

Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht

Indra Spiecker gen. Döhmnn*

A. Einführung

In den Nachbarwissenschaften der Rechtswissenschaft ist die Vorstellung von der Informationsgesellschaft bereits intensiv bearbeitet. Nicht nur die Gesellschaftswissenschaften,¹ auch Ökonomie, Psychologie und vor allem technische Fächer wie Informatik, Elektrotechnik oder Physik bedenken schon lange Kernfragen des Erwerbs und des Umgangs mit Informationen und Wissen und deren Auswirkungen auf ihr Fach und dessen Forschungsinhalte. Mehr noch, oftmals ist es gerade die Auseinandersetzung mit Begriff, Wirkung und Bedeutung von Information und Wissen, die zwischen diesen Fächern eine Verständigungsmöglichkeit herstellt.²

Rechtliche Normen, die bereits seit vielen Jahrzehnten bestehen und in ihren Grundzügen über unterschiedlichste Rechtsordnungen hinweg tradiert worden sind, signalisieren, dass auch das Recht Information und Wissen als Regelungsobjekt kennt, allen voran das privatrechtliche Patent-, Marken- und Urheberrecht. Diese drei Rechtsgebiete formulieren u.a. teilweise Verfügungsrechte an Informationen, gestalten diese als Schutz- und Abwehrrechte für bestimmte Ausschnitte des Umgangs mit Informationen aus und regeln damit gleichzeitig auch den Transfer von Informationen auf andere. Informationsgewinnung, -verbreitung und -verwendung werden hier als Teilbereiche einer einheitlichen Materie ausgestaltet, ohne dass allerdings diese einheitliche Materie bisher durchstrukturiert worden wäre.

Das Öffentliche Recht dagegen hat sich mit Wissensgewinnung, -verarbeitung und -verwendung des Staates bisher eher zurückhaltend auseinandergesetzt.³ Zwar gibt es seit den 1970er Jahren mit dem Datenschutzrecht einen Bereich, der scheinbar ein umfängliches Wissensumgangsrecht für personenbezogene Informationen formuliert. Nicht nur aber hat das Datenschutzrecht – jenseits der dogmatischen Verankerung nach der jeweiligen Kreation von Informationsgrundrechten durch das Bun-

* Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmnn, LL.M. (Georgetown Univ.) ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Informations-, Telekommunikations- und Datenschutzrechts, am Institut für Informations- und Wirtschaftsrecht des Zentrums für Angewandte Rechtswissenschaften (ZAR) am Karlsruher Institut für Technologie (KIT). Mein Dank für beständige fruchtbare Anregungen gilt meinem Karlsruher Kollegen Thomas Dreier, für hilfreiche Recherche Lena Heuner und Felix Drefs.

- 1 Das Verständnis von der Informationsgesellschaft ist geprägt worden von *H. Willke*, Systemisches Wissensmanagement, Stuttgart 1998, und *N. Stehr*, Arbeit, Eigentum und Wissen, Frankfurt am Main 1994; siehe zur Entwicklung und einem Vergleich verschiedener Ansätze *J. Steinbicker*, Zur Theorie der Informationsgesellschaft, Weilerswist 2001.
- 2 Diese Verständigungsmöglichkeit mit anderen Disziplinen im Feld des Informationsrechts besteht grundsätzlich auch für die Rechtswissenschaft, wird aber bisher nur in Teilbereichen genutzt.
- 3 Für die Zwecke dieses Beitrags soll vom Begriff des Staates jegliche Gewalt umfasst sein, und seine Tätigkeit sowohl in Rechtsgestaltung als auch in Rechtsanwendung liegen. Obwohl eine Trennung nach den Gewalten sinnvoll wäre, kann sie im Rahmen dieses Beitrags nicht durchgeführt werden; Ausführungen sind deshalb z.T. zwangsläufig weit gefasst.

desverfassungsgericht in der Volkszählungsentscheidung⁴ bzw. der Online-Durchsuchungsentscheidung⁵ – im Verhältnis zu sonstigen Rechtsmaterien ein Schatten-dasein in der öffentlich-rechtlichen Forschung gefristet, das seine Herausbildung etwa als „Leit-Informationsrecht“ verhindert hat. Vor allem aber bearbeitet es nur einen sehr engen Teilbereich von Information, und diesen noch dazu wenig systematisch. So werden lediglich personenbezogene Daten in einem bestimmten Kontext, der Datenverarbeitung, erfasst, und die Kernfrage nach der rechtlichen Beachtlichkeit einer rechtswidrigen Erhebung von Daten ist weiterhin – trotz wiederkehrender Aktualität⁶ – ungeregt und, wichtiger noch, unbeantwortet. Differenzierungen etwa anhand der Massenhaftigkeit von Informationseingriffen⁷, der Erkennbarkeit von Personen, des Inhalts von Daten und den Rechtsschutzmöglichkeiten durch den Dateninhaber bestehen allenfalls in Ansätzen durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Nicht zuletzt leidet das Datenschutzrecht darunter, dass es als echtes Querschnittsgebiet über alle Gebiete hinweg sowohl den staatlichen als auch den privaten Sektor regelt und Sonderregelungen aufstellt, die – nicht immer nachvollziehbar – kaum Anschluss an die allgemeine Grundrechtsdogmatik bzw. das immaterielle Rechtsgüterrecht gesucht und gefunden haben.

Neben dem Datenschutzrecht sind es vor allem bestimmte Formen des Informationsports, über die das Öffentliche Recht sich mit Informationen auseinandersetzt: Presse-, Rundfunk- und Medienrecht haben schon früh eine für Außenstehende kaum zu durchdringende Sonderrechtsordnung entwickelt, die – ähnlich wie das Datenschutzrecht – vor allem von den herausragenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts determiniert und nur wenig an allgemeine Prinzipien des Öffentlichen Rechts rückgebunden ist. Während diese Bereiche noch wegen ihrer besonderen Wirkungen eine Verknüpfung mit dem Inhalt von Information aufweisen, versteht sich das stark europarechtlich überformte Telekommunikationsrecht viel eher als inhalts-ferner Kernbereich eines neuartigen Regulierungsrechts, das weniger auf den Umgang mit Information (oder dessen besonderen Transferbedingungen) als auf besondere Aspekte des Wettbewerbsrechts ausgerichtet ist.

Jenseits dieser Sonderbereiche des Datenschutz-, Telekommunikations- und Medienrechts fehlt es bisher weitgehend an umfassender, erst recht an flächendeckender

4 BVerfGE 65, 1.

5 BVerfGE 120, 274.

6 Zuletzt bezüglich des Ankaufs von steuerrelevanten Daten aus Schweiz und Liechtenstein durch deutsche Steuerbehörden. Damit ist die zentrale und für das öffentliche Recht noch nicht geklärte Frage von Verwertungsverboten aufgrund von Gewinnungsverboten aufgeworfen.

7 Z.B. im Internet.

Bearbeitung des staatlichen Umgangs mit Wissen:⁸ Weder sind Bedeutung, Notwendigkeit und erforderlicher Umfang von Wissen für staatliche Entscheidungen geklärt,⁹ noch existieren grundlegende Erkenntnisse zu Gewinnung und Verarbeitung von Wissen. Es mangelt an einer umfassenden, einheitlichen Strukturprinzipien unterworfenen und die konkreten Funktionsbedingungen berücksichtigenden Informationsordnung, die den Besonderheiten und Verschiedenheiten des Gutes Information gerecht werden könnte und damit sowohl hinsichtlich der Bedeutung von Wissen als Voraussetzung von Entscheidungen als auch seiner Rolle als eigener Regelungsgegenstand des Rechts gerecht würde. Ein Informationsrecht gar, das sowohl den öffentlich-rechtlichen als auch den privat-rechtlichen Umgang mit Information und Wissen vereinte, ist bisher nur in Ansätzen angedacht.

Dies erstaunt, nimmt doch die Bedeutung von Wissen als Produktions- und Gestaltungsfaktor von Lebenswirklichkeit immer mehr zu.¹⁰ Der Schutz von Informationen einerseits und die Verfügbarkeit von Informationen andererseits betreffen gesellschaftliche Kernbelange von Staat, Gesellschaft, Politik, Wirtschaft und Bürgern. Dies führt – nicht zuletzt durch die Öffnung des staatlichen Informationsmonopols durch die Informationsfreiheitsgesetze – zu einem erheblichen Spannungsfeld mit weitreichenden Konsequenzen. Die Zuweisung von Verfügungsrechten für Informationen erhält eine neue ökonomische und gesellschaftliche Dimension, von der auch das Recht nicht unberührt bleibt. So fehlt es etwa bisher an einem verwaltungsrechtlich durchgestalteten Recht des Schutzes von sachlichen Informationen – dabei verlangen Artt. 12 und 14 GG einen Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.¹¹

8 Ansätze dazu gibt es jedenfalls spätestens seit *F. Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 1998, S. 158, bzw. *H.-H. Trute*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, S. 216; *M. Kloepfer*, Informationsrecht, München 2002. Siehe auch *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, München 2007, §§ 20 bis 26: Verwaltungsrecht als Informations- und Kommunikationsordnung; *J. Petersen/F. Schoch*, Einführung in das Informationsrecht und das Medienrecht, Jura 2005, S. 681. In jüngerer Zeit z.B. *T. Vesting*, Zur Entwicklung einer „Informationsordnung“, in: P. Badura/H. Dreier, Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band II, Tübingen 2001, S. 219 ff.; *ders.*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen (s.o.), § 20; *I. Spiecker gen. Döhmman/P. Collin* (Hrsg.), Gewinnung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, Tübingen 2008; *G. F. Schuppert/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, Baden-Baden 2009. So fehlt es gerade dem bisher einzigen grundlegenden Überblickswerk von *Kloepfer*, Informationsrecht (Fn. 8), trotz seiner thematischen Breite an der Identifikation und Analyse solcher gemeinsamer Strukturprinzipien und Funktionsbedingungen.

9 Siehe nur *I. Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, i.E. Tübingen 2010; *A. Voßkuhle*, Das Konzept des rationalen Staates, in: G. F. Schuppert/*ders.* (Hrsg.), Governance von und durch Wissen (Fn. 8), S. 13; *I. Appel*, Methodik des Umgangs mit Ungewissheit, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2003, S. 329; *I. Augsberg* (Hrsg.), Ungewissheit als Chance, Tübingen 2009.

10 Man denke nur an den seitens der EU ausgerufenen europäischen Wissensraum, der u.a. durch massive Förderung der Wissensgewinnung durch Forschung gekennzeichnet ist.

11 Siehe jüngst *T. Frank*, Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Öffentlichen Recht, Frankfurt am Main 2008.

Noch viel weniger sind erste Ansätze abgeglichen mit dem Datenschutz und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als einem (Teil-)Bereich des Schutzes personenbezogener Daten. Stattdessen wird der untergerichtlichen Rechtsprechung ein punktueller, sich der jeweiligen Sachmaterie und Interessenlage unterordnender Schutz bzw. Nicht-Schutz überlassen, der zwangsläufig die weitreichenden Wirkungen und Querverbindungen nicht konsequent zu bearbeiten vermag. In der Folge wird dadurch die vermeintlich verbindende Grundrechtsdogmatik ausgehöhlt, und die Rationalität staatlichen Handelns insgesamt in Frage gestellt – nunmehr nicht durch Nicht-Wissen, sondern durch fehlende Stringenz, Konsistenz und Systematik. Dies ist mit der staatlichen Grundverantwortung, den Ordnungsauftrag des Rechts wahrzunehmen und die Entwicklung der Informationsgesellschaft strukturierend zu begleiten,¹² kaum zu vereinbaren.

Der folgende Beitrag entwickelt einige Ansatzpunkte, welche Probleme und Fragestellungen zu beachten sind und wie eine öffentliche Informationsordnung gezeichnet werden könnte. Auf Vertiefungen muss aus Platzgründen verzichtet werden.¹³ Vorangestellt wird zunächst eine Klärung der Begrifflichkeit, um Verwirrungen in der Terminologie von Wissen, Information und Daten für die Zwecke dieses Beitrags handhabbar zu machen (B.). Der hier gepflegte pragmatische Ansatz erhebt keinen Anspruch darauf, das Feld abschließend zu klären. Für die Rechtswissenschaft wird von einer Einheitlichkeit ausgegangen, so dass sich kurz die Erläuterung anschließt, inwieweit es eigentlich gerechtfertigt ist, Information als Ansatzpunkt eines eigenen Informationsrechts zu begreifen. Hierzu sind einige Besonderheiten des Gutes Information zu identifizieren (C.). Der zentrale Teil des Beitrags entwickelt die zentralen Phasen Wissensgewinnung, Wissenstransfer, Wissensverarbeitung, Wissensdarstellung und Wissensvernichtung im Lebenszyklus von Informationen (D.). Ein Blick auf einige, in diesem Rahmen notwendigerweise rudimentär anmutende Auswahl bereits bestehender Regelungen und in diesen Teilbereichen aufgeworfenen Fragestellungen kann jedenfalls in ersten Überlegungen kenntlich machen, welches Potential für die Rechtswissenschaft in diesen Bereichen verborgen ist, und wie durch diese Systematisierung erste Problembearbeitungen angeleitet werden können. Ein Fazit und Ausblick thematisiert die Weiterentwicklung von Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht (E.).

B. Abgrenzung Datum — Wissen — Information

Die Begriffe „Wissen“, „Information“, „Daten“ und nicht zuletzt „Kommunikation“ werden kontextabhängig, variabel und multidimensional verwendet; eine feststehende Begrifflichkeit lässt sich nicht ausmachen. Im Zuge der Entwicklung zur

¹² *Schoch*, Informationsordnung (Fn. 8), S. 164 ff.

¹³ Dies gilt auch für eine umfassende Aufbereitung der vorhandenen Literatur. Der Beitrag beschränkt sich daher auf einige wenige, grundlegende Hinweise.

sogenannten Informations- oder Wissensgesellschaft und ihrer zunehmendem Avancierung zum Wirtschaftsfaktor werden sie schlagwortartig benutzt, um vielerlei kognitive, soziale und physikalisch-technische Phänomene zu umschreiben. Dabei herrschen ganz unterschiedliche Ansätze zur Definition bzw. Abgrenzung der Begriffe voneinander – oder ebenso eine synonyme Verwendung. Das ruft nach einer, hier zwangsläufig stark verknappten Darstellung vor dem Hintergrund, inwiefern die Rechtswissenschaft diese terminologische Differenzierung aufgreift bzw. gegebenenfalls aufgreifen sollte.

I. Informationsbegriff

Der Grundbegriff der „Information“ wird in den jeweiligen Wissenschaften für die Zwecke der eigenen Disziplin und des dortigen jeweiligen Untersuchungsgegenstands verwendet. Ausgangspunkte sind dabei teilweise die Eigenschaften von Information (Unteilbarkeit, Irreversibilität), deren Wirkungen („Informiertheit“, Differenzierungsfähigkeit, Überraschung), deren Dimensionen (Information als Vorgang, Inhalt oder Zustand)¹⁴ sowie die begrifflichen Ebenen (syntaktisch, semantisch, pragmatisch)¹⁵. Ohne über die Vielzahl der darüber hinaus vertretenen Informationsbegriffe hinwegtäuschen zu wollen, lassen sich die herrschenden Definitionsansätze im Wesentlichen in drei Gruppen gliedern.¹⁶ Selbst hier ist aber eine strenge Trennung nicht möglich.

Der nachrichtentechnisch-formale Informationsbegriff sieht Information als Folge von Zeichen, von denen jedes eine Selektion aus einem gegebenen Vorrat von Zeichen und Zeichenfolgen darstellt.¹⁷ Kognitions- und kommunikationswissenschaftliche Ansätze stellen demgegenüber Information als Ergebnis eines Kommunikationsprozesses in den Vordergrund. Sie definieren Information als „Verringerung von Unsicherheit“¹⁸ oder „Veränderung des Bewusstseins im Sinne einer positiven Einwirkung“.¹⁹ Andere Wissenschaften wie z.B. die Ökonomie betonen die Zwecke, das Potential sowie die erzeugten Wirkungen von Information. Der Begriff wird hier offen gehalten, z.B. als „geordnete Datenmenge, die Grundlage für Wissen, Meinungen, Wertungen und Entscheidungen sein kann“²⁰ oder als „Kenntnis(Wis-

14 Vgl. J. Druey, Information als Gegenstand des Rechts, Baden-Baden 1996, S. 5 f.

15 Siehe nur Kloepfer, Informationsrecht (Fn. 8), S. 24 f.

16 Angelehnt an W. Steinmüller, Informationstechnologie und Gesellschaft, Darmstadt 1993, S. 190.

17 P. Otto/P. Sonntag, Wege in die Informationsgesellschaft. Steuerungsprobleme in Wirtschaft und Politik, München 1985, S. 186.

18 G. Wersig, Informationssoziologie, Frankfurt am Main 1982, S. 123.

19 C. Cherry, zitiert nach Druey, Information als Gegenstand des Rechts (Fn. 14), S. 4

20 I. Ebsen, Öffentlich-Rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, DVBl 1997, S. 1039 m.w.N.

sens-)beziehung zu jedem realen und irrealen Gegenstand der Welt“²¹. Hierbei fließt außerdem der Wert als Produktionsfaktor und Wirtschaftsgut ein.

Entsprechend dem jeweiligen Untersuchungsgegenstand werden dann verschiedene Aspekte von Information näher betrachtet. So ist in der Kommunikationstechnologie die Sicherheit des Transfervorgangs, die Zusammensetzbarkeit von einzelnen Informationsbausteinen und die rein technisch mögliche Wieder-Erkennbarkeit semantischer Bedeutungen ein zentrales Anliegen. Die Ökonomie dagegen betrachtet vor allem das Wirtschaftsgut Information, das Dienste leistet und Wirkungen erzeugt, sowie die Entscheidungsrelevanz von Information.²² Daneben werden, insb. von den Sozialwissenschaften, auch übergreifende Unterscheidungen vorgeschlagen, etwa nach Information als Prozess, als Inhalt/Objekt und als Zweck/System.²³ In diese Richtung weisen auch differenztheoretische Ansätze, die in Information vor allem die Unterscheidungsmöglichkeit als definitorisches Kriterium sehen.²⁴

Für das Öffentliche Recht findet sich z.B. in der Legaldefinition des § 3 Abs. 2 UIG ein Hinweis: „Informationen sind alle in Wort, Schrift oder auf sonstigen Informationsträgern vorliegenden Daten“.²⁵ Informationen werden also danach als Sonderform von Daten verstanden, die sich durch ihre Eigenschaft des Vorliegens auf Informationsträgern auszeichnen. Was allerdings ein Datum ist, klärt das UIG nicht. Diesbezüglich liefert § 3 Abs. 1 BDSG Hilfestellung, wird dort der Begriff der personenbezogenen Daten definiert als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse“; es kommt also auf Abgrenzbarkeit an.

Ein solcher Schluss vom UIG zum BDSG setzte aber voraus, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung im UIG die Begrifflichkeiten in anderen Gesetzen vor Augen gehabt hätte und einen systematischen Zusammenhang gesehen und bewusst hergestellt hätte. Dies ist schon deshalb fraglich, weil das UIG auf der europäischen Umweltinformationsrichtlinie von 1990²⁶ beruht, der Datenschutz-Richtlinie von 1995 also

21 J. Welp, Datenveränderung (§ 303 a StGB) – Teil 1, IuR 1988, S. 443 (445).

22 Siehe nur aus der monografischen Literatur Y. Ben-Haim, Information-Gap Decision Theory: Decisions Under Severe Uncertainty, Academic Press, London 2001; E. Rasmusen, Games and Information, 4. Auflage, Blackwell, Malden u.a. 2006; E. Wessling, Individuum und Information: die Erfassung von Information und Wissen in ökonomischen Handlungstheorien, Tübingen 1991.

23 Vgl. P. Collin/T. Horstmann, Das Wissen des Staates – Zugänge zu einem Forschungsthema, in: dies. (Hrsg.), Das Wissen des Staates, Baden-Baden 2004, S. 9 (12).

24 Siehe dazu die Nachweise bei Vesting, Bedeutung (Fn. 8), § 20 Rn. 18.

25 Das IFG bestimmt in § 2 Nr. 1– mit Schwerpunkt allerdings nicht auf der Definition der „Information“, sondern der „amtlichen Information“ –, dass „amtliche Information jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, unabhängig von der Art ihrer Speicherung“ ist.

26 RL 90/313/EWG vom 7. Juni 1990: Danach sind Informationen [...] alle in Schrift-, Bild-, Ton- oder DV-Form vorliegenden Informationen [...].

vorgegangen ist, auf der die Definition nach § 3 Abs. 1 BDSG beruht.²⁷ Aber auch jenseits solcher historischer Bedenken fehlt es dem deutschen Recht gerade an einem Verständnis von der Existenz und Bedeutung eines übergreifenden, gemeinsamen Prinzipien (und Definitionen) unterworfenen Informationsrechts: Bei Formulierungen von UIG, BDSG, IFG und ähnlichen Gesetzen ist ein systematischer Zugang gerade nicht angewendet worden. So zeigt sich schon bei der bloßen Definition die Problematik eines ganzen Rechtsgebiets, das erst im Werden inbegriffen ist.

II. Datumsbegriff

Ohnehin ist der Begriff des „Datums“ ebenso umstritten wie sein Bezug zum Begriff der Information. Die deutsche Industrienorm 44300 definiert Daten als „Gebilde aus Zeichen oder kontinuierliche Funktionen, die aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachungen Informationen darstellen“. Dies deckt sich größtenteils mit den informationswissenschaftlichen Ansätzen.²⁸ Daten werden in diesem Sinne als potentielle Grundlage für Information verstanden und werden auf der syntaktischen Ebene von dieser umfasst.²⁹ Andere sehen den Unterschied vor allem in quantitativer Hinsicht: hiernach ist ein Datum lediglich die kleinste Einheit der Information.³⁰ Durch das Kriterium der Körperlichkeit lässt sich „Datum“ am ehesten von den anderen Begrifflichkeiten unterscheiden.³¹ Begriffliche Schwierigkeiten für eine verbindliche Abgrenzung im Recht ergeben sich jedoch, weil diese Unterscheidung im allgemeinen Sprachgebrauch wie auch in Gesetzestexten nicht zum Ausdruck kommt.³²

III. Wissensbegriff

Zu unterscheiden von den Begriffen der „Information“ und des „Datums“ ist der Begriff des „Wissens“. Ähnlich wie bei der Information wird hier an keine Körperlichkeit angeknüpft. Wissen lässt sich beschreiben als „organisierte und systematisierte Informationsmenge, welche Verstehens- und Interpretationsvorgänge erlaubt“.³³ Wissen ist organisierte, auch späterem Zugriff erschlossene Information;

27 Man kann zwar einwenden, der Datumsbegriff der DS-RL sei im Wesentlichen dem zum Zeitpunkt der Umweltinformations-RL schon geltenden deutschen Datenschutzrecht entnommen; es gibt aber keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass auf europäischer Ebene dies bewusst gewesen wäre – überhaupt ist auch im europäischen Recht gleichfalls kaum ein Systematisierungsgedanke in Bezug auf Informationen erkennbar.

28 Vgl. *Steinmüller*, Informationstechnologie (Fn. 16), S. 212: „technikinterne Muster“.

29 *Kloepfer*, Informationsrecht (Fn. 8), S. 26.

30 *Druey*, Information (Fn. 14), S. 20; weitere Begriffsverständnisse bei *Steinmüller*, Informationstechnologie (Fn. 16), S. 212.

31 Siehe auch *M. Albers*, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fn. 8), § 22 Rn. 11.

32 Ebenso *M. Hamer*, Informatisierung des Verwaltungsprozesses, Berlin 2002, S. 40, Fn. 11; *Vesting*, Bedeutung (Fn. 8), § 20 Rn. 17.

33 *J. Welsch*, Arbeiten in der Informationsgesellschaft, Bonn 1997, S. 11.

es ist „verarbeitete Information“³⁴. Aus soziologischer Perspektive versetzt es den einzelnen in die Lage zu handeln;³⁵ gelegentlich wird auch in Bezug auf die Differenzierungseigenschaft von Information Wissen als das gefestigte, keiner Neuheit mehr Unterlegene verstanden.³⁶ In rechtlicher Hinsicht finden sich erst ganz vorsichtig³⁷ Annäherungen an den Begriff und seine Bedeutung für das Recht in diese Richtung,³⁸ was zum Teil auch auf die Zurückhaltung der Gesetzgebung in der Begriffsverwendung zurückzuführen ist. Allerdings unterscheiden sich die Definitionsansätze auch hier je nach wissenschaftlicher Disziplin teilweise erheblich. Es wird deshalb vorgeschlagen, auf den Versuch einer einzigen einheitlichen Definition zu verzichten und sich dem Begriff phänomenologisch zu nähern.³⁹

IV. Pragmatische Begriffsverwendung für das gegenwärtige Recht

Ein solcher Ansatz bietet sich insbesondere für die Disziplin der Rechtswissenschaft an. Außer-juristische Ansätze erbringen mit ihrer verschiedenartigen Begriffsbildung wenig für die Anforderungen und Besonderheiten der Rechtsanwendung und -systematik. So kann beispielsweise auf der Grundlage eines informationstechnischen, rein quantitativ ausgerichteten Informations- und Datenbegriffs nicht den vielfältigen Bedrohungen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einerseits und den Anforderungen an eine weitreichende Informationsfreiheit und Transparenz staatlichen Handelns begegnet werden. Genauso wenig kann ein rein kommunikationswissenschaftlicher Ansatz die urheberrechtliche Schutzbedürftigkeit von Information als Wirtschaftsgut erklären.

Daher bietet es sich an, aus rechtlicher Perspektive jedenfalls ein Stück weit begriffs-offen zu agieren. Der Begriff der Information integriert dann verschiedene Elemente: Information ist „handlungsorientiert“, oder auch ein Sachverhalt, der geeignet ist,

34 A. Scherzberg, Die öffentliche Verwaltung als informationelle Organisation, in: W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 195 (200).

35 N. Stehr in: C. Engel/J. Hoffmann/M. Schulte (Hrsg.): Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, Baden-Baden 2002, S. 17 ff.; S. 20.

36 Vesting, Bedeutung (Fn. 8), § 20 Rn. 26.

37 Siehe z.B. Albers, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fn. 8), § 22 Rn. 14 ff.; fordernder H.-H. Trute, Wissen – Einleitende Bemerkungen, in H. Chr. Röhl (Hrsg.), Wissen – zur kognitiven Dimension des Rechts, Berlin 2010, S. 11 (15), der vor allem auf die Komponente der Erwartung abstellt, ohne andere Vorstellungen dezidiert abzulehnen.

38 Siehe nur jüngere Titel wie P. Collin/T. Horstmann (Hrsg.), Wissen des Staates (Fn. 23); Spiecker gen. Döhmman/Collin (Hrsg.), Gewinnung und Transfer staatlichen Wissens (Fn. 8); Schuppert/ Voßkuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen (Fn. 8); A.-B. Kaiser, Kommunikation in der Verwaltung, Baden-Baden 2009; Röhl (Hrsg.), Wissen (Fn. 37).

39 Collin/Horstmann, Zugänge zu einem Forschungsthema, in: dies. (Fn. 23), S. 9 (12), verweisen dazu auf die dynamische Dimension, handlungsorientiertes Verständnis sowie verschiedenen Wissensformen, die sich einer klaren Zuordnung entgegenstellen.

das Verhalten oder den Zustand seiner Adressaten zu beeinflussen,⁴⁰ wobei dafür bereits ausreicht – angelehnt an den allgemeinen Sprachgebrauch –, wenn eine reine Kenntnisbeziehung⁴¹ vorliegt. Dieser Ansatz berücksichtigt Individuums-Bezogenheit sowie Verdinglichung gleichermaßen. Gleichzeitig ist er offen genug, ihn an die Schutzrichtung des jeweiligen Gesetzes anzupassen. Damit wird dem besonderen Inhalt von „Information“ – nämlich seiner Kontextabhängigkeit und Rekombinierbarkeit – Rechnung getragen.

Daten sind dagegen als fixierte Zeichen Grundlage und Voraussetzung von Information. Eine solche Abgrenzung entspricht nicht der bestehenden rechtlichen Praxis: Derzeit werden im rechtlichen Kontext Datum und Information nicht trennscharf voneinander geschieden;⁴² das Datenschutzrecht müsste eigentlich Informationsschutzrecht heißen.⁴³ Da Recht grundsätzlich aber einen Informationsschutz betreibt, jedenfalls nach gegenwärtigem Stand, wäre eine trennscharfe Abgrenzung auch nur dann als fruchtbar vorzunehmen, wenn daraus tatsächlich Unterschiede in der rechtlichen Behandlung folgten. Das ist gegenwärtig nicht der Fall. Sollte es indes zukünftig z.B. zu einem Datensicherheitsrecht kommen – insbesondere, um Transferleistungen mit größerer inhaltlicher und urheber-bezogener Sicherheit zu belegen – ergäben sich daraus Unterschiede, die dann auch das Recht aufzugreifen hätte: Dann müsste der Begriff des Datums als kleinster Einheit weiterverfolgt werden, auf dem Information und Wissen aufbauen und ein Daten-Sicherheitsrecht verabschiedet werden.⁴⁴

Wissen und Information beschreiben jeweils den Zugriff auf diese Bausteine unter dem Blickwinkel des Verstehens. Daten sind die Grundlage, Wissen und Information sind der weitere Schritt, der kontextabhängig erfolgt. Ihr Unterschied liegt in der Verfügbarkeit. Wissen und Information sind kategorisierbar, organisierbar, systematisierbar – aber nur deshalb, weil diese Eigenschaften bereits dem Datum zugewiesen werden können. Verstehens- und Interpretationsvorgänge sind für Wissen und Information jeweils konstitutiv, aber die Leistung von Verfügbarmachung, Organisation und Aufbau, die zu einer Abrufbarkeit führt, machen die Veränderung der Information zum Wissen aus. Kontext, Vorwissen und dann das Zusammenfügen als zusätzliche Leistung wandeln das Datum zur Information und dann zum organisierten und zugriffsbereiten Wissen. Insoweit sind Datum, Information und Wissen

40 Hamer, Informatisierung des Verwaltungsprozesses (Fn. 32), S. 39; Schoch, Informationsordnung (Fn. 8), S. 166 m.w.N.

41 Vgl. Druey, Information als Gegenstand des Rechts (Fn. 14), S. 6.

42 Die Konturierung des Begriffs durch die nicht-staatliche DIN-Norm greifen die staatlichen Normtexte nicht auf (z.B. BDSG, § 202 a StGB), ebenso wenig wie sie ihrerseits einen einheitlichen Begriff prägen und verwenden, vgl. auch M. Hamer, Informatisierung des Verwaltungsprozesses (Fn. 32), S. 40.

43 Ebenso Vesting, Bedeutung (Fn. 8), § 20 Rn. 17. Ähnlich auch Albers, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fn. 8), § 22 Rn. 8.

44 Da dies derzeit nicht angedacht ist, stört die Vermengung von Datum und Information im Recht nicht.

untrennbar und doch gleichzeitig grundverschieden: Das Datum bleibt gleich, aber die Information, die aus dem Datum erwächst, ist je nach Verwender eine andere, und das Wissen als Wiederholbarkeit und Verfügbarkeit erst recht.⁴⁵ Da aber die Verfügbarmachung bisher für das Recht keine Rolle spielt,⁴⁶ kann zunächst weiterhin von einer Identität von Information und Wissen ausgegangen werden.

Dieses Verständnis der drei zentralen Begrifflichkeiten deckt sich mit der, terminologisch allerdings ungenau beschriebenen, Vorstellung des BVerfGs aus dem Volkszählungsurteil (und konsequent in den datenschutzrechtlichen Entscheidungen danach). Dort wird davon gesprochen, dass es kein „belangloses Datum“ gebe,⁴⁷ weil abhängig von den technischen Möglichkeiten der Datenverarbeitung und damit der Verfügbarkeit anderer Informationen zur Beziehung auf die Ausgangsinformation Schlussfolgerungen gezogen werden können. Im Hinblick auf die entscheidenden (schutzauslösenden) Kriterien Verstehen und Organisation hätte korrekter die Bezeichnung als Information, vielleicht sogar als Wissen, erfolgen können. Und immer noch ohne Differenzierungskraft stellt das Online-Durchsuchungsurteil⁴⁸ zwar auf die technische Seite ("informationstechnische Systeme") ab, ohne damit aber auch eine technische Begrifflichkeit aufzugreifen oder gar eine Differenzierung zwischen Daten und Informationen vorzunehmen und daraus neuartige Schlussfolgerungen für das Recht zu ziehen.⁴⁹ Für das Recht ist daher gegenwärtig die Information von Bedeutung; an das Datum wird nicht angeknüpft, und auch zwischen Wissen und Information wird, wenn überhaupt, ohne Konsequenz unterschieden. Dies legt eine untechnische Bezeichnung auch weiterhin nahe, die auch so für die Rechtswissenschaft bereits ausreichend Fragestellungen bereit hält.

C. Die Besonderheiten des Gutes Information als Grundlage eines eigenständigen Rechtsgebietes

Ein Rechtsgebiet kann Eigenständigkeit u.a. dann für sich beanspruchen, wenn es eine Materie übergreifend regelt, in der besondere Eigenschaften versammelt sind, oder weil besondere Strukturprinzipien dieses Rechtsgebiet – in Verschiedenheit von anderen – durchdringen. Für das Informationsrecht ist die Eigenständigkeit vor allem

45 So ist die Zahl „1984“ ein Datum; durch Kontext wird sie zur Information, durch organisatorische Verfügbarmachung zum Wissensbestandteil. Zum einen verweist die Zahl auf eine Jahreszahl. Darüber hinaus verweist sie auf ein bekanntes Buch über eine bestimmte Gesellschaftsentwicklung. Diese Informationen sind nur in dieser Weise nutzbar für denjenigen, der Zugriff auf die Information des Buches hat – bei Unkenntnis und Unzugreifbarkeit bleibt die Zahl neutral.

46 Die Beiträge in *Röhl* (Hrsg.), Wissen (Fn. 37), gehen zwar von einer Differenzierung zwischen Information und Wissen aus, ohne aber in den Beiträgen dann im Einzelnen diese Differenzierung fortzudenken, wie z.T. auch selbst festgestellt wird.

47 BVerfGE 65, 1 (45).

48 BVerfGE 120, 274.

49 Dies ist einer der Gründe, warum die Abgrenzung des neuen Grundrechts auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, zur Telekommunikationsfreiheit und zum Schutz der Wohnung so wenig trennscharf gelingt.

durch die besonderen Eigenschaften von Information gewährleistet. Diese lassen sich in verschiedene Kategorien einordnen, die im Folgenden den Umgang mit Informationen durch das Recht bestimmen und anleiten. Ihre Identifikation und systematische Bearbeitung kann dazu beitragen, bestehende rechtliche Regelungen unter dem Blickwinkel ihrer bisher kaum beachteten Bedeutung für Informationsprozesse neu zu analysieren bis hin dazu, dass neue Bedeutungsgehalte rechtlicher Instrumente identifiziert werden können.⁵⁰

I. Wert von Information und prognostische Kern-Qualität

Ein besonderes Merkmal von Information ist die Verschiedenheit ihres Werts in Abhängigkeit von ihrem Kontext und dem Vorwissen des Verwenders. Der Wert *von* Information hängt also von dem Wert *für* Information ab. So ist die Kenntnis von der Zusammensetzung eines Stoffes wirtschaftlich und rechtlich anders zu beurteilen, wenn es sich bei dem Stoff um Coca-Cola oder um eine Zutat für eine Speise eines Gasthauses handelt. Die Kundendatei eines Marktforschers hat einen anderen, auch rechtlich anderen Wert als die Kundendatei einer Tankstelle, ist sie doch als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis geschützt. Damit ist aber noch nicht ausgesagt, dass Information umso wertvoller ist, je mehr Personen sie nutzen können. Der besondere Wert einer Information kann sowohl in ihrer möglichst großen Verbreitung liegen als auch in der Ausschließlichkeit ihrer Zugänglichkeit und Nutzbarkeit als marktgängiges Unterscheidungskriterium.

Dies alleine scheint Information noch nicht elementar von anderen Gütern abzugrenzen: Der Wert einer Immobilie ist durch deren Lageabhängigkeit⁵¹ gleichfalls von Eigenschaften des Kontexts bestimmt. Allerdings wirken solche wertbestimmenden Faktoren auf Sach- bzw. Immobilieneigentum extern auf das Objekt ein, das unverändert bleibt. Der Wert von Information dagegen bestimmt sich nach ihren internen Faktoren: Ihr Wert hängt ab von ihrer Rekombinierbarkeit, der Möglichkeit, daraus weitere Informationen generieren zu können, und kann sie selbst verändern. Deshalb ist Information auch als Rohstoff von Produktion und Macht sowie Treibstoff für Veränderung bezeichnet worden.⁵²

Die Abhängigkeit vom Verwender und ihre Wandelbarkeit führen dazu, dass Information grundsätzlich einer prognostischen Unsicherheit unterliegt. So befindet sich bspw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zwangsläufig in der Schwierigkeit, kreativ Szenarien entwickeln zu

50 Dies ist im Rahmen der vorliegenden Abhandlung naturgemäß höchstens beispielhaft möglich, siehe z.B. die Genehmigungsfiktion unter D.I.3.b.

51 Zu den daraus entstehenden Problemen für die Raumgestaltung siehe C. Schubert, Die rechtliche Steuerung urbanen Wandels, Tübingen 2006.

52 Vgl. R. Pitschas, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 219 (234).

müssen, wie eine Information zukünftig möglicherweise in negativer Weise verwendet werden kann, während die entgegenstehenden, den Datenumgang positiv bewertenden Geschäftsinteressen in der Regel sehr konkret beschreibbar sind. Aus der Wertoffenheit für externe Verwendungsmöglichkeiten folgt also die prognostische Kern-Qualität von Informationen. Diese erschwert gleichzeitig die Beschreibbarkeit von Information und damit die Bestimmung ihres Wertes. Aus der Begrenztheit der Vorhersage des Wertes von Information folgt also die Bestimmung des hohen Wertes von Information.

II. Nicht-Ausschließbarkeit des Mit-Konsums und Nicht-Rivalität von Information

Die Offenheit für eine Vielfalt von Nutzungsmöglichkeiten verweist auf eine andere besondere Eigenschaft von Informationen, die sich treffend unter Verwendung ökonomischer Begrifflichkeiten beschreiben lässt. Danach kann es sich bei Informationen um ein sog. Öffentliches Gut handeln:⁵³ Der Konsum einer Information durch einen anderen beraubt dann diese Information nicht ihres Wertes für andere, und der Mit-Konsum kann faktisch nicht wirksam ausgeschlossen werden. Mit anderen Worten: Die Festlegung einer Nutzung von Information verhindert nicht, dass sie auch von anderen (auch anders) genutzt werden kann.⁵⁴ Was zunächst auf eine erhebliche Wertsteigerung verweist – viele potentielle Abnehmer –, führt tatsächlich zu Marktversagen. Denn dem möglichen Produzent von Information fehlen regelmäßig Anreize, die Information herzustellen und weiterzugeben, da er die kostenlose Weitergabe nicht verhindern kann. Somit sind die Kosten der Herstellung der Information oftmals nicht realisierbar, sobald Information den Verfügungsbereich ihres Produzenten verlassen hat,⁵⁵ wenn dies nicht bereits mit dem erstmaligen Wissenstransfer erledigt werden konnte. Dies streitet für einen Schutz des Produzenten, wie er z.B. durch Urheberrechte jedenfalls teilweise gewährt wird.

Oftmals hat schon derjenige, der eine Information im Zusammenspiel mit anderen Informationen neu produzieren könnte, kein Interesse an der Kenntnis: Wer eine Chemikalie vertreibt, möchte potentielle nachteilige Nebenwirkungen grundsätzlich nicht kennen, würde das doch den Absatz des Produktes (und eine mögliche Genehmigung) hindern.⁵⁶ Für diejenigen, die an diesem Wissen ein Interesse hätten, insb.

53 Siehe dazu grundlegend R. Cornes/T. Sandler, *The Theory of Externalities, Public Goods, and Club goods*, Cambridge University Press, Cambridge 1996.

54 Dies ist ein weiterer zentraler Unterschied zu Sachen oder Immobilien: Hier verhindert regelmäßig die Festlegung einer Nutzung (z.B. als Baugrundstück) parallele andere Nutzungen (z.B. Ackerbau), erst recht durch andere.

55 Etwas anders formuliert dies das Datenschutzrecht: Hier wird mit umgekehrter Zielrichtung durch einen Eingriffsvorbehalt, § 4 Abs. 1 BDSG, gerade das Verlassen der Daten aus der Sphäre des Betroffenen verhindert, eben weil dann eine weitere Kontrolle des Verbleibs der Daten wesentlich erschwert ist.

56 Siehe dazu bereits ausführlich I. Spiecker gen. Döhmman, Informationsgewinnung im Umweltrecht durch materielles Recht, DVBl. 2006, S. 278.

die einzelnen Kunden, ist die Herstellung dieses Wissens regelmäßig exorbitant teuer, so dass die Wissensgewinnung unterbleibt.

1. Fehlende Verfügungsrechte an Informationen

Diese ökonomische Sichtweise findet ihre Ergänzung in der rechtlich eingeschränkten Ausgestaltung des Schutzes von Information. Man würde angesichts der Bedeutung von Wissen erwarten, dass durch den Schutz sachbezogener Informationen einerseits (durch Urheber- und Patentrechte, Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie Markenschutz) und durch den Schutz personenbezogener Informationen andererseits (durch Persönlichkeits- und Datenschutzrecht, Meinungsfreiheit, Briefgeheimnis) ein umfassender Eigentumsschutz von Informationen bestünde, also ein rechtlicher Inhaberschutz. Aber die grundsätzlich fehlende Nicht-Ausschließbarkeit wird durch rechtliche Instrumente nur beschränkt hergestellt oder wenigstens kompensiert: An Information besteht grundsätzlich kein Eigentum, lediglich an einzelnen Teilbereichen können Verfügungsrechte erworben werden. Ein umfassender Informationsschutz wird abgelehnt.⁵⁷ Aufrechterhalten wird diese zivilrechtlich geprägte Trennung in vollwertiges Eigentum an Sachen, Immobilien und Rechten einerseits und beschränkte Verfügungsrechte an Informationen andererseits seit dem Volkszählungsurteil des BVerfGs auch für das Öffentliche Recht: Danach ist der Mensch eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit,⁵⁸ weshalb ihm kein ausschließliches Verfügungsrecht an seinen Daten zukomme. Damit entsteht für Information eine besondere Stellung in der Rechtsordnung: Mangels eines verallgemeinerten Schutzes müssen jeweils individuelle, auf die konkrete Information bezogene subjektive Rechte vorliegen; erhebliche Lücken bleiben bestehen; die Eigenschaften als Öffentliches Gut werden nur in begrenzter Weise aufgefangen.

III. Variabilität der Informationsträger

Die Wirkung von Information ist schließlich abhängig von ihrem jeweiligen Informationsträger. Obwohl Information in der Regel nicht an einen bestimmten Informationsträger gebunden ist, also ohne weiteres wechseln kann, wie sie dargestellt und vermittelt wird, entsteht durch das Medium ein erheblicher eigener Informationswert: Ob ein Wissensbaustein in Wort, Schrift, Druck, Internet oder anders dargestellt wird, kann sich auswirken auf den Wert der Information, z.B. auf ihre Wahr-

⁵⁷ BVerfGE 101, 361 (385); K.-N. Peifer, *Eigenheit oder Eigentum - Was schützt das Persönlichkeitsrecht?*, GRUR 2002, S. 495 ff.; A. Peukert, *Persönlichkeitsbezogene Immaterialgüterrechte?*, ZUM 2000, S. 710 ff. Peukert und Peifer wenden sich erheblich gegen Verfügungsrechte an Persönlichkeitsgütern, im Caroline-Urteil wird ausdrücklich auch im 2. Leitsatz darauf verwiesen, dass das Persönlichkeitsrecht nicht im Interesse der Kommerzialisierung gewährleistet sei. Insb. das Urteil verdeutlicht, dass es de lege lata wohl kein Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 GG an personenbezogenen Daten gibt. Problematisierend E. Schmidt-Aßmann, *Ambivalenz des Wissens*, in Röhl (Hrsg.), *Wissen* (Fn. 37), S. 39 (51 ff.).

⁵⁸ BVerfGE 65, 1 (44).

nehmung, ihre Dauer und ihre Verfügbarkeit. So wird staatlichem Wissen immer noch eine besonders hohe Authentizität beigemessen, oder wird bei einer Sachverständigen-Entscheidung grundsätzlich von Neutralität ausgegangen – mit schwerwiegenden Folgen für die Bedeutung für eine spätere, auf dieser Information basierenden Entscheidung. Besonders deutlich wird die Abhängigkeit von Wissen und ihrem Trägermedium an der Unterscheidung zwischen explizitem und implizitem, auch gelegentlich als „tacit“ bezeichnetem, Wissen:⁵⁹ Während explizites Wissen in einer Vielzahl von Medien übertragen werden kann, gelingt dies bei implizitem Wissen nicht. Dieses unterliegt höheren Hürden im Transfer und einem schnelleren Vergessen.

Diese Verbindung von Inhalt und Medium findet im Recht bisher wenig Beachtung, obwohl es zu eigenständigen rechtlichen Problemen führen kann. Dies lässt sich am Beispiel des Internets illustrieren: Oftmals macht dieses keine anderen Informationen zugänglich als andere Medien. Es reduziert aber die Kosten der Verfügbarkeit und des Transfers, und dies auf zweierlei Weise: Zum einen ist der individuelle Zugriff erleichtert. Jeder Einzelne kann durch das Internet schneller, billiger und effizienter auf dort verfügbare Informationen zurückgreifen. Zum anderen erlaubt das Internet den Einsatz besonderer Technik: Das Auflegen von technischen Such- und Kombinationsprogrammen ermöglicht eine Informationsgenerierung, die dem Einzelnen nicht und schon gar nicht so schnell und so variabel möglich ist.⁶⁰ Dadurch sind insgesamt viel mehr Informationen verfügbar und in der Konsequenz rekombinierbar. Natürliche Datensparsamkeit wird durch das Internet aufgehoben. Damit verändert sich die Intensität des Eingriffs in Rechte der Verfügungsberechtigten von Daten – ohne dass diese es wahrnehmen. Denn aus ihrer Sicht gestaltet sich die Weggabe eines Datums per Brief oder per Mail gleich. Die schnelle und billige Möglichkeit des Abgleichs mit anderen Daten des Betroffenen und Dritter bis hin zur Rückbeziehung statistischer Erkenntnisse je nach gewähltem Trägermedium verändert aber die Zugriffsmöglichkeiten erheblich. Ein anderes Beispiel findet sich im Presse-recht: Richtigkeit von Informationen ist ein Anliegen des Rechts. Allerdings gewährt dies eine presserechtliche Gegendarstellung nur dann wirkungsvoll, wenn sichergestellt ist, dass auch diejenigen von der Korrektur erfahren, die falsch informiert wurden. In einem Medium mit hoher Kontinuität der Informationsempfänger kann dies gelingen; in einem Medium mit hoher Fluktuation der Informationsempfänger dagegen ist die Wirksamkeit eher fraglich.

59 Siehe dazu auch A. Scherzberg, Zum Umgang mit implizitem Wissen – eine disziplinübergreifende Perspektive, in: Schuppert/Voßkuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen (Fn. 8), S. 240 m.w.N. Grundlegend M. Polanyi, The Tacit Dimension, Peter Smith Publications, Gloucester/Mass. 1983; R. Cowan/P. David/D. Foray, Industrial and Corporate Change 9 (2000), S. 211.

60 Dass diese Möglichkeiten vom Individuum systematisch unterschätzt werden – z.T. auch aus bloßer Unkenntnis der Technik – ist ein besonderes Problem des Schutzes von Informationen.

Als letzten Punkt der Besonderheit des Gutes Information in Bezug auf seine Informationsträger ist schließlich die schnelle und grenzenlose Übertragbarkeit zu nennen. Die infrastrukturellen Möglichkeiten verändern zeitlichen und räumlichen Zugriff auf Informationen. Statt Postzustellung erreicht eine Email ihren Adressaten schneller und ortsunabhängig. Die Folgen dieser schnellen und günstigen Transferabilität führen dazu, dass Vollstreckung in Information, Nachvollziehung ihrer Bewegung und Zuordnung von Inhaberschaft erschwert werden bis hin zur Unmöglichkeit⁶¹; Rechtsdurchsetzung erfährt damit neue Rahmenbedingungen.⁶²

D. Wissensverarbeitung im Recht

Wissensverarbeitung im Recht ist kein singulärer Vorgang, sondern ein in mehreren Abschnitten ablaufender Prozess, dessen einzelne Stufen eng aufeinander bezogen sind. Einflussnahme und Wirkungen auf die rechtliche Wissensverarbeitung lassen sich unter Berücksichtigung der eben genannten bestimmenden Faktoren von Information anhand dieses Prozesses beschreiben und strukturieren; die erforderlichen diversifizierende Strategien zur Zielerreichung werden erkennbar. Daher ist zu unterscheiden nicht allein hinsichtlich der einzelnen Abschnitte des Prozesses, den einzelnen Stufen, sondern zudem innerhalb dieser hinsichtlich der beteiligten Akteure und Instrumente.⁶³ Auf den verschiedenen Stufen des Informationszyklus treten unterschiedliche Fragestellungen auf und sind verschiedenartige Perspektiven einzunehmen: So haben rechtliche Instrumente der Wissensgewinnung die weiteren Stufen des Transfers mitzudenken, während Probleme der Wissensverarbeitung erst durch die Bewältigung der vorhergehenden Stufen entstehen. Bei der Wissensgewinnung sind Akteure eindeutig bestimmbar, bei der Wissensverbreitung dagegen – aufgrund der Rekombinationsfähigkeit von Information – nicht. Die Kontextabhängigkeit von Information führt also dazu, dass auch und besonders der rechtliche Kontext von Information zu beachten ist.⁶⁴

I. Wissensgewinnung

1. Ausgangslage

Information muss zunächst entstehen; sie muss gewonnen werden. Informationsgewinnung kann aus Sicht des Gewinnenden auf zweierlei Weise betrieben werden: Zum einen kann der Erhebende gänzlich neues Wissen produzieren. Dies entspricht einer objektiven Informationsgewinnung, weil hier das Wissen für die Gesellschaft

61 Zwangsweises „Vergessen“ ist zudem kognitiv nicht möglich.

62 Diese treffen auch andere Güter in der globalisierten Welt; die Geschwindigkeit des Transfers und die fehlende Zurechenbarkeit der Inhalte auf den Infrastruktur-Anbieter machen diese Probleme aber im Informationssektor besonders dringlich.

63 Das behaftet einen Überblick wie diesen Beitrag zwangsläufig mit erheblicher Oberflächlichkeit, verlangt aber andererseits von der sich herauszubildenden Informationsordnung hohe Differenzierungskraft bei gleichzeitiger Systembildung.

64 E. Schmidt-Aßmann, Ambivalenz (Fn. 57), S. 39 (41).

und nicht allein für das Subjekt neu gewonnen wird.⁶⁵ Daneben existiert aber auch die subjektive Informationsgewinnung: Das Individuum füllt seine persönlichen Wissenslücken durch in der Gesellschaft vorhandenes Wissen. Wissensgewinnung als eigenständige Stufe meint hier nur die originäre Wissensgewinnung, bei der überhaupt erstmalig⁶⁶ ein Wissen hergestellt wird. Die subjektive Informationsgewinnung ist dagegen auf der Stufe des (nachfolgenden) Wissenstransfers anzusiedeln: Vorhandenes Wissen wird von einem Subjekt auf ein anderes übertragen; das Wissen wird geteilt.⁶⁷

Unter den Bedingungen eines öffentlichen Gutes geschieht originäre Informationsgewinnung nicht zwingend über den Markt. Dies gelingt nur dann, wenn dazu entsprechende Rahmenbedingungen ausgestaltet sind, die staatliche Eingriffe schaffen können.⁶⁸ Information als privates Gut wird produziert, wenn der Informationssuchende sich einen Gewinn von der erfolgreichen Suche verspricht. Dies ist aus zwei Gründen möglich: Zum einen weil die Information für den Nachfrager selbst diesen Wert hat.⁶⁹ Dem entspricht etwa die Forschungstätigkeit eines Arzneimittelunternehmens: Erfolgreiche Entwicklung eines Medikaments gegen Alzheimer verspricht – nicht zuletzt wegen der Verbreitung dieser Krankheit – einen erheblichen Gewinn für die Unternehmen, so dass die Investition in die Informationssuche zu lohnend verspricht. Zum anderen kann der Informationssucher von vorneherein von dem Weitertransfer entsprechenden Gewinn erwarten, etwa bei Informationen über Kaufmotivation von Kunden, wenn genügend Zahlungsbereitschaft besteht.

Damit wird zugleich deutlich, warum nur bestimmte Information gesucht wird. Die Informationsgewinnungskosten dürfen nicht in der Prognose zu hoch sein. So haben nur solche Krankheiten Aussicht auf die Entwicklung von Medikamenten, die häufig genug auftreten; sog. „orphan drugs“ werden systematisch nicht entwickelt. Ein Ausgleich für diese Probleme des öffentlichen Guts kann darüber entstehen, dass die Information zwangsweise geteilt wird oder dass die Forschung gezielt gefördert und angeregt wird.⁷⁰ Patent- und Urheberrecht sind andere wesentliche rechtliche Instrumente, entgeltliche Informationsweitergabe zu ermöglichen bzw. Anreize dafür zu

65 Damit ist noch nicht gesagt, dass dieses Wissen auch tatsächlich allen zur Verfügung gestellt wird, in der Gesellschaft insgesamt also für andere verfügbar ist. Diese Unterscheidung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Wissen sowie Sonder- und Allgemeinwissen thematisiert etwa auch *Trute*, Wissen (Fn. 37), S. 11 (17 f.).

66 Hierzu gehört natürlich auch der wiederholte Wissenserwerb eines bereits der Gesellschaft verloren gegangenen Wissens, z.B. weil es nur als implizites Wissen vorhanden war.

67 Dazu gleich unter 2 – Staatliche Informationsverantwortung.

68 Dazu *Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen (Fn. 9).

69 Das Problem, dass der Wert von Information ex ante nicht zu bestimmen ist, soll hier nicht näher betrachtet werden. Dazu *Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen (Fn. 9).

70 So überwindet konkret für die seltenen Krankheiten erst staatliche Intervention dieses Problem, jedenfalls zum Teil, siehe z.B. den Orphan Drug Act (USA) oder die EU-Verordnung über Arzneimittel für seltene Leiden, VO EG Nr. 141/2000, ABl. L 18 v. 22.01.2000.

formulieren, wie der Wert von Information im Markt umgesetzt werden kann. Durch Instrumente, die dem Informationstransfer dienen, entstehen bereits Anreize, Information zu gewinnen.⁷¹ Die rechtliche Ausgestaltung auf der nachfolgenden Stufe der Informationsweitergabe wirkt sich damit aus auf die Fähigkeit aus, Information überhaupt zu generieren.

2. Staatliche Informationsverantwortung

Angesichts der Bedeutung von Information muss über eine staatliche Informationsverantwortung nachgedacht werden: Besteht bereits auf der ersten Stufe eine Aufgabe des Staates, Defizite privater Informationsgewinnung auszugleichen und zu beheben, so dass aktuelles und neues Wissen vorgehalten wird⁷² und dieses breitenwirksam zur Verfügung gestellt wird⁷³? Gibt es eine Gewährleistungsverantwortung des Staates?⁷⁴

Eine solche staatliche Pflicht könnte verschiedene Wurzeln haben. Das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG ist ein möglicher Ansatzpunkt: Wenn Wissen zunehmend über Stand und Fortkommen des Einzelnen entscheidet, kann der Staat wesentliche Informationen als Entscheidungsbasis für die Bürger bereitstellen, wenn sie dazu selbst nicht in der Lage sind, diese Informationen zu beschaffen. Die Verantwortung des Staates trifft dann die Verminderung der asymmetrischen Informationsverteilung.⁷⁵ Diese wäre dann weniger fehlender Gewinnung als Transferregulierung zuzuweisen. Das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG ist ein weiterer Ansatzpunkt: Teilhabe und Kontrolle des demokratischen Prozesses sind nur möglich, wenn Informationen über Staat und Gesellschaft vorhanden sind, bis hin dazu, dass Informationen vom Staat hergestellt werden müssen, wenn der Markt dies selbst nicht gewährleistet. Nicht zuletzt kann man darüber nachdenken, aus der Universaldienstleistungsverpflichtung des Staates für die informationelle Infrastruktur aus Art. 87 f GG, aus Meinungs- und sog. Diskursfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sowie dem Demokratieprinzip in Verbindung mit den allgemeinen Kommunikati-

71 Insofern sind gerade Patent- und Urheberrecht auch Instrumente der Informationstransfers, setzen sie doch Regeln dafür fest und schaffen Verfügungsrechte über die Information.

72 Dazu schon früh R. Scholz/R. Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsvorsorge, Berlin 1984.

73 In diese Richtung ließe sich eine Erweiterung des Informationsanspruchs aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs 2 GG durch die Informationsfreiheitsgesetze denken.

74 Th. Groß, Ressortforschung, Agenturen und Beiräte – zur notwendigen Pluralität der staatlichen Wissensinfrastruktur, in: Röhl (Hrsg.), Wissen (Fn. 37), S. 135 (151 ff.); H. Chr. Röhl, in: ders. (Hrsg.), Wissen (Fn. 37), S. 65 (79 ff.).

75 So E. Schmidt-Aßmann, Ambivalenz (Fn. 57), S. 39 (45 f.).

onsgrundrechten, insb. Art. 13 Abs. 1 GG;⁷⁶ eine umfassende Verpflichtung zur Bereitstellung von allgemein verfügbaren, nach Inhalten und Angeboten nicht differenzierenden und somit der Netz-Neutralität entsprechenden Infrastruktur abzuleiten, eine Infrastrukturverantwortung zur Gewinnung von Informationen. Dies würde indes den Anwendungsbereich der Infrastrukturgrundrechte erheblich ausdehnen.

Diese und weitere Fragen harren einer grundlegenden Klärung. Deutlich wird daran schon jetzt, dass Informationsgewinnung in der Regel im Hinblick auf einen bestimmten Zweck und damit eine konkrete Verwendung erfolgt, also im Hinblick auf die nächste Stufe. Zuweisung der ersten Stufe der Gewinnung an den Staat würde eher dazu führen, dass Wissen – anders als bei Privaten – ohne konkrete Zweckrichtung auf einen konkreten Verwendungszweck hin ermittelt würde, und es würde einen verringerten Schutz des Informationsproduzenten bedeuten, ist doch der Staat weniger schutzwürdig als der Einzelne.

3. Rechtliche Instrumente zur Informationsgewinnung

Rechtliche Vorgaben verändern auf verschiedene Weise die Rahmenbedingungen zur Gewinnung von Information, bis hin dazu, dass dem Staat selbst die Gewinnung übertragen ist.⁷⁷ Dies führt zu verschieden angelegten Gewinnungsinstrumenten: Je nachdem, ob der Staat Wissen gewinnt oder Private, spielen Zweckorientierung auf eine konkrete Wissensverwendung, also die nächste Stufe, eine kleinere oder größere Rolle.

a) Staatliche Anleitung der Informationsgewinnung

Die Anleitung von privater Wissensgewinnung durch rechtliche Gestaltung erfolgt neben einer direkten monetären Steuerung⁷⁸ vor allem durch die rechtliche Ausgestaltung privater innovationsfreundlicher Umfelder, in denen neue Informationen entwickelt und aktiv nachgesucht werden.⁷⁹ Patent- und Urheberrecht übernehmen

76 Auf diesen letzten Kontext stützt sich A. Koreng, Meinungsmarkt und Netzneutralität - Kommunikationsgrundrechtliche Aspekte des diskriminierungsfreien Netzzugangs, CR 2009, S. 758; knapp A. Spies/F. Ufer, Netzneutralität: Stichwort oder Unwort des Jahres? – Neues US-Regulierungsverfahren mit Auswirkungen auf Deutschland, MMR 2010, S. 13 (17); grundsätzlich, aber ohne vertiefte Auseinandersetzung mit dem Konzept Preis- und Dienstendifferenzierung bejahend B. Holznapel, Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltsicherung, K&R 2010, S. 95 (99 f).

77 Auch der Staat muss als eine Akteursmehrheit begriffen werden: Informationsgewinnung gestaltet sich anders für die Legislative als für die Exekutive oder die Judikative. Auch die Folgen dieser Differenzierung können im vorliegenden Rahmen nur angedeutet werden. Siehe zu einzelnen verwaltungsrechtlichen Informationsgewinnungsakteuren Th. Groß, Ressortforschung (Fn. 74), S. 135 (138 ff.).

78 Als Top-Down- oder Bottom-Up-Ansätze entweder themenorientiert oder gänzlich frei.

79 Siehe zu Recht und Innovation z.B. M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, Baden-Baden 2002; D. Wielsch, Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008; W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung. Grundlagen, Forschungsansätze, Gegenstandsbereiche, Baden-Baden 1998; W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994.

diese Funktion in gewisser Weise.⁸⁰ Der Erfolg der Wissensgewinnung ist dabei ungewiss; könnte man das fehlende Wissen und den Weg zu seiner Gewinnung beschreiben, läge es im Wesentlichen vor.

Staatliche Übernahme der Gewinnung von Wissen ist insbesondere dort geboten, wo ein grundlegendes, anwendungsfernes Wissen gewonnen werden soll, da anderenfalls dieses Wissen von Privaten nicht produziert wird. Ein Grund dafür kann das Vorliegen von Pfadabhängigkeiten sein: Wenn Wissen fehlt, um Lücken beschreib- und damit wahrnehmbar zu machen, werden einmal eingeschlagene Suchrichtungen ohne Blick auf Alternativen weiterverfolgt. Da alternative Wissensentwicklung umso teurer wird, je länger ein bestimmter Pfad bereits verfolgt wird, entstehen schnell Ineffizienzen. Diese können durch staatliche Forschungsanstrengungen aufgefangen werden.⁸¹

Eine solcherart motivierte staatliche Anleitung der Informationsgewinnung erfolgt nicht im Hinblick auf eine eigene Wissensbedürftigkeit des Staates, sondern bereits im Hinblick auf weitere Stufen der Weitergabe und Weiterverwendung für Dritte. Daher sind solche Wissensgewinnungsmaßnahmen nicht ohne gleichzeitige Wissensweitergabe-Mechanismen denkbar.

Der Unterschied der beiden staatlich beeinflussten Vorgehensweisen (staatliche Forschung versus Forschungsförderung Privater) liegt vor allem in der Organisationshoheit und damit letztlich in der Ausprägung der rechtlichen Bindung. Variable Formen der staatlichen Wissensgewinnung erfolgt ihrerseits durch verschiedene Organisationsformen: Neben den Hochschulen als unabhängige Forschungsinstitutionen⁸² gibt es sowohl eine behördlich organisierte und kontrollierte Wissensgewinnung, z.B. im Gesundheits- und Arzneimittelbereich, als auch eine gezielte ausgegliederte Themenforschung, z.B. in außeruniversitären Forschungseinrichtungen. Organisatorische Ausgliederung ohne dauerhafte Institutionalisierung erlaubt neue Themensetzungen und damit mittelfristige, inhaltsorientierte Steuerung; dauerhafte Institutionalisierung wie bei den staatlichen Hochschulen zielt dagegen auf ein hohes Maß an Freiheitsgewähr für den Einzelnen und damit auf staats- und gesellschaftsferne Wissensentwicklungen.⁸³ Eine staatliche Wissensentwicklung sichert besonde-

80 Täger/v. Witzleben (Hrsg.), *Strategies for the Protection of Innovation*, Dordrecht u. a. 1991.

81 In Bezug auf Unsicherheitsbewältigung und die besonderen Herausforderungen durch das Internet nennt dies *Vesting*, Bedeutung (Fn. 8), § 20 Rn. 46, „eine prospektive Strategie der Erhaltung von Diversität“.

82 Siehe jüngst etwa S. Madeja, *Wissens- und Technologietransfer als Hochschulaufgabe*, DÖV 2009, S. 1143.

83 Daher sind die derzeitigen Bestrebungen im Hochschulbereich, Unternehmensstrukturen zu schaffen, bei denen u.a. leistungsgerechte Anreizgestaltung der Forschenden ganz überwiegend in Abhängigkeit von ihren Publikationserfolgen erfolgt, unter diesem Aspekt kritisch zu sehen, wird damit doch über extrinsische Motivation weitgehend die vorhersehbare, risikolose Forschung gefördert und womöglich die intrinsische Motivation des Forschers zerstört; siehe zu diesem Zusammenhang von extrinsischer und intrinsischer Motivation B. Frey/I. Bohnet, *Homo oeconomicus* 11 (1994), S. 1.

re Freiheitsbedingungen über die Forschungsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG auch der einzelnen Beteiligten, so dass Selbstbestimmtheit und damit eine jedenfalls teilweise unabhängige Wissensentwicklung geschützt ist. Die Bedingungen der Wissenschaftsfreiheit erfolgen also zunächst selbstbezogen auf die Stufe der Wissensgewinnung selbst. Dass die eigenständige Binnenstruktur der Wissensgewinnungsorganisationen ihrerseits die gefundenen Informationen auf eigene Weise überprüft, verwirft und verfestigt, ist der Stufe des Informationstransfers zuzuordnen.⁸⁴

Die Intensität der rechtlichen Bindungen in diesen verschiedenen Organisationsformen hängt dennoch auch von der weiteren Verwendung ab, und damit vom Blick auf die nächste Stufe im Informationszyklus: Eine von vorneherein innerstaatlich ausgerichtete Informationsgewinnung verlangt in geringerem Maße eine Weiterverwendungsoption als eine staatliche Gewinnung, die zur Behebung marktlicher Fehlentwicklungen betrieben wird. Dies wirkt sich z.B. auf die Publizitätspflichten staatlicher Informationsgewinnungsmaßnahmen aus: Für erstere kann bereits das Vorliegen der Informationsfreiheitsgesetze IFG genügen, um den privaten Bereich am staatlichen Wissen teilhaben zu lassen; bei letzterem ist zu bedenken, dass hier möglicherweise eine aktive staatliche Informationspolitik betrieben werden muss,⁸⁵ die dann auch die Weiterverwendung staatlicherseits zur Verfügung gestellter Informationen erfassen muss. Die Bindungen für staatliche Informationsweitergabe, insbesondere der von Art. 12 gewährleistete Schutz auf verzerrungsfreien Wettbewerb,⁸⁶ wirken somit zurück auf die Ausgestaltung der Wissensgewinnungsorganisation.

b) Grenzziehung der Informationsgewinnung

Rechtliche Gestaltung der Wissensgewinnung beinhaltet als Kehrseite die (Ver-)hinderung der Generierung neuen Wissens.⁸⁷ Staatliche Maßnahmen der Informationsgewinnung können Eingriffe in Rechte Einzelner bedeuten, sind also nicht frei.⁸⁸ Dieses Spannungsfeld von Rechtsgewähr und Rechtsbeschränkung ist kein spezielles Problem staatlicher Wissensverarbeitung, trifft aber bezogen auf Informationen deshalb auf besondere Schwierigkeiten, weil Eingriffe sekundärrechtlich regelmäßig nicht mehr ausgeglichen werden können. Denn Information kann nicht vergessen werden. Insofern wirkt hier die letzte Stufe im Informationsprozess bereits auf die allererste Stufe ein: Defizite der letzten Stufe können nur durch Maßnahmen auf der ersten Stufe ausgeglichen werden.

Damit lassen sich zwei zentrale Gründe für eine Wissensverhinderung ausmachen.

84 Anders *Trute*, Wissen (Fn. 37), S. 11 (31 f.).

85 Ob diese zwangsläufig kostenlos sein muss, wie derzeit z.T. diskutiert wird, ist damit noch nicht bestimmt, da nicht der Staat alleine, sondern insbesondere Einzelpersonen das Wissen gewinnen, deren Rechte dann in einen Konflikt mit staatlichen Weitergabeinteressen geraten können.

86 Vgl. nur – informationsbezogen – BVerfGE 105, 252 (265).

87 Bejaht man also eine staatliche Informationsverantwortung, endete diese hier.

88 Siehe nur *Kopp/Ramsauer*, VwVfG-Kommentar, 11. Aufl., München 2010, § 26 Rdnr. 3 a.

Zum einen kann die Wissensverhinderung gezielt eingesetzt werden, um die Qualität der staatlichen⁸⁹ Entscheidung zu steigern.⁹⁰ Die Information wird im Hinblick auf ihre Qualität als konkretes Handlungswissen, im Hinblick auf die spätere Stufe der Verwertung. Regelungen dieser Art könnte man z.B. in der Genehmigungsfiktion,⁹¹ etwa bei § 42 a VwVfG oder spezialgesetzlich z.B. in § 6 a Abs. 1 GewO, § 22 Abs. 5 Satz 4 BauGB, § 29 Abs. 2 a AMG oder § 12 Abs. 5 GenTG, erkennen: Wird eine behördliche Entscheidung über einen Antrag nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums getroffen, gilt dieser als genehmigt bzw. die Zulassung als erteilt; Informationsgewinnung der Behörde wird also von Gesetzes wegen abgebrochen. Allerdings ist fraglich, ob der Gesetzgeber mit diesen Regelungen nicht – zumindest auch – gezielt eine Qualitätsverschlechterung in Kauf genommen hat, um größere Planungssicherheit herbeizuführen.⁹² Denn bisher wird allgemein davon ausgegangen, dass mehr Wissen zu einer größeren Rationalität rechtlicher Entscheidungen führe,⁹³ nicht zuletzt deshalb, weil mehr Wissen auch besseres Wissen bedeute. Gezielter Abbruch von Informationsgewinnung zur Entscheidungsverbesserung ist daher bisher kaum vorgesehen.⁹⁴ Diese Annahme ist nicht zwingend. Denn der Erfolg von Informationsgewinnungsmaßnahmen ist als prognostisches Vorgehen nur begrenzt vorhersagbar: Mehr Wissen kann also auch weniger Wissen bedeuten. Diese Erkenntnis kann das rechtliche Gestaltungsspektrum erheblich erweitern: Die Identifikation von Entscheidungssituationen, in denen mehr Wissen nicht zwangsläufig zu besserer Entscheidungsqualität führt, erlaubt die Integration bekannter Instrumente, z.B. der Genehmigungsfiktion, mit anderer Rechtfertigung: Sie schneiden eine uner-

89 Dies gilt in gleicher Weise für private Informationsgewinnung, die hier naturgemäß nicht betrachtet wird.

90 Diese Möglichkeit würde z.B. die Heuristik-Forschung für bestimmte Entscheidungssituationen bejahen, s. nur G. Gigerenzer/P. Todd/ABC-Group, Simple Heuristics That Make us Smart, Oxford University Press, New York 1999: Danach gibt es einfache Entscheidungsregeln unter Verwendung extrem weniger Informationen, die zu besseren Ergebnissen führen als rationale Abwägungsverfahren unter Einbeziehung sämtlicher verfügbarer Informationen.

91 Dazu z.B. J. Caspar, Der fiktive Verwaltungsakt – Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, AÖR 2000, S. 131; A. Guckelberger, Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion, DÖV 2010, S. 109.

92 Angesichts der europarechtlichen Herkunft der nunmehr in § 42 a VwVfG verankerten Grundregelung wird dies für die neuen Vorschriften kaum mehr thematisiert, siehe früher bereits M. Jachmann, Die Fiktion im Öffentlichen Recht, Berlin 1998, S. 859. Allenfalls spielt diese Argumentation in die Überlegungen zur Anwendbarkeit der allgemeinen Regelungen zur Aufhebbarkeit hinein, vgl. zu dieser Diskussion A. Guckelberger, Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion, DÖV 2010, S. 109 (116) m.w.N.

93 So z.B. Voßkuhle, Konzept des rationalen Staates (Fn. 9), S. 13 ff.

94 Als Ausnahme mag das – allerdings sehr umstrittene – Prinzip „Bekannt-und-Bewährt“ zur Verteilung knapper Ressourcen im Gewerbe- und Kommunalrecht, z.B. Jahrmarkt oder Messe, gelten: Danach werden neue Bewerber nur im Rahmen einer Restkapazität zugelassen; die Hauptstandplätze werden dagegen an Bewerber vergeben, die bereits bekannt sind und sich rechtlich einwandfrei verhalten haben, vgl. Ch. Braun, Zulassung auf Märkten und Veranstaltungen, NVwZ 2009, S. 746 m.w.N. Damit verzichtet die Verwaltung gezielt darauf, weitere Informationen einzuholen.

wünschte staatliche Informationssuche ab,⁹⁵ die ansonsten jedenfalls auf der Ebene der Verwaltung wegen § 24 VwVfG fortgeführt werden müsste.⁹⁶

Ein zweiter Grund für die Verhinderung von Informationsgewinnung liegt darin, dass die Existenz und Nutzbarmachung einer Information in Individualrechte eingreift oder wenn sie als gemeinwohlsschädlich empfunden wird.⁹⁷ Solche allgemeinen Informationsgewinnungsverbote finden sich z.B. auf völkerrechtlicher Ebene im Bereich der Atomforschung; national sind dies z.B. Forschungsverbote. Verfassungsrechtlich abgesicherte Individualpositionen verhindern Wissensgewinnung insbesondere bei personenbezogenen Daten: Schon die Erhebung steht unter Eingriffsvorbehalt.⁹⁸ Aber auch Grundrechte wie Telekommunikations-, Wohnungs-, Pressefreiheit und andere verhindern staatliche (und z.T. auch private) Informationsgewinnung. In diese Kategorie zählen schließlich auch Informationsgewinnungsverbote, bei denen die Information selbst als unschädlich angesehen wird, nicht aber ein bestimmter Weg ihrer Gewinnung: Vaterschaftsfeststellung ist ein legitimes Anliegen der Betroffenen, allerdings nicht heimlich.⁹⁹

In beiden Fällen wird ein möglicher – aber nicht gewisser – gesellschaftlicher und individueller Informations- und weiterführender gesellschaftlicher, rechtlicher, wirtschaftlicher oder sonstiger Gewinn gezielt aufgegeben, um einen möglichen Verlust

95 Fiktionen können damit auch eine unerwünschte Wirkung, nämlich die Verhinderung von Informationsgenerierung, zeitigen: Da sie eine Tatsache für die rechtliche Beurteilung unabhängig davon festschreiben, ob sie in der Wirklichkeit konkret besteht, existiert für die von einer Fiktion Erfassten keinerlei Anreiz, Informationen zu generieren, die dieser Fiktion widersprechen. Lediglich dann, wenn gezielt versucht wird, die Fiktion oder ihre rechtliche Wirkung abstrakt zu verändern, kann eine Strategie sein, die tatsächlichen Grundlagen der Fiktion anzugreifen. Ob dieses allgemeine Interesse allerdings zu konkreten Anreizen für konkrete Informationsgewinnungsmaßnahmen Einzelner führt, ist zweifelhaft – hier wirkt sich der Charakter von Information als öffentlichem Gut aus: Die Erwartung, dass andere die Anstrengungen zur Informationsgewinnung unternehmen und man selbst davon profitieren kann, führt zum Versuch des Trittbrettfahrens und damit zu weiterhin fehlender Information. Eine ähnliche Diskussion ist insbesondere im Umweltrecht bei der Einführung von offenen, dynamisch angelegten Rechtsbegriffen wie „Stand der Wissenschaft und Technik“ in § 7 Abs. 2 Nr. 3 ArG (ebenso auch z.B. § 14 Abs. 1 Nr. 6 a AMG) oder „Stand der Technik“ in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG (ebenso z.B. § 32 Abs. 1 Nr. 1 b KrW/AbfG), erörtert worden, vgl. nur aus der jüngeren Literatur kritisch aus evolutionsökonomischer Sicht G. Wegner, in: ders./Wieland (Hrsg.), Formelle und informelle Institutionen der Ökonomie, Marburg 1998, S. 34, 46 ff. und 58 f.

96 § 24 VwVfG überlässt der Verwaltung nur ein Ermessen dahingehend, welche Mittel sie zur Informationsgewinnung heranzieht, nicht aber, in welchem Umfang und bis zu welchem Überzeugungsgrad sie ermitteln muss, siehe nur Kopp/Ramsauer, VwVfG-Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 24 Rdnr. 12 ff. und 33; Knack/Hennecke - Clausen, VwVfG-Kommentar, 9. Auflage, Köln 2010, § 24 Rdnr. 8; J.P. Schneider, Nachvollziehende Amtsermittlung bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, Berlin 1991, S. 103 f.; H. Hill, Verfahrensermessen in der Verwaltung, NVwZ 1995, S. 449 (453 f.).

97 Allgemein für den Umgang mit Wissen darauf beschränkend E. Schmidt-Aßmann, Ambivalenz (Fn. 57), S. 39 (47 ff.).

98 BVerfGE 65, 1 (44); § 4 Abs. 1 BDSG.

99 BVerfGE 117, 202.

durch Kenntnis zu verhindern.¹⁰⁰ Hierzu fehlt es bisher an einer Systematisierung, die eine Abwägung zwischen ungewissen verfassungsrechtlichen Positionen anleitet: Inwieweit sind Gefährdungen des Persönlichkeitsrechts durch Ermittlung von Informationen schützenswerter als Gefährdungen der Berufsfreiheit, wie sich das Problem z.B. jüngst in der sog. „Spick-Mich-Entscheidung“ des BGH¹⁰¹ zum Schutz von Äußerungen in Internet-Meinungsportalen darstellte? In diese Abwägungen sind nicht allein die konkreten Wissensgewinne einzustellen, sondern bereits jetzt Aspekte der weiteren Stufen des Informationsprozesses: Welche Weiterverwendungsmöglichkeiten gibt es, welche alternativen Gewinnungsprozesse sind möglich, welches Medium wird eingesetzt, wie sind die Weitergabemöglichkeiten ausgestaltet? Offen ist auch, welche konkreten Gründe den Ausschluss von Informationsgewinnung vorsehen können und müssen, und inwiefern andere Rechte, insbesondere die Informationsfreiheit, aber auch allgemeine Rationalitäts- und Ermächtigungserwägungen, ihrerseits für eine Gewinnung streiten: Ist beispielsweise ein weites Verständnis der Informationsfreiheit verstärkend für die Rechte derjenigen, die unter Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Informationen generieren wollen?¹⁰² Insbesondere stellt sich die Frage, inwieweit der Schutz verschiedener Informationsträger und -kommunikationsmedien – etwa Internet, Presse, Brief, Telefon – und Orte – z.B. Wohnung, Geschäftsräume, öffentliche Räume – sowie das Vorverhalten der Betroffenen – rechtmäßiges Verhalten, statistisches Gefahrenpotential, konkreter Unrechtsverdacht, Strafverurteilung – zu unterschiedlichen Schutzausprägungen bei grundsätzlich identischer Information führt: Gibt es womöglich eine systematische Abstufung der Schutzwürdigkeit anhand solcher – und weiterer – Faktoren, die die verfassungsrechtliche Abwägung und damit letztlich auch die verwaltungsrechtliche Handhabe anleitet? Auch hier wird die Information nur selten um ihrer selbst willen akquiriert; der konkrete Verwendungszusammenhang muss hinzugedacht und um abstrakte Verwendungszusammenhänge ergänzt werden. Führt dies zu einem geringeren oder einem höheren Schutz desjenigen, der Information erstrebt? Nicht zuletzt ist der bisherige Schutz als Schutz identifizierbarer Persönlichkeiten ausgestaltet; gerade das Internet macht aber sichtbar, dass Anonymität in modernen Kommunikationszusammenhängen immer häufiger auftritt. Verdient eine Informationsgewinn-

100 Dies geschieht aber nicht durch eine Kosten-Nutzen-Abwägung oder Maßstäbe eines numerisch nachvollziehbaren Verfahrens; dazu *E. Hofmann*, Abwägung im Recht, Tübingen 2006; *M. Fehling*, Kosten-Nutzen-Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen, *Verwaltungsarchiv* 95 (2004), S. 443.

101 BGH v. 23.06.2009 – NJW 2009, 2888.

102 Dies würde auch nationalrechtlich die heikle Vorschrift der §§ 8 und 9 UIG entschärfen, worin aufgrund europäischer Vorgaben ein behördlicher Abwägungsvorbehalt verankert ist, so dass dem allgemeinen Jedermann-Anspruch auf staatlichen Umweltinformationszugang trotz entgegenstehender Datenschutzrechten Vorrang gewährt werden kann. Dieses Beispiel macht deutlich, dass subjektive Informationsgewinnung (Wissenstransfer) und objektive Informationsgewinnung möglicherweise ähnlichen Strukturprinzipien unterliegen, wenngleich sie unterschiedlichen Stufen im Wissensprozess zuzuordnen sind (und dann auch verschieden zu behandeln sind).

nung ohne Personenbezug, möglicherweise in Abhängigkeit von dem jeweils eingesetzten Suchmedium, einen geringeren oder einen höheren Schutz als eine identifizierbare Suche nach Informationen? Hier einheitliche Strukturprinzipien zu identifizieren und damit das Verbot der Informationsgewinnung systematisch statt punktuell und unverknüpft zu verstehen, steht noch aus. Hilfreich kann hierzu auch ein Blick in das Strafrecht sein,¹⁰³ das bereits seit vielen Jahren ein hohes Ausmaß an Erfahrungswissen sowohl in der behördlichen als auch der gerichtlichen Ermittlungstätigkeit und somit in der Abwägung von Individual- und Gemeinwohlinteressen sammelt.

II. Wissenstransfer

Ein Wissen ohne Breitenwirkung ist vergleichbar einem nicht vorhandenen Wissen, existiert doch für die Gesellschaft und für die Individuen dieses Wissen nicht. Es besteht subjektives Nicht-Wissen. Die Verfügbarmachung von Wissen – durch Verteilung auf verschiedene Informationsträger – ist eine wesentliche, wenngleich unterschätzte, Wirkung rechtlicher Gestaltung. Dieser Wissenstransfer bildet die zweite, und möglicherweise bedeutendste, Stufe im Informationszyklus, schafft Wissensteilung doch die Grundlage für eine breitenwirksame Verfügbarkeit von Information und damit für die Umsetzung der Wissensgesellschaft. Gleichzeitig schafft Wissensteilung rechtliche Probleme, weil mit dem Wechsel der Sphären die Beherrschbarkeit von Wissen für den ursprünglichen Wissenserwerber und damit die Zuordnung der Information zu ihm endet.

1. Rechtliche Gestaltung der Transferleistung

Der Staat der Wissensgesellschaft macht Wissen verfügbar, er fördert den Transfer von Informationen, er bietet Transparenz und Orientierung durch Vermittlung von Wissen. Insofern ist er ein Kommunikationsstaat. Fraglich ist, ob dies der verfassungsrechtlich beschränkten Rolle des Staates gerecht wird: Information prägt und ermöglicht möglicherweise eine andere Frequenz und Einflussnahme staatlichen Vorgehens als Ordnungsrecht, und sie bedingt andere Rechtsschutzmöglichkeiten.¹⁰⁴ Nicht zuletzt wird der Zugang zu Wissen zu einem fundamentalen Problem rechtlicher Gestaltung.

Zu unterscheiden sind einerseits aktive Transfermaßnahmen des Staates, die bei ihm vorhandenes Wissen bereitstellen, etwa für die Bürger im Rahmen der Informationsfreiheits-, Verbraucherinformations- oder Umweltinformationsgesetze, intern als innerstaatlicher Transfer (Informationshilfe, aber auch unabhängig davon).¹⁰⁵ An-

103 Außerrechtlich halten hier insbesondere Psychologie und Ökonomie als Verhaltenswissenschaften Erkenntnisse für das Recht bereit.

104 Dies wurde etwa deutlich in den Verfahren „Osho“ und „Glykol“, BVerfGE 105, 279 bzw. 252.

105 Zu letzterem siehe aus jüngerer Zeit nur G. Holznagel, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fn. 8), § 24.

dererseits setzt der Staat gezielt Anreize für Transferleistungen von Privaten an Private. Letztere können im Rahmen einer Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht nicht näher betrachtet werden, spielen aber für das private Informationsrecht eine erhebliche Rolle – insbesondere im Urheber- und Patentrecht: Deren Regelungen über Verwertung von Information schaffen eine Grundlage für Veräußerlichkeit. Nicht zuletzt schließlich geht es hier auch um Vorgänge der Informationsbeschaffung des Staates selbst, in konkreten Verwaltungsverfahren durch Beteiligte oder externe Sachverständige ebenso wie in Normsetzungsverfahren durch externe Experten.

Damit Wissenstransfer und Lernzuwachs gelingen können, müssen Anreize müssen darauf gerichtet sein, dass Wissen überhaupt transferiert wird, und zudem darauf, dass es an denjenigen transferiert wird, der von dem Wissen (bestmöglich) Gebrauch macht. Oftmals hat schon derjenige, der Wissen produziert hat, kein Interesse daran, dieses Wissen zu teilen: Er verlöre damit zwar nicht die Nutzbarkeit für eigene Zwecke, wohl aber den Innovationsvorsprung. Rechtliche Regelungen können hier Vorgaben machen – z.B. eine zwangsweise Teilung vorhandenen (Teil-)Wissens vorsehen,¹⁰⁶ aber auch Verwertungsinstitutionen schaffen, die wirtschaftliche Anreize zum Transfer setzen¹⁰⁷. Solche Vorschriften setzen jeweils an der rechtlichen Zuordnung des Wissens an den Akteur des Gewinnungsprozesses an. Fehler auf der ersten Stufe können dann möglicherweise auch auf den Transfer durchschlagen.¹⁰⁸ Daneben ist problematisch, dass derjenige, der Informationen sucht, um deren Existenz häufig nicht weiß. Rechtliche Regelungen können eine rechtlich überformte Orientierungshilfe für den Wissensmarkt bereitstellen, um Meta-Informationsasymmetrien auszugleichen. Dazu dienen so unterschiedliche rechtliche Gestaltungen wie etwa Register, öffentliche Organigramme, Tätigkeitsberichte und Datenbanken, aber auch öffentliche Konferenzen, Verlautbarungen und Informationsbroschüren. Ansatzpunkt ist der Inhalt der Information als Ordnungskriterium: Auf denjenigen, der die Information generiert hat, kommt es, anders als bei den Anreizen zum Transfer, gerade nicht an, die Suche nach dem vorhandenen Wissen erfolgt inhalts- und nicht urheberbezogen. Entsprechend anders müssen solche Transferanreize ausgestaltet sein.

Informationstransfer ruft auch die Frage nach den Mitteln auf, wie die Anreize staatlicherseits ausgestaltet werden können. Nach wie vor ist das Ordnungsrecht vorrangig. Die Formulierung von Rechten und Pflichten zur Informations(mit-)teilung ge-

106 Dies ist beispielsweise in einer Reihe von Genehmigungsverfahren der Fall, um doppelte Testreihen – z.B. unter Einsatz von Tierversuchen – zu vermeiden, vgl. § 17 GenTG.

107 Vgl. nur exemplarisch § 17 Abs. 3 GenTG, §§ 14 Abs. 3 und 14 a Abs. 3 PflSchG. Dazu gehört auch das Patent- und Urheberrecht.

108 Dazu gleich noch unter D.II.4 – Transferverbote.

richtlich durchsetzbar, betrifft Private ebenso wie zunehmend auch den Staat selbst.¹⁰⁹ Ob eine solche Verpflichtung gegenüber dem Staat sogar verfassungsrechtlich abzuleiten ist, ist (noch) umstritten. Die Informationsfreiheitsgesetze mit ihrem Jedermann-Anspruch auf Zugang staatlicher Informationen, § 1 Abs. 1 IFG, haben jedenfalls den Anwendungsbereich der Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. HS GG erheblich erweitert. Aktive Informationsverpflichtungen des Staates etwa im UIG, in § 40 Abs. 1 LFMG, im InformationsverwendungsG oder neuerdings im Geodatenbereich¹¹⁰ tun ein Übriges. Eine einheitliche Zugriffsweise, auch unter Wirksamkeitsaspekten, zu diesen vielfach verstreuten und vielgestaltigen Instrumenten wechselseitiger Bürger-Staat-Beziehungen fehlt aber bisher.¹¹¹ Eine solche müsste nicht allein den Transfer der Informationen selbst ins Auge fassen, sondern sich auch der Wirksamkeit der transferierten Information, also der Wissensverarbeitung unter Einsatz verschiedener Medien widmen.¹¹² Umgekehrt ist der Staat aber auch häufig auf privates Wissen angewiesen, das er mit Hilfe ordnungsrechtlicher Pflichtenstellungen zu gewinnen sucht. Der Erfolg solcher Verpflichtungen hängt wesentlich davon ab, ob der Staat imstande ist, die Verpflichtung auch qualitativ durchzusetzen. Dies wiederum führt dazu, dass staatliche Wissensgewinnung nicht alleine auf einzelne Private abstellen darf, sondern vielmehr möglicherweise sogar eine parallele Wissensgewinnung betreiben muss.¹¹³

Wissenstransfer findet aber nicht allein aufgrund aktiver Nachfrage statt. Möglich ist auch die aufgedrängte Information¹¹⁴: Informationsrezipienten wird Information verfügbar gemacht in der Vorstellung einer passiven Wahrnehmung und späteren Nutzung, z.B. durch eine staatliche Informationsleistung wie Warnung oder Empfehlung. Mit § 40 LFMG und, nicht ganz so weitreichend, § 5 Abs. 1 Satz 2 VIG sind neue Grundlagen für eine solche aktive Informationspolitik des Staates geschaffen worden. Und der althergebrachte Grundsatz der Öffentlichkeit bestimmter Staatshandlungen erhält unter diesem Aspekt ein neues Gepräge:¹¹⁵ Publizität dient nicht nur der Kontrolle eines gegenwärtigen Akts, sondern auch der Erkennbarkeit und

109 Die Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. HS GG bildet insoweit lediglich einen kleinen, auf die Bürger-Staat-Perspektive beschränkten Teilausschnitt aus verfassungsrechtlicher Warte ab.

110 Umsetzung der europäischen Inspire-Richtlinie durch das deutsche Geodatenzugangsgesetz betreffend staatliche Geodaten.

111 Siehe auch C. Gusy, Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fn. 8), § 23 Rn. 30, der sogar so weit geht, dass die Ursachen der „Zersplitterung [...] am allerwenigsten von den Eigenheiten des Informationsrechts geprägt“ seien.

112 Dazu noch gleich unter D.II.3. – Bedeutungsgehalt der gewählten Infrastruktur sowie D.III. – Wissensverarbeitung.

113 Vgl. dazu J.-P. Schneider, Nachvollziehende Amtsermittlung (Fn. 96)..

114 Der Begriff stammt aus dem Datenschutzrecht und bezeichnet dort den Fall, dass eine verantwortliche Stelle Informationen erhält, ohne diese nachgefragt zu haben.

115 Dazu auch Gusy, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fn. 8), § 23 Rz. 98 ff.

Vorhersage staatlichen Entscheident. Damit wird dringlich, inwieweit Informations-tätigkeit überhaupt als Eingriff zu bewerten ist, und wenn ja, ob sie – wie gerne angenommen wird – grundsätzlich als milderer Mittel gelten kann und schließlich, inwieweit Rechtsschutz dagegen möglich ist und von wem. Der Problemlösung kann sich die Rechtswissenschaft unter Berücksichtigung der ersten Stufe – wer hat die Information zunächst gewonnen? Wie sicher ist die gewonnene Information – und unter Berücksichtigung der nächsten Stufen – wie wird die Information verstanden? Wer nimmt sie wahr? Kann sie korrigiert werden? – mit größerer Differenzierungs-fähigkeit und dogmatischer Schärfe nähern.

2. Rechtliche Gestaltung der Infrastruktur

Eine wesentliche Bedingung für Informationstransfer zwischen Staat und Bürger ist die Existenz einer ausreichenden Infrastruktur zu ihrer Vermittlung. Unter den rechtlichen Regelungsrahmen von Informationsinfrastruktur fällt dazu nicht nur die Bereitstellung moderner, Distanz überwindender Kommunikationsformen wie der Telekommunikation.¹¹⁶ Davon erfasst – wenngleich wenig beachtet – werden auch traditionell bestehende Transfermöglichkeiten, etwa Post, Rundfunk und Presse bis hin zum rechtlich kaum einmal einbezogenen interpersonellen Austauschs.

Der Staat hat Kommunikation zu ermöglichen, schon allein deshalb, um die Grundlagen der Meinungsfreiheit, der Demokratie und einer demokratischen Kontrolle zu gewährleisten. In der Informationsgesellschaft erweitert sich diese Verpflichtung, wenn Information die Grundlage von Produktivität – und damit Selbst-Erhaltungsfähigkeit – in der Gesellschaft ist. Den Staat trifft insoweit eine Zugangsverantwortung, die sich aus einer Aufgabe der Daseinsvorsorge ableitet.¹¹⁷

Art und Ausmaß von Infrastruktur haben nachhaltige Auswirkungen auch auf die Transferleistung von Informationen. Mittelfristig ist daher angesichts knapper Ressourcen eine staatliche Entscheidung über die Verteilung bzw. Erweiterung vorhandener Transferleistungen zu treffen.¹¹⁸ Ob hierzu bestehende rechtliche, gar verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten sind, z.B. der Gedanke einer Internetfreiheit, ist bisher rechtswissenschaftlich erst in Ansätzen angedacht. Zu ergänzen ist diese Diskussion (und eine mögliche Gewährleistungsverantwortung des Staates) um das Element eines Systemwettbewerbs verschiedener Infrastrukturen.

116 Die Existenz der modernen Infrastruktur alleine wird u.a. durch die Universaldienstverpflichtung des Staates auch nach Privatisierung und Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes gem. Art. 87 f GG garantiert.

117 Vgl. auch *Schoch*, Informationsordnung (Fn. 8), S. 173.

118 Angesichts zunehmender Konvergenz der Medien wird unter dem Schlagwort „Netz Neutralität“ die unlösliche Verbindung von Infrastruktur und Inhalt diskutiert: In Abhängigkeit von Diensten oder Inhalten können unterschiedliche Infrastrukturleistungen angeboten werden. Siehe jüngst z.B. *Holz-nagel*, Netzneutralität (Fn. 74), S. 95; *Koreng*, Meinungsmarkt und Netzneutralität (Fn. 74), S. 758; *Spies/Ufer*, Netzneutralität (Fn. 74), S. 17; im Übrigen vor allem noch in der Internet-Community selbst diskutiert, siehe etwa www.internet-law.de/2010/02/grundrecht-auf-netzneutralitaet.html.

3. Bedeutungsgehalt der gewählten Infrastruktur

Trotz des in den letzten Jahren stark beachteten Feld des Telekommunikationsrechts findet der unterschiedliche kommunikative Gehalt von verschiedenen Infrastrukturleistungen wenig rechtliche Berücksichtigung.¹¹⁹ Infrastruktur übermittelt Information nicht neutral, wie dies auch ein Informationsträger nicht tut. So kann eine Information, die persönlich mitgeteilt wird, u.U. eine höhere Glaubwürdigkeit und Wahrhaftigkeit für sich beanspruchen, während in einem anderen solchen Kontext Glaubwürdigkeit und Wahrhaftigkeit eher über die Mitteilung per Post zugewiesen wird.¹²⁰ Anerkannt ist der Bedeutungsgehalt der Infrastruktur am ehesten für den Postweg: Der Aufgabe eines Schriftstücks auf dem Postweg werden nach § 41 Abs. 1 VwVfG zeitliche Wirkungen in Bezug auf den Zugang und Kenntnisnahme zugeschrieben.

4. Transferverbote

Wissenstransfer wird vom Recht auch gezielt untersagt. Nicht die Existenz des Wissens wird als rechtlich bedenklich angesehen, sondern seine Weitergabe und Verbreitung. Das Außenwirtschaftsrecht kennt hierzu eine Reihe von Beispielen, weil bestimmte Rezipienten als rechtlich bedenklich eingestuft werden. Oder das Datenschutzrecht verbietet die Übermittlung personenbezogener Daten grundsätzlich, § 4 Abs. 1 BDSG, und beschränkt damit den Wechsel von Information aus der Sphäre des Betroffenen in jegliche andere Sphäre. Und selbst wenn ein Transfer möglich ist, verlangt das Gebot der Unmittelbarkeit der Datenerhebung aus § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG möglichst direkte Transferleistungen.

Transferverbote bewirken den Erhalt des informationellen Status Quo. Die Entwicklung des Wissens anderer und deren Anpassung an den Wissensstand des Informationsinhabers soll zu dessen Schutz verhindert werden. Dies knüpft z.T. an die Wissensgewinnung selbst an: Derjenige, bei dem eine Information ihren Ursprung genommen hat, soll diese auch bewahren und über deren weiteren Verwendung befinden dürfen. Dies sichert für das Datenschutzrecht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Oder der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verlangt vom Staat jedenfalls teilweise den Verzicht auf die Weitergabe von Informationen,¹²¹ die dieser im Rahmen von Genehmigungsverfahren erlangt hat. Z.T. wird aber auch an den Schutz anderer, dem Individuum entzogene Interessen angeknüpft, etwa wenn das Außenwirtschaftsrecht die Sicherheit des Staates oder die Volksgesundheit verteidigt.

119 Dies mag daran liegen, dass das Telekommunikationsrecht mehr als Wirtschaftsregulierungsrecht denn als Kommunikationsregulierungsrecht verstanden wird.

120 Siehe dazu auch im Abschnitt e) – Wahrhaftigkeit und Authentizität von Information.

121 A.A. OVG Münster v. 2.1.2009 NVwZ 2009, S. 794.

Nicht zuletzt sind Transferv Verbote auch Durchsetzungsinstrumente für Informationsgewinnungsverbote: Die zweite Stufe (Wissensverbreitung) setzt also durch, was auf der ersten Stufe initiiert wurde: Dürfte rechtswidrig erlangte Information grenzenlos transferiert werden, bestünden erhebliche Anreize, die Gewinnungsverbote zu umgehen. Der Rechtsgutsverletzung durch Gewinnung wird damit auch auf der Vollzugsebene Einhalt geboten. Dabei handelt es sich allerdings (noch) nicht um ein allgemeines Rechtsprinzip:¹²² Es fehlt bisher an einem konsequenten Verbot des Transfers rechtswidrig erlangter Information¹²³ und damit häufig auch an der wünschenswerten Effektivität der Informationsgewinnungsverbote. Dies mag auch daran liegen, dass bisher der Informationsaspekt nicht im Vordergrund stand, und die Orientierung an den Verfahrensstufen nicht erfolgt ist.

Im Schutz von Individual- und Allgemeininteressen ist die staatliche Gestaltungsmacht indes nicht ganz frei. Verfassungsrechte wie die Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 2. HS GG, oder die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, setzen einer staatlichen Informationsbeschränkung und damit der Privilegierung Einzelner im Zugriff auf Wissen Grenzen. Dieses Spannungsfeld auszuloten setzt einerseits einen Blick auf die erste Stufe des Informationsprozesses voraus – wer hat das Wissen zu welchem Zweck gewonnen? – als auch auf die Weitergabe. Gleichzeitig erlaubt die Einbeziehung dieser Prozesshaftigkeit eine schärfere Bestimmung der unterschiedlichen Wertigkeiten und damit eine trennschärfere Abwägung.

Nicht zuletzt gehört in diesen Teilbereich auch die individuelle Selbstbestimmung des Nicht-Wissens: Dem Individuum steht nicht nur die Wissensnutzung grundsätzlich zu Gebote, sondern als Teil der Selbstfindung und Selbstdarstellung als Teil der Persönlichkeitsbildung auch die Verweigerung der Annahme von Informationen,¹²⁴ was insbesondere bei aufgedrängter Information zu Konflikten führen kann.

5. Wahrhaftigkeit und Authentizität von Information

Wahrhaftigkeit von Information und damit ihre Belastbarkeit für eine Entscheidung weist einen besonderen Stellenwert auf.¹²⁵ Die Bedeutung von Wissen leitet sich aus seinem Inhalt ab, seiner Aussagefähigkeit. Rechtlich führt dies zu zwei Schlussfolgerungen: Zum einen erfährt der Inhalt der Information selbst, ihre Wahrhaftigkeit, rechtlichen Schutz. Dem entspricht etwa der Berichtigungsanspruch aus § 20 Abs. 1

122 Dieses besteht noch nicht einmal im deutschen Strafprozess, gilt doch hier die „Fruit-of-the-poisonous-Tree“-Doktrin grundsätzlich nicht, BGHSt 27, 358; 32, 68 (70).

123 Ansätze finden sich z.B. bei K. Macht, Verwertungsverbote, Berlin 1999. Eine Vorreiterrolle könnte hier das Strafrecht übernehmen, das jedenfalls im Beweisrecht eine differenzierte Verwertungsverbotslehre entwickelt hat.

124 Siehe auch H.-H. Trute, Wissenspolitik und rechtliche Regulierung – Überlegungen am Beispiel der Erzeugung und Verwendung genetischer Daten, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung (Fn. 77), S. 290 (309 f.).

125 Unsicheres Wissen kann zwar auch zur Legitimation staatlichen Handelns herangezogen werden, unterliegt aber anderen Bedingungen, vgl. Spiecker gen. Döhmman, Staatliche Entscheidungen (Fn. 9).

bzw. § 35 Abs. 1 BDSG oder das Gegendarstellungsrecht der Pressegesetze. Umfänglich ist dies aber beileibe noch nicht anerkannt – so verpflichtet § 7 Abs. 3 IFG die Behörde bei Herausgabe einer Information nicht zu deren Überprüfung auf Richtigkeit. Zum anderen erwächst der Zuschreibung einer Information auf eine Person eine besondere rechtliche Bedeutung: Durch die Zuordnung an einen Urheber entsteht eine rechtliche Verantwortlichkeit, die umgekehrt auch einen höheren rechtlichen Schutz bedingen kann¹²⁶ Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eines Unternehmens sind dafür beispielhaft zu nennen: Die Produktionsleistung wird rechtlich als schutzwürdig anerkannt, allerdings nur, wenn sie etwa über das In-camera-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO einer wenigstens grundlegenden Prüfung unterzogen wurde. Die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt auch Tatsachen – aber nur richtige und dem Beweis zugängliche.¹²⁷ Während im ersteren Fall das Recht also Wirkungen unmittelbar an die besondere Qualität der Information selbst anknüpft, wird im zweiten Fall von der Identifizierbarkeit der Herkunft einer Information, und damit vom Rückblick auf die erste Stufe, auf eine besondere Qualität geschlossen.¹²⁸ Beide Aspekte verändern sowohl den Schutz von Informationen als auch die rechtliche Ausgestaltung, wie solche Informationen mit besonderen Wahrhaftigkeitsaussagen versehen werden können. Dies begründet die gesetzliche Verankerung der elektronischen Signatur mit Wirkungen vor allem für das Privatrecht. Aber auch das Öffentliche Recht agiert, insbesondere im Rahmen der Informationstätigkeit: Da staatliche Information weiterhin als besonders verlässliche und unbeeinflusste Information gilt¹²⁹, wird ihre Verbreitung aktiv – etwa durch das Verbraucherinformationsgesetz – und passiv – etwa durch die Informationsfreiheitsgesetze – vorangetrieben.

6. Anonymität und Identität

Es ist aber nicht nur die Verbindung von Identität und Information schützenswert, sondern ebenso auch die Nicht-Identifizierbarkeit des Einzelnen. Dieser Bereich ist vom Recht bisher kaum bearbeitet worden. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liefert dazu erste Ansätze: Erforderlichkeit des Umgangs mit personenbezogenen Daten liegt nicht vor, wenn die Möglichkeit der anonymisierten Verarbeitung gegeben ist, § 3 a Satz 2 BDSG. Andererseits verhindert Anonymität Zuschrei-

126 Für den Transport von Informationen ist deren Wahrhaftigkeit kein taugliches Differenzierungskriterium.

127 Vgl. nur BVerfGE 54, 208 (219); 99, 185 (197).

128 Zum umgekehrten Fall, des Schutzes von Anonymität, noch gleich unter f).

129 Dies mag sich mit den Regelungen des Verbraucherinformationsgesetzes ändern: Hiernach sind Warnungen/Empfehlungen über Produkte bereits dann möglich, wenn eine Sicherheit der Information noch aussteht. In der Konsequenz bedeutet dies, dass staatliche Haftung für eine solche, nachträglich als fehlerhaft identifizierte Information der Öffentlichkeit ausscheidet. Sachverhalte wie sie der „Glykol“-Entscheidung des BVerfGs zugrundeliegen, BVerfGE 105, 252, mit ihren erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen sind demnach künftig ohne staatliche Einstandspflicht für diese nachteiligen Folgen möglich.

bung von Individualität und Individualisierbarkeit. So lässt sich etwa fragen, ob eine anonyme Meinungsäußerung den gleichen Schutz genießt wie eine Meinungsäußerung, die unter einem Namen und damit unter Rückgriffsmöglichkeit auf die dahinterstehende Person getätigt wird. Dies wird insbesondere dann relevant, wenn entgegenstehende Rechte durch die Meinungsäußerung betroffen sind.¹³⁰ Stellt man auf Verantwortlichkeit als einem zentralen Prinzip des Rechts ab,¹³¹ spricht einiges sogar für eine Vermeidung von (endgültiger) Anonymität, allenfalls für eine Herstellung von (auflösbarer) Pseudonymität, allein schon, um effektiven Rechtsschutz wenigstens innerhalb der nationalen Rechtsordnung zu gewährleisten.

III. Wissensverarbeitung

Allein das Vorhandensein eines Wissensbausteins im Zugriffsbereich eines staatlichen oder privaten Entscheiders genügt nicht, um das individuelle und gesellschaftliche Wissensdefizit zu beheben. Gefundenes Wissen muss auch erkannt und verarbeitet werden, es muss verstanden werden. Nur dann kann es handlungsorientiert eingesetzt werden. Ist für Lernen und die Neuordnung bereits vorhandenen Wissens im Abgleich mit neuem Wissen kein Raum gegeben, scheitert der Wissenstransfer trotz des objektiven Hinzugewinns an Information. Rechtliche Gestaltung ist gefordert, diesen Aspekt im Informationszyklus bei den Maßnahmen der Wissensgewinnung und des Wissenstransfers mitzudenken. Zentral ist also die Übermittlung des Wissens in einer Weise, die mit den kognitiven und sonstigen Fähigkeiten des Individuums übereinstimmt, um das gefundene Wissen einzuordnen und damit für weitere Verarbeitung – auch innerhalb der Organisation – verfügbar zu machen. Hier hat die Verbindung von Information und Neuigkeitswert ihre Berechtigung.¹³² Neu hinzukommende Information wird nur dann wahrgenommen, wenn sie sich in die bereits bestehenden Organisationsstrukturen einfügt oder aber einen solchen Überraschungswert beinhaltet, dass neue Organisationsstrukturen entwickelt werden. Die Vorstellung, mehr Wissen bedeutete bessere Entscheidungen,¹³³ kann also schon aus diesen Gründen nicht immer zutreffen.

Nicht allein Lernen ist von dem Verarbeitungsmodus erfasst. Schon die Art und Weise, wie eine Information dargestellt wird, hat Auswirkungen darauf, wie die In-

130 Diesen Aspekt hat die sog. „Spick-Mich“-Entscheidung des BGH nicht näher thematisiert, BGH v. 23.09.2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, S. 2888.

131 J. Ziekow, Eigenverantwortung als Verfassungsprinzip, in: S. Brink/H. A. Wolff (Hrsg.), Gemeinwohl und Verantwortung. Festschrift für Hans Herbert von Arnim zum 65. Geburtstag, Berlin 2004, S. 189.

132 Zentral auf diese Dimension stellt ab *Trute*, Wissen (Fn. 37), S. 11 (15 ff.).

133 Zu dieser Rationalitätsannahme siehe bereits oben I.3.b.

formation selbst verstanden wird.¹³⁴ Sie kann fehlerhaft interpretiert werden, daraufhin fehlerhaft in Organisationsstrukturen eingebunden werden und damit Entscheidungsqualität nachteilig beeinflussen. Recht kann hier sowohl eine Mediatoren-Rolle zur Steigerung der Verständnisleistung als auch eine Ausbildungs-Rolle zur Verbesserung der Grundfähigkeiten einnehmen. Ansätze dazu finden sich im Bereich der Informationsfreiheitsgesetze, wenn man darüber nachdenken kann, ob dem Anspruch des Einzelnen auf Informationserteilung auch ein Anspruch auf verständliche Informationserteilung innewohnt, weil nur dann Erfüllung des Anspruchs eingetreten ist.¹³⁵ Dem widerspricht andererseits die Formulierung des § 7 Abs. 3 IFG, wonach die Behörde nicht einmal zur inhaltlichen Überprüfung verpflichtet ist. Aber auch Vorgaben wie § 11 AMG zur Darstellung von Informationen in der Packungsbeilage eines Medikaments sichern ein korrektes Verständnis verbaler Informationen und damit die Wirksamkeit des rechtlich verlangten Informationstransfers.¹³⁶ Nicht zuletzt gehört hierher auch die Mittlerfunktion von Sachverständigen für Staat und Gesellschaft.¹³⁷

Gewährleistungsansprüche gehen aber auch noch weiter, nimmt man eine staatliche Umgangsverantwortung mit Wissen an: Wenn Information gesellschaftliche Einflussnahme ermöglicht, wird ihr Verstehen zunehmend auch die Grundlage der existentiellen Absicherung des Einzelnen. Daher kann der Staat verpflichtet sein, diese Möglichkeiten zur Freiheitsabsicherung des Individuums bereitzustellen, indem er aktiv eine entsprechende Vermittlung der Fähigkeiten betreibt.¹³⁸ Ohnehin erhält das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG eine stärkere Bedeutung: Auch die Vermeidung von sozialen Ungleichheiten, etwa aufgrund von Alter, Mobilität und Vorbildung, durch Informations- und Infrastrukturgefälle ruft zunehmend ein sozialstaatliches Handeln auf.¹³⁹ Denn die Bedingungen, zu denen verfügbares Wissen verstanden werden kann, entsprechen nicht immer Gleichheitsbedingungen und erlauben daher nur in geringem Maße eine typisierende Betrachtung.

- 134 Siehe dazu mit Folgerungen für das Recht *I. Spiecker gen. Döhmman/S. Kurzenhäuser*, Das rechtliche Darstellungsgebot. Zum Umgang mit Risikoinformation am Beispiel der Datenerhebung im Bundesinfektionsschutzgesetz, in: C. Engel/M. Englerth/J. Lüdemann/I. Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Recht und Verhalten, Tübingen 2007, S. 133.
- 135 Ohne detaillierte Überlegung stellen fest, dass zur Erläuterung des Inhalts keine Verpflichtung der Behörde besteht bzw. Dritte herangezogen werden müssen, *Rossi*, IFG-Kommentar, Baden-Baden 2006, § 1 Rdnr. 89; *H. Schmidt/S.-D. Jastrow*, Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes, NVwZ 2005, S. 984 (989).
- 136 Siehe § 11 AMG.
- 137 Umfassend dazu, wenngleich nicht zentral um die Informationsperspektive bemüht, *A. Seidel*, Privater Sachverständiger und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, München 2000; *P. Scholl*, Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2005.
- 138 Ohne Bezugnahme auf die Sozialstaatskomponente und zu eng auf die Medienkompetenz abstellend *Schoch*, Informationsordnung (Fn. 8), S. 178 m.w.N.
- 139 In diese Richtung auch *W. Hoffmann-Riem*, in: M. Schulte (Hrsg.), Technische Innovation und Recht, Heidelberg 1997, S. 3 (11).

IV. Wissensverwendung

Nicht nur eine unzureichende oder uneindeutige Verarbeitung ist problematisch für die Nutzbarkeit von Wissen. Von wesentlicher Bedeutung für die Bestimmung von Transferbedingungen ist seine Verwendungsoffenheit. Wissensverwendung ist abhängig davon, innerhalb welcher Kontexte Wissen auftritt und gebraucht wird. Nur dann, wenn von dieser Rekombinationsfähigkeit Gebrauch gemacht wird, wird Wissen in der Gesellschaft effektiv genutzt.¹⁴⁰ Gleichzeitig gehen damit Gefahren für diejenigen Personen und Objekte einher, deren Information verwendet wird: Die Beherrschbarkeit lässt zunehmend nach, je mehr Rekombination stattfindet.¹⁴¹

1. Organisation

Insbesondere die Organisation von Wissen, Informationsträgern und Individuen wirkt erheblich auf die Verfügbarkeit und vor allem die Verwendungsmöglichkeiten von Wissen ein. Mit Hilfe verschiedener Organisationsstrukturen kann Wissen unterschiedlichen Verwendungsmöglichkeiten zugänglich gemacht werden.

Erhebliche Auswirkungen auf die Verwendung von Wissen hat etwa die Ausgestaltung von Entscheidungsträgern. Nicht allein der Transfer, die notwendige Vorbedingung, sondern die Rekombination mit anderen Informationen ist dann entscheidend. Da über die Informationsverwendung auch bestimmt, wer eine Information in den Entscheidungsprozess einführt, kann der eher hierarchische oder eher kooperative Aufbau einer Institution zu verschiedenartiger Informationsverwendung (und damit verschiedenen Entscheidungen) führen.¹⁴² Ob ein Individuum oder eine Gruppe entscheidet¹⁴³ und in welcher Reihenfolge sowie Art und Weise Information präsentiert wird,¹⁴⁴ wirkt unmittelbar auf das Wissen ein, das dem Entscheidungsträger zur Verfügung steht, und dessen weitere Verwendung. Mit der Wissenssortierung können staatliche Organisationsstrukturen neue Funktionen übernehmen. Eine solche Organisationleistung behebt dann Defizite, die einer möglichst hohen Verwendungsoffenheit von Information entgegenstehen, wie z.B. eine zu große Menge un-

140 Dies spielte bereits für die dogmatische Begründung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eine erhebliche Rolle, BVerfGE 65, 1 (45): Das Gericht verweist auf die besondere Gefährdungslage durch die unvorhersehbaren Verwendungsmöglichkeiten.

141 Rekombination ist dabei nicht zwangsläufig abhängig von weiteren Transferleistungen, involviert also nicht zwingend mehr Rezipienten von Information. Das Zusammentreffen von Transfer und Rekombination erhöht aber die Zuordenbarkeit.

142 Siehe Kaiser, Kommunikation (Fn. 38); P. Collin, Das Recht der binnenadministrativen Informationsbeziehungen i.E. 2010.

143 Dazu z.B. R. Kerschreiter, Soziale Informationsvalidierung und Informationsbewertung als Ursachen für den Diskussionsvorteil geteilter und präferenzkonsistenter Informationen in Gruppen, Diss. München 2003; ders., Gruppenprozesse aus sozial- und organisationspsychologischer Perspektive, unveröff. Habilitationsschrift München 2009.

144 Z.B. das sog. „Dr. Fox“ Experiment, D. Naftulin/J. Ware/F. Donnelly, The Doctor Fox Lecture – A Paradigm of Educational Seduction, Journal of Medical Education 48 (1973), S. 630. Danach wirkt die Präsentationsfertigkeit wesentlich auf die Beurteilung der fachlichen Qualitäten ein, selbst bei Experten.

sortierter Information (sog. Information Overload). Der Einsatz moderner (Datenverarbeitungs-)Technik im Rahmen von E-Government betrifft dann nicht nur das Bürger-Staat-Verhältnis in seinen Kommunikationsstrukturen,¹⁴⁵ sondern kommt gleichzeitig Forderungen nach mehr Verfügbarkeit und damit höherer individueller Verwendbarkeit nach. Transparenzanforderungen an staatliches Handeln, z.B. Publizitätspflichten,¹⁴⁶ Öffentlichkeit¹⁴⁷ und Zugang zu staatlichen Informationen¹⁴⁸ leisten dann auch ein Mehr an allgemeiner Verfügbarkeit von Informationen.¹⁴⁹ Kontrolle und Demokratisierung staatlicher Entscheidungen sind dann nur ausgewählte Verwendungsmöglichkeiten.

Im Gegenzug gewinnt die Sicherung von einzelnen Verwendungsmöglichkeiten und deren Festlegung ein anderes Gewicht, dem bei der Ausgestaltung Rechnung zu tragen ist. Wenn ein Transfer von Informationen zunächst zwischen Bürger und Staat nur unter den Bedingungen einer konkreten Verwendung erfolgt ist, was schon das Rechtsstaatsgebot fordert, hält diese Zuweisung zu einem Verwendungszusammenhang Begehrlichkeiten für neue Verwendungsmöglichkeiten gegenüber grundsätzlich stand. Mit dem Sphärenwechsel endet nicht zwangsläufig die Zuordnung der Information zu ihrem ursprünglichen Inhaber. Da indes mit dem Transfer die Möglichkeiten zur Rekombination ein Gefahrenpotential aufrufen für das Verhältnis zwischen Information und ursprünglichem Inhaber, muss dieser entsprechend ausgestaltet werden. Daher kann eine staatliche Transfermaßnahme isoliert betrachtet zulässig sein, unter Einbeziehung der späteren Wissensverwendungsmöglichkeiten aber strenger Kriterien unterliegen.

Ob rechtliche Instrumente eher der – gesellschaftsorientierten – Allgemeinverfügbarkeit und damit Verwendungsoffenheit oder aber der – individualorientierten – Beschränkbarkeit und damit Verwendungsrestriktion Vorschub leisten, ist eine eigene Entscheidung des Rechts, die nicht zuletzt durch verfassungsrechtliche, und dort besonders grundrechtliche, Entscheidungshilfen angeleitet wird.¹⁵⁰

2. Wissenssicherung

Die Verwendungsoffenheit von Wissen als besondere Qualität bedingt zudem Schutz vor Verlust als Aufgabe des Wissensstaates. Dieser wird vom Einzelnen nur unzu-

145 Siehe G. Britz, in: Hoffmann-Riem et. al., Grundlagen des Verwaltungsrechts (Fn. 8), § 26; M. Eifert, Electronic Government, Baden-Baden 2006.

146 Etwa Art. 82 Abs. 1 GG: Verkündung der Gesetze im Bundesgesetzblatt.

147 § 169 GVG für die Gerichtsbarkeit; Art. 42 Abs. 1 GG für den Bundestag.

148 Statt vieler nur § 1 Abs. 1 IFG.

149 Insofern kann der Jedermann-Anspruch auf Zugang zu staatlichen Informationen nach den Informationsfreiheitsgesetzen auch re-interpretiert werden als Verwendungsoffenheit des staatlich vorgehaltenen Wissens, weil derjenige, der die Information vorhält – der Staat – selbst bei originärer Wissensgewinnung kein Alleinrecht geltend machen kann.

150 E. Schmidt-Aßmann, Ambivalenz (Fn. 57), S. 39 (45), sieht zwar den Dualismus, formuliert aber ausdrücklich ein Primat gesellschaftlichen Wissens.

reichend vorgenommen; hier wirkt sich das Problem von Wissen als öffentlichem Gut erneut aus. Mit der Wissenssicherung gewährleistet der Staat einen nachhaltigen Umgang mit Wissen, der Ressourcen für die Zukunft zur Neugewinnung schont. Nachhaltigkeit betrifft also auch Informationsverwendung. Dies kann insbesondere durch Diversifizierung der Informationsträger gewährleistet werden, um die Vergänglichkeit mancher Informationsträger – nicht zuletzt das Gedächtnis von Individuen – in ihren Auswirkungen zu beschränken. Archive und Register leisten hier seit jeher einen wertvollen und unterschätzten Beitrag.¹⁵¹ Allerdings sind nicht alle Formen der Information in gleicher Weise speicher- und damit sicherbar. Auf das Problem des impliziten Wissens ist bereits verwiesen worden: Es ist gerade einem dauerhaften Informationsträger und sichernden Wechseln auf andere Träger nur in begrenzter Weise zugänglich.¹⁵² Dies ist bereits bei der Ausgestaltung von Transfer und Wissensverwendung durch andere Anforderungen aufzunehmen.

V. Wissensvernichtung

Information ist grundsätzlich vergänglich. Ihr Vergehen ist abhängig von dem jeweiligen Informationsträger. Schriftstücke oder Disketten können mechanisch zerstört werden, der wissende Mensch stirbt oder vergisst, ein Dokument wird überschrieben. Damit endet der Informationszyklus. Information weist nicht von vorneherein ein inneres, vorhersehbares Lebensalter auf; sie kann grundsätzlich unendlich erhalten bleiben, wenn nur der Informationsträger entsprechend ausgestaltet ist oder entsprechend häufig gewechselt wird.¹⁵³ Diese Unendlichkeit von Wissen führt zu einem Rechtsschutzproblem: Restitutions-, Folgenbeseitigungs- und Abwehransprüche laufen regelmäßig leer, je größer der Verbreitungsgrad von Information ist. Entsprechend ist die Informationsgewinnung und der Informationstransfer auszugestalten: Späterer Schutz ist dann oftmals nicht mehr möglich. Das Datenschutzrecht versucht konsequent deshalb die Datenvermeidung durchzusetzen: Was nicht bekannt ist, muss nicht erst gelöscht oder vergessen werden, § 3 a BDSG. Die staatliche Aufgabe erfasst hier beides, scheinbar widersprüchlich: Sie leistet sowohl einen vorausschauenden Schutz vor der Vernichtung von Wissen – etwa durch Register und Archive – als auch einen vorausschauenden Schutz vor der Nicht-Vernichtbarkeit von Wissen, etwa durch Transferverbote.

E. Fazit und Ausblick

Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht ist ein komplexes und vielfach unterschätztes Feld. Daher existieren nur wenige Kategorien, innerhalb derer bereits jetzt

151 Siehe dazu *P. Collin*, Archive und Register – Verlorenes Wissen oder Wissensressource der Zukunft?, in: G. F. Schuppert/A. Voßkuhle (Hrsg.), *Governance von und durch Wissen* (Fn. 8), S. 75 ; *K.-H. Ladeur*, in: Hoffmann-Riem et. al., *Grundlagen des Verwaltungsrechts* (Fn. 8), § 21 Rn. 29 ff.

152 Dazu eben unter C.3.

153 Siehe dazu bereits soeben unter D.IV.2.

ein differenzierendes rechtliches System geschildert werden kann. Der Informationszyklus bietet eine Orientierung, innerhalb derer normative Maßstäbe entwickelt werden können: Maßnahmen der Gewinnung und Verwertung von Informationen lassen sich z.B. präziser analysieren, wenn sie nicht allein als individuelle Maßnahmen wahrgenommen werden, sondern in ihrer Wechselwirkung mit vorhergehenden und nachfolgenden Stufen.

Die technische Entwicklung, insbesondere die Vernetzungsfunktion des Internets, verlangt dem Recht eine Informationsordnung ab, um neue Fragestellungen einordnen zu können und damit nachhaltige und Rechtssicherheit gewährende Bearbeitbarkeit zu sichern im Ausgleich widerstreitender Interessen. Im Zentrum dieser Strukturen des Öffentlichen Rechts stehen dabei nicht vorrangig der Ausgleich von Transparenz- und Öffentlichkeitsanforderungen der Allgemeinheit mit Schutzinteressen Einzelner. Dieser schwelende Konflikt ist nicht mehr, aber auch nicht weniger als ein aktueller Katalysator für die Aufmerksamkeit, die der Gestaltung von Informationsinstrumenten bisher fehlt. Die vielfältigen Faktoren, die Information und Wissen ausmachen, durch sie bestimmt werden und auf die Wirksamkeit informationsrechtlicher Instrumente einwirken, sind vielmehr gleichfalls zu identifizieren und zu berücksichtigen, gerade im Hinblick auf die Steuerungswirkungen in Wirtschaft und Gesellschaft. Organisation und außerrechtliche Faktoren wie Vertrauen als Ersatz von gesichertem Wissen, Identität als informationeller Anknüpfungspunkt für Verantwortungszuschreibung oder Verwendungsbezug als Qualitätssicherung im Umgang mit Wissen erhalten damit eine neue Bedeutung auch für das Recht. Dazu gehört auch das Innovations- und Veränderungspotential von Wissen: Wegen der inhärenten und unauflösbaren Rekombinierbarkeit von Informationen führen allumfänglicher Schutz durch allein Einzelnen zugewiesene Verfügungsrechte zu Stagnation. Andererseits setzt aber nur ein grundsätzlich bestehender, von Rechtssicherheit gewährleisteter Schutz der Informationsgewinnung und der daraus resultierenden Ergebnisse Anreize, diese überhaupt zu betreiben und ihre Ergebnisse anderen zur Verfügung zu stellen. Transfer und Weiterverwendung von Wissen kann also dauerhaft nur erfolgen, wenn die Anreize der ersten Stufe des Informationszyklus nicht gleichzeitig gehindert werden. Insofern ist ein Umdenken erforderlich, das Wissen nicht allein auf der jeweiligen Stufe, etwa Gewinnung, Verbreitung, Transfer, Sicherung, wahrnimmt, sondern in der Gestaltung des jeweiligen Umgangs vorhergegangene und nachfolgende Stufen einbezieht und mitdenkt.

Für die Wissensverarbeitung im Öffentlichen Recht stellen sich hier eine Reihe von Herausforderungen, die von der Bestimmung der rechtlichen Schutzweite von Information über Infrastrukturleistungen bis hin zu effektiven Maßnahmen der Beendigung von Wissenszyklen mit einer Vielzahl weiterer Zwischenschritte reichen. Hier konkret und verlässlich Fragen und Antworten zu identifizieren, ist eine aktuelle Aufgabe der Rechtswissenschaft vom Öffentlichen Recht.