

Freiheitschancen durch institutionelle Vertrauensarbeit

Das Beispiel Schutz der Privatheit

Johannes Eichenhofer

Dass zwischen Freiheit und Sicherheit ein ebenso spannungsgeladenes wie voraussetzungsvolles Verhältnis besteht, machen die verschiedenen Beiträge des vorliegenden Bandes auf unterschiedliche Weise deutlich. Im Folgenden soll dieses Verhältnis noch um einen dritten Pol, nämlich den des Vertrauens, erweitert werden. Der Zusammenhang zwischen Freiheit, Sicherheit und Vertrauen erschließt sich am besten über das Recht. Dabei wird sich zeigen, dass das Recht in hohem Maße dazu beiträgt, Vertrauen zu sichern – was Freiheit und Sicherheit gleichermaßen zugutekommt. Ein Zusammenwirken einzelner Personen in rechtlich ausgestalteten und abgesicherten Verhältnissen kann daher als »institutionelle Vertrauensarbeit« bezeichnet werden. Wie dies funktioniert, will der Beitrag anhand des Privatheitsschutzes illustrieren.

Vertrauen

Vertrauen ist eine menschliche Einstellung, die notwendig ist, um in Situationen mit ungewissem Ausgang handlungsfähig zu bleiben.¹ So vertraut eine Person etwa, wenn sie mit ihr bislang gänzlich unbekanntem oder nicht hinreichend bekannten Personen interagieren muss oder auf ein bestimmtes systematisches Wirken angewiesen ist, das sie selbst nicht beeinflussen oder gar kontrollieren kann. Und derlei Situationen gibt es in hochkomplexen Gesellschaften, die sich immer mehr auf technologische Einrichtungen und andere Funktionssysteme verlassen, zuhauf. Man denke nur an eine Reise per

1 Dies zeigt etwa Hartmann: Die Praxis des Vertrauens, S. 9ff.

Flugzeug: Wer nicht selbst ein Flugzeug steuern kann, ist darauf angewiesen, von Anderen geflogen zu werden. Es entsteht also eine Abhängigkeit von menschlichen Kompetenzen (ein Flugzeug zu steuern, aber auch: es zu bauen und zu warten) und dem systemischen Funktionieren der Flugzeugtechnologie. Eine Strategie zur Überwindung dieses *Informations-, Wissens-, Kompetenz-* und in der Folge auch *Kontrolldefizits* liegt nun in der Bildung und Disposition von Vertrauen. Dieses kann sowohl in Bezug auf bestimmte Personen (sog. persönliches Vertrauen) als auch in Bezug auf Systeme (sog. Systemvertrauen) gebildet und disponiert werden.² Wer also als Passagier:in ein Flugzeug besteigt, schenkt der bzw. dem Pilot:in, möglicherweise auch der/dem Flugzeugingenieur:in ihr/sein persönliches Vertrauen und der Flugzeugtechnik ihr/sein Systemvertrauen. Die damit einhergehende Abhängigkeit kann nun einerseits als Freiheitsverlust anmuten – gibt doch die/der Passagier:in scheinbar jede Form von Selbstbestimmung und Kontrolle an diejenigen Personen ab, die das Geschehen kontrollieren (also v.a. die Pilot:innen). Meist wird diese freiwillige Aufgabe von Selbstbestimmung als tendenziell irrational hingestellt, wie die sprichwörtliche Rede vom »blinden Vertrauen« zeigt. Das ist aber nur die eine Seite der Medaille. Die andere Seite besteht darin, dass Vertrauen auch neue Freiheitsperspektiven eröffnet, indem es Individuen ermöglicht, sich in Situationen zu begeben, die sie aus eigenem Antrieb nicht herstellen könnten (z.B. per Flugzeug zu reisen). Vertrauen kann also ganz bewusst als Mechanismus der Komplexitätsreduktion³ eingesetzt und in die eigene »Freiheitskalkulation eingepreist« werden, wobei als »Preis« hier das Unwissen zu Buche schlägt. Wer sich in völligem Unwissen in eine mit größten Risiken behaftete Situation begibt, handelt jedoch nicht nur unvernünftig, sondern – in Ermangelung jeglicher Vorstellung von den in die Situation involvierten Personen und Systemen – auch nicht im Vertrauen (da es nichts gibt, worin vertraut werden könnte). Daher setzt Vertrauen immer ein Mindestmaß an Wissen voraus, sodass Georg Simmel Recht behalten dürfte, als er Vertrauen als »Zustand zwischen Wissen und Nichtwissen«⁴ bezeichnete.

2 Siehe zu dieser Unterscheidung etwa: Vesting: Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes, S. 187ff.

3 So insbesondere Luhmann: Vertrauen, S. 23ff.

4 Simmel: Soziologie, S. 302.

Vertrauen und Recht

Aus diesem Grund setzt selbst ein reichlich nebulöses »Urvertrauen«⁵ in »das Funktionieren der Welt« letztlich jedenfalls ein gewisses Mindestmaß an Wissen über eben jene Welt voraus. Und dieses Wissen beruht regelmäßig auf persönlichen Erfahrungen. Mit dieser Einsicht sind drei Schlussfolgerungen verbunden: Erstens ist Vertrauen keine objektiv und allgemein messbare Größe, sondern eine individuelle und damit *subjektive* Einstellung zu Personen und Systemen (s.o.). Zweitens ist Vertrauen nur in *gradueller* Maße möglich, da sowohl ein berechtigtes »Nichtvertrauen« als auch ein »absolutes Vertrauen« letztlich nur bei vollständigem Wissen über eine Person oder ein System möglich wären. Und schließlich ist Vertrauen niemals statisch, sondern *dynamisch* – es wächst und schwindet also, je nachdem, ob die vertrauensgebende Person eine positive oder negative Erfahrung gesammelt hat. Und dies hängt wiederum davon ab, welche Erwartung die vertrauensgebende Person an die vertrauensnehmende Situation (oder das System) gerichtet hatte und für wie wahrscheinlich sie es hielt, dass ihr Vertrauen bestätigt oder enttäuscht wurde. Soll also Vertrauen nicht nur gebildet, sondern auch aufrechterhalten werden, bedarf es entweder positiver Erfahrungen oder bestimmter, objektiv messbarer »Anhaltspunkte«, die eine Vertrauenserwartung als berechtigt erscheinen lassen.

Einen solchen »Anhaltspunkt« kann das Recht darstellen. Diese These mag auf den ersten Blick kontraintuitiv erscheinen, da das Recht schließlich weder das Ziel haben kann noch sollte, sämtliche subjektive Erfahrungen zu verallgemeinern und damit zu objektivieren. Denn dies würde das Recht nicht nur überfordern, es würden auch die – möglicherweise stark von der Mehrheitsauffassung abweichenden subjektiven Empfindungen – zur allgemeinen Norm, ein für Demokratien unbefriedigendes Ergebnis.⁶ Indem das Recht aber verbindliche Verhaltensnormen aufstellt, deren Nichtbefolgen sanktioniert wird, kann es jedoch *generalisierte* Verhaltenserwartungen – z. B. die Annahme, dass sich die Anderen rechtstreu verhalten – stabilisieren.⁷ Dazu bedarf es aber eines hinreichend konkretisierten »Vertrauenstatbestandes« (z. B. eines Vertrages, einer rechtsverbindlichen Zusage oder Zusicherung

5 Zu ihm etwa Hartmann: Die Praxis des Vertrauens, S. 63ff.

6 Siehe zu diesem Zusammenhang zwischen Demokratie und subjektiven Einstellungen am Beispiel des Sicherheitsgefühls etwa: Gusy: VVDStRL 63, S. 153, 159f., 208.

7 Siehe etwa Luhmann: Grundrechte als Institution, S. 13.

oder einer sonstigen rechtsverbindlichen Erklärung oder Maßnahme, wozu grundsätzlich auch eine Rechtsnorm gehören kann). Besteht ein solcher Vertrauenstatbestand, ließe sich von einem »berechtigten Vertrauen« sprechen, das die Einzelnen in die Lage versetzen soll, ihr Vertrauen zu disponieren. Wurde ihr Vertrauen enttäuscht, kann das Recht dies durch eine Vertrauenshaftung der vertrauensnehmenden Person kompensieren.⁸ Kurzum: Die Rechtsordnung schafft eine Vertrauensordnung – wo immer das Recht Beziehungen zwischen Menschen hervorbringt oder sie nachvollziehend gestaltet, soll zwischen den so ins Verhältnis gesetzten Personen jedenfalls ein Mindestmaß an Vertrauen bestehen.

Vertrauen, Freiheit und Sicherheit

An diesem Punkt wird nun auch das Verhältnis von Vertrauen nicht nur zu Freiheit (s.o.), sondern auch zu Sicherheit erkennbar. Die erwartungsstabilisierende Funktion des Rechts trägt nämlich nicht nur dazu bei, Vertrauen zu bilden, wodurch wiederum individuelle Freiheitsräume eröffnet werden (s.o.). Rechtlich herbeigeführte Erwartungssicherheit in den Köpfen der Einzelnen kann auch tatsächliche, d.h. objektive Sicherheit herstellen – also einen Zustand, der sich objektiv durch eine Abwesenheit von Risiken oder Gefahren auszeichnet.⁹ Dieser Zustand wiederum ist durch die Abwesenheit von Gefahren, also Sachlagen oder Verhaltensweisen, charakterisiert, die bei ungehindertem Fortlauf mit hinreichender Sicherheit zu einer Schädigung von Rechtsgütern (z.B. Leben, Gesundheit, persönliche Freiheit) führen.¹⁰ Der Schutz von Rechtsgütern stellt eine weitere zentrale Funktion des Rechts dar. Dabei kann es sowohl repressiv vorgehen (so das Strafrecht), also bereits erfolgte Rechtsgutsverletzungen sanktionieren, als auch präventiv durch die Abwehr von Gefahren bzw. der Vorbeugung von Rechtsgutsverletzungen (so das Polizei- und Ordnungsrecht). Die Geltung und die Durchsetzung sowohl des repressiven als auch des präventiven Sicherheitsrechts sollen dazu beitragen, dass die Einzelnen es unterlassen, Rechtsgüter zu schädigen. Und diese

8 Vgl. zu diesen Voraussetzungen der Vertrauenshaftung etwa: Maurer: Vertrauensschutz, § 79 Rn. 13, 15.

9 Eingehend zum Sicherheitsbegriff etwa Gusy: VVDStRL 63, S. 153, 155ff., 159.

10 So eine gängige Definition der Gefahr, wie sie sich sinngemäß etwa in § 4 Nr. 3 lit. a) des Sächsischen Polizeivollzugsdienstgesetzes findet.

Erkenntnis können die Einzelnen wiederum – in berechtigter Weise – ihrer Erwartungshaltung zugrunde legen und, hiervon ausgehend, ihr Vertrauen disponieren. Recht schafft also *Vertrauen durch Sicherheit*. Ob es aber auch *Sicherheit durch Vertrauen* generieren kann, ist weniger eindeutig: Vertrauen kann zwar regelmäßig ein subjektives Sicherheitsgefühl auslösen. Es kann aber auch dazu beitragen, dass Gefahren und Risiken unterschätzt werden, sodass es letztlich zu einer Schädigung von Rechtsgütern kommt.

Vertrauen durch Institutionen: Institutionelle Vertrauensarbeit

Aus diesem Grund ist es erforderlich, Vertrauensbeziehungen zu institutionalisieren.¹¹ Dies setzt neben der Existenz rechtlicher Regelungen und Institutionen auch rechtlich angeleitete Kommunikationsbeziehungen zwischen vertrauensgebenden und -nehmenden Personen voraus. Indem Letztere dazu verpflichtet werden, Ersteren Informationen zu verschaffen, können diese sich wiederum Wissen und Orientierung über die Situation (und das heißt: über die Abhängigkeit von der vertrauensnehmenden Person) verschaffen, in die sich begeben haben. Diese Informationen können dann mehr oder weniger Anlass dazu geben, Vertrauen zu bilden oder aufrechtzuerhalten. Das Recht (in Gestalt von Gesetzgebung und Rechtsprechung) entscheidet, wann sie einen Vertrauenstatbestand begründen und wann sie dementsprechend eine Vertrauenshaftung auslösen können. So können enttäuschte Vertrauens-erwartungen kompensiert und Vertrauenserwartungen sanktioniert werden. Die Beispiele für eine derartige, rechtlich institutionalisierte Vertrauensarbeit sind vielfältig: Zu denken ist an jede Form von Vertragsbeziehungen (seien sie zwischen Privaten, zwischen Privaten und öffentlicher Hand oder auch zwischen Staaten), möglicherweise auch schon an das Vorfeld, d.h. das Stadium der Vertragsverhandlungen, wenn hier schon ein bestimmter Vertrauenstatbestand gesetzt wurde, oder an ein Verwaltungsverfahren, in dem die Verwaltung der/dem Bürger:in beispielsweise durch eine Zusage oder Zusicherung oder den Erlass eines Verwaltungsaktes zu einer Vertrauensdisposition animiert hat.

11 Im Anschluss an Hartmann: Die Praxis des Vertrauens, ließe sich auch von einer »Vertrauenspraxis« sprechen.

Das Beispiel Privatheit

Schließlich lässt sich auch der rechtliche Schutz von Privatheit als Beispiel einer solchen rechtlich institutionalisierten Vertrauensarbeit verstehen.¹² Diese These mag auf den ersten Blick irritieren, da Privatheit über lange Zeit mit der Vorstellung eines individuellen Kontrollrechts verbunden war (und es heute auch noch in weiten Teilen der Privatheitsforschung ist), mit dem die Einzelnen darüber entscheiden können sollen, inwiefern sie Dritten aus der Öffentlichkeit Zugang zu ihren privaten Räumen, Informationen oder Entscheidungen gewähren möchten.¹³ Diese Vorstellung wird jedoch dadurch herausgefordert, dass die Einzelnen vielfach in soziale Beziehungen eingebunden sind, in denen sie eben jene Kontrolle über ihre privaten Räume, Informationen oder Entscheidungen gerade nicht ausüben können. Dies zeigt sich besonders deutlich im Zeitalter der Digitalisierung und hier vor allem bei der Nutzung des Internets: Dieses kann nämlich nur zu den ihm inhärenten Bedingungen – nämlich einem für die Nutzung konditionalen Datenaustausch zwischen Server- und Client-Rechner – genutzt werden. Diese Bedingungen, die nicht das Zurückhalten, sondern das Teilen von Daten und Informationen zur Grundmaxime erheben, erschweren den Privatheitsschutz aber erheblich. Er kann letztlich nur durch technische Schutzvorkehrungen des Fremd- und Eigenschutzes und eine rechtliche Regulierung hergestellt werden. Und diese rechtliche Regulierung heißt Datenschutz.

Dem Datenschutzrecht wird nun – genau wie dem Privatheitsschutz – die Rolle zugeschrieben, den Einzelnen in die Lage zu versetzen, so weit wie möglich über die Verarbeitung von sich auf ihn beziehende, also insofern personenbezogene Daten zu bestimmen.¹⁴ Dass sich dieses Postulat im Zeitalter der Digitalisierung immer schwerer durchsetzen lässt, bedeutet indes nicht, dass Privatheits- und Datenschutz dadurch ihre Daseinsberechtigung verlören. Notwendig ist aber eine Umstellung von einer auf das Individuum bezogenen Kontroll- auf eine auch die datenverarbeitenden und die regulierenden Stellen einbeziehende und insofern relationale Vertrauensperspektive.¹⁵ Hiernach würde die für das Privatheits- und Datenschutzrecht vorherrschende Perspektive eines individualzentrierten Kontrollrechts dort

12 Siehe eingehend dazu Eichenhofer: e-Privacy, S. 124ff., 171ff.

13 Vgl. dazu etwa Rössler: Der Wert des Privaten, S. 21f.

14 Vgl. etwa von Lewinski: Die Matrix des Datenschutzes, S. 18–20.

15 Siehe dafür Eichenhofer: e-Privacy, S. 124ff., 171ff.

um eine relationale, vertrauensschützende Perspektive ergänzt, wo keine Kontrolle mehr zu haben ist. Schutzgut des Privatheitsschutzes ist dann das Vertrauen in die Einhaltung des von Gesetzgebung und Rechtsprechung in Stellung gebrachten und des sich in diesen Bahnen bewegenden, individuell zwischen Betroffenen und datenverarbeitenden Stellen vereinbarten Datenschutzes. So entfaltet der Privatheitsschutz auch im Internet-Zeitalter sein freiheitsförderndes Potenzial und sorgt zugleich für ein Mindestmaß an Sicherheit im Umgang mit personenbezogenen Daten.

Literatur

- Eichenhofer, Johannes: *e-Privacy – Theorie und Dogmatik eines europäischen Privatheitsschutzes im Internet-Zeitalter*, Tübingen 2021.
- Gusy, Christoph: »Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Sicherheitsverständnisse«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (= Band 63), [zitiert: *VVDStRL 63*], Berlin 2004, S. 151–213.
- Hartmann, Martin: *Die Praxis des Vertrauens*, Berlin 2011.
- von Lewinski, Kai: *Die Matrix des Datenschutzes*, Tübingen 2014.
- Luhmann, Niklas.: *Grundrechte als Institution*, 3. Aufl., Berlin 1986.
- Luhmann, Niklas: *Vertrauen. Ein Mechanismus zur Reduktion sozialer Komplexität*, 2. erw. Aufl., Stuttgart 1973.
- Maurer, Hartmut: »Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz«, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 79, S. 395–475.
- Rössler, Beate: *Der Wert des Privaten*, Frankfurt a.M. 2001.
- Simmel, Georg: *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung* (1908) (= Gesamtausgabe, Band 11), Frankfurt a.M. 1992.
- Vesting, Thomas: »Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes«, in: Karl-Heinz Ladeur (Hg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet. Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Baden-Baden 2004, S. 155–190.

