

Wissen und Recht: Die Nutzung der Zensus-Daten in der Rechtswissenschaft

Margrit Seckelmann

I. Einführung

Die Nutzung der Zensus-Daten in der Rechtswissenschaft – dieses Thema führt mitten in eine intensiv geführte rechtswissenschaftliche Debatte, die Art und Umfang der (verfassungs-) gerichtlichen Überprüfbarkeit der Entscheidungsgrundlagen des Gesetzgebers betrifft. Dieser Frage soll zunächst nachgegangen werden, bevor die Anforderungen an eine datenschutzkonforme Nutzung von Zensusdaten in der entsprechenden Forschung umrissen werden und ein Ausblick auf neue Impulse von europäischer Seite gewagt wird.

II. „Wissen und Recht“: aktuelle Forderungen und epistemische Probleme

1. Zensusdaten als „nervus rerum“

Die entscheidenden Aspekte für die erste Frage wurden im Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2012 zum Asylbewerberleistungsgesetz wie folgt formuliert: Es obliege dem Gesetzgeber, regelmäßig zu überprüfen, „ob Leistungen jeweils *aktuell* auf der Grundlage *verlässlicher Zahlen* und *schlüssiger Berechnungsverfahren* tragfähig zu rechtfertigen sind“¹. Aktuelle, verlässliche Zahlen und schlüssige Berechnungsverfahren sind Bausteine dessen, was Andreas Voßkuhle als Grundsatz des „rationalen Staats“ bezeichnet hat: „Wer rationale Entscheidungen treffen möchte, benötigt dazu Wissen bestimmter Art und Güte. Das gilt auch für den Staat. Zur Bewältigung seiner Aufgaben ist er auf die Generierung von Wissen durch stetige Gewinnung, Weitergabe und Verarbeitung

¹ BVerfG vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, BVerfGE 132, 134 (162 Rn. 67) unter Bezugnahme auf die Hartz IV-Regelsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, BVerfG, 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175 (226); Hervorhebungen durch mich (M.S.).

von Informationen angewiesen. Erst die ausreichende Verfügbarkeit von Wissen schafft Handlungskapazität und Autorität“.² Und was wäre für die Beschaffung von staatlichem Handlungswissen besser geeignet als Zensusdaten, werden sie doch von der Verwaltung selbst bei den Bürgerinnen und Bürgern beschafft?

Dass der ZENSUS 2022 so umstritten ist, mag daher verwundern, war die Statistik doch ein „*nervus*“ des modernen Staats, der ihn unabhängig von Privaten oder von intermediären Instanzen machte.³ Doch diese Frage ist natürlich ein wenig rhetorisch, da wir alle wissen, dass vor der statistischen Vollerhebung im Jahr 1983 enorme Ängste bezogen auf den Schutz personenbezogener Daten formuliert wurden (ob berechtigt, oder unberechtigt, das sei einmal dahingestellt).⁴

Allerdings lässt sich der zur Volkszählung von 1983 ergangenen und von den Skeptikern und Kritikern des Zensus oftmals in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gerade *kein* generelles Verbot eines Zensus entnehmen. Vielmehr hat der erkennende (Erste) Senat des Bundesverfassungsgerichts präzise die Ambivalenz statistischer Verfahren herausgearbeitet: Sie können ohne entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen die (in dieser Entscheidung aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG erstmals hergeleitete) „informationelle Selbstbestimmung“ beeinträchtigen – umgekehrt aber können sie auch zum Wohle der Bürgerinnen und Bürger beitragen, wenn die entsprechenden Sicherungen eingehalten werden. So heißt es in der Entscheidung: „[Der Gesetzgeber] muß ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung tragen, daß er die

-
- 2 A. Voßkuhle, Das Konzept des rationalen Staates, in: G.F. Schuppert/ders. (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008, S.13 (16); vgl. auch Schuppert, Wissen, Governance, Recht. Von der kognitiven Dimension des Rechts zur rechtlichen Dimension des Wissens, 2019, insb. S. 192 ff.
 - 3 Dazu K. Gottschalk, Wissen über Land und Leute. Administrative Praktiken und Staatsbildungsprozesse im 18. Jahrhundert, in: P. Collin/T. Horstmann (Hrsg.), Das Wissen des Staates, 2004, S.149; für die Zeit danach vgl. S. Haas, Die Kultur der Verwaltung. Die Umsetzung der preußischen Reformen 1800-1848, 2005 sowie T. M. Porter, The rise of statistical thinking 1820-1900, 1986; übergreifend T. Horstmann/J. Peltzer, Die Wissensbasierung des Staates in historischer Perspektive, in: Schuppert/Voßkuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen, 2008, S. 33.
 - 4 Zu den Hintergründen der Entscheidung vgl. nur U. Mückenberger, Datenschutz als Verfassungsgebot: Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes, KJ 17 (1984), S. 1; rückblickend W. Steinmüller (unter Mitarbeit von A. Podlech), Das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Wie es entstand und was man daraus lernen kann, FfF-Kommunikation 3/2017, S. 15. Vgl. hierzu auch die anderen Beiträge (insbesondere diejenigen von Albers, Behrendt, Hartmann und Ruschemeier) im vorliegenden Band.

ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können [...]; bei einer sich später zeigenden Fehlprognose ist er zur Korrektur verpflichtet [...]. Der Gesetzgeber kann aufgrund veränderter Umstände zur Nachbesserung einer ursprünglich verfassungsgemäßen Regelung gehalten sein [...].⁵

Noch deutlicher wird dieser Gesichtspunkt im Klimaschutzbeschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 24. März 2021: „Besteht wissenschaftliche Ungewissheit über umweltrelevante Ursachenzusammenhänge, schließt die durch Art. 20a GG dem Gesetzgeber auch zugunsten künftiger Generationen aufgegebene besondere Sorgfaltspflicht ein, bereits belastbare Hinweise auf die Möglichkeit gravierender oder irreversibler Beeinträchtigungen zu berücksichtigen.“⁶ Der Gesetzgebung (und nicht nur der Verwaltung) sind prognostische Elemente nicht fremd.⁷

Der Senat legte dabei folgende Überlegungen zugrunde: Wenn das Pariser Klimaschutzzabkommen,⁸ was unbestritten sei, dem nationalen Gesetzgeber einen nennenswerten Entscheidungsspielraum lasse, wie er die in Paris vereinbarten Klimaschutzziele verfolgen wolle, dann müsse dieser im Gegenzug nachvollziehbar dokumentieren, in welcher Weise er sich um die Einhaltung dieses Ziels bemüht. Der Senat hat insoweit einen „Anspruch auf Nachvollziehbarkeit“ aus den Grundrechten abgeleitet, namentlich aus dem Recht auf Handlungsfreiheit der nachfolgenden Generationen.⁹

Statistische Daten haben auch in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Hartz IV-Regelsatz (also zum „menschenwürdigen Existenzminimum“) und in dem bereits erwähnten Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz von 2010 und 2012 eine entscheidende Rolle gespielt.¹⁰ In

5 BVerfG vom 15.12.1983 - 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 -, BVerfGE 65, 1.

6 BVerfG vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 -, BVerfGE 157, 30 (30, Leitsatz 2b).

7 Näheres dazu bei S. Huster, Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers. Ein neues Instrument zur verfassungsrechtlichen Bewältigung des sozialen Wandels?, ZfRSoz 24 (2003), S. 31 sowie I. Augsberg/S. Augsberg, Prognostische Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, VerwArch 98 (2007), S. 290; übergreifend M. Goldhammer, Die Prognoseentscheidung im Öffentlichen Recht, 2021 sowie A. Windoffer, Verfahren der Folgenabschätzung als Instrument zur rechtlichen Sicherung von Nachhaltigkeit, 2011.

8 Übereinkommen von Paris vom 12. Dezember 2015, in Deutschland ratifiziert durch Gesetz vom 28.09.2016, BGBl S. 1082.

9 BVerfG vom 24.03.2021 - 1 BvR 2656/18 -, BVerfGE 157, 30 (30, Leitsatz 2b).

10 BVerfG vom 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09 -, BVerfGE 125, 175 (vor allem 225) und BVerfG vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 -, BVerfGE 132, 134.

der letztgenannten Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht zwischen der Frage nach der Ermittlung der entscheidungserheblichen *Fakten*, auch unter Einbeziehung statistischer Daten, und den daraus vom Gesetzgeber zu ziehenden *Schlüssen* differenziert: Während die Erstgenannten zutreffend und so vollständig wie möglich zu sein hätten, verfüge der parlamentarischen Gesetzgeber über ein (durch das Sozialstaatsgebot und die Menschenwürdegarantie umrahmtes) Auswahlermessens.¹¹ Sei allerdings umstritten, welche statistische oder andere wissenschaftliche Methode zur Berechnung bzw. zur Ermittlung der künftigen Lage zugrunde zu legen sei, verfüge der Gesetzgeber auch bezüglich der Methodenwahl über ein Auswahlermessens, sofern die gewählte Methode schlüssig, nachvollziehbar und folgerichtig angewendet werde.¹²

2. Epistemische Probleme

Die Berechnung von Szenarien ist also abhängig von der zugrunde gelegten Methode. Insofern ist, wovor *Ino Augsberg*¹³ und *Christoph Möllers*¹⁴ gewarnt haben, die oftmals geforderte Einbeziehung „außerrechtlichen“ Wissens¹⁵ an epistemische Voraussetzungen gebunden. Denn die Einbezie-

11 „Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs.1 GG hält den Gesetzgeber an, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen. Die hierbei erforderlichen Wertungen kommen dem parlamentarischen Gesetzgeber zu. Ihm obliegt es, den Leistungsanspruch in Tatbestand und Rechtsfolge zu konkretisieren“, BVerfG vom 18.07.2012 - 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 -, BVerfGE 132, 134 (161 Rn. 67).

12 „Das Grundgesetz schreibt insofern auch keine bestimmte Methode vor, wodurch der dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsspielraum begrenzt würde. Vielmehr darf er die Methode zur Ermittlung der Bedarfe und zur Berechnung der Leistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit selbst auswählen [...]. Werden hinsichtlich bestimmter Personengruppen unterschiedliche Methoden zugrunde gelegt, muss dies allerdings sachlich zu rechtfertigen sein“, BVerfGE 132, 134 (163, Rn. 71) unter Bezugnahme auf BVerfGE 125, 175 (225).

13 *I. Augsberg*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), S. 117 (118).

14 *C. Möllers*, Philosophie – Recht – Kultur: Zur kulturwissenschaftlichen Perspektiverweiterung einer Philosophie des Rechts, in: D. Rustemeyer (Hrsg.), Symbolische Welten. Philosophie und Kulturwissenschaften, 2002, S. 109 (128).

15 Beispielhaft hierfür *H. Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz. Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts, 2014.

hung statistischen Wissens kann das Recht, wie auch die soeben zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck bringt, immer nur *rechtlich* wahrnehmen.¹⁶

Zudem sind Daten keinesfalls *per se* „objektiv“:¹⁷ Denn ihnen geht immer ein Auswahlprozess voraus; die Methode der Datengewinnung entscheidet mit über das Ergebnis.¹⁸ Insofern ist es nicht unproblematisch, wenn die Gerichtsbarkeit auch die Methodenauswahl überprüft – sie kann allenfalls untersuchen, ob die zugrunde gelegte Methode auch konsequent durchgehalten wurde.¹⁹ Denn aus Daten allein folgt noch kein Gesetz.²⁰

Diese Problematik reflektiert das Bundesverfassungsgericht auch in seinen jüngeren Entscheidungen. Ein besonders anschauliches Beispiel der Auseinandersetzung mit den *epistemischen Grenzen* der staatlichen Wissensbeschaffung stellte der Beschluss des Ersten Senats vom 23. Oktober 2018 dar. Sein Leitsatz 2 betrifft die Wissensbeschaffung der Gerichtsbarkeit bezogen auf naturwissenschaftlich-technische Zusammenhänge (die in diesem Fall die Verwaltung ihrer Entscheidung zugrunde gelegt hat): „Stößt die gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandes naturschutzfachlicher Wissenschaft und Praxis, zwingt Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG das Gericht nicht zu weiteren Ermittlungen, sondern erlaubt ihm, seiner Entscheidung insoweit die plausible Einschätzung der Behörde zu der fachlichen Frage zugrunde zu legen“²¹ Das betreffe auch behördliche Entscheidungen, die eigentlich vollständig gerichtlich überprüfbar seien. Denn es sei zwischen den Fällen einer Einschätzungsprärogative der Verwaltung (die nicht vollständig überprüfbar sei) und denjenigen Fällen differenziert, die aus rechtlichen Gründen vollständig überprüfbar seien, aus erkenntnistheoretischen Gründen jedoch Probleme aufwürfen. Während die Einräumung einer Einschätzungsprärogative dem

16 So Möllers, S. 128.

17 Dazu grundlegend K. Knorr-Cetina, Die Fabrikation von Erkenntnis [1984], 2. Aufl., 2002.

18 Dazu M. Seckelmann, Evaluation und Recht, 2018, S. 86 ff.

19 A. Heusch, Verfassungsgerichtliche Gesetzeskontrolle, in: W. Kluth/G. Krings (Hrsg.), Gesetzgebung. Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, 2014, § 36, S. 909 (m. w. N.); W. Höfling/A. Engels, Parlamentarische Eigenkontrolle als Ausdruck von Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten, in: ebd., § 34, S. 851.

20 M. Köller, Von den Daten zur Empfehlung: Folgerungen aus der wirkungsbezogenen und der juristisch-normativen Evaluierung von Sicherheitsgesetzen, in: C. Gusy (Hrsg.), Evaluation von Sicherheitsgesetzen, 2015, S. 59.

21 BVerfG vom 23.10.2018 – 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14 –, BVerfGE 149, 407 (407).

Vorbehalt des Gesetzes unterliege, sei im zweiten Fall (Schwierigkeiten bei der Beurteilung komplexer naturwissenschaftlich-technischer Zusammenhänge) die behördliche Entscheidung weiterhin vollständig überprüfbar, Erleichterungen beträfen also nicht die Bindungen der Verwaltung, sondern (nur) die Erkenntnisbeschaffung durch das Gericht.²² Und im nächsten Leitsatz wird der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts noch deutlicher: Der Sache nach handle es sich auf Seiten des Gerichts um eine Art fachwissenschaftliches „Erkenntnisvakuum“ – dieses sei allerdings zumindest in grundrechtsrelevanten Bereichen nicht auf Dauer hinzunehmen, vielmehr müsse der Gesetzgeber (etwa im Wege ermessensleitender Vorgaben) „jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen“.²³ Die kurzfristige Hinnahme eines „Erkenntnisvakuum“ sei zudem auf absolute Ausnahmefälle begrenzt, nämlich denjenigen, dass „Einwände und gegenläufige Gutachten die Vertretbarkeit der von der Behörde verwendeten Methode zwar nicht widerlegen können, aber doch ihrerseits einer vertretbaren Methode folgen“ und es sich daher „zwei vertretbaren Positionen gegenüber“ sieht. Dann (und nur dann) könne der Fall eintreten, dass das Gericht „mangels eindeutiger fachlicher Erkenntnis objektiv“ nicht ermitteln und daher auch nicht entscheiden könne, „[w]elche von beiden richtig ist und ob überhaupt eine von beiden richtig ist“²⁴

3. Beobachtungspflicht des Gesetzgebers?

Die epistemische Selbstbescheidung, die die (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit in der vorgenannten Entscheidung zum Ausdruck bringt, kann auch dahingehend gedeutet werden, dass das Bundesverfassungsgericht eine Art Lösungsvorschlag hinsichtlich einer lang geführten Streitigkeit unterbrei-

22 „Die Einschränkung der Kontrolle folgt hier nicht aus einer der Verwaltung eingeräumten Einschätzungsprärogative und bedarf nicht eigens gesetzlicher Ermächtigung.“

23 „In grundrechtsrelevanten Bereichen darf der Gesetzgeber Verwaltung und Gerichten nicht ohne weitere Maßgaben auf Dauer Entscheidungen in einem fachwissenschaftlichen ‚Erkenntnisvakuum‘ übertragen, sondern muss jedenfalls auf längere Sicht für eine zumindest untergesetzliche Maßstabsbildung sorgen“, Beschluss des Ersten Senats vom 23. Oktober 2018 – 1 BvR 2523/13 und 1 BvR 595/14 –, BVerfGE 149, 407 (407 f.).

24 Ebd., Rn. 29.

ten wollte. Diese betrifft die von *Willi Geiger* formulierte und durch *Klaus Schlaich* und andere aufgegriffene Frage danach, ob der Gesetzgeber „nichts als das Gesetz“²⁵ oder auch ein „gutes“²⁶ Gesetz schulde.

Die weiter oben erwähnten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Hartz IV-Regelsatz und zum Asylbewerberleistungsgesetz sind nämlich keinesfalls umstritten geblieben.²⁷ Bereits die Notwendigkeit einer „Folgerichtigkeit“²⁸ gesetzgeberischen Entscheidens ist nämlich in der juristischen Literatur keinesfalls konsentiert.²⁹ Der Folgerichtigkeitsgrundsatz, der vom Bundesverfassungsgericht zunächst bezüglich des Steuerrechts entwickelt wurde und dort auch weitgehend anerkannt ist,³⁰ ist

-
- 25 K. Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (109). Schlaich verweist als Urheber dieser Formulierung auf W. Geiger, Gegenwartsprobleme der Verfassungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, in: T. Beberich/W. Holl/K.-J. Maaß (Hrsg.), Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht. Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, 1979, S. 131 (141): „Der Gesetzgeber schuldet den Verfassungsorganen und Organen im Staat, auch den Verfassungsgerichten, nichts als das Gesetz. Er schuldet ihnen weder eine Begründung noch gar die Darlegung aller seiner Motive, Erwägungen und Abwägungen.“
- 26 Oder zumindest ein „rationales“, dafür N. Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle. Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, 2015; reflektierter: Schuppert, Gute Gesetzgebung. Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, ZG 18 (Sonderheft, 2003), S. 1.
- 27 Äußerst kritisch O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: M. Jestaedt/ders./C. Möllers/C. Schönberger, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin 2011, S. 159 (230 f.); skeptisch Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, ebd., S. 281.
- 28 Vgl. neben den bereits genannten Entscheidungen BVerfG vom 30.07.2008 - 1 BvR 3262/07, BVerfGE 121, 317 (Rauchverbot in Eckkneipen); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09. Dezember 2008 - 2 BvL 1/07, BVerfGE 122, 210 (Pendlerpauschale).
- 29 Vgl. zum Überblick über die Debatte nur die sehr unterschiedlichen Positionen von C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), S. 77; G. Britz, Verfassungsrechtliche Verfahrens- und Rationalitätsanforderungen an die Gesetzgebung, Die Verwaltung 50 (2017), S. 42; P. Dann, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), S. 630; R. Prokisch, Von der Sach- und Systemgerechtigkeit zum Gebot der Folgerichtigkeit, in: P. Kirchhof u.a. (Hrsg.), Staaten und Steuern, Festschrift für K. Vogel zum 70. Geburtstag, 2000, S. 293; H. Risse, Rechtsprechung und Parlamentsfreiheit – Versuch einer Vermessung der geschützten parlamentarischen Gestaltungs- und Entscheidungsräume, JZ 2018, S. 71.
- 30 L. Osterloh, Folgerichtigkeit. Verfassungsgerichtliche Rationalitätsanforderungen in der Demokratie, in: M. Bäuerle/P. Dann/A. Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven. Festschrift für B.-O. Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, S. 429; L. O’Hara, Konsistenz und Konsens. Die Anforderungen des Grundgesetzes an die Folgerichtig-

bezogen auf andere Rechtsmaterien umstritten.³¹ Denn die Frage nach einer „Rationalität“ der Gesetzgebung blendet aus, dass der Gesetzgeber als Kollektivorgan³² ganz anderen Rationalitätsanforderungen unterliegt als die Gerichtsbarkeit, nämlich dem Zwang zum politischen Kompromiss.³³ Insofern ist die Forderung nach „guter Gesetzgebung“³⁴, „optimaler Methodik der Gesetzgebung“³⁵ oder auch nur „Systemgerechtigkeit“³⁶ immer nur als eine Leitvorstellung zu begreifen und findet ihre Grenzen in der Gewaltenteilung.³⁷

keit der Gesetze, 2018; C. Thiemann, Das Folgerichtigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Leitlinie der Besteuerung, in: S. Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.), Leitlinien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeitern, Band 2, Berlin/Boston 2011, S. 179.

31 Vgl. zuvor *Lepsius*, S. 230 f.

32 P. Noll, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 44 u. 72.

33 G. Lienbacher, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Gesetzgebung, VVDStRL 71 (2012), S. 4; A. Steinbach, Rationale Gesetzgebung, 2017.

34 P. Blum, Wege zur besseren Gesetzgebung – Sachverständige Beratung, Begründung, Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle, Gutachten I für den 65. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentages Bonn 2004, Bd. I: Gutachten, 2004, S. I 10 – I 159. Anlass für die Beschäftigung der Europäischen Union mit diesem Thema war eine Initiative auf europäischer Ebene: Mandelkern-Group on Better Regulation, Final Report, 13. November 2001. Zu diesem vgl. *Bundesministerium des Innern* (Hrsg.), Der Mandelkern-Bericht – Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, 2001; D. Böllhoff, Bessere Rechtssetzung bei der Europäischen Union. Stand der Umsetzung und Ausblick zu Initiativen der europäischen Kommission zur Rechtsvereinfachung und Gesetzesfolgenabschätzung, in: E. Bohne (Hrsg.), Bürokratieabbau zwischen Verwaltungsreform und Reformsymbolik, 2006, S. 123; M. Knauff, Gute – bessere – europäische Gesetzgebung, ZG 24 (2009), S. 354 sowie U. Smeddinck, Optimale Gesetzgebung im Zeitalter des Mandelkern-Berichts, DVBl 118 (2003), S. 641.

35 G. Schwerdtfeger, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in: R. Stödter/W. Thieme (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für H. P. Ipse zum siebzigsten Geburtstag, 1977, S. 173; kritisch dazu D. Merten, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Sorgfalts- oder Verfassungspflicht?, in: H. Hill (Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung: Vorträge und Diskussionsbeiträge der 56. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1988 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, 1989, S. 81.

36 C. Degenhart, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; F.-J. Peine, Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, 1985.

37 B. Grzeszick, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Gesetzgebung, VVDStRL 71 (2012), S. 49 (53 f.). In diesem Sinne auch H. Schulze-Fielitz, Wege, Umwege oder Holzwege zu besserer Gesetzgebung, JZ 2004, S. 862.

Auch ist die Begründung eines Gesetzentwurfs³⁸ nicht identisch mit der gefundenen Kompromissfindung.³⁹ Denn der Akt der Gesetzgebung ist mehr als bloßer „Verfassungsvollzug“.⁴⁰ Numerische Verfahren im Recht⁴¹ können zwar vorstrukturierend wirken, die gerichtliche Überprüfung auf ihre folgerichtige Anwendung ist aber nur dann geboten, wenn Grundrechte (bzw. eine aus diesen folgende staatliche Schutzpflicht) dieses erfordern.⁴²

III. Anforderungen an die Nutzung von Zensusdaten

1. Allgemeine Anforderungen

Ist ein solcher Fall gegeben, der vom parlamentarischen Gesetzgeber zur Effektivierung der Grundrechte eine „rationale“⁴³ Methodenauswahl fordert, ergibt sich daraus auch eine *staatliche Aufgabe*. Die Herstellung der praktischen Konkordanz⁴⁴ zwischen den kollidierenden Gütern von Verfas-

-
- 38 In der Bundesrepublik Deutschland werden nur Gesetzentwürfe, nicht aber Gesetze begründet (anderes fordernd *J. Lücke*, Begründungszwang und Verfassung. Zur Begründungspflicht der Gerichte, Behörden und Parlamente, 1987; *K.-A. Schwarz/C. Bravidor*, Kunst der Gesetzgebung und Begründungspflichten des Gesetzgebers, JZ 66 [2011], S. 653).
 - 39 Kritisch *M. Voß*, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzbuchsgesetzen, 1989; optimistischer *P. Skouris*, Die Begründung von Rechtsnormen, 2002; differenzierender *T. Hebele*, Ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich verpflichtet, Gesetze zu begründen? – Grundsätzliche Überlegungen anlässlich des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Leistungsgestaltung im SGB II, DÖV 63 (2010), S. 754; *R. Rixecker*, Müssen Gesetze begründet werden?, in: *H. Jung/U. Neumann* (Hrsg.), Rechtsbegründung – Rechtsbegründungen. Festschrift für G. Ellscheid zum 65. Geburtstag, 1999, S. 126.
 - 40 *C. Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2014, S. 432; *U. Kischel*, Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, S. 302 ff.; *Seckelmann*, S. 105.
 - 41 Dazu *H. von Aswege*, Quantifizierung von Verfassungsrecht. Zahlenverwendung im Verfassungstext und Zahlengenerierung durch das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld natur- und geisteswissenschaftlicher Rationalität, 2016; *E. Hofmann*, Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im Öffentlichen Recht, 2007.
 - 42 *Seckelmann*, S. 105 f.
 - 43 *A. Voßkuhle*, S. 13 ff.
 - 44 *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 72.

sungsrang ist dann ebenfalls vom Gesetzgeber vorzunehmen. Der Deutsche Bundestag hat dazu das Bundesstatistikgesetz (BStatG) erlassen, dessen § 16 Abs. 6 die Schranken für den grundgesetzlichen bzw. primärrechtlichen Datenschutz aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG bzw. aus Art. 8 i. V. m. Art. 7 GRCh konkretisiert.

Dieses sei nachfolgend anhand des Themas „Forschungsdaten“ exemplifiziert. Bei der akademischen Forschung ist eine dafür erforderliche Datenverarbeitung oftmals durch den Legitimationstatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. e Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in Verbindung mit dem jeweiligen Hochschulgesetz gedeckt (Legitimation der Verarbeitung personenbezogener Daten für eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe). Augenmerk ist dabei auf die Frage zu legen, ob es sich ggf. um besonders sensible Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO handelt, zum Beispiel um Gesundheitsdaten. Denn für die „Art. 9-Daten“ gilt ein besonderer Legitimationstatbestand aus Art. 9 Abs. 2 lit. j DSGVO, der besonders hohe Anforderungen an die technisch-organisatorische Gestaltung des Datenschutzes formuliert (und bei medizinischen Untersuchungen kann aus anderen Gründen zusätzlich eine Einwilligung⁴⁵ bzw. die Vorlage an eine Ethikkommission⁴⁶ erforderlich sein)

2. Privilegierungen für die Forschung?

Die Hoffnungen richten sich daher auf Normen, die für die Forschungen gewisse Privilegierungen vorsehen. Allerdings versprechen diese teilweise mehr als sie leisten. So sieht Art. 89 DSGVO zwar gewisse Lockerungen des Zweckbindungsgrundsatzes für Forschungszwecke vor, ist aber *keine eigenständige Legitimationsgrundlage* (hierfür ist wiederum auf die bereits erwähnten Legitimationstatbestände des Art. 6 DSGVO zurückzugreifen).⁴⁷ Der Zweckbindungsgrundsatz besagt, dass Daten (eigentlich) nur für diejenigen Zwecke verarbeitet werden dürfen, für die sie erhoben worden sind (Art. 5 lit. b DSGVO).⁴⁸ Jeder weitere Verarbeitungsschritt würde also

45 M. Bäcker/S. Golla (in Zusammenarbeit mit dem RatSWD), Handreichung Datenschutz, 2. Aufl., Berlin o. J., online verfügbar: <https://www.konsortswd.de/aktuelles/publikation/handreichung-datenschutz-2/> (07.II.2023).

46 Ehmann/Selmayr/Raum, 1. Aufl. 2017, EU-DSGVO Art. 89 Rn. 6.

47 Ehmann/Selmayr/Raum, 1. Aufl. 2017, EU-DSGVO Art. 89 Rn. 22.

48 Ehmann/Selmayr/Raum, 1. Aufl. 2017, EU-DSGVO Art. 89 Rn. 17.

erneut eines Legitimationstatbestands (etwa durch Einwilligung) bedürfen. Hierauf bezogen bedeutet Art. 89 DSGVO tatsächlich eine Erleichterung, da er für archivalische, wissenschaftliche⁴⁹ sowie statistische Zwecke eine längere Speicherung sowie eine Weiterverarbeitung der (legitim beschafften) Daten zulässt. Dieser Gedanke wird in § 16 Abs. 6 BStatG weiter konkretisiert: Es gibt Daten, die die Forschung aber nicht oder allenfalls mit einem unverhältnismäßigen Aufwand erheben könnte – hier ist eine Nachnutzung möglich, wenn bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden.

Die einzuhaltenden Schutzbestimmungen sind abhängig von der Art der zu verarbeitenden Daten: Die DSGVO ist nur dann anwendbar, wenn es um Daten geht, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen (Art. 2 i. V. m. Art. 4 Nr. 1 DSGVO). Das bedeutet, dass hochaggregierte, vollständig anonymisierte Daten aus dem Anwendungsbereich herausfallen.⁵⁰

Die entscheidende Steuerung erfolgt über die zu ergreifenden technisch-organisatorischen Maßnahmen im Sinne von Art. 25 DSGVO. Diese richten sich nach der Frage, inwieweit die für die Forschung benötigten Daten nicht anonymisiert oder aber deanonymisierbar sind: Während auf der einen Seite des Spektrums junge Wissenschaftlerinnen bzw. Wissenschaftler mit *Public Use Files* (PUF), also hochaggregierten Mikrodaten, bzw. mit *Campus Files* den Umgang mit statistischen Daten üben können, steht auf der anderen Seite des Spektrums eine abgeschottete (*Onsite*-)Nutzung nicht bzw. nicht hinreichend anonymisierbarer (pseudonymisierbarer) Daten. In der Mitte des Spektrums befinden sich *Scientific Use Files*, die „faktisch“ anonymisiert sind.⁵¹ Diese sind so konzipiert, dass sie sich für einen großen Teil der wissenschaftlichen Forschungsvorhaben eignen und sie außerhalb der geschützten Räume der amtlichen Statistik verwendet werden dürfen. Das steht aber unter der Voraussetzung, dass die beantragende Institution ihren Sitz in Deutschland hat und dass die bereitgestellten Daten nur in den Räumen der beantragenden wissenschaftlichen Einrichtungen innerhalb Deutschlands genutzt werden und dass kein Download der Daten

49 Und „historische“.

50 Das Problem einer Rückrechenbarkeit bei erklärbarer Künstlicher Intelligenz einmal beiseitegelassen.

51 H. Brenzel/M. Zwick, Eine informationelle Infrastruktur ist erwachsen – das Forschungsdatenzentrum des Statistischen Bundesamts, 2022, online: https://www.destatis.de/DE/Methoden/WISTA-Wirtschaft-und-Statistik/2022/06/informationelle-infrastruktur-deutschland-062022.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt abgerufen am 11.11.2023).

möglich ist, sondern dass sie nur angesehen, aber nicht heruntergeladen werden können (technisch-organisatorische Maßnahme).⁵² Und schließlich müssen die Datennutzenden auf die statistische Geheimhaltung nach § 16 Abs. 7 BStatG verpflichtet werden.⁵³ Neu (vor allem im Rahmen der COVID19-Pandemie) ist hier eine Möglichkeit der Kombination der Datenzugangswege im Rahmen einer „kontrollierten Datenfernverarbeitung“ in „sicheren digitalen Umgebungen“ (insbesondere bei längeren Forschungs-vorhaben).⁵⁴

IV. Bilanz und Ausblick

Seit dem Wirksamwerden der DSGVO sind viele Fragen EU-weit vereinheitlicht worden. Allerdings sind von unionaler Seite jüngst erneut Impulse für das Thema „Regulierung des Umgangs mit statistischen Daten (bzw. Forschungsdaten)“ ausgegangen.⁵⁵ Denn zwei neue Rechtsakte werden künftig die Forschung beeinflussen, der *Data Governance Act*⁵⁶ (DGA) und der *Data Act*. Der DGA ergänzt die (im Jahr 2019 neugefasste) *Open Data*-Richtlinie⁵⁷ und soll zum einen für gewisse europäische Vereinheitlichung sorgen und zum anderen einen verbesserten Zugang zu Daten herstellen, die sich im Besitz öffentlicher Stellen befinden und die beispielsweise aufgrund der statistischen Geheimhaltung (Art. 3 Abs. 1 lit. b DGA) geschützt sind. Allerdings stellt Art. 3 Abs. 3 DGA klar, dass die Bestimmungen der Art. 3 ff. DGA keine Befreiung öffentlicher Stellen von ihren Geheimhaltungspflichten (etwa aufgrund der DSGVO bei personenbezogenen Daten) bedeuten. Wie dieser Widerspruch aufgelöst wird, bleibt abzuwarten.

52 Ebd.

53 M. Bäcker/S. Golla (in Zusammenarbeit mit dem RatSWD), Handreichung Datenschutz, 2. Aufl., online verfügbar: <https://www.konsortswd.de/aktuelles/publikation/handreichung-datenschutz-2/> (zuletzt abgerufen am 07.11.2023).

54 Vgl. T. Kienle, Datenschutz in der amtlichen Statistik. Unionsrechtliche Vorgaben und mitgliedstaatliche Gestaltungsräume am Beispiel der Bundesstatistik (i. E.).

55 Dazu die in Fn. 54 genannte Untersuchung.

56 Verordnung (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt bzw. Data Governance Act), ABl. L 152, 3. Juni 2022.

57 Richtlinie (EU) 2019/1024 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung), ABl. L 172/56, 26. Juni 2019.

Der *Data Act* (DA)⁵⁸ hingegen betrifft u. a. den Datenzugang der Behörden selbst, beispielsweise den Zugriff auf bei Privaten vorhandene Daten, die in Notstandssituationen (etwa zur Bekämpfung von Pandemien oder Naturkatastrophen) benötigt werden.⁵⁹ Einen Rechtsrahmen für den Datenzugang von Behörden zu *nicht-personenbezogenen* Daten spannt zudem die „Free Flow of Data“-Verordnung (insbesondere deren Artikel 5).⁶⁰ Der *Data Act* füllt diesen Rahmen weiter aus und konkretisiert ihn bezogen auf personenbezogene Daten.

An den ab dem 12. September 2025 anzuwendenden *Data Act* sind jedoch ähnliche Fragen zu adressieren wie an den *Data Governance Act*. Diese betreffen insbesondere sein systematisches Verhältnis zu der (von ihm grundsätzlich „unberührten“) DSGVO bezüglich personenbezogener Daten. Für die zur Pandemie- bzw. Katastrophenbekämpfung verwendeten Daten ist es nahezu charakteristisch, dass sie personenbezogene und nicht-personenbezogene Daten kombinieren. So können beispielsweise zur Bekämpfung einer Seuche Daten aus Fitness-Trackern erforderlich sein, die als Ortsdaten zugleich Rückschlüsse über das Bewegungsverhalten einer natürlichen Person zulassen. Nach Erwägungsgrund 34 zum DA soll bei derartigen Gemengelagen die DSGVO zusätzlich zum DA anwendbar sein – nur wie genau, das wird nach Ansicht der Kritiker des Entwurfs nicht hinreichend deutlich.⁶¹

Erneut „spielt die Musik“ also in den technisch-organisatorischen Maßnahmen. Genau das wird jedoch weiteren Anlass bieten, dass sich ein Berufsbild des (Forschungs-)Datenmanagements herausbildet.⁶² Um zum Titel dieses Aufsatzes zurückzukommen: Nicht nur die Rechtswissenschaft

58 Vorschlag für eine des Europäischen Parlaments und des Rates Verordnung (EU) 2023/2854 vom 13. Dezember 2022 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (engl. Bezeichnung: Data Act).

59 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_1113 (zuletzt abgerufen am 11.11.2022).

60 Verordnung (EU) 2018/1807 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union (Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 303/59, 18. November 2018).

61 Vgl. dazu Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands/Stiftung Datenschutz/Deutscher Industrie- und Handelskammertag, *Data Act und DSGVO – für mehr Rechtsklarheit bei Datenschutz und Datennutzung, gemeinsames Positionspapier*, 2022, online: <https://data-act.org/> (zuletzt abgerufen am 11.11.2023).

62 Hierzu instruktiv: Friederike Knoke, Subjektive Rechte an Forschungsdaten. *De lege lata und de lege ferenda*, Tübingen 2023.

benötigt bezogen auf bestimmte Fragestellungen (etwa zur Berechnung des Existenzminimums) statistische Daten – statistische Daten benötigen auch ihren Schutz und ihre rechtliche Umrahmung durch die Rechtswissenschaft.