

Religion, ethnische Herkunft und Zuwanderungshintergrund – angemessene Merkmale zur Datenerhebung?

Beitrag für „Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2011“ am 30.01.2011 in Stuttgart

Thilo Weichert*

I. Einführung

Religion, ethnische Herkunft und Zuwanderungshintergrund sind *höchstpersönliche Informationen* über Menschen mit einer zugleich für diese hohen identitätsstiftenden Bedeutung. Sie teilen mit, was ich glaube, woher meine Vorfahren und woher ich selbst komme. Diese haben aber auch eine gesellschaftspolitische Relevanz. Nicht anders lässt sich erklären, warum diese Informationen anlässlich der diesjährigen Volkszählung, wenig verfänglich "Zensus 2011" genannt, abgefragt werden. Mit Stichtag zum 9 Mai 2011 muss eine Stichprobe von ca. 10% der Bevölkerung in Deutschland u. a. folgende Fragen beantworten:

"6. Welche Staatsangehörigkeit/en haben Sie?

7. Welcher Religionsgesellschaft gehören Sie an? (röm.kath., ev. orthodox, jüdisch, sonstige öffentlich-rechtliche Rel.Ges., keiner)

8. Zu welcher der folgenden Religionen, Glaubensrichtungen oder Weltanschauungen bekennen Sie sich? (Christentum, Judentum, Islam - sunnitisch, schiitisch, alevitisch, Buddhismus, Hinduismus, sonstige Religion, Glaubensrichtung od. Weltanschauung)

14. Sind Sie nach 1955 in das heutige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zugezogen? (wann genau, auch Vater und Mutter)

16. Aus welchem Staat sind Sie zugezogen? (auch Vater und Mutter)"¹

Die Informationen aus dem *Zensus 2011* dienen der politischen und wirtschaftlichen Planung. Da es der Staat aber genau wissen möchte, genügen ihm nicht die freundliche Frage und die Hoffnung auf Antwort; Letztere unterliegt einer Auskunftspflicht mit Sanktionsdrohung. Möglich sind Zwangsgelder und ein Bußgeld bis zu 5.000 Euro. Lediglich beim Glaubensbekenntnis, der Frage 8., wird weiß auf hellgrün hingewiesen "Die Beantwortung der Frage ist freiwillig". Zwar sollen die Daten anonymisiert und aggregiert genutzt werden, zwecks Richtigkeit werden sie aber individuell erzwungen.

* Dr. Thilo Weichert ist Landesbeauftragter für Datenschutz Schleswig-Holstein und damit Leiter des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz (ULD), Kiel. Der vorliegende Beitrag wird abgedruckt werden in dem Band „Gleichheit“, hrsg. von K. Barwig/S. Beichel-Benedetti/G. Brinkmann, in den Schriften zum Migrationsrecht.

¹ Statistisches Bundesamt, Haushaltsbefragung auf Stichprobenbasis zum Zensus 2011.

Dass diese Fragen gestellt werden, erstaunt angesichts der *deutschen Geschichte*. Die ehrliche positive Antwort auf die Frage nach der Zugehörigkeit zur jüdischen Gemeinde konnte in den Jahren von 1933 bis 1945 das Todesurteil bedeuten. Das Misstrauen in die statistische Datenerhebung des deutschen Staates war 1983 und 1987 größer als heute. Und dieses Misstrauen erwies sich zumindest im ersten Durchgang als nicht ganz unberechtigt, führte es doch dazu, dass das Bundesverfassungsgericht diese Datenerhebung zunächst einmal stoppen musste, weil die Statistikdaten auch für Verwaltungszwecke genutzt werden sollten.²

Religion, Herkunft und Hintergrund sind nicht nur für Statistiker von Bedeutung; sie können auch für Verantwortliche für *Flughafenkontrollen* von Interesse sein. Der internationale Airline-Verband IATA schlug Dezember 2010 zur Erhöhung der Sicherheit auf Flughäfen vor, bestimmte persönliche Daten abzufragen bzw. festzustellen, um in einer von drei Personenkategorien eingestuft zu werden: "bekannt", "normal", "potenzieller Gefährder". An diesen Kategorien soll sich die Intensität der Kontrollen orientieren. Die Gefährdungsprofile sollen nicht veröffentlicht werden und sich national unterscheiden. Doch ist klar, dass neben der Identität die allgemeinen Merkmale Staatsangehörigkeit, Herkunft, Alter und Geschlecht eine wichtige Rolle spielen sollen, möglicherweise auch die Religionszugehörigkeit bzw. das Bekenntnis. Zwar meinte Ken Dunlap, Sicherheitsdirektor der IATA, es solle keine Auswahl nach ethnischer Herkunft geben: „Wir sind absolut dagegen, Menschen aufgrund ihrer Hautfarbe oder Nationalität zu überprüfen“. Doch sollen die relevanten Merkmale nicht veröffentlicht werden. Daher äußerte sich der Bundesbeauftragte für Datenschutz (BfDI) Peter Schaar kritisch: „Das ist eine Unterscheidung nach völlig undurchsichtigen Kriterien.“ Und der innenpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Dieter Wiefelspütz ergänzte: „Die Gefahr der Diskriminierung ist groß“³. Tatsächlich spielen bei der Praxis an israelischen Flughäfen, die Vorbild für den IATA-Vorschlag ist, genau solche Merkmale eine Rolle.⁴

Es stellt sich die Frage, welche Bedeutung die genannten Merkmale im heutigen Leben haben und wie dies *rechtlich zu bewerten* ist.

II. Grundgesetz und EU-Charta der Grundrechte

Die Lehren aus den Schrecken des Nationalsozialismus ziehend, stellten die Väter und Mütter des *Grundgesetzes* in Artikel 1 behauptend wie normierend klar: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." Und in Artikel 3 fast ebenso prominent normierten sie die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz. Im Absatz 3 wird, immer noch die Erfahrungen aus der Nazizeit ziehend, festgelegt: "Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen

² BVerfGE 65, 1 ff = NJW 1984, 419 ff.

³ Ott, Airlines wollen Reisende in Risikogruppen einteilen, www.spiegel.de 17.12.2010; Minister gegen Sonderkontrollen SZ 29.12.2010, 1, 5; Schaar, Triage am Flughafen? www.bfdi.de 16.12.2010.

⁴ Interview m. Pini Shif, Die Zeit 05.01.2011, www.zeit.de 19.01.2011; vgl. auch Münch Sicherheitskontrollen: Eklat beim Presseempfang in Israel, SZ 14.01.2011.

benachteiligt oder bevorzugt werden." Schließlich wird in Artikel 4 Absatz 1 bekräftigt: "Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich."

Dass diese Grundrechte eine informationelle Dimension haben, war den Vätern und Müttern des Grundgesetzes wohl noch nicht so klar, wie uns dies heute ist. Daher enthält die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (EU) in Artikel 1 ein Bekenntnis zur Unantastbarkeit der Würde des Menschen und dann in Artikel 8 Abs. 1 eine Vorschrift zum Schutz personenbezogener Daten: "Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten." Artikel 10 Abs. 1 S. 1 normiert die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. In Artikel 20 der Charta wird der Gleichheitsgrundsatz des Artikel 3 GG nachvollzogen und in Artikel 21 ausdrücklich festgestellt: "Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten. Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten."

Das informationsrechtliche Defizit unseres Grundgesetzes wurde vom Bundesverfassungsgericht mit dem Volkszählungsurteil im Jahr 1983 behoben, als das höchste deutsche Gericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, also aus der Würdegarantie und dem Grundrecht auf Handlungsfreiheit ein *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung* ableitete: „Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung wird der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Einschränkungen dieses Rechts auf 'informationelle Selbstbestimmung' sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig“.⁵

Es versteht sich von selbst, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung unabhängig von Religion, ethnischer Herkunft oder Migrationshintergrund gilt. Eine *Privilegierung deutscher Staatsangehöriger* ist nicht vorgesehen und erlaubt, soweit die Ungleichbehandlung nicht z. B. sachlich gerechtfertigt ist, wie dies beim Aufenthaltsrecht der Fall sein kann.⁶

Neben dem Recht auf individuelle Selbstbestimmung besteht auch für Gruppen ein verfassungsrechtlich geschützter Bereich *kollektiver informationeller Selbstbestimmung*. Der Einzelne definiert sich in der Gesellschaft nicht nur als Individuum, sondern auch als Mitglied identitätsstiftender Gruppen oder Kollektive. Dies gilt insbesondere für Minderheiten in einer

⁵ BVerfG NJW 1984, 419, 422

⁶ EuGH MMR 2009, 171 = DÖV 2009, 168 = EuZW 2009, 183; Weichert, Kommentar zum Ausländerzentralregistergesetz, 1998, Einführung Rz. 13 m.w.N.

Gesellschaft und insbesondere für Gruppen mit einer hohen Bindungswirkung für deren Mitglieder. Dabei ist beachtlich, dass anders als in westeuropäischen Gesellschaften und Gemeinschaften, die stark vom Individualismus geprägt sind, Gruppen aus anderen Gegenden ihre Identität in einem größeren Maße aus der Gruppe, der sie angehören, ableiten. Derartige Gruppen mit hoher Identifikations- und Identitätskraft sind neben nationalen Gemeinschaften in fremden Staaten insbesondere religiöse Gemeinschaften, ethnische Gruppen oder Gruppen mit gemeinsamem Migrationshintergrund. Eine Diskriminierung wegen der Gruppenzugehörigkeit würde deren Selbstentfaltung beeinträchtigen. Deshalb müssen staatliche Maßnahmen, gesetzliche Regelungen wie auch exekutives Vorgehen diskriminierende Ausgrenzungen vermeiden.

Diese Erwägungen zur kollektiven informationellen Selbstbestimmung ergeben sich aus einer Ableitung des Rechts auf individuelle informationelle Selbstbestimmung nach Artikel 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG, des Gleichheitsgrundsatzes nach Artikel 3 GG sowie des Sozialstaatsgebotes nach Artikel 20 Abs. 1 GG.⁷ Sie speisen sich aus den im Grundgesetz konkretisierten Erfahrungen mit der Diskriminierung des Nationalsozialismus. Der Nationalsozialismus hat gezeigt, wie harmlos erscheinende Datensammlungen für diskriminierende und inhumane Zwecke verwendet werden können. Die Verfassung schützt also ethnische, religiöse oder sonstige Gruppen vor diskriminierender staatlicher Sonderbehandlung.⁸ Dies hat zwar keine direkte gesetzliche Konkretisierung gefunden, ist aber bei der Beurteilung staatlicher informationeller Maßnahmen sowie - im Rahmen der Grundrechtsbindung von Privaten - auch darüber hinaus gehend zu berücksichtigen.

III Gesetzliche Diskriminierungsverbote

Zwar stellte das BVerfG in seinem grundlegenden Volkszählungsurteil fest, dass es in der modernen Informationsgesellschaft grundsätzlich keine belanglosen personenbezogenen Daten mehr gebe, da die Art und der Kontext der Verarbeitung für die persönlichkeitsrechtliche Relevanz Ausschlag gebend ist. Dies hinderte aber den deutschen und den europäischen Gesetzgeber nicht daran, besondere Arten personenbezogener Daten mit einem besonders hohen Diskriminierungsrisiko unter einen *besonderen Schutz* zu stellen. Die gilt nach § 3 Abs. 9 BDSG sowie nach Artikel 8 der Europäischen Datenschutzrichtlinie von 1995 (EU-DSRL) für Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, über politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen, über eine Gewerkschaftszugehörigkeit und über die Gesundheit oder das Sexualleben. Dieser Schutz verbietet zwar nicht die Verarbeitung, wohl aber sind hierfür die materiell- und formellrechtlichen Hürden höher als bei sonstigen Daten. Grundsätzlich bedarf es einer Einwilligung des Betroffenen (§ 28 Abs. 6 BDSG). Auch die prozeduralen Anforderungen, z.B. die Notwendigkeit spezifischer Transparenz für den Betroffenen oder einer besonderen Verarbeitungsumgebung, können über dem allgemein Üblichen liegen.

⁷ Bäumler NVwZ 1995, 239; Weichert, Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung, 1990, S. 21 f.; zur identitätsfördernden Bedeutung der Kenntnis der Abstammung BVerfG NJW 2007, 753.

⁸ Weichert in Huber, AufenthG, 2010, Vorb. §§ 86-91e AufenthG Rz. 10 f. m.w.N.; ders. In Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 3. Aufl. 2010, Einl. Rz. 51.

Diese Erwägung wurde im Bereich des Zivilrechts durch das *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz* (AGG) bekräftigt. Zwar handelt es sich hierbei nicht um klassisches Datenschutzrecht. Doch regelt das AGG nichts anderes als die Nutzung besonderer Datenkategorien zur Verhinderung von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 Abs. 1 AGG). Eine solche unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen der genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation (§ 3 Abs. 1 AGG). Hieraus kann sich in bestimmten Zusammenhängen ein absolutes Verbot der Erhebung und Verarbeitung der genannten Merkmale ergeben.

Auf die Besonderheiten der *elektronischen Datenverarbeitung* abstellend, wurden zunächst im Jahr 2001 in das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in Umsetzung der EU-DSRL ein grundsätzliches Verbot automatisierter Entscheidungen normiert. Seit April 2010 gelten ergänzend materiellrechtliche Regelungen zum Scoring mit zusätzlichen Anforderungen an die Transparenz der Verarbeitung (§§ 6a, 28b, 34 Abs. 2 BDSG). Danach darf zur Berechnung der Wahrscheinlichkeit künftigen Verhaltens bei der Durchführung eines Vertragsverhältnisses ein automatisiertes Berechnungsverfahren nur eingesetzt werden, wenn die Wahrscheinlichkeitsberechnung nach wissenschaftlich anerkannten mathematisch-statistischen Methoden erfolgt. Weitere ungeschriebene Anforderung ist, dass die Ableitung des prognostizierten Verhaltens aus bestimmten Merkmalen einer Plausibilitätsprüfung standhält. Genützt werden dürfen nur solche Daten, die auch zur Grundlage einer nicht-automatisierten Entscheidung genommen werden dürften.⁹

Das grundsätzlich geltende *Verbot automatisierter Einzelentscheidungen* gilt nicht, wenn der Entscheidungsprozess entweder ausschließlich positiv für den Betroffenen ist oder aber diesem die Möglichkeit bewahrt bleibt, seine Interessen gegen die informationstechnische Festlegung zur Geltung zu bringen. Nicht Gegenstand der automatisierten Bewertung dürfen diskriminierende oder rechtsverkürzende Merkmale sein. So darf z.B. der Umstand, dass die eigenen Datenschutzrechte in Anspruch genommen wurden, sich nicht zum Nachteil des Betroffenen auswirken. Dies war tatsächlich über viele Jahre bei der Schufa bzgl. der Bonitätsbewertung der Fall. Ein entsprechendes Verbot gilt für die Nutzung von AGG-Merkmalen, also u. a. der ethnischen Herkunft.¹⁰ Den genannten Regelungen geht es dabei nicht so sehr um den Ausschluss dieser Merkmale, sondern darum, die mit der rein automatisierten Verarbeitung verbundenen Risiken zu kompensieren. Dem dienen auch die Ansprüche auf Verfahrenstransparenz sowie auf Auskunft über die in das Verfahren einfließenden Daten, über deren Gewichtung und über die Relevanz des Ergebnisses.

Die Regelungen gelten vorrangig für private Stellen. Auch auf Bundesbehörden ist das grundsätzliche Verbot automatisierter Entscheidungen erstreckt, nicht aber auf *Behörden*

⁹ Kamp/Weichert, Scoringssysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, 2005, S. 74 ff.

¹⁰ Kamp/Weichert (Fn. 9), S. 76 ff.

generell. Hintergrund hierfür ist nicht die geringere Sensibilität behördlicher automatisierter Bewertungen, sondern eher, dass deren Bedeutung sich erst später als im Privatbereich ergab, wo automatisierte Entscheidungen mit einem hohen Diskriminierungsrisiko schon weit im Alltag Einzug gehalten haben

IV. Die verfassungsrechtliche Bewertung der Rasterfahndung

Dass automatisierte Persönlichkeitsanalysen von Behörden nicht systemwidrig sind, war schon das Mantra des Chefs des Bundeskriminalamtes in den 70er Jahren, von Horst Herold.¹¹ Eine rechtliche Würdigung dieses Ansatzes erfolgte aber erst nach den terroristischen Anschlägen vom 11.09.2001. Auf der Suche nach terroristischen „Schläfern“ wurde von den deutschen Sicherheitsbehörden eine groß angelegte Rasterfahndung durchgeführt, bei der v. a. aus behördlichen Datenbeständen wie den Studierendenverzeichnissen der Hochschulen, aus Meldebehörden und dem AZR Personen selektiert wurden, von denen man kriminalistisch die Möglichkeit ableitete, dass diese als brave Studenten getarnt terroristische Aktionen vorbereiteten. Das Perfide der vermuteten Schläfer war, dass sie sich um möglichst unauffälliges Verhalten bemühten, so wie die Terroristen des 11.09.2001 vor ihrer Tat. Um nun nicht alle unverdächtig agierenden Menschen ins Visier nehmen zu müssen, wurde die Zielgruppe weiter eingegrenzt: männliche Studierende im Alter von 18 bis 40, moslemischen Glaubens und geboren in Staat mit islamischer Bevölkerung. Zur weiteren Gefahrenabklärung erfolgten Datenabgleich mit Fluglizenzen, Zuverlässigkeitsüberprüfungen nach dem Atomgesetz oder durch Rücksprachen mit Arbeitgebern.

Diese Rasterfahndung war gekoppelt mit einer Medienkampagne, die darauf abzielte, der Öffentlichkeit zu vermitteln, dass diese Maßnahme zur Bekämpfung des Terrorismus nötig sei, sich aber nicht generell gegen den islamischen Teil der deutschen Bevölkerung richte. Diese Botschaft dürfte wohl nur begrenzt der urdeutschen Bevölkerung vermittelbar gewesen sein; antiislamische und antiarabische Stimmungen waren nicht zu verbergen. Die psychosozialen Konsequenzen der Rasterfahndung auf das Zielpublikum selbst, also auf die ca. 3% Menschen mit türkischem und arabischen Hintergrund, waren fatal.¹²

Das Bundesverfassungsgericht wurde im April 2006 veranlasst, diese Form der Datenerhebung und Auswertung an den Maßstäben unseres Grundgesetzes zu messen.¹³ Im Ergebnis wurde die durchgeführte Rasterfahndung als *verfassungswidrig* verworfen. Dies ergab sich aus einer Abwägung zwischen der Eingriffsschwere und dem Schutzziel der Maßnahme. Das BVerfG erkannte an, dass das angestrebte Ziel der Abwehr einer Gefahr für Bestand und Sicherheit von Bund und Ländern, bzw. von Leib, Leben und Freiheit der Menschen hochrangige Verfassungsgüter sind, die grundsätzlich solche Maßnahmen zuließen. Zu berücksichtigen seien aber die Auswirkungen für die Betroffenen, bei denen sich

¹¹ Herold, Interview in Transatlantik 11/1980, 37 ff.; vgl. Weichert (Fn. 7), S. 75.

¹² Weichert, Überwachung bringt nichts und macht aggressiv, <https://www.datenschutzzentrum.de/polizei/weichert-ueberwachung2.htm>.

¹³ BVerfG, B.v. 04.04.2006, 1 BvR 518/02, NJW 2006, 1939 = JZ 2006, 906.

die Verarbeitung der sensiblen Daten diskriminierend, nachteilig und stigmatisierend auswirken kann. In der Praxis der Datenschützer zeigte sich, dass diese Effekte zumindest in vielen Einzelfällen auch tatsächlich eintraten.

Das BVerfG beschränkte sich nicht auf die Bewertung der individuellen negativen Folgen der Rasterfahndung, sondern stellte auch die *gesellschaftlichen Folgewirkungen* heraus, die sich aus der Streubreite der Aktion, die potenziell mehrere Millionen Menschen erfasste, ergibt und den mit ihr verbundenen gesellschaftlich unerwünschten Einschüchterungseffekten. Hieran können im Ergebnis auch rechtsstaatliche Vorkehrungen, etwa qualifizierte Anordnungsanforderungen oder besondere Maßnahmen zur Schaffung individueller und gesellschaftlicher Transparenz nur wenig ändern. Das BVerfG wollte verdachtlose Eingriffe nur bei einer hohen Gefahr für hochrangige Rechtsgüter zulassen. Dies bedeutete, dass zwar die gesetzliche Regelung akzeptiert wurde, nicht aber die konkrete Maßnahme. Diese war verfassungswidrig; die normativ geforderte konkrete Gefahr, die eine tatsachenbasierte Wahrscheinlichkeitsprognose voraussetzt, lag tatsächlich nicht vor.

V. Informationelle Sonderbehandlung

Die sich an Religion, ethnischer oder nationaler Herkunft orientierende Sonderbehandlung lässt sich nicht pauschal rechtlich einordnen. Sie ist in jedem Fall Ergebnis einer historisch, kulturell, wirtschaftlich und sozial spezifischen gesellschaftlichen Situation. Auch nur aus dieser Situation heraus kann die Bewertung erfolgen. Die Ausgrenzung von gesellschaftlichen Minderheiten und deren Sonderbehandlung auf der Basis ihrer Gruppenmerkmale wie Religionszugehörigkeit, ethnische und nationale Herkunft führt in allen Ländern der Welt mehr oder weniger zu ökonomischer, rechtlicher, sozialer und kultureller Diskriminierung und zum Vorenthalten von Chancen und Möglichkeiten.

Religion, ethnische oder nationale Herkunft sind identitätsstiftend und müssen *rechtlich geschützt* werden. Zum Zweck dieses Schutzes kann es nötig sein, die Angehörigen der jeweiligen Gruppe sowie deren Einrichtungen zu identifizieren. Soweit dieser Schutz objektbezogen möglich ist, z. B. durch die polizeiliche Sicherung einer jüdischen Synagoge, entstehen hieraus keine informationsrechtlichen Probleme. In der Regel lässt sich aber eine Identifizierung und Personifizierung von Gruppenangehörigen nicht verhindern, etwa beim Angebot bestimmter Fördermaßnahmen für bestimmte Einwanderer. Letztlich lässt sich selbst das Begrüßungsgeld für DDR-Bürgerinnen und Bürger als eine positive Sonderbehandlung auf Grund der Herkunft kennzeichnen.

Zielsetzung einer informationellen Sonderbehandlung kann sogar die *bewusste Privilegierung* einer religiösen, ethnischen oder nationalen Minderheit sein, etwa als Kompensation oder Wiedergutmachung einer bisherigen Diskriminierung. Derartige Maßnahmen gab es seit Ende der 60er Jahre in den USA für die schwarze Bevölkerung. Da hier die ethnische Besonderheit evident, also augensichtlich im wahrsten Sinn des Wortes, war, konnte bei Privilegierungen

auf eine Identifizierung oft verzichtet werden. Dies ist aber nicht der Regelfall. Gerade die mit der Globalisierung verbundenen Vermischung der Menschen, Kulturen und Gewohnheiten führen dazu, dass Gruppenzugehörigkeiten nicht offensichtlich sind und nur über eine entsprechende Datenerhebung festgestellt werden können. Jüngst hat sich Berlin ein Integrationsgesetz gegeben. Zielsetzung ist es, die Partizipation und Integration zu verbessern, u. a. auch durch Erhöhung des Migrantenanteils bei Bewerbungen. Über vergleichbare Gesetze wird in anderen Bundesländern nachgedacht.¹⁴

Für die Positivdiskriminierung gilt, was für jede privatnützige informationelle Maßnahme der Fall ist: Sie kann und darf grds. *nicht aufgedrängt* werden. Selbstbestimmung bedeutet, dass Menschen nicht gegen ihren Willen beglückt werden können. Wenn damit eine Datenerhebung einher geht, handelt es sich in jedem Fall um einen Eingriff. Informationelle Selbstbestimmung bedeutet, dass gerade bei begünstigenden Maßnahmen die Zustimmung der Betroffenen eingeholt werden muss oder zumindest für die Betroffenen umfassend Transparenz hergestellt werden muss.

Bei der Bewertung der informationellen Sonderbehandlung sind *potenzielle Zweckänderungen* immer mit im Blick zu halten. Für Positivdiskriminierungen erhobene Daten können auch für Negativdiskriminierungen genutzt werden. Erfassung können auch mit scheinbar vorteilhaften Motiven begründet werden, die sich aber als nachteilig erweisen. Gerade bei Datenerhebungen im Interesse der Betroffenen muss immer geragt werden, ob sich daraus nicht latent - evtl. indirekt - Nachteile ergeben können.

Problematisch sind in jedem Fall *Benachteiligungen* von Personen mit bestimmter Religion, Ethnie oder Herkunft. Diskriminierungen können sich ausdrücken in ausländerrechtlichen, polizeilichen oder sonstige staatlichen Maßnahmen, in öffentlicher Herabwürdigung und Verdächtigung, aber auch in einer informationellen Sonderbehandlung, aus der sich negative Konsequenzen ergeben können, ohne dass dies von vornherein absehbar sein muss.

Informationelle Sonderbehandlungen können *Sicherheitszwecke* verfolgen, aber den entgegen gesetzten Effekt erreichen, indem sie eine Abschottung und Isolation der Gruppe bewirken, integrative gesellschaftliche Kräfte behindern oder gar Aggressionen und Gewalt provozieren.¹⁵

Die Informationstechnik hat mit der *Biotechnik* eine kleine Tochter bekommen, die prächtig gedeiht und heranwächst. Die Genomanalyse eröffnet ganz andere und neue Möglichkeiten der ethnischen Diagnostik. Möglich ist nicht nur die Feststellung der direkten Abstammung, sondern auch das Zurückverfolgen genetischer Besonderheiten über hunderte und tausende von Jahre und über globale Wanderungsbewegungen. Mit dem Gendiagnostikgesetz, das die

¹⁴ Wierth www.taz.de 09.01.2011.

¹⁵ Weichert, Überwachung bringt nichts (Fn. 12).

individuelle Bestimmung stark betont, wurde hier nur ein erster Normierungsversuch unternommen.¹⁶ Es ist absehbar, dass die technische Entwicklung und deren praktische Anwendung in bestimmten gesellschaftlichen Bereichen Anpassungen notwendig machen. Die Genomanalyse eröffnet ein völlig neues weites Feld zur informationellen Fremd- und Selbstbestimmung. Da dieses Feld mit der informationellen Sonderbehandlung von Ethnien zwar zusammenhängt, aber gesondert behandelt werden muss und kann, soll es hier nur angesprochen werden.

Fluch und zugleich Segen der genetischen Einordnung ist deren *wissenschaftliche Fundierung*, die aber vor Spekulationen und Vorurteilen keinen Bogen macht, zumal die im Namen der Wissenschaft gemachten Aussagen von der breiten Masse der Bevölkerung nicht mehr ansatzweise nachvollzogen werden können. Eine weitere Eigenschaft, die Fluch und Segen mit sich bringen kann, ist die Schicksalhaftigkeit und Unabänderlichkeit der genetischen Disposition: Konvertieren, Auswandern, Integrieren und Nationalisieren – all das hat die Biologie nicht vorgesehen.

Informationelle Sonderbehandlung bewegt sich in einem Dilemma: Die in den letzten Jahren dramatisch zunehmende *Globalisierung* in allen Bereichen führt zur Mobilität von Menschen, Gütern und Informationen. Dies hat nicht nur einen Austausch, sondern auch im gewissen Maß eine Anpassung von Religionen, Kulturen und ethnischen Gruppen geführt. Zugleich aber führt die erhöhte Mobilität zu einem verstärkten Aufeinandertreffen von Religionen, Ethnien und Kulturen und damit zu einem Import bzw. Export von Konflikten, Risikosituationen und Kriminalität. Die Globalisierung schafft also einerseits die Voraussetzung dafür, dass Merkmale wie Religion, Ethnie und Herkunft unwichtiger werden können. Zugleich ist sie aber auch der Nährboden für Konflikte, die die Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft, zu einer Ethnie oder einer Kultur zu einer Gefahr für den jeweils Betroffenen machen kann.

In diese Situation hinein platzt die *informationstechnische Revolution*. Dies hat zwangsläufig normative Konsequenzen. Machte es die Globalisierung in den letzten 150 Jahren zunehmend nötig, normative Festlegungen für ein friedliches, gerechtes und selbstbestimmtes Zusammenleben auf unserer Erde zu schaffen, so müssen nun die digitalen Konsequenzen der Informatisierung mit bedacht werden. Die globale Industriegesellschaft brachte die universellen Menschenrechte mit sich, zu denen auch die Freizügigkeit und die Religionsfreiheit gehören. Mit der Informatisierung werden diese Menschenrechte nicht mehr nur analog, sondern auch digital bedroht. Augenscheinlichste normative Reaktion ist das Aufkommen des Datenschutzes. Eine etwas weniger sichtbare grundrechtliche Konsequenz ist der Siegeszug der Informationsfreiheit. Doch auch viele andere Menschenrechte gewinnen mit der Informationsgesellschaft eine digitale Dimension. Mit der Universalisierung der Informationsverarbeitung, v.a. dank des Internet, ergibt sich der Bedarf des Fortschreibens unserer Grundrechte, die Erarbeitung eines Codex digitalis universalis.¹⁷

¹⁶ GenDG v. 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2529, ber. 3672.

¹⁷ Sommerakademie am 30.08.2010 in Kiel mit vielen Beiträgen, vgl. <https://www.datenschutzzentrum.de/sommerakademie/2010/>.

Dieser Codex bezieht sich auch auf das Thema dieses Beitrages: Religiöse Toleranz verlangt einen Mindeststandard beim Umgang mit Informationen hierüber. Regelungsvorschläge der IATA für Flughafenkontrollen oder für die Gestaltung von Reisepapieren zeigen, dass es nötig wird, *internationale Standards* zu verabreden, die weltweit eine Diskriminierung nach Merkmalen der Religion, der Ethnie oder der Herkunft vermeiden.

VI. Die Merkmale

Die obigen Ausführungen zur informationellen Sonderbehandlung sollen hinsichtlich der genannten Merkmale weiter differenziert werden.

Die Zugehörigkeit zu einer *Religion* ist nur begrenzt rechtlich zu greifen, da sie oft nicht formalisiert ist, so wie dies bei den öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften der Fall ist.¹⁸ Religionsausübung ist einerseits ein kollektiver Akt, der soziale Relevanz hat und als solcher auch erfasst werden kann. Zugleich bezieht sie sich aber auch auf einen internen Vorgang im Menschen und kann sich hierauf sogar beschränken.

Religionszugehörigkeit ist dessen ungeachtet eines der wirksamsten *Diskriminierungsmerkmale* in unserer Welt. Zwischen Religionsgruppen werden seit Jahrhunderten Kriege geführt, finden Verfolgungen statt und terroristische Angriffe, auch in jüngster Zeit in Europa, etwa in Nordirland oder im ehemaligen Jugoslawien, in viel stärkerem Maße in Vorder- und in Südostasien, z. B. in Pakistan, oder in Afrika, z. B. in Ägypten.¹⁹ Die aktuellen religiösen Konflikte haben derzeit noch nicht größere Konsequenzen in der Informationsverarbeitung gefunden. Dennoch finden sie auch ihren Niederschlag, z. B. im Internet. Angesichts des weiterhin bestehenden gewaltigen Konfliktpotenzials bei religiösen Auseinandersetzungen kommt dem Vorleben und Praktizieren religiöser Toleranz in unserer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft eine wichtige Vorbildfunktion für andere Gesellschaften zu.

Migrationshintergrund lässt sich definieren als die Herkunft aus einem anderen Staat und bzw. oder einer fremden Kultur. Da der elterliche Einfluss insofern oft prägend ist, kann auch die Migration der Eltern oder gar von deren Eltern relevant sein. Regelmäßig ist der Migrationshintergrund Anknüpfungspunkt für soziale und kulturelle Maßnahmen. Er ist nicht als solcher diskriminierungsträchtig. Dies trifft vielmehr für bestimmte Wanderungsbewegung zu, z. B. in Deutschland die Einwanderung von Russlanddeutschen. Der Migrationshintergrund ist ein rein tatsächliches Phänomen ohne eine klare rechtliche Zuordnungsmöglichkeit. So ist die Staatsangehörigkeit für den Migrationshintergrund nicht erheblich; die Migrierten können die deutsche Staatsangehörigkeit haben. Mit der Migration verbunden sind regelmäßig kulturelle und sprachliche Probleme. Migration kann zur

¹⁸ Zur negativen Religionsfreiheit instruktiv BayVerfGH NVwZ 2011, 40 f.

¹⁹ Kazim/von Mittelstaedt/Musharbash/Steinworth/Wildfuhr/Zand, Mörder und Märtyrer, Der Spiegel 2/2011, 74 ff.

Ghettoisierung und zur Ausgrenzung durch die inländische Bevölkerung führen. Migration hat regelmäßig zunächst ein Fremdsein zur Folge, sowohl aus Sicht des Einwanderers wie der einheimischen Bevölkerung.

Während Religion und Migration zumindest in einem gewissen Maße gewillkürt und im Einflussbereich des Betroffenen ist, trifft dies für die *ethnische Herkunft* überhaupt nicht zu. Diese wird durch die biologische Abstammung festgelegt und äußert sich regelmäßig auch äußerlich, z. B. durch die Hautfarbe oder durch ein bestimmtes Aussehen. Dessen ungeachtet handelt es sich hierbei nicht ausschließlich um ein objektivierbares Merkmal. Die Zugehörigkeit zu einer Ethnie und deren identitätsstiftende Wirkung haben oft auch einen kulturellen Aspekt, insbesondere wenn eine Abschottung innerhalb der ethnischen Gruppe gegenüber der sonstigen Gesellschaft stattfindet. Mit der ethnischen Zugehörigkeit sind u. U. auch besondere genetische Dispositionen verbunden.²⁰

VII. Erhebungsmaßnahmen

Beim *Zensus 2011* wird gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 18 u. 19 ZensG 2011 staatlich die *Religionszugehörigkeit* erhoben. Damit werden zumindest vordergründig keine problematischen Ziele verfolgt. Das Merkmal ist von der EU nicht vorgegeben und war zunächst im Erhebungskatalog nicht vorgesehen. Es wurde erst aufgenommen, nachdem dies von den Kirchen als öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften gefordert wurde. Datenschützer und Statistiker votierten dagegen.²¹ Die Zugehörigkeit ist steuerrechtlich relevant.²² Es ist aber fraglich, ob dies die Erfassung dieses Merkmals beim Zensus 2011 rechtfertigt, zumal die Informationen hierzu regelmäßig bei der Erhebung der Kirchensteuer vollständig erfasst sind.

Die zusätzliche bzw. ergänzende Erfassung des „*Bekenntnisses*“ beim Zensus 2011 erschließt sich nicht, auch nicht aus den Gesetzgebungsmaterialien. Durch die Freiwilligkeit der Erhebung ist die informationelle Eingriffstiefe nicht besonders hoch. Da aber nicht sicher ist, dass die Freiwilligkeit von den Betroffenen erkannt wird, bleiben Bedenken. Diese verstärken sich bei einer Hinterfragung der Trennschärfe und der Erforderlichkeit. Es ist kaum erkennbar, welche politischen oder wirtschaftlichen Planungen von der Kenntnis des Bekenntnisses in der Bevölkerung sinnvoll vorgenommen werden könnten. Der Bau einer Moschee z. B. erfolgt nicht auf der Basis statistischer Erhebungen, sondern wenn sich ein entsprechendes gesellschaftliches Bedürfnis manifestiert. Angesichts der starken Innenbezogenheit des religiösen Bekenntnisses erschließt sich dessen gesellschaftliche Relevanz nicht. Das BVerfG für statistische Zwecke eine Vorratsspeicherung auch von sensiblen Daten grds. zugelassen.²³ Dies entbindet aber den Staat nicht davon, die Verhältnismäßigkeit einer Datenerhebung zu beachten. Die Erforderlichkeit und Angemessenheit dieses Merkmals ist nicht nachgewiesen.

²⁰ S.o. V.

²¹ Religionszugehörigkeit im Zensus 2011, www.datenschutz.de 22.04.2011; Heute im Bundestag 21.04.2009.

²² BayVerfGH NVwZ 2011, 40 f.

²³ BVerfG NJW 1984, 423.

Die Frage nach dem *Migrationshintergrund* geht ebenso wie die nach Religion und Bekenntnis über den von der EU vorgegebenen Mindestkatalog hinaus. Die EU interessiert Migrationen nur ab 1979.²⁴ Dass diese zurück bis ins Jahr 1955 eruiert wird, ist dem Parlament, von der CDU bis zu den Grünen, zuzuschreiben, das diese Daten für eine „gezielte Integrationspolitik“ forderte. So meinte die grüne Abgeordnete Stokar, wenn Anonymisierung und Datenschutz sichergestellt würden, spreche nichts dagegen, Angaben über Einbürgerungen, Herkunftsländer oder Bildungsabschlüsse von Eingewanderten auszuwerten.²⁵ Ob eine 55 Jahre, also gut zwei Generationen zurück liegende Migration wirklich planungsrelevant ist, muss bezweifelt werden.

Bei *Flughafenkontrollen* erfolgt derzeit in Deutschland und in Europa eine Kontrolle der Identität und der Staatsangehörigkeit. Eine auf Datenauswertungen basierende größere Prüftiefe ist bisher nicht bekannt. Die von der IATA vorgeschlagene Differenzierung nach Alter, Geschlecht, ethnische Herkunft und weitere Merkmale stößt auf rechtliche Probleme. Das zentrale Problem ist das des Transparenzdilemmas: Werden die Kriterien für die Unterscheidung der Kontrolldichte offengelegt, so besteht für Angreifer die Möglichkeit, sich hieran zur Kontrollvermeidung zu orientieren. Wird jedoch keine Transparenz hergestellt, so können die selektiven Kontrollen zu Gleichheitsverstößen und unberechtigter und unkontrollierbarer Diskriminierung führen.

Insbesondere das Merkmal des ethnischen Zugehörigkeit ist in hohem Maße diskriminierungsg geeignet, dessen Geeignetheit bei der Detektieren von bestimmten Kontrollbedarfen ist zugleich höchst fragwürdig. Durch *Verfahrensabsicherungen* können die negativen Effekte zumindest teilweise verringert, aber nicht völlig ausgeschlossen werden. Zu derartigen Absicherungen gehören laufende Evaluierungen der Kontrollergebnisse, möglichst durch unabhängige fachkundige Stellen und die regelmäßige Überprüfung der Anordnung durch unabhängige Instanzen, z. B Gerichte oder Parlamentsausschüsse.

In Niedersachsen finden seit 2003 auf der Basis des § 12 Abs. 6 Nds.SOG verdachtsunabhängige Personenkontrollen vor Moscheen an "Kontrollstellen" statt, ohne dass eine konkrete Gefahr Voraussetzung wäre. Anknüpfungspunkt der Kontrolle ist nicht die ohnehin schwer feststellbare, weil nicht formalisierte moslemische Glaubensrichtung, sondern der Ort des Praktizierens des Glaubens. Da Identitätskontrollen durchgeführt werden, handelt es sich hierbei auch um einen informationellen Eingriff in die Religionsfreiheit der Kontrollierten. Das niedersächsische Innenministerium begründete im Jahr 2009 die Kontrollen damit, sie hätten sich als "Instrument zur Erkenntnisgewinnung im Bereich des islamischen Extremismus bewährt". Die Kontrollen schreckten Hassprediger ab. Die Kontrollen hätten Erkenntnisse über Verbindungen der Sauerland-Gruppe nach Niedersachsen erbracht. Als Nebeneffekt seien 65 Personen wegen Delikten der allgemeinen und organisierten Kriminalität festgenommen worden. Die Festlegung von Ort und Zeit der stichprobenartigen

²⁴ BT-Drs. 16/12219, § 7 Abs. 4 Nr. 7 ZensG 2011-E.

²⁵ Krempf, Ausweitung der Volkszählung: "Wunschkonzert" oder notwendige Statistik? www.heise.de 20.03.2009.

Kontrollen würden nach Einschätzung durch den polizeilichen Lagebericht erfolgen. Um Warteschlangen zu vermeiden, hatte die Polizei den bereits kontrollierten Muslimen anfangs einen Stempel auf die Haut angeboten, wodurch sich Betroffene "gebrandmarkt" fühlten, so dass dies nicht weiter praktiziert wird. Das Innenministerium sieht sich durch eine Aussage des Landesvorsitzenden des türkischen Dachverbands DITIB Ali Ihsan Ünlü gerechtfertigt, der meinte, "dass die andauernden Personenkontrollen für die Sicherheit notwendig seien und zur Abwehr gegen den Extremismus und Terror dienen". Auf dessen Kritik von ganzen Straßensperren und unsensiblen Vorgehen während der Fastenzeit des Ramadan, signalisierte das Innenministerium, "Rücksicht" zu nehmen. Kritischer wird das Vorgehen von Wolf Ahmed Aries, dem Berater des niedersächsischen Schura-Vorsitzenden, bewertet. Er spricht von einer "Demütigung, die zutiefst verletzt". Aimann Mazyek, Generalsekretär des Zentralrats der Muslime in Deutschland beklagt einen großen Imageverlust der kontrollierten Gemeinden, erhebliche Unkosten und unnötige Belastungen aller in den Straßen wohnender Bürger.²⁶

Gemäß den Kriterien des BVerfG in seinem Urteil zur Rasterfahndung ist das Konzept des Vorgehens der niedersächsischen Polizei *verfassungswidrig*, da ohne konkreten Anlass informationelle Eingriffe von einer großen Streuwirkung vorgenommen werden, die zudem in die Religionsfreiheit der Kontrollierten eingreifen und öffentliche Diskriminierungswirkung entfalten.

VIII. Schlussfolgerungen

In der ausländerrechtlichen Diskussion in Deutschland wird bis heute die *informationelle Relevanz von Grundrechten* noch nicht vollständig erkannt. Während insbesondere in den Jahren 2008 und 2009 - ausgelöst von einigen Skandalen - ein Ruck in Sachen Datenschutz durch Deutschland ging, kam das Thema der informationellen Sonderbehandlung von Ausländerinnen und Ausländern nicht auf die Agenda. Daran änderte sich auch nichts nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur teilweisen Europarechtswidrigkeit der Erfassung im Ausländerzentralregister.²⁷ Bei der informationellen Sonderbehandlung spielen die Merkmale Religionszugehörigkeit, ethnische Herkunft und Migrationshintergrund eine wichtige Rolle. Trotz des darin innewohnenden Diskriminierungsrisikos wird deren Erfassung regelmäßig damit begründet, Integrationsmaßnahmen so besser durchführen zu können. Unberücksichtigt bleibt dabei oft, dass wirksame Integrationsmaßnahmen auch ohne Erfassung personenbezogener Daten möglich sind.

Ein zweites Argumentationsmuster für die Erfassung stellt auf die *Sicherheitsrelevanz* der Daten ab. Insofern wurden vom Bundesverfassungsgericht klare und enge Vorgaben gemacht. Diese Vorgaben finden aber in der Praxis der staatlichen Behandlung von

²⁶ Gräf www.taz.de 31.08.2009; Ataman www.tagesspiegel.de 22.08.2009; Niedersächsischer Landtag, Sitzung v. 27.08.2009, TOP 12d; Kleine Anfrage der Abg. Polat und Antwort der Landesregierung v. 03.07.2008.

²⁷ EuGH (Fn. 6).

Ausländerinnen und Ausländern oft keine hinreichende Beachtung oder werden schlichtweg ignoriert.

In starkem Maße im privaten Bereich, aber zunehmend auch im öffentlichen Bereich finden *automatisierte Bewertungen* statt, bei denen nicht nur einzelne, sondern zumeist viele Merkmale herangezogen werden, wobei auch Religionszugehörigkeit, ethnische Herkunft und Migrationshintergrund eine Rolle spielen können. Bei diesem Vorgehen mangelt es regelmäßig an der für informationelle Selbstbestimmung nötigen Transparenz. Durch ihre vermeintlich wissenschaftliche Basis entziehen sich derartige Maßnahmen leichter einer öffentlichen Kritik als eindeutig merkmalsbasierte Diskriminierungen, wie sie z. B. gegen die niedersächsische Polizei bei ihren Moscheekontrollen geäußert wird.

In Deutschland und Europa besteht inzwischen eine hohe Akzeptanz für den Datenschutz und eine hohe Sensibilität für informationelle Maßnahmen. In anderen Staaten, insbesondere in den USA und in Asien und Afrika, besteht eine solche Sensibilität dagegen nicht; entsprechende rechtliche Ansprüche werden dort nicht anerkannt. Angesichts der Globalisierung der Informationsverarbeitung kann es dadurch zu negativen Rückwirkungen auf die Rechtssituation in Deutschland und in Europa kommen. Umgekehrt sind die politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Kontakte Europas zu diesen Staaten (noch) nicht durch die grundrechtliche Bewertung von Informationseingriffen beeinflusst, etwa beim Export von Informationstechnik, bei Sicherheitskooperationen oder durch Versuche einer *internationalen Normierung*.

Es bestehen also an den Maßstäben eines europäischen Grundrechtsverständnisses hinsichtlich informationeller Maßnahmen noch *große Defizite* im Ausländer- und Polizeirecht, aber auch in der Außen- und Entwicklungspolitik sowie beim wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Austausch mit dem Ausland.