Grund gesetzgeberischer Abwägung zu bestimmende Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Datenverarbeitung, wobei es zwischen simpler Zulässigkeit und strikter Unzulässigkeit verschiedene Abstufungen geben kann. Solche Stufungen folgen zumal aus der Vorstellung, daß bestimmte Datenverarbeitungen womöglich gerade noch zulässig sind, aber eben nur im Rahmen vielfältiger verfahrensrechtlicher und organisatorischer Maßnahmen, die allesamt die Aufgabe haben, die Bedrohung für den Betroffenen so gering wie möglich zu halten. Ebenso aber wie es bei höchster Bedrohung dazu kommen kann, daß alles Abwägen und Berücksichtigen von flankierenden Maßnahmen nur immer im strikten Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten enden muß, ist es auch denkbar, daß die Möglichkeit einer Bedrohung sich der Nullmarke nähert. In dieser Zone der Bedrohungsskala verlieren die verfassungsrechtlichen Datenschutzzorgaben ihre prägende Kraft. Weder die informationelle Selbstbestimmung noch der ihr zugeordnete Gesetzesvorbehalt können dann eine Begrenzung der Datenverarbeitung rechtfertigen. Der historische Schinderhannes ist beispielsweise gegen die Verarbeitung seiner Daten von Verfassungen wegen nicht geschützt. Hier würde – oder wurde – Datenschutz zum Vorwand.

<sup>11</sup> Vgl. § 31 Abs. 1 BVerfGG.

<sup>12</sup> BVerfG Bd. 65, 1 (41 ff.).

Wenn und soweit sich der verfassungsrechtliche Datenschutz mangels eines entsprechenden Bedrohungsgrades verflüchtigt, werden Datenverarbeitung und Datenschutz wieder zu einer Frage des nachrangigen Rechts, also der Datenschutzgesetze des Bundes und der Länder, eventuell entsprechender Verordnungen oder gar auch kommunaler Satzungen. Wo diese Normen schweigen oder gar ausdrücklich ausklammern, hört die Datenverarbeitung sogar auf, zur Eingriffsverwaltung zu zählen, und sinkt zurück auf die Ebene der Leistungsverwaltung. Solche Datenverarbeitungen beruhen dann wieder im wesentlichen auf der Ausübung des Ermessens, und zwar eines durch interne Regelungen gesteuerten und steuerbaren Ermessens in den Grenzen eines weitgespannten normativen Rahmens. Wer zu welchem Zweck und in welchem Umfang die personenbezogenen Daten des historischen Schindelhannes verarbeiten darf, entscheidet deshalb die Archivverwaltung auf Grund des ihr eingeräumten Ermessens.

## II.

Nach diesem verfassungsrechtlichen Blick auf die Beziehung zwischen Archivtätigkeit und dem Betroffenen, der Person also, deren Daten archiviert sind oder archiviert werden, geht es nun um den verfassungsrechtlichen Auftritt der historischen Forschung. Das rechtliche Zweipersonenstück weitet sich zum Dreiecksverhältnis zwischen Archiv, Betroffenen und historischem Forscher.

Wesentliche Aufgabe der Archivtätigkeit war immer – und ist auch weiterhin – die Ermöglichung historischer Forschung. Das Archivgut soll vor Vernichtung, Zersplitterung oder Veruntreuung gesichert werden, und es sollen hefriedigende Nutzungsmöglichkeiten geschaffen werden<sup>13</sup>. Als Leistungsverwaltung verstanden definiert die Archivverwaltung selbst ihre dienende Funktion für die Forschung und die Modalitäten der Zweckerfüllung. Darin sind Zweck und Ausmaß jeder Nutzung eingeschlossen. Individuelles Forschungsinteresse wird nur insoweit befriedigt, wie es sich im Rahmen solcher Zwecksetzungen und Definitionen hält. Durch die rechtsstaatliche Einbindung der Ermessensverwaltung erhält der einzelne Forscher wenigstens den Schutz des Gleichheitssatzes und das Recht auf eine sachgemäße Entscheidung über seinen Benutzungsantrag.

Doch wenn der Forscher nur über einen solchen derivativen, nämlich durch entsprechende Zwecksetzungen, Definitionen und Zweckerfüllungen vorgeprägten Benutzungsanspruch<sup>14</sup> verfügt, ist es um die Selbstbestimmung des Forschers, um seine Freiheit, den Forschungsgegenstand und die Forschungsmethode frei zu wählen, schlecht bestellt. Die Freiheit des historischen Forschers besteht dann eben nur nach Maßgabe der die Benutzung jeweils regelnden Entscheidungen der Archivverwaltung. Diese als prekär zu empfindende Situation lenkt den Blick auf die verfassungsrechtlichen Verbürgungen der Forschungsfreiheit, also

auf Artikel 5 Abs. 3 des Grundgesetzes und extra in Bayern auf Artikel 108 der Bayerischen Verfassung.

Würde man die verfassungsrechtliche Forschungsfreiheit ausschließlich als Abwehrrecht begreifen, also als ein an den Staat gerichtetes Verbot, die Forschungstätigkeit des einzelnen zu beeinträchtigen, wäre man rasch am Ende. Denn das Interesse des Forschers an der Benutzung der Archive ist nicht auf Abwehr von hoheitlichen Beeinträchtigungen, sondern eben auf Schaffung der für die Forschungstätigkeit erforderlichen oder doch wünschenswerten Voraussetzungen gerichtet. Es geht nicht um Abwehr, sondern um Inanspruchnahme des Staates<sup>15</sup>.

Grundrechtlich gesicherte Archivbenutzung ist also auf die leistungsrechtliche Dimension der Grundrechte angewiesen. Mithin kommt es darauf an, ob und in welchem Umfang die Archivverwaltung aus dem bundes- bzw. landesrechtlichen Grundrecht der Forschungsfreiheit dazu verpflichtet ist, dem einzelnen Forscher den Zugang zum Archivgut zu ermöglichen, und zwar derart verpflichtet ist, daß Zugangsverweigerung einen grundrechtlichen Reaktionsanspruch auslöst. Es liegt auf der Hand, daß das Grundrecht der Forschungsfreiheit dem einzelnen keinen Zentralschlüssel in die Hand gibt, der ihm alle Türen des Archivs öffnet<sup>16</sup>. Aber, modernes Grundrechtsverständnis entnimmt den Grundrechten immerhin eine staatliche Förderungspflicht zugunsten der jeweils verbürgten Freiheit und sieht den Grundrechtsschutz insoweit vor allem in einem jeweils angemessenen Verfahrens- und Organisationsschutz<sup>17</sup>. Der einzelne hat demgemäß ein verfassungsverbürgtes Recht darauf, daß die leistungsrechtliche Rechtsbeziehung so gestaltet ist, daß ein Freiheitsinteresse in den Entscheidungsprozeß einzufließen vermag und im Rahmen der Abwägung zwischen den verschiedenen beteiligten Interessen berücksichtigt wird<sup>18</sup>. So gesehen ist das Interesse des hi-

<sup>13</sup> Dazu die Funktionsbeschreibung in § 1 Entwurf Bundesarchivgesetz, Bundestags-Drucksache 10/3072.

<sup>14</sup> Zu den derivativen Teilhaberechten vgl. Hesse, in: Benda-Maihofer-Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 96 ff.; Martens, VVDStRL Heft 30 (1970) S. 71 ff.

<sup>15</sup> Dazu jüngst BVerwG, Urteil vom 30. 11. 1984, BayVBl. 1986, 121 (122).

<sup>16</sup> Vgl. Simitis, in: Kaase u. a., Datenzugang und Datenschutz, S. 83 ff.; schon gar nicht gibt es ein subjektives Recht des einzelnen Forschers auf Sicherung der Forschung in der Zukunft, also auch nicht auf umfassende Archivierung von Verwaltungsunterlagen. Dennoch ist die Archivierung nicht mehr nur eine Sache des Verwaltungsermessens. Vielmehr wirkt insoweit die verfassungsrechtliche Förderungspflicht des Staates zugunsten der Wissenschaft; vgl. dazu Scholz, Maunz-Dürig, Grundgesetz, Artikel 5 Abs. III Rdnr. 6. Dem trägt § 3 Entwurf Bundesarchivgesetz, Bundestags-Drucksache 10/3072, nicht hinreichend Rechnung.

<sup>17</sup> Dazu Hesse, in: Benda-Maihofer-Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, S. 100 ff.; speziell für die Forschungsfreiheit Scholz, Maunz-Dürig, Grundgesetz, Artikel 5 Abs. III Rdnr. 116 ff.; v. Münch, Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl., Artikel 5 Rdnr. 70; zu eng, da nur auf die Universitäten bezogen, BayVGh. BayVBl. 1985, 1663 (1664).

<sup>18</sup> Zum leistungsrechtlichen Entscheidungsmodell, zumal zum grundrechtlich verbürgten Prinzip faktischer Freiheit neuerdings Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 465 ff.

storischen Forschers am Zugang zu den Archiven ein mindestens im Grundsatz verfassungsrechtlich geschütztes Interesse. Im Grundsatz geschützt heißt in diesem Zusammenhang: das Interesse darf nur vernachlässigt werden, wenn hierfür ein zureichender Grund besteht<sup>19</sup>.

In der Anerkennung solchen grundrechtlichen Schutzes liegt vielleicht so etwas wie eine kopernikanische Wende im Verhältnis zwischen Archiv und Archivbenutzer. Dieser ist nicht mehr nur Kostgänger der mal großzügigen, mal engherzigeren Entscheidung der Archivverwaltung<sup>20</sup>, sondern grundsätzlich Zugangsberechtigter. Sein Recht ist nicht länger allein aus Vorentscheidungen und Praxis der Archivverwaltung abgeleitet, sondern originär: es fließt unmittelbar aus einer Grundrechtsposition, nämlich der Forschungsfreiheit des Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 GG<sup>21</sup>.

### III.

Erst solche leistungsrechtliche Sicht der Grundrechte und speziell des Grundrechts der Forschungsfreiheit führt das Thema aus der Verfassungs-, speziell aus der Grundrechtspolitik heraus und in das verfassungsrechtlich auszulotende Gegeneinander von im Grundsatz grundrechtlich verbürgter Benutzungsbeziehung einerseits und informationeller Selbstbestimmung andererseits.

Dabei geht es um zwei unterschiedliche Aspekte, einen kompetenzrechtlichen und einen materiellrechtlichen. Bei jenem stellt sich die Frage, in wessen Kompetenz es liegt, die beiden entgegengesetzten Positionen zum Ausgleich zu bringen, bei diesem die Frage der Maßgeblichkeit und des Gewichts der Bestimmungsfaktoren für den Ausgleich. Beide Aspekte sollen mit einigen eher skizzierenden Strichen angerissen werden, Striche allerdings, die dem Gesamtbild der Beziehung von Datenschutz und historischer Forschung Konturen verschaffen sollen.

Zum einen: Nicht nur deshalb, weil die Archivtätigkeit das informationelle Selbstbestimmungsrecht berührt, ist sie auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen. Sondern gleichermaßen, weil sie als Voraussetzung für die historische Forschung, also für die Ausübung der grundrechtlich verbürgten Forschungsfreiheit wesentlich ist<sup>22</sup>.

Dieses verfassungsrechtliche Gebot einer normativen Regelung zielt freilich nicht auf ein durchgängiges Parlamentsgesetz, wohl aber auf parlamentarische Entscheidung der jeweils grundsätzlichen Fragen. Konkret: Die Benutzung eines kommunalen Archivs kann nach geltendem Verfassungsrecht nicht allein durch Gemeindegesetz geregelt werden. Hierzu bedarf es in Zukunft orientierender Festlegungen durch Landesgesetze<sup>23</sup>.

Zum anderen: Die Benutzungsberechtigung stößt im Gegeneinander mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht auf eine letztlich nur durch Einwilligung des Betroffenen zu überwindende Schranke. Wer

seine Daten der Verwaltung zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben anvertraut oder anvertrauen muß, hat ein Recht darauf, daß diese Daten grundsätzlich nur im Rahmen dieser Zweckbestimmung und Zweckbindung verwertet werden<sup>24</sup>. Verwendung zu Zwecken der historischen Forschung bedeutet immer Zweckentfremdung, bedürfte also einer besonderen gesetzlichen Grundlage, für die sich legitimierende Gesichtspunkte nur schwer vorstellen lassen<sup>25</sup>. Das Grundrecht der Forschungsfreiheit muß den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz respektieren. Zugang zu den Archiven oder gar zu Verwaltungsdaten zum Zwecke der Forschung auf dem Gebiete der Zeitgeschichte darf es daher grundsätzlich nur geben, wenn die Betroffenen in eine derartige Zweckänderung ihrer aktuellen oder archivierten Verwaltungsdaten einwilligen<sup>26</sup>.

Jedoch, solche Rigidität des informationellen Selbstbestimmungsrechts endet mit dem Leben des Betroffenen. Zuvor war dargetan worden, daß der verfassungsrechtliche Grund für die informationelle Selbstbestimmung in der Bedrohung der Entfaltungschancen des Betroffenen liegt. Nach dem Tod des Betroffenen steht in dieser Hinsicht nichts mehr auf dem Spiel<sup>27</sup>. Darum

<sup>19</sup> Es handelt sich um ein Optimierungsgebot, also um ein Gebot, das in unterschiedlichen Graden erfüllt werden kann und bei dem das gebotene Maß der Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt, wobei der Bereich der rechtlichen Möglichkeiten durch gegenläufige Prinzipien und Regeln bestimmt wird; auch dazu Alexy, a.a.O., S. 75 f.

<sup>20</sup> Engherzigkeit ist aber keine „verfassungswidrige Zensur“, so aber Simitis, in: Kaase u. a., Datenzugang und Datenschutz, S. 83 (88), sondern allenfalls verfassungswidrige Diskriminierung bestimmter Forschungsvorhaben.

<sup>21</sup> Wichtig ist aber die Unterscheidung zwischen der rein objektiven Verpflichtung des Staates aus Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 GG, die Forschung zu fördern und zu schützen, und der — freilich engeren — zugleich subjektiv-rechtlichen Verpflichtung des Staates, im Rahmen des tatsächlich und rechtlich Möglichen das Forschungsinteresse des einzelnen zu fördern. Während die eine Pflicht die Schaffung und Unterhaltung von Archiven regiert und für den einzelnen nicht einklagbar ist, beherrscht die andere das Benutzungsverhältnis und ist für den Betroffenen auch einklagbar.

<sup>22</sup> Zum so begründeten Erfordernis eines Parlamentsgesetzes vgl. BVerfG Bd. 49, 89 (126 f.).

<sup>23</sup> Zur verfassungsrechtlichen Begrenzung eigenständiger Satzungsgewalt vgl. BVerfG Bd. 33, 125 (155 ff.); dieser kompetenzrechtliche Gesichtspunkt ist in der Entscheidung des BayVG, BayVBl. 1985, 1663 f., nicht hinreichend bedacht.

<sup>24</sup> Zum verfassungsrechtlichen Prinzip der Zweckbindung vgl. BVerfG Bd. 65, 1 (46).

<sup>25</sup> Eine Lage, wie sie etwa § 75 SGB X voraussetzt, läßt sich für die zeitgeschichtliche Forschung kaum denken.

<sup>26</sup> Zu Unrecht wirft Albrecht, CuR 1986, 92 (95) einer derartigen Einwilligungslösung Einseitigkeit vor; er verkennt das mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verbundene Prinzip der Zweckbindung. Problematisch, nämlich zu weitgehend, sind in dieser Hinsicht auch Regelungen wie § 15 HessDSG, § 12 Nordrh-WestfDSG, § 25 Rheinl-PfalzDSG sowie § 3 a des Entwurfs zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, BT-Drucksache 10/4737.

<sup>27</sup> Dazu bereits BVerfG Bd. 30, 170 (194); hier liegt im übrigen die wichtige Nahtstelle zwischen „Interventionswissen“ und „einfachem Registrieren von Informationen“, dazu Scheuch, in: Kaase u. a., Datenzugang und Datenschutz, S. 252 ff.

muß auch der verfassungsrechtliche Datenschutz an dieser Stelle enden. Das bedeutet freilich noch nicht, daß nunmehr der Zugangsberechtigung des historischen Forschers verfassungsrechtlich nichts mehr entgegengehalten werden dürfte. Denn an die Stelle des informationellen Selbstbestimmungsrechts des Verstorbenen können andere verfassungsrechtlich erhebliche oder mindestens verfassungsrechtlich zulässige Gesichtspunkte treten. Zu nennen sind: die Schutzpflicht des Staates für ein unverfälschtes Andenken Verstorbener<sup>28</sup>, die Schutzpflicht des Staates für den sozialen Geltungsanspruch der Verwandten des Verstorbenen<sup>29</sup>, berechnete Geheimhaltungsinteressen des Staates an bestimmten Verwaltungsvorgängen und nicht zuletzt die Erhaltung des Archivgutes. Alle diese Erwägungen bestimmen durch ihre und im Rahmen ihrer Erheblichkeit den Abwägungsprozeß. Sie haben allerdings durchwegs geringeres Gewicht als das mit hohem verfassungsrechtlichen Rang ausgestattete informationelle Selbstbestimmungsrecht der Lebenden.

Die praktischen Konsequenzen dieser Überlegung sind offenkundig. Man muß sich unter diesem verfassungsrechtlichen Aspekt, also eines mit dem Tod des Betroffenen schwindenden Gewichts des verfassungsrechtlichen Datenschutzes und eines Anwachsens des Gewichts der verfassungsrechtlich im Prinzip verbürgten Zugangsberechtigung, vor allem die Schutzfristen und deren Ausnahmen näher ansehen. Für eine Anonymisierung der Unterlagen, als Voraussetzung für die Durchbrechung der dreißigjährigen Schutzfrist<sup>30</sup>, oder für eine Ausweitung der Schutzfrist auf fünfzig oder noch mehr Jahre nach dem Tode des Betroffenen<sup>31</sup>, gibt es — von Sonderlagen abgesehen — verfassungsrechtlich keinen zureichenden Grund. Vielleicht muß man auch auf viel breiterer Basis, als dies bisher geschehen ist, bedenken, ob sich die dem Zugangsrecht entgegenstehenden schutzwürdigen Belange der Verwaltung, der Archive sowie Dritter nicht durch flankierende Maßnahmen zureichend und angemessen schützen lassen<sup>32</sup>, ohne daß das durch die Forschungsfreiheit mitgeschützte Zugangsinteresse des histori-

schen Forschers so lange blockiert oder doch mindestens verhürdet wird<sup>33</sup>.

Datenschutz ist für die Erhaltung des freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens lebensnotwendig. Aber ein zu weitgreifender Datenschutz zugunsten der nicht mehr Lebenden würde mindestens auf Zeit das „Gedächtnis der Nation“ trüben und damit letztlich der Selbsterkenntnis des Gemeinwesens entgegenwirken.

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG Bd. 30, 170 (193 ff., 214 ff.).

<sup>29</sup> Zur Schutzwürdigkeit des Pietätsgefühls der Angehörigen vgl. Lackner, Strafrecht, 15. Aufl., § 189 Anm. 1; damit verbindet sich aber schwerlich ein schutzwürdiges Interesse der Angehörigen auf Fortbestand des einmal entstandenen Bildes des Verstorbenen.

<sup>30</sup> Problematisch insoweit das Wahlrecht zwischen Anonymisierung oder anderen Maßnahmen nach § 5 Abs. 4 Satz 2 Entwurf Bundesarchivgesetz, Bundestags-Drucksache 10/3072.

<sup>31</sup> Auch in dieser Hinsicht ist die Entscheidung des BayVG, BayVBl. 1985, 1663, problematisch; desgleichen die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 Entwurf Bundesarchivgesetz, Bundestags-Drucksache 10/3072; mindestens ist hier die Differenzierung zwischen den verschiedenen Geheimhaltungsvorschriften nicht einleuchtend.

<sup>32</sup> Die Verkürzung der Schutzfrist auf zehn Jahre nach dem Tod des Betroffenen im Referenten-Entwurf für ein Berliner Archivgesetz ist ein Beispiel für solche Sicht und solche Entscheidungsspielräume des Gesetzgebers; in dieser Hinsicht das prinzipielle Selbstbestimmungsrecht des Forschers verkennend Oldenhege, Der Archivar 1981, S. 470 (474).

<sup>33</sup> Gewiß ist nur unter dem Aspekt der Forschungsfreiheit ein Unterschied zwischen Hochschulforschung und freier Forschung nicht gerechtfertigt, wohl aber unter dem Aspekt des Schutzes für das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Die an einer Hochschule oder anderen staatlichen Einrichtungen Forschenden kann man bei Rechtsverstößen intensiver zur Verantwortung ziehen als den „freien Forscher“. Dieser Bezug wird von Albrecht, CuR 1986, 92 (96 f.) nicht hinreichend beachtet. Eine andere und vom Gesetzgeber zu entscheidende Frage ist, ob man den Unterschied in der rechtlichen Einbindung des Forschers als zureichenden Grund für eine Differenzierung ansieht. Nicht jede verfassungsrechtlich zulässige Differenzierung ist auch verfassungsrechtlich geboten. Vielmehr läßt die Verfassung hier Raum für gesetzgeberische Entscheidungen.

## Rechtsfragen zur Pflege von Standardprogrammen

**Rechtsanwalt Dr. Christoph Zahrnt, Neckargemünd**

(1) *Begriff:* Unter Pflege von Programmen kann aus rechtlicher Sicht von der Leistung des Lieferanten her verstanden werden (1):

- Die Fehlerbeseitigung (nach Ablauf der Gewährleistungsfrist)
- Aufklärung von Bedienungsfehlern/Leistungen auf Grund unberechtigter Fehlermeldungen
- Beseitigung von Auswirkungen von Bedienungsfehlern
- Telefonische Kurzberatung
- Sonstige Beratung

- Die Weiterentwicklung der Programme. Diese wird manchmal aufgeteilt in
  - Aktualisierung
  - sonstige Weiterentwicklung (DIN 66 230).

Die Aktualisierung soll also ein gewisses Minimum an Weiterentwicklung beinhalten, also das, was zur weiteren Nutzung der Programme unerlässlich ist.

Bei der Weiterentwicklung kann man aus vertraglicher Sicht folgende Ursachen unterscheiden:

- Geänderte Rechtsvorschriften