

Zweiter Teil:

**Analyse des Rechts auf
informationelle Selbstbestimmung**

3. Kapitel:

Konzeption und Grundlagen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt mit dem Volkszählungsurteil einen zentralen Markstein in der Entwicklung des informations- und datenbezogenen Grundrechtsschutzes dar. Das dort erstmals hergeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat eine umfassende Gesetzgebungstätigkeit ausgelöst. Von seinen Maßgaben werden die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten wesentlich geprägt. Auch in der übergreifenden Diskussion ist es – trotz der aktuellen Überlegungen zu Reformen des Datenschutzes – als grundrechtliche Vorgabe im Grundsatz anerkannt.

Die folgende Analyse soll die Konzeption, die Grundlagen und die weitere Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Kontext der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufzeigen. Sie zielt aber auf mehr als auf eine Deskription. Denn trotz ihrer Bedeutung ist die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung nicht so wichtig, daß ihre Ergebnisse selbst das Problem wären. Das Problem besteht vielmehr darin, wie die inhaltlichen, dogmatischen und methodischen Anforderungen zu bewältigen sind, die grundrechtliche Bindungen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten aufwerfen. Die vom Bundesverfassungsgericht gewählten Gewährleistungskonkretisierungen und Argumentationsmuster sind aus dieser Sicht (nicht mehr als) ein Lösungsversuch.

Ein solcher Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfordert ihre Beobachtung in übergreifenden Zusammenhängen und aus einer Metaperspektive. Der Mitvollzug der Lösungen des Gerichts setzt zum einen genaue Blicke auf die jeweils relevanten Hintergründe voraus. Dazu gehören unter anderem der zu entscheidende Fall, die vorangegangene Rechtsprechung, gegen die eine neue Figur oft abgegrenzt wird, die Dogmatik mit ihren Limitationen oder die Erörterungen der Fachdiskussion. Mancher Kurzschluß beruht darauf, daß bestimmte Aussagen aus ihren Kontexten gelöst und in isolierter Form weiter eingesetzt werden. Das gilt nicht zuletzt für die Rechtsprechungsentwicklung selbst. Deswegen werden Hintergründe und übergreifende Aspekte in die Analyse eingewebt, soweit sie das Verständnis der Entscheidungen fördern und deren Lösungen erklären können. Zum anderen verlangt die Metaperspektive begleitende Überlegungen in inhaltlicher, dogmatischer und methodischer Hinsicht. Diese werden daher ebenfalls in die Analyse eingebunden. Sie können an die Ergebnisse des ersten Kapitels anknüpfen. Ihr entscheidender Ertrag liegt darin, daß sie ein tiefergehendes Verständnis der Rechtsprechung und dann nicht nur eine fundierte Kritik, sondern auch Anknüpfungspunkte für neue Konzeptionen eröffnen.

A. Entwicklung im Volkszählungsurteil

Das Bundesverfassungsgericht hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Volkszählungsurteil vom 15.12.1983¹ aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt. Die Entscheidung behandelt mehrere Verfassungsbeschwerden gegen das Volkszählungsgesetz 1983². Nach § 2 VZG waren unter anderem Name und Anschrift, die rechtliche Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft, die Quelle des überwiegenden Lebensunterhalts, die Berufsausbildung, die Stellung im Beruf und im Anstaltsbereich die Eigenschaft als Insasse oder die Zugehörigkeit zum Personal zu erheben. § 5 VZG bestimmte, wer auskunftspflichtig war; §§ 6 und 7 VZG betrafen die Einsetzung ehrenamtlicher Zähler. § 9 VZG enthielt mehrere Ermächtigungen zur Weiterleitung gewonnener Daten. Im Ergebnis hielt das Gericht die Regelungen der Datenerhebung für verfassungsmäßig, sofern ergänzende verfahrensrechtliche Vorkehrungen für Durchführung und Organisation getroffen werden. Die Übermittlungsregelungen waren überwiegend mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar.

I. Die Verankerung und die Konkretisierung des Schutzinhalts

1. Die Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Im wesentlichen sieht das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als den einschlägigen Kontrollmaßstab an. Nur die Verpflichtung zur Angabe der rechtlichen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft wird an Art. 4 Abs. 1 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 WRV gemessen. Das Gericht hebt zunächst die thematische Offenheit im Hinblick auf moderne Entwicklungen und die damit verbundenen Gefährdungen der menschlichen Persönlichkeit hervor, die das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ auszeichne.³ Mit Verweis auf vorangegangene Entscheidungen⁴ setzt es dann als Ausgangslage voraus, daß dieses Recht auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen umfaßt, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.⁵ Damit sind zugleich die Einengungen der bisherigen Rechtsprechung deutlich: Das „Offenbaren“ beschränkt sich auf die Äußerung von Mitteilungen,

1 BVerfGE 65, 1. Zur vorangegangenen einstweiligen Anordnung BVerfGE 64, 67.

2 Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung vom 25. März 1982, BGBl I S. 369.

3 Vgl. dazu BVerfGE 54, 148 (153 f.). Außerdem *Benda*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89.

4 Verwiesen wird auf BVerfGE 27, 1 (6) – Mikrozensus; 27, 344 (350 f.) – Scheidungsakten; 32, 373 (379) – Arztkartei; 35, 202 (220) – Lebach; 44, 353 (372 f.) – Suchtkrankenberatungsstelle; 54, 148 (155) – Eppler; 56, 37 (41 ff.) – Selbstbezeichnung; 63, 131 (142 f.) – Gegendarstellung.

5 BVerfGE 65, 1 (42). Die zitierten Rechtsprechungsnachweise enthalten die zu belegende Aussage nur dem Sinn, nicht aber der Formulierung nach. Vgl. noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B. II, III und IV. Zur Formulierung siehe auch *Benda*, Privatsphäre, S. 32, mit Hinweis auf *Westin*, Privacy, S. 42. Kritisch zur Herleitung aus den genannten Entscheidungen *Rogall*, Moderne Fahndungsmethoden, S. 9.

und der Bezug zu „persönlichen Lebenssachverhalten“ erinnert an eine im Vorhinein erfolgende Beurteilung von Angaben nach Kriterien der personalen Nähe⁶. Diese Begrenzungen der Perspektive will das Gericht aufgeben, damit der grundrechtliche Schutz leistungsfähig bleibt. Dazu beschreibt es zunächst das technische Potential der automatischen Datenverarbeitung. Können Daten weitgehend unbegrenzt gespeichert, bei entsprechenden Vernetzungen behördenübergreifend abgerufen sowie vor allem beim Aufbau integrierter Informationssysteme miteinander kombiniert werden, erweist es sich zum einen als inadäquat, wenn rechtliche Bindungen nur in Bezug auf das Mitteilungshandeln und etwaige Mitteilungspflichten der Betroffenen griffen. Zum anderen zeigen insbesondere die Möglichkeiten der Datenverknüpfung, daß eine isolierte, vom Verwendungskontext unabhängige, Einschätzung von Angaben kurzschlüssig ist. Die Wirklichkeitsargumentation⁷ des Gerichts und der Rekurs auf den besonderen Schutzbedarf „unter den heutigen und künftigen Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung“ leiten demnach eine über die bisherige Rechtsprechung hinausführende Auslegung des Gewährleistungsbereichs von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein. Sie dienen also keineswegs der Begrenzung des Schutzes informationeller Selbstbestimmung auf eine bestimmte Technik der Datenverarbeitung.⁸ Nun reicht der Verweis auf einen neuartigen Schutzbedarf nicht aus, wenn er ausschließlich auf technische und gesellschaftliche Veränderungen gestützt, nicht aber auch rechtsdogmatisch fundiert werden kann. So geht es im folgenden darum, ob und wie eine Grundrechtsinterpretation begründet werden kann, die erstens nicht nur die Mitteilungshandlung, sondern auch die staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsprozesse erfaßt, und die zweitens an den Nutzungsbedingungen und -möglichkeiten statt an einer isoliert erfolgenden Beurteilung anhand von Kriterien personaler Nähe orientiert ist.

2. Informationelle Selbstbestimmung und Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten

Da der Bezug auf Handeln – nämlich auf das Offenbaren oder auf die Mitteilung als solche – dem festgestellten Schutzbedarf nicht hinreichend Rechnung tragen kann, wird der Bezug abstrahiert und modifiziert. Das Gericht greift zunächst auf zwei Überlegungen zurück, die es bereits im Mikrozensus-Beschluß⁹ entwickelt hat. Beide Aspekte werden jedoch in neuartiger Weise weitergeführt. Mit der ersten Überlegung aktualisiert das Ge-

6 Siehe noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.

7 Zu dieser Methodik *Grimm*, Grundrechte, S. 42 ff.

8 Das ist teilweise problematisiert worden. Zur Begrenzung des Urteilsgehalts auf die automatische Datenverarbeitung siehe *Gallwas*, Diskussionsbeitrag, S. 310 f.; *Roewer*, Datenverarbeitung, S. 775; *Rogall*, Moderne Fahndungsmethoden, S. 13. Für eine nicht-technikgestützte Formen der Informationsgewinnung und -verarbeitung umfassende Sicht vgl. *Baumann*, Stellungnahme, S. 612 f.; *Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder*, Auswirkungen, S. 505; *Riegel*, Auswirkungen, S. 121; *Schlink*, Recht, S. 237 f., 248; *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 55 f.; *Hüsch*, Verwertungsverbote, S. 124 ff. In diesem Sinne auch BVerfGE 78, 77 (84).

9 BVerfGE 27, 1.

richt die denkbare Zusammenfügung von Daten zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild. Im Mikrozensus-Beschluß lautete die Argumentation, daß der Mensch durch eine umfassende Registrierung und Katalogisierung wie eine der Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugängliche Sache behandelt und insofern zum Objekt herabgewürdigt wird.¹⁰ Im Volkszählungsurteil hebt das Gericht demgegenüber hervor, daß eine Zusammenfügung zu einem Persönlichkeitsbild möglich ist, ohne daß der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zureichend kontrollieren kann¹¹. Das betrifft nur nachrangig die Behandlung als Objekt. In den Blick geraten vorrangig der Eindruck und die Einflußmöglichkeiten, die andere aufgrund bestimmter personenbezogener Informationen gewinnen können, ohne daß die betroffene Person dem etwas entgegensetzen kann. Es liegt auf der Hand, daß der Grundrechtsschutz sich mit dieser Abstützung nicht auf die Abwehr von Persönlichkeitsprofilen zu beschränken braucht. In eine ähnliche Richtung geht die zweite Überlegung, daß die Möglichkeiten der Einsicht- und Einflußnahme schon durch den „psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme“ auf das Verhalten des Einzelnen einzuwirken vermögen. In der Mikrozensus-Entscheidung war damit nur die staatliche Einsichtnahme in einen engeren Bereich privater Lebensgestaltung gemeint. Im Volkszählungsurteil verallgemeinert das Gericht den Gedanken einer im Wege der Informationsgewinnung und -nutzung erreichbaren Verhaltensbeeinflussung und stellt zugleich einen relativ stringenten Zusammenhang mit den Ausführungen zum Persönlichkeitsprofil her¹², indem es die etwas diffuse Vorstellung des „psychischen Drucks“ präzisiert. An ihre Stelle setzt es Überlegungen zur Selbstbestimmung.

Selbstbestimmung ist ein abstrakter Begriff, der ohne einen Bezugsgegenstand, der festlegt, worüber jemand selbst bestimmen darf, zu inhaltslos ist, um rechtlich handhabbar zu sein. Ein Selbstbestimmungsrecht macht nur Sinn, wenn es eine soziale Beziehung zu strukturieren geeignet ist. Das setzt voraus, daß der Inhalt der Bestimmungsbezugnis erkennbar ist. Anderenfalls wären die Rechtsbindungen, also die an den Adressaten gerichteten Erwartungen, nicht so zu spezifizieren, daß sie erfüllt werden könnten. Deshalb ist die Abstraktion in die Richtung der Selbstbestimmung als solcher nur sinnvoll, wenn nicht konkrete Bezugsgegenstände, sondern die Bedingungen der Möglichkeit von Selbstbestimmung problematisiert werden sollen.¹³ Die Argumentation, mit der das Bundesverfassungsgericht in einer der zentralen Passagen des Volkszählungsurteils das Recht auf informationelle Selbstbestimmung herleitet, zielt genau auf diesen Punkt.

„Individuelle Selbstbestimmung setzt aber – auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, daß dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich

10 Dies wohl im Anschluß an *Dürig*, Menschenwürde, S. 127 ff; *ders.*, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis 2002), Art. 1 Abs. 1, Rn 28 ff., jeweils mit Anwendungsbeispielen. Vgl. auch den Verweis auf die Ethik Kants bei *dem.*, in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 1 Rn 21 Fn 3.

11 Zu diesem Aspekt bereits *Benda*, Privatsphäre, S. 37.

12 Im Mikrozensus-Beschluß stellten das Verbot der Herstellung von Persönlichkeitsbildern und die Einwirkung durch den psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme zwei verschiedene Argumentationsstränge dar. Vgl. noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.1.

13 Vgl. auch BVerfGE 60, 253 (268); 63, 343 (357).

auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist. Hieraus folgt: Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“¹⁴

Das Gericht geht hier auf das Kernelement der Selbstbestimmung zurück und legt zugleich als gesicherte Basis die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit zugrunde, die anerkannter Gegenstand grundrechtlichen Freiheitsschutzes ist. Unter dem Aspekt der Voraussetzungen der Selbstbestimmung und eines tatsächlich freien Verhaltens benennt es dann bestimmte Faktoren, die auf individuelle Entscheidungen einwirken und diese mitbestimmen. Die Informationen und das Wissen anderer über einen selbst können insbesondere wegen der eigenen Ungewißheit und wegen der Orientierung an Erwartungserwartungen die Entscheidung zwischen Verhaltensalternativen beeinflussen.¹⁵ Natürlich ist Unsicherheit in einem gewissen Umfang immer gegeben und das Wissen anderer nie vollständig transparent. Aber die Verunsicherung soll nicht solch ein Ausmaß annehmen, daß von selbstverantworteten Entscheidungen und freiheitlichem Handeln nicht mehr die Rede sein kann. Man soll vielmehr das einen selbst betreffende Wissen der Umwelt einigermaßen abschätzen können; man soll nicht befürchten müssen, daß einen selbst betreffende Daten in unkontrollierbarer Weise erhoben, weitergeleitet und verwertet werden; man soll insofern nicht mit ungerechtfertigten Nachteilen zu rechnen brauchen. Nach seinem *Schutzziel* und nach den damit verbundenen Inhalten, d.h. nach seinem *Schutzkonzept*, betrifft das Recht auf informationelle Selbstbestimmung also den Schutz gegen, den Einfluß auf und das eigene Wissen über den Umgang anderer mit den einen selbst betreffenden Informationen und Daten. Die grundrechtliche Bindung setzt Maßstäbe zu-

14 BVerfGE 65, 1 (42 f.).

15 Vgl. auch *Denninger*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 55. Außerdem oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

mindest für staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge.¹⁶ Das Gericht sieht darin sogar eine Funktionsbedingung der freiheitlichen Demokratie. Diese Verknüpfung kennt man bislang vor allem aus der Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG.¹⁷ Sie ist aber auch bei der informationellen Selbstbestimmung eine naheliegende Sicht.¹⁸ Den *Schutzgehalt* des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht in der Abstraktionshöhe der vorangegangenen Argumentation. Vielmehr folgt – durchaus übergangslos – eine konkrete Beschreibung: Der Schutzzinhalt schützt gegen eine unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe persönlicher Daten, und man darf grundsätzlich selbst über deren Preisgabe und Verwendung bestimmen. Im Vergleich zum Ausgangspunkt, also zu der dem Einzelnen zuerkannten Entscheidungsbefugnis über die Offenbarung persönlicher Lebenssachverhalte, ist der grundrechtliche Schutz nunmehr informations- bzw. datenorientiert gestaltet¹⁹ und bezieht sich zugleich umfassend auf die Informations- und Datenverarbeitungsprozesse.

Aufgrund des erkennbaren Sprunges im Abstraktionsniveau und wegen der an dieser Stelle fehlenden Begründungsschritte bleibt allerdings viel von der dogmatischen Konstruktion des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Schwebe. Außerdem lassen sich Undeutlichkeiten und Unstimmigkeiten feststellen und mehrere Kritikpunkte herausarbeiten:

Das betrifft zunächst das *Schutzziel* und *Schutzkonzept*, insbesondere den *systematischen Zusammenhang mit der Verhaltensfreiheit*. Wegen des Bezuges zur Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit, mit Hilfe dessen das Gericht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt, wird dieses manchmal unter dem Aspekt der Gefährdung selbstbestimmten Verhaltens betrachtet²⁰, als eine der Entscheidungsfähigkeit und -freiheit des Einzelnen dienende Freiheit interpretiert²¹ oder auf die Bewahrung der Ent-

- 16 Mit dem Hinweis auf die Gesellschaftsordnung und die diese ermöglichende Rechtsordnung schneidet das Gericht allerdings auch die Maßstäblichkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für die Rechtsbeziehungen unter Privaten an. Zur Bindungsreichweite etwa *Simitis*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 400 f., dessen Ausführungen zu Unrecht die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung unterstellt wird, z.B. bei *Wente*, Informationelles Selbstbestimmungsrecht, S. 1446 f., und bei *Schulte*, Datenselbstbestimmungsrecht, S. 138 f. Ansonsten vgl. auch *Schlink*, Recht, S. 240, 245 f.; *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 37 f.
- 17 Vgl. nur BVerfGE 5, 85 (205); 7, 198 (208); 20, 162 (174 f.); 27, 71 (81 f.); 69, 315 (343 ff.); 82, 272 (281 f.).
- 18 Siehe bereits *Simitis*, Datenschutz, S. 513 ff.
- 19 Dabei decken sich „persönliche“ und „personenbezogene“ Daten dem Sinn nach. Das Bundesverfassungsgericht verwendet beide Begriffe ohne Bedeutungsunterschiede, vgl. BVerfGE 65, 1 (42 und z.B. einerseits 43, andererseits 45).
- 20 *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 83 f.; *Karaus*, Privatsphäre, S. 64. Vor dem Volkszählungsurteil insbes. *Gallwas*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 514: Zentrales Anliegen des verfassungsrechtlichen Datenschutzes ist die Abwehr von Grundrechtsgefährdungen durch Bewahrung der Umstände, die die Entfaltung grundrechtlich verbürgter Freiheiten bedingen.
- 21 *Denninger*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 55, mit Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG; *ders.*, Selbstbestimmung, S. 219.

scheidungs- und Verhaltenschancen bezogen²². So wird das individuelle Verhalten in seinen Realisierungsbedingungen abgesichert, bleibt aber zugleich das zentrale Schutzgut. Dogmatisch ist jedoch durchaus nicht offensichtlich, daß in diesem Sinne von einer Art Grundrechtsvoraussetzungsschutz, einem Grundrechtsgefährdungsschutz oder von einer dienenden Freiheit auszugehen ist. Man könnte die Anknüpfung des Bundesverfassungsgerichts an die Verhaltensfreiheit auch als bloßen Ausgang von einer gesicherten Basis verstehen und stärker berücksichtigen, wie abstrakt der Bezug von Verhalten und informationeller Selbstbestimmung gefaßt worden ist. Dann ist ein *eigenständiges Schutzkonzept der informationellen Selbstbestimmung* herauszuarbeiten. Interdependenzen zur Verhaltensfreiheit werden dadurch nicht ausgeschlossen.

Bei der *Konkretisierung des Schutzgehalts* überträgt das Gericht den Gedanken der Selbstbestimmung auf den Bereich der Informationen und Daten, ohne daß dies mit stringent aufeinander folgenden Begründungsschritten abgestützt wird. Es vermittelt den Eindruck, als handle es sich um einen ganz regulären Schutzgegenstand, der sich nach der gewohnten abwehrrechtlichen Grundrechtsdogmatik handhaben läßt. Dabei hilft die Anlehnung an den gewählten Ausgangspunkt der Argumentation: Statt der Entscheidungsbefugnis über das „Offenbaren“ persönlicher Lebenssachverhalte soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Entscheidungsbefugnis über die „Preisgabe“ persönlicher Daten schützen – so als ginge es um das natürliche Handlungspotential des Einzelnen, ob er etwas mitteilt oder ob er schweigt. Der Schutz der Freiheit des Mitteilungsverhaltens ist aber gar nicht gemeint. Dies folgt nicht nur aus dem Schutzziel und Schutzkonzept – die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wäre überflüssig, wenn es um die Freiheit des Auskunftsverhaltens ginge²³ –, sondern auch aus dem systematisch angeschlossenen Recht, über die Verwendung der persönlichen Daten selbst zu bestimmen. Das Gericht nimmt bei seiner Beschreibung des Schutzgehalts zwei verschiedene Perspektiven ein: einmal – mit der Preisgabe – vom Individuum her, zum anderen – mit der Verwendung – von der Exekutive her. An anderer Stelle spricht es dagegen statt von der „Preisgabe“ von der „Erhebung“ persönlicher Daten.²⁴ Hier schließt sich das Recht, über die Verwendung der persönlichen Daten selbst zu bestimmen, bruchlos an den Vorgang der Datenerlangung an, indem es „nur“ den weiteren Verarbeitungsprozeß in den grundrechtlichen Schutz einbezieht. Die alternative Begriffswahl führt zugleich weg von dem Auskunftsverhalten des Einzelnen und lenkt den Blick auf die Tätigkeit der Verwaltung. Insofern werden auch andere Formen der Informationsgewinnung erfaßt, denn eine Erhebung personenbezogener Daten hängt keineswegs von einer Auskunft der betroffenen Person ab, sondern kann auch im Wege der Beobachtung, der Befragung Dritter oder der Auswertung der Dritten zur Verfügung ste-

22 Mückenberger, Datenschutz, S. 14; Schmitt Glaeser, Privatsphäre, Rn 86. Vgl. auch bereits W Schmidt, Entscheidungsfreiheit, S. 245 ff.

23 Das wird etwa bei Krause, Informationelle Selbstbestimmung, S. 269 ff., und bei Brossette, Wert der Wahrheit, S. 232, vernachlässigt. Zu kurz an dieser Stelle auch Sachs, Grundrechte, S. 192 (Rn 57).

24 BVerfGE 65, 1 (43).

henden Daten erfolgen.²⁵ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet keinen verhaltensbezogenen, sondern einen informationsorientierten Schutz.²⁶

Soll ein informationsorientierter Grundrechtsschutz ausgearbeitet werden, muß man freilich die Eigenarten des Gegenstandes berücksichtigen. Als Sinngehalte bilden sich Informationen durch verstehende Deutungen von Mitteilungsinhalten oder Daten im jeweiligen Wissens- und Interpretationskontext. Wegen der strukturellen Beteiligung der sich informierenden Person oder Stelle und wegen der Bedeutung des übergreifenden Kontexts entziehen sie sich individualistischen Zuordnungsmustern. Grundrechtliche Bindungen, die auf die staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge gerichtet sind, nehmen den Staat in einer neuartigen Weise in Bezug. Die Maßgaben sind in die laufenden staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozesse eingewebt.²⁷

Der Selbstbestimmungsbegriff kann aufgrund all dieser Eigenarten zumindest nicht in dem Sinne eingeführt werden, in dem man ihn bei den „natürlichen“, abwehrrechtlich geschützten Freiheiten und den traditionellen Schutzgegenständen zu begreifen pflegt.²⁸ Der Terminus der „informationellen Selbstbestimmung“ ist insofern eher assoziativ als rechtstechnisch zu verstehen.²⁹ Im Rahmen der Beschreibung des Schutzgehalts kann man sogar bezweifeln, ob der Selbstbestimmungsgedanke überhaupt paßt.³⁰

Undeutlich und unstimmig ist darüber hinaus die *Behandlung der Unterscheidung von Informationen und Daten*.³¹ Nach seiner Herleitung und seinem Schutzkonzept zielt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – wie der Begriff es auch ausdrückt – auf Information. Die konkrete Beschreibung des Schutzgehalts orientiert sich dagegen an der Idee einer individuellen Bestimmungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten. Das Bundesverfassungsgericht versucht einerseits offenbar, mit dem Bezug auf Daten einen (scheinbar) objektivierbaren Gegenstand zu gewinnen, hinsichtlich dessen man eine individuelle Bestimmungsbefugnis einzusetzen können scheint. Andererseits zeigt sich im Verlauf der weiteren Begründung, daß das Gericht kein ver-

25 Das wird regelmäßig unter der Frage diskutiert, ob ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einen Auskunftszwang voraussetzt. Vgl. *Gross*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 166 ff.; *Schlink*, Recht, S. 239 f., 246 ff.; *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 99. Siehe auch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II. zur Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre, die sich gerade dadurch auszeichnet, daß der Eingriff vom Auskunftszwang gelöst wird und die Informationsgewinnung durch Datenübermittlung, durch Beschlagnahme von Datenträgern und durch Befragung Dritter erfaßt.

26 Zutreffend und deutlich unterscheidet auch *Ebsen*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 337, zwischen der mit der Pflicht zu einer Mitteilungshandlung betroffenen allgemeinen Handlungsfreiheit und dem durch die Pflicht zur Mitteilung eines bestimmten Aussageinhalts betroffenen Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

27 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.

28 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.I. und IV.

29 Vgl. zu den Formulierungsschwierigkeiten auch *Benda*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87 f.

30 Dies könnte – neben grammatischen Aspekten – der tiefere Grund des teilweise geäußerten terminologischen Unbehagens mit dem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ – etwa *Schneider*, Anmerkung, S. 162; *Schulte*, Datenselbstbestimmungsrecht, S. 170 – sein. Zum Begriff auch *Benda*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87.

31 Dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I. und II, C.V.

dinglichendes Informationsverständnis nahelegen will und keine eigentumsanalogen Muster intendiert. Es erläutert in einer schon der Erörterung des Gesetzesvorbehalts dienenden Passage, hinsichtlich der Tragweite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung könne nicht allein auf die Art der Angaben abgestellt werden. Entscheidend seien ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit. Diese hingen von dem Zweck, dem die Erhebung dient, und von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten ab. Zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums bedürfe es daher der Kenntnis seines Verwendungszusammenhangs.³² Der „Verwendungszusammenhang“ wird somit zu einem zentralen Begriff für den grundrechtlichen Schutzgehalt. Das Gericht setzt damit ein wesentliches Anliegen der Datenschutzdiskussion um, das sich gerade darauf richtet, den Informationsgehalt von Daten und die Wirkungen der Gewinnung und Nutzung von Informationen in den Mittelpunkt zu rücken.³³ Der Begriff ist mit der eher kursorischen Hervorhebung des leitenden Zwecks und der Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten allerdings keineswegs hinreichend geklärt oder eindeutig beschrieben. Unabhängig davon erlauben die gerichtlichen Ausführungen aber die Folgerung, daß nicht die Daten als solche, sondern die daraus zu erschließenden Informationen im Zentrum des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung stehen.³⁴

Vom Schutzzumfang her müssen, wenn und da es auf den Verwendungskontext ankommt, sämtliche personenbezogenen Daten eingeschlossen sein, ohne daß bereits dabei Eingrenzungen vorgenommen werden können. Aus der vom Gericht gewählten Formulierung „Schutz ... gegen unbegrenzte Erhebung...“ und dem Folgesatz „... gewährleistet insoweit ...“ sind also keine Einschränkungen herauszulesen.³⁵ Die Reichweite des Schutzes, die sich in Verbindung mit der individuellen Entscheidungsbefugnis über Preisgabe und Verwendung ergibt, hat die wohl nachhaltigste Unsicherheit und Kritik hervorgerufen.³⁶ Soll wirklich bei jedem staatlichen Umgang mit personenbezogenen Daten die grundrechtliche Gewährleistung berührt sein? Und sollen, falls man auch im Rahmen der Grundrechtsbeeinträchtigung keine überzeugenden Einschränkungskriterien findet³⁷, jede Gewinnung und Umsetzung von Informationen und jede Verarbeitung von

32 BVerfGE 65, 1 (45).

33 Siehe nur *Kamlah*, Datenüberwachung, S. 362; *Steinmüller u.a.*, Grundfragen, S. 51 ff.; *Simitis*, Notwendigkeit und Voraussetzungen, S. 143 ff.; *dens.*, Melderecht, S. 269 f.; *O. Mallmann*, Volkszählung, S. 652, 654. Dazu auch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.dd.

34 Vgl. auch *Simitis*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 402: „Die informationelle Selbstbestimmung ist nicht daten-, sondern verarbeitungsorientiert.“ Ansonsten *Hufen*, Volkszählungsurteil, S. 1074; *Mückenberger*, Datenschutz, S. 7 ff.; *Schlink*, Datenschutz, S. 252 f.; *Steinmüller*, Volkszählungsurteil, S. 93 f. Siehe außerdem *Hase*, Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“, S. 40 ff., 46 f. Zu kurz greifend, dies auch mit und wegen einer unzureichenden Unterscheidung zwischen Informationen und Daten (S. 7 f.), dagegen *Zöller*, Informationssysteme, S. 27.

35 So jedoch *Krause*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 270 f.

36 Siehe nur *Baumann*, Stellungnahme, S. 614; *Ehlers/Heydemann*, Datenschutzrecht, S. 3; *Gallwas*, in: *Gallwas/Geiger/Schneider/Schwappach/Schweinoch*, Datenschutzrecht, § 1 Rn 10 ff. und 14.2; *Hufen*, Volkszählungsurteil, S. 1076; *Rogall*, Moderne Fahndungsmethoden, S. 12.

37 Dazu sogleich Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.II.

Daten dem Gesetzesvorbehalt unterliegen? Da insbesondere die Entscheidungsbefugnis über die Verwendung von Daten in den staatlichen Entscheidungsprozessen mitläuft, in denen Informationen umgesetzt und Daten verarbeitet werden, reichte die Determinationskraft des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung tief in den (regulär) staats-„internen“ Bereich hinein, der doch als ureigener Kompetenzbereich des Staates von den Grundrechten immer so sorgfältig getrennt worden ist.³⁸ Man landete bei einem „Totalvorbehalt“, der die Dimensionen der ehemals regelmäßig³⁹ nur für außenrelevante Entscheidungen und Aktionen der Exekutive diskutierten Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts⁴⁰ noch weit überschreitet.⁴¹ Schließlich geht es nicht nur um die rechnergestützte Datenverarbeitung, sondern um den staatlichen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten überhaupt.⁴² So gibt es den Vorschlag, „Bagatelldaten“ aus dem Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auszunehmen. Dies vernachlässigt aber jedenfalls dann die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, wenn dabei mit einem substantiellen Datenverständnis gearbeitet, also der Sinngehalt von Daten in einer isolierten Betrachtung ermittelt wird.⁴³

Das Gericht selbst bezieht sich allerdings nicht durchgängig auf personenbezogene Daten als solche. Schon die Anwendungsbedingungen des Übermaßverbots zwingen schließlich dazu, Kriterien der Beurteilung der Beeinträchtigungsintensität zu finden und nicht alle Informations- und Datenverarbeitungsprozesse gleichbleibend hohen Anforderungen und einem gleichermaßen angelegten Schutzaufwand zu unterstellen. Als Kriterium nennt das Gericht im Rahmen der Erörterung von gesetzlichen Begrenzungen des Schutzbereichs auch die „Art“ der Daten⁴⁴, ohne jedoch ausdrücklich zu erläutern, unter welchem Aspekt Daten zu einer Datenart systematisiert werden⁴⁵. Es führt dann weiter aus, daß die Sensibilität von Informationen „nicht allein“ davon abhängt, ob sie intime Vorgänge betreffen, und nimmt ein überwiegendes Allgemeininteresse regelmäßig nur bei Daten mit Sozialbezug⁴⁶ an, während es dies für unzumutbare intime Angaben und

38 Vgl. auch *Hufen*, Volkszählungsurteil, S. 1075; *Mückenberger*, Datenschutz, S. 8; *Gallwas*, Diskussionsbeitrag, S. 311.

39 Im Sinne eines umfassenden Gesetzesvorbehalts damals *Jesch*, Gesetz, S. 171 ff.

40 Weitgreifend etwa *Rupp*, Grundfragen, S. 129 ff. Zur Übersicht *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes, S. 102 ff., und *Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften, S. 210 ff.

41 *Gallwas*, Diskussionsbeitrag, S. 311. Siehe auch *dens.*, in: *Gallwas/Geiger/Schneider/Schwappach/Schweinoch*, Datenschutzrecht, § 1 Rn 12; *Kloepfer*, Datenschutz, S. 23; *Bull*, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 879 f.

42 Vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.1. mit Fn 8.

43 Etwa bei *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 61 f.; 65. Unzureichend auch *Rogall*, Moderne Fahndungsmethoden, S. 13 f.; *Brossette*, Wert der Wahrheit, S. 230 f. Differenzierter dagegen *Weise*, „Trivialdaten“, S. 279 ff.

44 BVerfGE 65, 1 (45, 46).

45 So assoziieren beispielsweise *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 35 f., mit der Daten-„art“ die Unterscheidung von personenbezogenen Daten, die in individualisierter Form erhoben und verarbeitet werden, und Daten, die für statistische Zwecke bestimmt sind. Das BVerfG hat diese Unterscheidung wohl nicht gemeint.

46 Zu diesem unglücklich gewählten Terminus vgl. noch Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt C.I.2. zur zweiten Tagebuchentscheidung.

Selbstbezeichnungen ausschließt. Es scheint von einem Nebeneinander der Orientierung an der Datenart und an dem Verwendungszusammenhang auszugehen und mit der Art der Daten eine deren Gewichtung ermöglichende Eigenschaft zu meinen.⁴⁷ Hätte man dies im Sinne eines feststehenden, aus sich heraus – etwa nach Kriterien der personalen Nähe – einschätzbaren Gehalts zu verstehen, wäre die Argumentation allerdings brüchig. Denn eine Sehweise, die Daten einen feststehenden Informationsinhalt unterstellt, und eine Sicht, die den Sinngehalt von Daten aus dem Verwendungskontext heraus entwickelt, schließen sich aus. Nun nennt das Gericht Beispiele: Daten ohne Sozialbezug, unzumutbare intime Angaben oder Selbstbezeichnungen. „Intim“ können Angaben im Hinblick auf eine (beabsichtigte) staatliche Kenntnisnahme sein; zur „Selbstbezeichnung“ werden sie, wenn der Grundrechtsträger damit rechnen muß, daß der Kenntnisnehmende die Angaben nachteilig verwertet und Sanktionen daran anschließt⁴⁸. Demnach wird der Verwendungszusammenhang hier bei der Ermittlung des Sinngehalts von Angaben oder Daten einbezogen. Darauf baut die rechtliche Beurteilung auf.

Da die Ermittlung des Sinngehalts von Daten unter Berücksichtigung des Verwendungskontexts und die normative Beurteilung einer Informations- und Datenverarbeitung zu unterscheiden sind, darf die Relevanz des Verwendungskontexts für den Informationsgehalt von Daten nicht zu dem Mißverständnis führen, die Beurteilung aus Perspektive des Grundrechts und die Beurteilung aus Perspektive des staatlichen Verwendungszwecks und der damit verbundenen (Allgemein)Interessen fielen zusammen.⁴⁹ Vielmehr sind bei der – etwa im Rahmen des Übermaßverbots erforderlichen – rechtlichen Beurteilung changierende Perspektiven einzunehmen. Einerseits ist – im Rahmen des Grundrechts und dessen Gewichtung – die Perspektive des Grundrechts oder des Grundrechtsträgers zu beachten, aus der heraus bestimmten Angaben, wie sie sich im Verwendungskontext darstellen, beispielsweise ein unzumutbar intimer Charakter zukommen kann. Andererseits ist – hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Grundrechtsbegrenzung – auf die Perspektive des staatlichen Verwendungsinteresses einzugehen, aufgrund dessen die Angaben nicht um ihrer Intimität willen interessieren, sondern wegen ihres Informationsgehalts mit Blick auf den Zweck, für den sie beschafft worden sind. Das Erfordernis derart changierender Perspektiven folgt aus den Charakteristika von Informationen als Sinngehalten.⁵⁰ Und daß es für die „Sensibilität“ von Daten auf den Verwendungszusammenhang ankommt, darf auf keinen Fall dahin verstanden werden, daß der Verwendungskontext Umfang und Intensität des rechtlichen Schutzes bestimmt.⁵¹ Der rechtliche

47 Vgl. auch *Denninger*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 220.

48 Statt zur Selbstbezeichnung zu werden, könnten die gleichen Mitteilungen in anderem Kontext den Charakter einer Beichte oder einer Gewissensentlastung annehmen.

49 Vgl. noch Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt C.I.2. zur zweiten Tagebuch-Entscheidung des BVerfG als Beispiel einer Argumentation, die dies nicht hinreichend beachtet.

50 Dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

51 Derartige Mißverständnisse findet sich durchaus häufig. Siehe etwa bei *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 62 ff., und bei *Geis*, Kernbereich, S. 113. Sie entstehen, wenn man die Ermittlung des Sinngehalts von Daten und die normative Perspektive des rechtlichen Schutzes nicht auseinanderhält, und sind bedingt durch die unklaren verfassungsgerichtlichen Ausführungen, die ihrerseits auf Undeutlichkeit

Schutz richtet sich nicht nach dem Verwendungszusammenhang, sondern nach der Grundrechtsnorm. Deshalb ist er auch durchaus an unterschiedliche Intensitätsstufen der Betroffenheit anpassungsfähig.⁵²

Führt man sich die Determinationsreichweite und -tiefe einer Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten vor Augen, bemerkt man des weiteren schnell, daß der Schutzzinhalt merkwürdig *blaß und unbestimmt* bleibt. Kaum deutlich ist insbesondere, welche Vorgaben das Bestimmungsrecht über die Datenverwendung enthält. Schließlich wäre wenig gewonnen, wenn der staatliche Umgang mit Informationen und Daten durch abstrakte und relativ beliebige gesetzliche Ermächtigungen gedeckt werden könnte. Das Bundesverfassungsgericht entwickelt in den Ausführungen zum grundrechtlichen Schutzbereich keine konkreteren Maßgaben. Das mag an dem Bemühen liegen, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wie ein ganz normales Abwehrrecht zu behandeln. Es könnte aber auch mit den gegenstandsbedingten Eigenarten zusammenhängen: Konkretere Maßgaben könnten voraussetzen, daß man schon gestaltete und abschätzbare Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge zugrunde legen kann. So hebt das Gericht (erst) im Rahmen der Ausführungen zu den gesetzlichen Einschränkungsmöglichkeiten hervor, die verfassungsrechtlichen Maßgaben hingen von Art, Umfang und denkbaren Verwendungen der erhobenen Daten sowie den je gegebenen Mißbrauchsgefahren ab. Im Anschluß daran unterscheidet es zwischen personenbezogenen Daten, die in individualisierter, nicht anonymisierter Form erhoben und verarbeitet werden, und solchen, die für statistische Zwecke bestimmt sind. Dann nennt es eine ganze Reihe verfassungsrechtlicher Maßgaben, etwa die Zweck- und Kontextbindung, Aufklärungs- und Auskunftsrechte, Grenzen der Aufbewahrungs- oder Speicherdauer sowie Vernichtungs- bzw. Löschungspflichten, die Forderung nach einer schutzadäquaten behördlichen Organisation und die Kontrolle durch Datenschutzbeauftragte. Diese Anforderungen werden aber verstreut und ohne Rückbindung an die Grundrechts-

ten in den Vorarbeiten zur Bedeutung des Verwendungskontexts beruhen. Dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.dd.

- 52 Vor dem obigen Hintergrund beruht der Streit darum, ob das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil die „Sphärentheorie“ aufgegeben, relativiert oder beibehalten hat, auf einer zu verkürzten Sicht. Im Sinne eines Abschieds von der Sphärentheorie etwa *Podlech*, AK-GG zu Art. 2 I, Rn 40. Begrenzt für den sphärenorientierten Datenschutz *Benda*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 88; *Denninger*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 220 (Relativierung); *Schulte*, Datenselbstbestimmungsrecht, S. 176. Mit dem Vorwurf der Inkonsistenz *Mückenberger*, Datenschutz, S. 7 f. und S. 15. Eine Ergänzung der Sphärentheorie nehmen *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, etwa S. 36 und 70 f., an. *Brossette*, Wert der Wahrheit, S. 230 ff., geht von einer Beibehaltung aus. Unabhängig davon, daß dem Bundesverfassungsgericht eine „Sphärentheorie“ nicht ohne weiteres unterstellt werden kann, ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung insofern grundlegend anders angelegt als das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre, als es unmittelbar informations- und datenbezogen ist. Das zwingt – was im Hinweis auf die Bedeutung des „Verwendungszusammenhangs“ zum Ausdruck kommt – dazu, die Eigenarten des Gegenstandes, insbesondere die Kontext- und Perspektivenabhängigkeit der den Daten zu entnehmenden Informationen, in die Dogmatik der grundrechtlichen Gewährleistung einzubringen. Über die dogmatische Gestaltung der originären Privatsphärenkonzeption weist dies hinaus. Daraus ergibt sich aber nicht, daß auch die Schutzzidee der Privatsphäre nunmehr ganz obsolet wäre. Vgl. noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II., IV.2. und 3., 4. Kapitel, Punkt A.II.1. sowie Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.

gewährleistung entwickelt. Sie wirken eklektizistisch. Vor allem bleiben ihre verfassungsrechtliche Herleitung und ihre Begründung diffus.⁵³

Im übrigen fällt noch besonders auf, daß das Bundesverfassungsgericht zumindest im Ansatz einen *lediglich abwehrrechtlichen Status* formuliert. Ansprüche auf Auskunft etwa ergeben sich nur implizit. Dabei drängen Schutzziel und Schutzkonzept des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung die Überlegung auf, daß Kenntnisrechte und Auskunftsansprüche zu dessen Essentialia zählen müssen⁵⁴. Das Gericht entwickelt solche Ansprüche (nur) unter dem Stichwort der verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen und noch im Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie.⁵⁵ Mit einer solchen Ausformung mag man in der Konstellation des Volkszählungsurteils zurechtkommen. Aber das Beispiel zeigt, daß durchaus undeutlich wird, ob der umschriebene Schutzgehalt nur eine für den zu entscheidenden Sachverhalt geeignet wirkende Präzisierung oder eine erschöpfende Beschreibung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung darstellt.

Die Fassung, die das Bundesverfassungsgericht gewählt hat, ist jedenfalls keineswegs so zwingend und invariant, wie sie mittlerweile häufig erscheint. Sie ist der Versuch einer Umsetzung des informationsorientierten Schutzziels und Schutzkonzepts. Vielleicht erweist es sich als angemessener, die informationelle Selbstbestimmung als Komplex von Rechten aufzufassen, dessen Inhalt und Struktur noch zu verfeinern sind.⁵⁶

II. Umgang mit Informationen und Daten als Grundrechtsbeeinträchtigung

Die Grundrechtsbeeinträchtigung problematisiert das Bundesverfassungsgericht nicht ausdrücklich. Es setzt sie voraus. Statt den Begriff „Eingriff“ zu verwenden, spricht es weitgehend von „Beschränkungen“ oder „Einschränkungen“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.⁵⁷ So scheint jede Minderung der Rechtsposition auszureichen, ohne daß das staatliche Vorgehen noch zusätzliche Merkmale aufweisen muß. Allerdings ging es in der Volkszählungsentscheidung um eine Datenerhebung im Wege einer Auskunftspflicht, für deren Durchsetzung Sanktionen zur Verfügung standen.

Das Urteil stellt dies an einigen Stellen selbst heraus.⁵⁸ Hält man dies nicht nur für eine fallorientierte Begrenzung der Entscheidungsführung, sondern erst und nur die sanktionsbewehrte Auskunftspflicht für eingriffsbegründend, könnte man folgern, daß der Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung an zwangsweise Datenerhe-

53 Mit Bezug auf sämtliche Anforderungen meint etwa *Krause*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 272, sie seien nicht grundsätzlich verfassungsgeboten. Sonst besteht Streit um einzelne Punkte, etwa um Auskunftspflichten oder um die Stellung der Datenschutzbeauftragten.

54 So *Bäumler*, Auskunftsanspruch, S. 199; *Denninger*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 55; *Geiger*, Datenschutz, S. 755 f.

55 BVerfGE 65, 1 (46, 70).

56 Vgl. auch den Hinweis von *Benda*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 87, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei eine Kurzformel für das komplexe Geflecht von Rechten und Pflichten im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung.

57 Siehe aber BVerfGE 65, 1 (52): „Informationseingriff“.

58 BVerfGE 65, 1 (44 f., 45 f., 52).

bungen gebunden ist.⁵⁹ Aber es wäre selbst dann, wenn man den Eingriffscharakter der Regelungen des VZG mit der sanktionsbewehrten Pflicht zu Auskünften begründen wollte, verkürzt, diese lediglich als eine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit einzustufen.⁶⁰ Die Beeinträchtigung der Auskunftspflichtigen liegt nicht in der Verpflichtung zu einem Mitteilungshandeln als Reglementierung von Verhaltensmöglichkeiten. Sie liegt in der Pflicht zur Mitteilung von Angaben, die der Staat als Informationen verwertet. Dem entspricht, daß das Bundesverfassungsgericht die Datenerhebung unter Berücksichtigung des Verwendungszusammenhangs, insbesondere der gesetzlich vorgesehenen Verwendungsmöglichkeiten, beurteilen will. Zwar ist es denkbar, die gerade mit dem staatlichen Wissen verbundenen Belastungen bei der Bewertung der Intensität eines die allgemeine Handlungsfreiheit betreffenden Eingriffs einzubeziehen⁶¹, aber man begibt sich damit bereits auf eine Ebene, die sich mit einem reinen Verhaltensschutz nicht fassen läßt. Es ist das Charakteristikum der informationellen Selbstbestimmung, daß sie sich nicht auf das (Mitteilungs)Verhalten, sondern auf die sich verselbständigenden staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge bezieht. Daher ist eine Bindung an eine gegebenenfalls zwangsweise Datenerhebung nicht schutzbereichsadequat.⁶² Wie jedoch ein für den Informationsbereich passendes Beeinträchtigungsverständnis auszusehen hat⁶³, wird im Volkszählungsurteil nicht weiter behandelt.

III. Grundrechtsschutz und gesetzliche Regulierung

1. Einschränkungen im Allgemeininteresse

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der festgestellten Beeinträchtigungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beginnt das Bundesverfassungsgericht nicht mit dem Begrenzungsvorbehalt, der dem Normtext des Art. 2 Abs. 1 GG zu entnehmen ist. Vielmehr argumentiert es zunächst mit einer dichotomischen Gegenüberstellung von geschützten Individualrechten auf der einen Seite und Einschränkungsmöglichkeiten im überwiegenden Allgemeininteresse auf der anderen Seite: „Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über „seine“ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein

59 So *Krause*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 269, 271; *Ehmann*, Informationsschutz, S. 301 f.; *Brossette*, Wert der Wahrheit, S. 232. Erörternd auch *Schlink*, Recht, S. 239, 246 ff.

60 So aber in Kritik des Volkszählungsurteils *Krause*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 269 ff. Außerdem jeweils mit der These, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei eine „Schranken-Schranke der Handlungsfreiheit“ *Ehmann*, Informationsschutz, S. 301 f.; *Brossette*, Wert der Wahrheit, S. 232; *Breitfeld*, Berufsfreiheit, S. 109; *Langer*, Informationsfreiheit, S. 184 f.

61 Insofern konsequent *Krause*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 271

62 Siehe auch BVerfGE 78, 77 (84).

63 Zur bereits vor dem Volkszählungsurteil laufenden Diskussion um den „Informationseingriff“ siehe nur *Gallwas*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 510 ff.; *Gusy*, Grundrechtsschutz, bes. S. 102 ff.; *Kloepfer*, Datenschutz, S. 22 ff.; *Schwan*, Datenschutz, S. 127 ff.; *Schlink*, Amtshilfe, S. 169 ff. mit zahlr. Nachw. in Fn 2.

Abbild einer sozialen Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann.⁶⁴ Da das Grundgesetz die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden habe, müsse der Einzelne grundsätzlich Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen.

Diese Begründungsstruktur entspricht einer früh entwickelten und gefestigten verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.⁶⁵ Dennoch ist ihr dogmatischer Sinn neben dem Vorbehalt des Normtexts ungeklärt. Ihr liegt eine in der Begründung und in den Rechtsfolgen diffuse Kumulation zweier verschiedener Interpretationsansätze des Art. 2 Abs. 1 GG zugrunde, die das Bundesverfassungsgericht im Investitionshilfe-Urteil noch getrennt, in der Elfes-Entscheidung dann aber vermengt hatte.⁶⁶ Die Argumentation mit der Möglichkeit der Einschränkung von Individualrechten im überwiegenden Allgemeininteresse beruht auf einem vorpositiven Ansatz der Grundrechtsauslegung, der aus einer Dichotomie von Individuum und Gemeinschaft lebt.⁶⁷ Mit guten Gründen wird diese Herleitung von Rechtsgrenzen häufig kritisiert, sei es dogmatisch als vom Normtext losgelöste und vage geratene Argumentation⁶⁸, sei es in soziologischer Perspektive als zu kompakte und zu starre Entgegensetzung, deren gesellschaftstheoretische Prämissen zu schlicht sind⁶⁹. Die Passage bringt daher nichts, was man mit dem textlichen Vorbehalt nicht dogmatisch präziser darlegen könnte. Sie führt außerdem zu Mißverständnissen, weil sie häufig als vermeintlich zentrale Argumentation zur Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung herangezogen wird und die viel aussagekräftigere Ausarbeitung zum normtextlichen Vorbehalt dahinter verschwindet.⁷⁰

2. Grundrechtliche Maßgaben für die gesetzliche Ausgestaltung

Für die weitere Argumentation bezieht sich das Bundesverfassungsgericht auf den Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG. Es unterscheidet, da sich die rechtliche Relevanz der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten erst mit Blick auf den Verwendungskontext klären läßt, sogleich zwischen personenbezogenen Daten, die in individualisierter, nicht anonymisierter Form erhoben sowie in dieser Form genutzt werden, und Daten, die für statistische Zwecke bestimmt sind.⁷¹ Diese Differenzierung beruht auf dem unter-

64 BVerfGE 65, 1 (43 f.). Die Ausführung dient nicht der eingrenzenden Beschreibung des Schutzbereichs, sondern der Begründung von Einschränkungsmöglichkeiten. Unzutreffend etwa *Ladeur*, Datenschutz, S. 13 f.

65 Etwa BVerfGE 4, 7 (15); 33, 367 (376 f.); 80, 367 (375).

66 Vgl. noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.1.

67 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.1.

68 Etwa *Kimminich*, Privatheit, S. 216 f. Für das Volkszählungsurteil *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 27.

69 *Luhmann*, Grundrechte, S. 81.

70 Etwa bei *Schulte*, Datenselbstbestimmungsrecht, S. 171 ff., 186 ff.; und bei *Geiger*, in: Gallwas/Geiger/Schneider/Schwappach/Schweinösch, Datenschutzrecht, Vor § 22, Rn 9.

71 BVerfGE 65, 1 (45 ff.).

schiedlichen Verwendungszusammenhang. Der Verarbeitungsprozeß läuft bei statistisch aufzubereitenden Daten auf eine Anonymisierung zu, so daß ein Personenbezug prinzipiell nicht mehr gegeben ist. Der Personenbezug ist aber bei dem konkretisierten Grundrechtsinhalt ein rechtlich entscheidender Faktor. Um sich ausschließende Kategorien handelt es sich bei den unterschiedenen Formen jedoch nicht von vornherein, sondern erst dann, wenn die für statistische Zwecke bestimmten Daten anonymisiert sind und eine Reindividualisierung ausgeschlossen ist. Daher weisen die aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung resultierenden Bindungen, denen die jeweilige Datenverarbeitung unterliegt, Parallelen auf.

a) Daten für nichtstatistische Zwecke

Das Volkszählungsgesetz dient seinem vorrangigen Zweck nach der Erarbeitung von Statistiken. Für den Umgang mit personenbezogenen Daten, die in individualisierter Form erhoben und verarbeitet werden, benennt das Bundesverfassungsgericht deshalb nur allgemeine Grundsätze.⁷² Diese sind insoweit relevant, als sie eine Basis liefern, die für die besonders gelagerte Konstellation der Erhebung und Verwendung von zu statistischen Zwecken gewonnenen Daten übernommen oder abgeändert werden kann. Das Gericht faßt sich allerdings denkbar kurz. Die Maßgaben, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung setzt, hängen von Art, Umfang und denkbaren Verwendungen der erhobenen Daten sowie den je gegebenen Mißbrauchsgefahren ab. Von vornherein scheidet ein Zugriff auf Daten aus, an denen kein *legitimes Interesse* bestehen kann; das Gericht erwähnt Daten ohne Sozialbezug, unzumutbare intime Angaben und Selbstbezeichnungen.⁷³ Besteht eine Pflicht zur Angabe personenbezogener Daten, ist der *Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise gesetzlich zu regeln* sowie zu prüfen, ob die Daten für den Zweck geeignet und erforderlich sind. Eine Sammlung personenbezogener Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbar Zwecken läßt sich mit diesen Anforderungen nicht vereinbaren. An den *gesetzlich festgelegten Zweck* ist die Informationsverarbeitung *gebunden*; dies ist durch amtshilfefeste Weitergabe- und Verwertungsverbote sicherzustellen. Neben der Sicherstellung der Zweckbindung zählt das Gericht *Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten* sowie die *Beteiligung von unabhängigen Datenschutzbeauftragten* zu den organisations- und verfahrensbezogenen Schutzvorkehrungen, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verlangt.

Diese so knappen Vorgaben sind in unterschiedlicher Intensität schnell zu zentralen Diskussionsgegenständen geworden. Der gerichtlichen Maßgabe einer bereichsspezifischen und präzisen Festlegung des Verwendungszwecks sind zwei Fragenkomplexe gefolgt⁷⁴, die zusammenhängen, aber unterschieden werden müssen. Erstens geht es darum,

72 BVerfGE 65, 1 (46).

73 Dazu bereits oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

74 *Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder*, Auswirkungen, S. 505 f.; *Busch*, Anmerkung, S. 387; *Denninger*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 56 ff.; *Scholz/Pitschas*, Informationelle

ob die gesetzliche Regelung immer bereichsspezifisch sein muß oder ob und unter welchen Voraussetzungen auch ein Querschnittsgesetz genügen kann. Zweitens läßt das Volkszählungsurteil offen, welches Maß an Präzision der gesetzliche Verwendungszweck aufweisen muß, der schließlich theoretisch nahezu beliebig abstrahierbar ist⁷⁵. Beide Fragen kann man mit Überlegungen dazu verknüpfen, inwieweit gegebene Aufgaben- und Befugniszuweisungen, die den Umgang mit Informationen und Daten nicht unmittelbar zum Gegenstand haben, sondern voraussetzen, als Regelung der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge ausreichen.⁷⁶ Welche Anforderungen man an die Festlegung des Verwendungszwecks stellt, wirkt sich zugleich unmittelbar auf die weitere verfassungsgerichtliche Maßgabe aus, daß die Datenverwendung auf den gesetzlich bestimmten Zweck begrenzt ist. Diese verfassungsrechtlich gebotene Zweckbindung – also nicht erst die vom Gericht genannten Weitergabe- und Verwertungsverbote⁷⁷ – bietet einen amtshilfefesten Schutz gegen Zweckentfremdung. Das Gericht hält deshalb nicht gleich jede Weitergabe der bei einer bestimmten Stelle für einen festgelegten Zweck erhobenen Daten für unzulässig. Unter welchen Voraussetzungen eine gesetzliche Übermittlungsermächtigung verfassungsmäßig ist, bleibt jedoch an dieser Stelle offen.⁷⁸ Herausgestellt wird nur, daß die Amtshilferegeln jedenfalls nicht genügen.⁷⁹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wirft hier ganz neuartige Probleme auf, weil sich nicht nur die Frage stellt, zwischen welchen staatlichen Stellen bei welchen Verwendungszwecken Daten übermittelt werden dürfen. Vielmehr müssen die wechselseitigen Rechte und Pflichten der nunmehr grundrechtlich determinierten Kommunikation zwischen Behörden in vielen weiteren Hinsichten abgeklärt werden. Beispielsweise

Selbstbestimmung, S. 30 f.; *Schlink*, Datenschutz, S. 253 ff.; *Riegel*, Rechtsgrundlagen, S. 766 ff.; *Simitis*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 400 ff.

- 75 Siehe etwa *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, bes. S. 119 ff., die eine „Funktionsgleichheit“ und „Zweckidentität“ an einer „zweckgleichen Verwaltungsaufgabe“ – dazu soll z.B. die Gewährleistung der „inneren Sicherheit“ zählen – festmachen wollen. Kritisch dazu z.B. *Schlink*, Datenschutz, S. 255.
- 76 Siehe etwa *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 168 ff., zur polizeilichen Tätigkeit.
- 77 Daß das Gericht die Sicherstellung der Zweckbindung durch Weitergabe- und Verwertungsverbote fordert, obwohl bereits die aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgenden Maßgaben der Zweckfestlegung und Zweckbindung zweckfremde Datenübermittlungen jedenfalls bei Fehlen einer Übermittlungsermächtigung ausschließen, macht die Argumentation etwas undeutlich. Vgl. auch *Gross*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 169 f.; *Hüsch*, Verwertungsverbote, S. 22. Weitergabe- und Verwertungsverbote können etwa als Teilderogation einer bestehenden gesetzlichen Weiterleitungsermächtigung oder bei einer gesonderten Strafbewehrung ihren Sinn haben. Im übrigen sind die verfassungsgerichtlichen Ausführungen im Volkszählungsurteil wohl am ehesten geneigt, nämlich mit Blick auf die vorangegangene Entscheidung zur Auskunftspflicht im Konkursverfahren – BVerfGE 56, 37 (50 ff., 53 f.); siehe noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.3. – zu erklären.
- 78 Vgl. aber sogleich in Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b.bb., daß eine Weiterleitungsermächtigung jedenfalls dann verfassungswidrig ist, wenn die jeweiligen Verwendungszwecke miteinander unvereinbar sind.
- 79 Dazu vor dem Volkszählungsurteil ausführlich *Schlink*, Amtshilfe, bes. S. 169 ff., und *Goebel*, Amtshilfe, bes. S. 6 ff., 36 ff. Außerdem *Barbey*, Amtshilfe, S. 25 ff. (zur Diskussion vor dem und mit einem Nachtrag zum Volkszählungsurteil). Zum Volkszählungsurteil *Denninger*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 224 ff.; *Mückenberger*, Datenschutz, S. 19 ff.; *Schlink*, Datenschutz, S. 250 ff.

fragt sich, wie weit eigentlich die ersuchte Behörde prüfen und sich danach richten darf, ob das Auskunftersuchen inhaltlich rechtmäßig ist oder – weitergehend – ob die ersuchende Behörde hinreichende organisatorische Vorkehrungen zum Schutz der übermittelten Daten getroffen hat.

Zur Handhabung der zahlreichen offenen Fragen läßt sich an dieser Stelle nur eine Ausgangsbasis andeuten, die unmittelbar mit einem Rückblick auf den Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung angeschlossen werden kann. Hinter den Überlegungen steht, daß keine „natürliche“ Freiheit abgesichert, sondern eine grundrechtlich konstituierte Position entwickelt wird.⁸⁰ Unter diesem Blickwinkel sind die verfassungsgerichtlichen Vorgaben der Versuch, einen rechtlichen Zugriff auf die staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsprozesse zu finden. Es handelt sich weder um beliebige Anforderungen noch um Determinanten, die ohne weiteres aus den Geboten der Normenklarheit und Bestimmtheit oder aus dem Übermaßverbot herzuleiten sind. Normenklarheit und Bestimmtheit sind modale Prinzipien: sie besagen nichts über den Inhalt, der deutlich und bestimmt sein muß. Ebenso formuliert das Übermaßverbot nur ein die Austarierung von Interessen strukturierendes Paradigma; seine konkreten Maßgaben sind vom Schutzgehalt des Grundrechts abhängig. Scheint in den verfassungsgerichtlichen Vorgaben der Norminhalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch, ist danach zu fragen, welchen grundrechtlichen Gehalt sie eigentlich ansprechen oder welche Funktion ihnen für die Umsetzung des Schutzziels und Schutzkonzepts zukommt. Nur mit einer solchen Fragestellung könnte man auch alternative Vorschläge und Überlegungen dazu entwickeln, wann bestimmte Anforderungen nicht, eingeschränkt oder erweitert gelten.

Die *gesetzliche Festlegung des Verwendungszwecks* ist der erste zentrale Ansatzpunkt des Bundesverfassungsgerichts zur grundrechtlich determinierten Strukturierung des staatlichen Umgangs mit Informationen und Daten.⁸¹ Im weiteren kommen das *Verbot einer Sammlung personenbezogener Daten zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbarren Zwecken* sowie die *Zweckbindung* hinzu. Erinnert man sich an die zentrale Rolle, die der „Verwendungszusammenhang“ im Rahmen des Schutzzinhalts spielt, ist die Komplementarität von grundrechtlichem Gewährleistungsbereich einerseits und der Zweckfestlegung sowie Zweckbindung andererseits offensichtlich. Das Gericht schließt hier an die Beziehung zwischen Verwendungskontext und Verwendungszweck an, die es schon im Rahmen der Ausführungen zum Schutzbereich zugrunde gelegt hat.⁸² Danach wird, falls der Verwendungszweck der Daten festgelegt ist und eine amtsilfefeste Zweckbindung besteht, gleichzeitig der Verwendungszusammenhang eingegrenzt.⁸³ Die Zwecksetzung dient also auch der Kontextpräzisierung. Sieht man das Recht auf informationel-

80 Siehe Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.I., und Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

81 Vgl. auch *Mückenberger*, Datenschutz, S. 8 f., mit dem zutreffenden Hinweis, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung es ausschließt, die Verwaltung als „Informationseinheit“ zu betrachten.

82 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

le Selbstbestimmung im Ansatz abwehrrechtlich, beschränken erst Zweckfestlegung und Zweckbindung die Eingriffsreichweite einer Datenverwendung. Stellt man darauf ab, daß der Verwendungskontext den Informationsgehalt von Daten und die Wirkungen von Informationen prägt, konturieren Zweckfestlegung und Zweckbindung zugleich die in den Verarbeitungsprozessen tatsächlich oder potentiell entstehenden Informationen in ihren Inhalten und Wirkungen. Die den Verwendungszweck betreffenden Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts sind also eine Konsequenz dessen, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf die laufenden staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge zielt und deshalb in die staatliche Kommunikation begrenzende und strukturierende Rechtsbindungen eingewebt werden müssen. Rückbezogen auf den Schutzbereich informationeller Selbstbestimmung sollen sie außerdem das Wissen des Einzelnen um die staatlichen Möglichkeiten der Verwendung personenbezogener Informationen und Daten absichern. Sie sind daher im verfassungsgerichtlichen Konzept unmittelbare Korrelate des grundrechtlichen Schutzbereichs. Die Konnexität von Gewährleistungsbereich und der grundrechtlich determinierten gesetzlichen Ausgestaltung tritt hier deutlich als charakteristische dogmatische Konstruktion hervor.

Elemente einer rechtlichen Umsetzung der erst grundrechtlich konstituierten Position, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vermittelt, sind auch die *Aufklärungs-, die Auskunft- und die Löschungspflichten*. Sieht man diese Maßgaben im Zusammenhang mit dem Schutzbereich, tauchen erneut Zweifel auf⁸⁴, ob die Systematisierung unter dem Begriff der verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen glücklich gewählt ist. Dabei kann man leicht übersehen, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht an einer Abschlußentscheidung festgemacht, sondern unmittelbar an den laufenden Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen orientiert ist. Die Löschungspflicht dient der Begrenzung des staatlichen Zugriffs auf personenbezogene Daten in zeitlicher Hinsicht. Aufklärungs- und Auskunftspflichten sollen die Grundrechtsträger in staatliche Entscheidungsprozesse einbeziehen, in denen ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten, in die sie aber rein tatsächlich nicht involviert sind. Sie sollen das Wissen der Betroffenen über den staatlichen Umgang mit „ihren“ Daten, insbesondere über deren Nutzung, gewährleisten und so einen der normativen Inhalte informationeller Selbstbestimmung erst realisieren.⁸⁵ Auch der Einsatz von *Datenschutzbeauftragten*, dem das Bundesverfassungsgericht erhebliche Bedeutung zuerkennt, ist eine Konsequenz des Problems, wie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu einem Grundrechtsschutz ausgebaut werden kann, auf dessen Wirkungskraft man vertraut. Die Datenschutzbeauftragten sollen kompensatorisch eine Kontrolle der Rechtsbe-

83 Siehe auch *Simitis*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 402 f.; *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 41 f.

84 Vgl. bereits oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

85 Bei der Prüfung einer Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG weist das Gericht noch eher beiläufig darauf hin, daß diese Norm die Statistischen Ämter verpflichtet, die Übermittlung personenbezogener Daten zu protokollieren, so daß der Bürger von einer Weitergabe seiner Daten Kenntnis erlangen kann. Zur Übertragbarkeit auf andere Datenweiterleitungen *Baumann*, Stellungnahme, S. 618; auch mit dem Hinweis, daß die Protokollierung, mit der wiederum Daten gespeichert werden, in bestimmten Konstellationen ihrerseits zu Gefährdungen führen kann.

achtung gewährleisten⁸⁶, deren Initiierung nur in den Fällen ausschließlich dem Betroffenen selbst obliegen kann, wo das Grundrecht zur Abwehr etwa von Ge- oder Verboten dient, die dem Betroffenen auferlegt und somit bekannt sind.

b) Daten für statistische Zwecke

aa) Erhebungsprogramm und Datenaufbereitung

Lassen die knappen Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung des Umgangs mit individualisierten Daten vieles offen, könnte man sich von der eingehenderen Kontrolle der Erhebung und Verarbeitung von Daten zu statistischen Zwecken nähere Konturen versprechen. Das Bundesverfassungsgericht geht allerdings davon aus, daß die Maßgaben, die es für die in individualisierter Form verarbeiteten Daten entwickelt hat, bei Daten für statistische Zwecke nicht unverändert gelten können.⁸⁷ Es gehöre zum „Wesen der Statistik“, daß die Daten nach ihrer statistischen Aufbereitung für die verschiedensten, nicht von vornherein bestimmbar Aufgaben verwendet werden sollen. Deshalb modifiziert das Gericht bei Datenerhebungen für statistische Zwecke sowohl die Anforderung einer bereichsspezifischen und präzisen Zweckbeschreibung als auch das Gebot einer Zweckbindung und die Weitergabe- und Verwertungsverbote hinsichtlich statistisch aufbereiteter Daten.

Dabei wird allerdings nicht ganz deutlich, warum man die Statistik als einen Sonderbereich hinstellen muß, dessen „Wesen“ die Vorgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als solche zu relativieren vermag. Die Statistik zeichnet sich schließlich dadurch aus, daß sie auf eine statistische Aufbereitung und prinzipiell auf eine Anonymisierung der erhobenen Daten zuläuft.⁸⁸ Modifikationen der grundrechtlichen Anforderungen resultieren daher – zwanglos – daraus, daß bei statistischen Zwecken der Personenbezug der Daten und damit deren persönlichkeitsrechtliche Bedeutung gelöst wird.⁸⁹ Insbesondere brauchen die für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zentrale Zweckfestlegung und Zweckbindung nicht verwässert zu werden. Der Verwendungszweck ist die Erarbeitung statistischen Datenmaterials. Die vielfältigen Zwecke, für die die erhobenen Daten nach statistischer Aufbereitung genutzt werden sollen, betreffen eine Verwertungsphase, in der der grundrechtliche Schutz mangels Personenbezug prinzipiell nicht mehr greift. Das Problem, daß auch statistisch aufbereitete Daten

86 Zur vor diesem Hintergrund neu entstandenen Diskussion um die Stellung und der Umfang der Kontrollbefugnisse der Datenschutzbeauftragten siehe etwa *Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder*, Auswirkungen, S. 506; *Baumann*, Stellungnahme, S. 619; *Mückenberger*, Datenschutz, S. 18; *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 13, 16, 43 ff; *Simitis*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 403.

87 BVerfGE 65, 1 (47).

88 Vgl. auch *Denninger*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 222; *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 106.

89 Siehe BVerfGE 65, 1 (51), daß eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Bürger nicht erkennbar sei, wenn die erhobenen Daten nach ihrer Anonymisierung von den Statistischen Ämtern anderen staatlichen Organen oder sonstigen Stellen zur Verfügung gestellt werden.

unter bestimmten Voraussetzungen reindividualisiert werden können⁹⁰, ist rechtlich nicht bei der Zweckbestimmung und Zweckbindung anzugehen, sondern als Reindividualisierungsrisiko eine Frage der Grundrechtsgefährdung, die durch ein bestimmtes Maß an Schutzvorkehrungen aufzufangen und ansonsten grundsätzlich vom Einzelnen zu tragen ist.⁹¹ Im übrigen ist die fehlende persönlichkeitsrechtliche Relevanz statistischer, nicht deanonymisierbarer Daten in sachlicher Hinsicht nur der Regelfall und in der Zeitdimension erst nach statistischer Aufbereitung der in der Erhebungs- und Aufbereitungsphase noch individualisierbaren Daten erreicht. Insoweit liefert das Recht auf informationelle Selbstbestimmung Maßstäbe für den Umgang mit Informationen und Daten.

Zum einen hat die Datenerhebung und -verarbeitung zu statistischen Zwecken nur als Hilfe zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu erfolgen. Obwohl anonym gehalten, darf die Statistik des weiteren nicht zu einer umfassenden Registrierung und Katalogisierung des Einzelnen führen; eine Erstellung von Persönlichkeitsbildern oder Teilbildern wäre mit der Würde des Menschen unvereinbar.⁹² Zum anderen bestehen eine Reihe von Bindungen für die Phasen der Datengewinnung und -verarbeitung, in denen die Daten noch personenbezogen sind. Insbesondere zielen die Anforderungen des Übermaßverbots auf eine effektive Anonymitätswahrung und auf eine möglichst frühzeitige Anonymisierung durch Vorkehrungen für Durchführung und Organisation der Datengewinnung und -verarbeitung. Organisatorisch ist die Statistik nach außen abzuschotten; die mit der Durchführung betrauten Personen sind zur Geheimhaltung zu verpflichten. Identifizierungsmerkmale (Hilfsangaben) sind möglichst bald zu löschen. Unter dem Aspekt der organisations- und verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen spezifiziert das Gericht noch weitere Maßgaben, im Hinblick auf die es Erhebungsprogramm und Datenaufbereitung für änderungs- oder ergänzungsbedürftig hält. Dazu zählen zusätzliche Aufklärungen über Möglichkeiten der Gestaltung der Auskunft, eine Beteiligung und Kontrolle der Datenschutzbeauftragten, ein grundrechtswahrender Einsatz der Zählpersonen und eine gesetzgeberische Sicherstellung einer zutreffenden administrativen Umsetzung des Gesetzes⁹³ in ein Erhebungsprogramm.

Das Problem, wie das Schutzziel und Schutzkonzept des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung umgesetzt werden können, wird somit wiederum durch ein Netzwerk

90 Das ist, wenn auch nicht in der Frage, welche Voraussetzungen hinreichen, so doch im Ansatz unumstritten; vgl. *Brennecke*, Operationalisierung, S. 158 ff.; *Burkert*, Problem des Zusatzwissens, S. 143 ff.; *Schlörer*, Anonymisierung, S. 118 ff. Mit Bezug auf die Volkszählung 1987 *Hauck-Scholz*, Verfassungskonformität, S. 2772 f.

91 Vgl. noch Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt B.I. zur Volkszählung 1987. „Grundsätzlich“ heißt, daß der Risikograd und der gegebenenfalls zu erwartende Schaden eine Rolle spielen und daß das Reindividualisierungsrisiko zur Verfassungswidrigkeit einer statistischen Aufbereitung und Veröffentlichung führen kann, wenn dem Einzelnen bei gelungener Reindividualisierung unzumutbare Nachteile drohen.

92 Dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. und noch unten B.II.1. Zum Problem siehe auch *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 245 ff., und *Benda*, Privatsphäre, S. 36 f.

93 Dazu auch *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 53 ff.: „Gesetzgeberische Vollzugsverantwortung“ als neuartige Konzeption, die die Frage nach der Kompetenzabgrenzung zwischen Parlament und Exekutive nach sich ziehe.

von normativen Vorgaben gelöst, das an verschiedenen Punkten anknüpft. Im Ergebnis ist nicht ersichtlich, daß die Maßgaben, die das Gericht für Daten, die in individualisierter Form erhoben und verarbeitet werden, vorausgeschickt hat, bei Daten für statistische Zwecke tatsächlich so abgeändert werden, daß auch der Norminhalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verändert erscheint. Allerdings prägen der Verwendungszweck und die entsprechende Ablauforganisation der Datenverarbeitung die konkrete Ausformung einzelner Maßgaben.

bb) Datenübermittlung

Neben dem Frageprogramm und der Durchführung der Datenerhebung befaßt sich das Bundesverfassungsgericht mit der Datenübermittlung. In diesem Zusammenhang werden insbesondere die Anforderungen der Zweckfestlegung und Zweckbindung deutlicher herausgearbeitet. An zentraler Stelle steht die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 9 VZG. Nach den in dieser Bestimmung vorgesehenen Übermittlungsermächtigungen sind drei Konstellationen zu unterscheiden. Sie betreffen die Ermächtigung zur Weiterleitung der erhobenen Einzelangaben für statistische Zwecke, für Zwecke des Verwaltungsvollzuges (nicht-statistische Zwecke)⁹⁴ und für wissenschaftliche Zwecke. Zum Teil klammern die Übermittlungstatbestände bestimmte Identifizierungsmerkmale von der Weiterleitung aus.

Bei ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung hält das Gericht die Weiterleitung zur statistischen Aufbereitung durch andere Behörden für verfassungsmäßig, sofern die gebotenen Schutzvorkehrungen, insbesondere die Wahrung des Statistikgeheimnisses und des Gebots der Anonymisierung, sichergestellt sind. Bei der Weiterleitung von personenbezogenen, nicht anonymisierten oder deanonymisierbaren Daten, die zu statistischen Zwecken erhoben wurden, für Zwecke des Verwaltungsvollzuges zeigt es dagegen grundsätzliche Skepsis. Hier kann als Problem präzisiert werden, daß nur einer Datenerhebung unterschiedliche Nutzungen folgen, obwohl die verfassungsrechtlich herzuleitenden Vorgaben für die konkrete Ausgestaltung der Datenerhebung und -verarbeitung divergieren.⁹⁵ So unterliegt die Datenerhebung zur Erarbeitung einer Statistik dem Statistikgeheimnis, dem Anonymisierungsgebot und dem Nachteilsverbot – Ausgestaltungen, die bei Datenerhebungen für Verwaltungsvollzugszwecke nicht in gleicher Weise gelten. Im Grundsatz sind Statistikerarbeit und (sonstiger) Verwaltungsvollzug deshalb zu trennen.⁹⁶

Zur Beurteilung des Volkszählungsgesetzes bedarf es keiner abschließenden Erörterung; zunächst reicht dem Gericht eine Negativabgrenzung. Eine Weiterleitungsermächtigung sei jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn sie tendenziell Unvereinbares miteinander verbinde und dadurch sowohl zu einer Unverhältnismäßigkeit der Beeinträchti-

94 Das Bundesverfassungsgericht folgt mit dieser Terminologie dem BStatG in der damaligen Fassung.

95 Ausführlich vor der verfassungsgerichtlichen Hauptsacheentscheidung *O. Mallmann*, Volkszählung, S. 655 f.

96 BVerfGE 65, 1 (61).

gung als auch zu einer Unklarheit der Regelungen führe. Was mit der schwammigen Formulierung der Verbindung von tendenziell Unvereinbarem und den Folgerungen der Verletzung von Normenklarheit und Übermaßverbot gemeint ist, wird deutlicher an der zu prüfenden Bestimmung des § 9 Abs. 1 VZG, dem vorgesehenen Melderegisterabgleich. Soweit die mit der Volkszählung zu erhebenden Angaben mit dem Datenprogramm des Melderegisters übereinstimmen, durften sie an die Meldebehörden übermittelt und zur Berichtigung der Melderegister verwendet werden. Die Meldebehörden waren ihrerseits in weitem Umfang verpflichtet, Daten aus den Melderegistern weiterzuleiten.⁹⁷ Das Bundesverfassungsgericht bemängelt zum einen die nicht hinreichend präzisierte Zweckbindung: es sei nicht vorhersehbar, zu welchem konkreten Zweck welche Behörden die Daten verwenden. Dem könnte man entgegenhalten, die nach der Datenübermittlung zulässigen Verwendungsmöglichkeiten ergäben sich eben aus den Meldegesetzen⁹⁸. Nun liegt aber die weitere und zentrale Begründung darin, daß die bei der Kontrolle des Erhebungsprogramms der Volkszählung herausgearbeiteten Anforderungen an eine Erhebung von Daten zu statistischen Zwecken einerseits und an eine Datenerhebung zu Zwecken des Verwaltungsvollzugs andererseits divergieren. Die vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung geforderte Pflicht der Geheimhaltung von zu statistischen Zwecken erhobenen Angaben erstreckt sich in der gesetzlichen Ausgestaltung (§ 11 Abs. 1 BStatG a.F.) auf die datenempfangenden Stellen (§ 11 Abs. 4 BStatG a.F.). Werden die Daten jedoch entsprechend § 9 Abs. 1 VZG mit den Melderegistern abgeglichen, widerspricht deren Geheimhaltung den meldebehördlichen Aufgaben (§ 1 Abs. 3 MRRG a.F.) und Weiterleitungsbefugnissen (§§ 17 ff. MRRG a.F.). Des weiteren ist das für die Verfassungsmäßigkeit statistischer Erhebungen erforderliche Nachteilsverbot, das § 9 Abs. 1 S. 2 VZG auch vorsieht, auf zu statistischen Zwecken verwendete Daten und auf das Statistikgeheimnis zugeschnitten. Bei der vorgesehenen Datenübermittlung greift es nicht in gebotenem Umfang, weil zumindest von der Weiterleitung der Daten durch die Meldebehörden an der statistische Ursprung der Daten nur noch mit Schwierigkeiten erkennbar bleiben kann. Derart nicht miteinander in Einklang zu bringende rechtliche Determinationen verletzen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, weil eine in einem bestimmten Verfahren erhobene Mitteilung divergierenden Verarbeitungs- und Verwendungsmaßgaben ausgesetzt wird, ohne daß die Erhebung dem Rechnung trägt. Zugleich wird die Regelung unverständlich und in ihren Auswirkungen unübersehbar (Gebot der Normenklarheit). Wegen der dadurch entstehenden Gefahr falscher oder lückenhafter Angaben ist eine solche Erhebung außerdem zur Erreichung des statistischen Zwecks – eine der Realität zumindest angenäherte Statistik – ungeeignet und verletzt das Übermaßverbot.

§ 9 Abs. 2 VZG ermächtigt zur Weiterleitung von Einzelangaben an die fachlich zuständigen obersten Bundes- oder Landesbehörden oder an die von diesen bestimmten

97 §§ 17 ff MRRG vom 16.08.1980, BGBl I S. 1429, sowie die MeldeG der Länder in der zum Urteilszeitpunkt geltenden Fassung.

98 So *Schneider*, Anmerkung, S. 163. Dagegen *Frohn*, Volkszählungsurteil, S. 458 f.; *Baumann*, Stellungnahme, S. 616.

Stellen, soweit die Daten zur rechtmäßigen Erfüllung der in deren Zuständigkeit liegenden Aufgaben benötigt werden. Die Angaben sind ohne Namen bzw. ohne die rechtliche (Nicht)Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu übermitteln. Darin liegt noch keine Anonymisierung, denn die Angaben können aufgrund der anderen Daten, die mit dem Katalog des § 2 VZG zu erheben sind (etwa Anschrift, Geschlecht, Geburtstag), den betroffenen Personen ohne weiteres zugeordnet werden. Die somit personenbezogene Daten betreffende Übermittlungsermächtigung hält das Gericht für verfassungswidrig, weil der festgehaltene Verwendungszweck zu unbestimmt ist. Weder ist ersichtlich, ob es sich um eine Weitergabe nur zu statistischen Zwecken oder auch für den Verwaltungsvollzug handelt, noch ist präzise geregelt, um welche Zwecke es sich im letzteren Falle handelt. Die Tatbestandsvoraussetzung, daß die Daten zur rechtmäßigen Erfüllung der in der Zuständigkeit der ersuchenden Behörde liegenden Aufgaben benötigt werden, reicht also nicht aus. Auch § 9 Abs. 3 S. 1 VZG – Weiterleitung von individualisierbaren Angaben an die Gemeinden für Zwecke der Regionalplanung, des Vermessungswesens, der gemeindlichen Planung und des Umweltschutzes – läßt nach der verfassungsgerichtlichen Entscheidung eine hinreichend konkrete Zwecksetzung vermissen. § 9 Abs. 3 S. 2 VZG verletzt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, weil die Bindung an statistische Verwendungszwecke organisatorisch nicht hinreichend gewährleistet ist – so insbesondere wegen der fehlenden Trennung von Kommunalstatistik und dem Vollzug anderer Verwaltungsaufgaben – und die Formulierung „statistische Aufbereitung“ unter diesen Bedingungen extensive Interpretationen zuläßt. Dagegen hält das Gericht die Ermächtigung zur Übermittlung erforderlicher Einzelangaben – unter Ausschluß von Name, Anschrift und Religionszugehörigkeit – an Amtsträger und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete „für wissenschaftliche Zwecke“, die § 9 Abs. 4 VZG vorsieht, für verfassungsmäßig. Damit macht es eine Ausnahme, die bei der nicht gerade präzisen Zweckbeschreibung und ohne Prüfung der tatsächlichen und rechtlichen Ausgestaltung des Kontexts, in dem weitergeleitete Daten verwendet werden können, nicht überzeugt.⁹⁹

IV. Ergebnisse: Leistung und Defizite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle des Volkszählungsgesetzes stützt sich das Bundesverfassungsgericht weitgehend auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Im ersten Begründungsschritt zeigt eine Wirklichkeitsargumentation zur technischen Entwicklung im Bereich der Datenverarbeitung, daß zwei Einengungen der in den vorangegangenen Entscheidungen entwickelten Schutzgehalte dem Schutzbedarf nicht hinreichend Rechnung tragen und aufgegeben werden müssen. Dies betrifft zum einen den Bezug auf die *Äußerung* von Mitteilungen, also auf das Handeln. Zum anderen ist es kurzschlüssig, grundrechtsgeschützte und grundrechtlich nicht geschützte Informationsbeziehungen

⁹⁹ Kritik etwa bei *Mückenberger*, Datenschutz, S. 22.

nach einer *isolierten und verwendungskontextunabhängigen* Beurteilung von Daten zu differenzieren. Die rechtsdogmatische Argumentation im zweiten Schritt geht auf das Kernelement der Selbstbestimmung zurück und legt als gesicherte Basis die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit zugrunde. Diese Abstraktion dient dazu, die Realisationsbedingungen freier Selbstbestimmung zu thematisieren. Auf diese Weise können *die Kenntnisse der sozialen Umwelt über einen selbst und das eigene (Nicht)Wissen darüber als Einflußfaktoren individueller (Verhaltens)Entscheidungen* herausgearbeitet werden, die der grundrechtliche Schutz aufzugreifen hat. Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG wird demnach ein *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* hergeleitet. Nach seinem *Schutzziel* und nach den damit verbundenen Inhalten, d.h. nach seinem *Schutzkonzept*, betrifft es den Schutz gegen, den Einfluß auf und das eigene Wissen über den Umgang anderer mit den einen selbst betreffenden Informationen und Daten. Den *Schutzgehalt* beschreibt das Gericht als die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen.

Die normativen Maßstäbe, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einer gesetzlichen Ausgestaltung und einem verfassungsadäquaten Gesetzesvollzug vorgibt, entfaltet das Gericht nicht in expliziter Ankoppelung an den Schutzbereich. Es verweist, ohne das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs näher zu problematisieren, zunächst auf die allgemeinen Anforderungen des Gebots der Normenklarheit und des Übermaßverbots sowie auf die Verpflichtung zu hinreichenden organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorkehrungen. Im weiteren hebt es hervor, daß die Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung von Daten den Blick auf den Verwendungszusammenhang bzw. die Kenntnis des Zwecks, dem die Erhebung dient, sowie der Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten erfordert. Im Anschluß daran unterscheidet es personenbezogene Daten, die in individualisierter Form erhoben und genutzt werden, und Daten, die für statistische Zwecke bestimmt sind. Nur knappe Bemerkungen macht das Gericht zu den Maßgaben für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten in individualisierter Form. Danach sind *bestimmte Angaben dem staatlichen Zugriff entzogen*. Im übrigen setzt die Verfassungsmäßigkeit einer Datenerhebung voraus, daß der *Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise gesetzlich geregelt* sowie die *Zweckbindung* gesichert ist. Zu den Elementen der rechtlichen Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zählen außerdem *Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten* sowie die *Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter*. Für die Erhebung und Verarbeitung von Daten für statistische Zwecke meint das Gericht die Anforderungen der Zweckfestlegung und Zweckbindung modifizieren zu müssen. Es stellt allerdings selbst heraus, daß anonymisierte Daten regelmäßig keine persönlichkeitsrechtliche Relevanz aufweisen, so daß die Rechtsbindungen nicht auch auf den Umgang mit anonymisierten Daten zugeschnitten werden müssen. Ausnahmen ergeben sich in sachlicher Hinsicht vor allem dahingehend, daß auch eine Nutzung statistischer Daten nicht zu einer umfassenden Registrierung und Katalogisierung des Einzelnen führen darf. In zeitlicher Hinsicht fehlt die persönlichkeitsrechtliche Bedeutung erst nach der statistischen Aufbereitung der in der Erhebungs- und Aufbereitungsphase noch individualisierbaren Daten. Die Maßgaben, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung insoweit lie-

fert, sind – zweckangepaßt – geprägt von den Eckwerten einer *möglichst frühzeitigen Anonymisierung* und *Schutzvorkehrungen zur effektiven Anonymitätswahrung*. Daneben benennt das Gericht *Aufklärungspflichten* und eine *Beteiligung der Datenschutzbeauftragten* als verfassungsgebote Schutzvorkehrungen. Die gerichtliche Kontrolle der im Volkszählungsgesetz vorgesehenen Übermittlung individualisierbarer Daten orientiert sich an den Maßstäben der Zweckfestlegung und Zweckbindung. Eine Übermittlungsermächtigung ist jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn die *Verarbeitungs- und Verwendungsmaßgaben*, denen der Umgang mit Angaben einerseits bei der die Daten erhebenden Stelle und andererseits bei der Daten empfangenden Stelle unterliegt, *miteinander unvereinbar* sind. Voraussetzung einer verfassungsmäßigen Datenübermittlung ist damit zugleich eine präzise *Beschreibung und Eingrenzung des Zwecks* und des Kontexts, zu bzw. in dem übermittelte Daten genutzt werden dürfen.

Die Analyse des Volkszählungsurteils hat bereits einige Schwachstellen der verfassungsgerichtlichen Konzeption aufgezeigt. Zwischen der Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf der einen Seite und der vom Gericht gewählten Beschreibung des Schutzgehalts auf der anderen Seite ist ein Sprung im Abstraktionsniveau erkennbar. Die Herleitung über die Realisationsbedingungen der Selbstbestimmung und über die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit zeigt, daß das Schutzziel und das Schutzkonzept auf die grundrechtliche Determination des Umgangs staatlicher Stellen mit Informationen und Daten gerichtet sind, die sich auf die Grundrechtsträger beziehen. Das wird – übergangslos – in eine diesen eingeräumte Befugnis umgesetzt, über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten selbst zu bestimmen.

Wegen der fehlenden Begründungsschritte bleibt das systematische Verhältnis zur Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit mehrdeutig. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird teilweise im Sinne eines Grundrechtsvoraussetzungsschutzes oder einer dienenden Freiheit interpretiert. Man könnte es aber auch als ganz eigenständige Gewährleistung begreifen. *Schutzziele und Schutzkonzept* müssen insofern *näher geklärt und ausgearbeitet* werden. Bei der Beschreibung des Schutzgehalts problematisiert das Gericht nicht hinreichend, ob die *Selbstbestimmungsidee hier überhaupt paßt*. Aufgrund der Eigenarten des Gegenstandes kann sie jedenfalls nicht in dem Sinne eingebracht werden, in dem man sie bei den „natürlichen“ Freiheiten und den traditionellen Schutzgütern begreift. Dann liegt die Frage nahe, ob die *gewählte Fassung* das Schutzziel und Schutzkonzept *angemessen* umsetzt. Undeutlich wird in diesem Rahmen auch die Unterscheidung von Informationen und Daten behandelt. Die Fassung erweckt den Eindruck, als suche das Gericht den Gedanken der Selbstbestimmung durch den Bezug auf Daten einsatzfähig zu machen. Ein verdinglichendes Datenverständnis will es freilich gerade vermeiden. Der Hinweis auf die Relevanz des „Verwendungszusammenhangs“ zeigt, daß der Informationscharakter von Daten entscheidend ist und Informationen im Zentrum des grundrechtlichen Schutzes stehen. Eine reine Datenorientierung ist weder beabsichtigt noch rechtsdogmatisch durchzuhalten. Nicht nur bereitete die in bezug auf Daten zwingend fehlende Eingrenzung des Schutzzumfangs Schwierigkeiten. Vor allem setzen die Anwendungsbedingungen des Übermaßverbots die Möglichkeit von Abwägungen und Gewichtungen voraus, die eine bloße Datenorientierung gar nicht bieten kann.

Vor dem Hintergrund der Determinationsreichweite und -tiefe, die mit einer Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten verbunden ist, bleibt der Schutzgehalt im übrigen *erkennbar blaß*. Unabhängig davon wirft die Determinationsreichweite und -tiefe ihrerseits Probleme auf. Auch wirkt die im Ansatz abwehrrechtliche Gestaltung verkürzt. Nach Herleitung und Begründung informationeller Selbstbestimmung müßten insbesondere Rechte der Grundrechtsträger auf *Kenntnis* der sie betreffenden Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge zu den *Essentialia* der Gewährleistung zählen.

Die unzureichende Beschreibung des Schutzgehalts ist auch der Grund dafür, daß den näheren Vorgaben, die das Gericht für Daten, die in individualisierter Form erhoben und verwertet werden, und für Daten für statistische Zwecke herleitet, eine *präzise Rückbindung an die grundrechtliche Gewährleistung* fehlt. Mit den entwickelten Maßgaben versucht es, einen rechtlichen Zugriff auf die staatliche Informations- und Datenverarbeitung zu finden und das Problem anzugehen, wie die informationelle Selbstbestimmung eigentlich realisiert werden kann. Zweckfestlegung und Zweckbindung begrenzen und bestimmen den Verwendungszusammenhang. Sie verweisen auf die Konnexität zwischen der Grundrechtsverbürgung und der grundrechtlich determinierten gesetzlichen Ausgestaltung. Löschungspflichten begrenzen den staatlichen Zugriff auf Daten in zeitlicher Hinsicht. Aufklärungs- und Auskunftspflichten reagieren darauf, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten de facto von der betroffenen Person gelöst ist, und sollen die für die Realisierung informationeller Selbstbestimmung erforderlichen Kenntnis- und Einflußchancen gewährleisten. Gegenstandsbedingt kann auch eine Kontrolle der Rechtsbeachtung nicht allein der Initiative des Betroffenen obliegen. Der Einsatz von Datenschutzbeauftragten soll den fehlenden Einblick der Grundrechtsträger in den staatlichen Umgang mit „ihren“ Daten kompensieren.

Auch wenn man solche Überlegungen als Ausgangsbasis zugrunde legt, bleibt vieles offen. In der Diskussion finden sich etwa die Fragen, ob eine gesetzliche Regelung immer bereichsspezifisch sein muß oder auch ein Querschnittsgesetz genügen kann und welches Maß an Präzision der gesetzlich festzulegende Verwendungszweck aufweisen muß. Noch grundlegender setzen Erwägungen dahin an, ob die staatlichen Aktivitäten – neben der „Eingriffs“tätigkeit – nun umfassend mit Blick auf den Umgang mit Informationen und Daten gesetzlich geregelt werden müssen oder ob gegebene Befugniszuweisungen ausreichen, die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge zwar nicht unmittelbar regeln, aber in bestimmter Weise voraussetzen. Nicht abschließend geklärt ist außerdem, welchen Anforderungen eine gesetzliche Übermittlungsermächtigung zu genügen hat. Hier werden neuartige Probleme aufgeworfen, weil die wechselseitigen Rechte und Pflichten der nunmehr grundrechtlich determinierten Kommunikation zwischen Behörden abzustimmen sind. Hinzu kommt, daß die Bedeutung und Reichweite von Kenntnis- und Einflußrechten der Grundrechtsträger nicht hinreichend gesichert ist.

Diese offenen Fragen zeigen, wie wenig aussagekräftig das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen“ bleibt. In vielen Hinsichten wird deutlich, daß Schutzziel und -konzept der informationellen Selbstbestimmung normativ

zu präzisieren sind und daß die Beschreibung des Schutzgehalts überprüft werden muß. Dabei liegt zunächst nahe, auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einzugehen, die die Grundlagen für die Ausführungen des Volkszählungsurteils gelegt hat. Die vorangegangenen Entscheidungen bieten nicht nur eine Folie, auf der das Recht auf informationelle Selbstbestimmung genetisch besser zu erklären ist. Sie können auch einen möglicherweise nützlichen Überblick darüber verschaffen, welche Schwierigkeiten aufgetreten sind und welche inhaltlichen und dogmatischen Lösungen das Gericht gefunden hat, wenn es um den grundrechtlichen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ging. Dieser Überblick ist um so wichtiger, als manchmal gefordert wird, zu den überkommenen Figuren des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts zurückzukehren.

B. Genese im Kontext der Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG

Das Bundesverfassungsgericht versteht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Weiterentwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁰⁰, das es in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG festmacht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht zählt allerdings zum Zeitpunkt des Volkszählungsurteils – anders als es die verfassungsgerichtlichen Rechtsprechungsnachweise vielleicht nahelegen – noch nicht zu einem gefestigten Schutzgut der Verfassungsrechtsprechung.¹⁰¹ Vielmehr wird diese Bezeichnung erst im Eppler-Beschluß¹⁰² eingeführt. Dabei bindet das Gericht aber frühere Entscheidungen ein, die ehemals (nur) mit anderen Paradigmen, insbesondere dem Recht auf Achtung der Intim- und Privatsphäre, begründet wurden¹⁰³. Der Schutzbereich der freien Entfaltung der Persönlichkeit wird in ein „aktives“ Element dieser Entfaltung, der allgemeinen Handlungsfreiheit, und ein „Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs“ differenziert. Aufgabe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts soll die Gewährleistung der engeren persönlichen Lebenssphäre und der Erhaltung ihrer Grundbedingungen sein, die die traditionellen Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen. Dementsprechend engt das Gericht dessen tatbestandliche Voraussetzungen gegenüber denjenigen der allgemeinen Handlungsfreiheit ein. Es erstreckt sich danach nur auf Eingriffe, die geeignet sind, die engere Persönlichkeitssphäre zu beeinträchtigen.¹⁰⁴

Nach der vom Gericht selbst gewählten Zuordnung liegt es nahe, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als neu entwickelte Facette des allgemeinen Persönlich-

100 BVerfGE 65, 1 (41 f.); vgl. auch *Benda*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89.

101 Anders in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung, vgl. BGHZ 13, 334 (337 ff.); 24, 72 (76 ff.); 98, 94 (97 ff.); 107, 384 (391 ff.), und den Überblick bei *Brandner*, Persönlichkeitsrecht, S. 689 ff.

102 BVerfGE 54, 148.

103 Vgl. die in BVerfGE 54, 148 (154) genannten Entscheidungen: BVerfGE 27, 1 (6) – Mikrozensus; 27, 344 (350 f.) – Scheidungsakten; 32, 373 (379) – Arztkartei; 34, 238 (245 f.) – heimliche Tonaufzeichnung; 47, 46 (73) – Sexualkundeunterricht; 49, 286 (298) – Transsexuelle – sowie 35, 202 (220) – Lebach; 34, 269 (282 f.) – Soraya.

104 BVerfGE 54, 148 (153).

keitsrechts einzustufen.¹⁰⁵ Damit ordnet man es allerdings in ein ganz bestimmtes Raster ein, dessen Tauglichkeit nicht von vornherein feststeht. In einem übergreifenderen Zusammenhang erweisen mehrere Gründe es als wenig sinnvoll, die Dichotomisierung des Gewährleistungsbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG in „zwei ganz verschiedene Stränge ein und desselben Grundrechts“¹⁰⁶ ohne weiteres zu übernehmen und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im persönlichkeitsrechtlichen Strang zu fundieren.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht selbst ist in seinen grundrechtsdogmatischen Grundlagen und Aussagen keineswegs abgesichert. Seine Genese in der Eppler-Entscheidung lebt wesentlich von der Abgrenzung gegen die allgemeine Handlungsfreiheit. Die Differenzierung zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht ist jedoch nicht so einleuchtend, wie sie auf den ersten Blick wirken mag. Ob die unterschiedliche textliche Fundierung in Art. 2 Abs. 1 GG einerseits und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG andererseits die Unterteilung hergibt, hängt davon ab, wie die Einbeziehung der Menschenwürde den Normgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG modifiziert. Das bleibt in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen dunkel. Man kann zugrunde legen, daß es sich nicht um eine Konstruktion handelt, nach der ein Grundrecht in zwei Normtexten zugleich zu verankern wäre, sondern daß die Verbindung mit der Menschenwürde deren objektivrechtlichen Einfluß auf die Auslegung des Schutzbereichs der Persönlichkeitsentfaltung hervorheben soll.¹⁰⁷ Beschränkt dieser Einfluß sich darauf, den engeren Bereich des Art. 2 Abs. 1 GG zu markieren, ist die Dichotomie eines – wohl als „passiv“ verstandenen – Rechts auf Respektierung einer persönlichen Lebenssphäre und einer „aktiven“ Handlungsfreiheit kaum begründet, da es auch essentielle Verhaltensweisen gibt.¹⁰⁸ Hinzu kommt der Verdacht, daß die Differenzierung der Handlungsfreiheit und des Anspruchs auf Respektierung geschützter Lebensbereiche durch einen Ebenenwechsel prägnanter wird, als sie tatsächlich ist. Die eine Ebene betrifft den Schutzzinhalt des Grundrechts, die andere Ebene den aus dem individuellen Status folgenden subjektivrechtlichen Anspruch auf Abwehr von Eingriffen. So kann einerseits ein aus der Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit gewonnener Abwehranspruch als „Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs“, nämlich als Anspruch auf Duldung einer von dem Grundrecht geschützten Verhaltensweise, beschrieben werden. Andererseits reduziert sich das Schutzgut des „Rechts auf Respektierung des geschützten Bereichs“, sobald man das „Recht auf Respektierung“ als Umschreibung von Abwehransprüchen liest, auf den geschützten Bereich der engeren persönlichen Lebenssphäre, oh-

105 So etwa *Erichsen*, Handlungsfreiheit, Rn 55; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn 32 f.; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Abs. 1 Rn 108; *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 39 ff.

106 Sondervotum *Grimm* in BVerfGE 80, 137, 164 (167). Siehe auch *Jarass*, Persönlichkeitsrecht, S. 858.

107 *Erichsen*, Handlungsfreiheit, Rn 177; *Jarass*, Persönlichkeitsrecht, S. 857; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Abs. 1, Rn 15, 54 f., 85; zur dogmatischen Konzeption vgl. auch *Dürig*, Menschenwürde, S. 129 f.

108 Siehe auch *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 23 und 27: „Der Hinweis auf die Menschenwürde allein vermag freilich das Verständnis der Privatsphäre als engere Persönlichkeitssphäre kaum zu rechtfertigen, erhält doch auch die allgemeine Handlungsfreiheit ihre Substanz aus Art. 1 Abs. 1 GG.“ Siehe außerdem BVerfGE 5, 85 (204).

ne daß deren Verhältnis zur Handlungsfreiheit deutlich wird. All dies zeigt, wie diffus die Differenzierung bleibt. Insbesondere ist unzureichend geklärt, ob es um ganz verschiedene Schutzgüter oder lediglich um einen einmal umfassend, einmal enger angelegten Schutzbereich geht. Die Handhabung ist entsprechend uneinheitlich. Teilweise wird darauf abgestellt, die allgemeine Handlungsfreiheit zeichne sich durch einen Handlungsbezug aus, der auf die individuellen Aktionen ziele, das allgemeine Persönlichkeitsrecht dagegen durch einen Zustandsbezug, bei dem es um das Sein als solches gehe.¹⁰⁹ Teilweise wird als Erklärung angeboten, daß ein engerer Schutzbereich (wieder)gewonnen und eine Abstufung der Schutzintensität hergestellt werden soll.¹¹⁰ Teilweise wird hervorgehoben, Verhaltensweisen, die einen besonderen Konnex mit der Würde des Menschen aufweisen, würden stärker geschützt als alle sonstigen, von Art. 2 Abs. 1 erfaßten Verhaltensweisen.¹¹¹ Von den schon insoweit bestehenden Unsicherheiten abgesehen muß nunmehr auch die Einordnung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erhebliche Schwierigkeiten bereiten, weil dessen Schutzgehalt kaum mit der Vorstellung einer engeren persönlichen Lebenssphäre in Einklang zu bringen ist.¹¹²

Ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht noch zu wenig geklärt, kann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aber offenbar auch nicht einfach an die allgemeine Handlungsfreiheit angeschlossen werden. Dahingehende Überlegungen wirken sofort eigenartig. Warum das so ist, versteht sich allerdings auch nicht von selbst. Nicht nur verweist die Herleitung informationeller Selbstbestimmung auf Interdependenzen zum Schutzgut autonomen Verhaltens.¹¹³ Immerhin wird die allgemeine Handlungsfreiheit regelmäßig als umfassendes Freiheitsrecht mit Auffangfunktion beschrieben.¹¹⁴ Wenn diese Beschreibung zutrifft, was hindert daran, die informationelle Selbstbestimmung als Teil oder als Konkretisierung der allgemeinen Handlungsfreiheit zu sehen? Und was macht dann überhaupt die Abgrenzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder zuvor des Schutzes der Privatsphäre nötig?

109 Alexy, *Theorie der Grundrechte*, S. 311 f., 330 ff.; *Schmitt Glaeser*, *Privatsphäre*, Rn 18. Ähnlich auch *Jarass*, *Persönlichkeitsrecht*, S. 858 f. Außerdem *Höfling*, in: *BlnKomm*, Art. 2 Rn 37, mit dem Hinweis, dies sei „grob vereinfachend“.

110 Etwa *Scholz*, *Grundrecht*, bes. S. 265 ff.; *Rohlf*, *Privatsphäre*, S. 70 ff.; *Schmitt Glaeser*, *Privatsphäre*, Rn 27.

111 *Jarass*, *Persönlichkeitsrecht*, S. 857, der aber andererseits, S. 858 f., meint, es handele sich um zu trennende Schutzbereiche (oben Fn 109).

112 Darauf reagierende Einengungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung – siehe etwa *Vogelgesang*, *Grundrecht*, S. 62 ff. – leiden unter der vorschnellen Unterstellung, daß – erstens – das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht tatsächlich auf eine engere persönliche Lebenssphäre zielt und daß – zweitens – das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein solches Schutzziel fortsetzt, obwohl das Bundesverfassungsgericht zwar an das allgemeine Persönlichkeitsrecht anknüpft, die dogmatische Herleitung aber über die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit führt.

113 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

114 Etwa *Badura*, *Staatsrecht*, S. 121; *Degenhart*, *Handlungsfreiheit*, S. 163; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 2 Rn 12 ff.; *Erichsen*, *Handlungsfreiheit*, Rn 13 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn 2; *Höfling*, in: *BlnKomm*, Art. 2 Rn 53 ff.; *Merten*, *Entfaltung der Persönlichkeit*, S. 348 ff.; *Pieroth*, *Auffangfunktion*, S. 33; *Lege*, *Handlungsfreiheit*, bes. S. 755 ff.

Wegen dieser zahlreichen und tiefgehenden Unklarheiten in der gängigen Differenzierung von allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht verdient ein anderer Ansatz Aufmerksamkeit. In dessen Mittelpunkt steht die These, die einschlägige Rechtsprechung lasse sich mit der Unterscheidung von Verhalten und Information beobachten.¹¹⁵ Dabei rücken verschiedenartige Schutzgegenstände in den Vordergrund. Läßt sich die Rechtsprechung grundsätzlich mit dieser These aufbereiten, werden die unterschiedlichen Stränge verständlich. Außerdem bestätigt sich der Eindruck, daß sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einer Unterordnung unter die allgemeine Handlungsfreiheit sperrt. Für die allgemeine Handlungsfreiheit bedeutet das allerdings, daß sie bestimmte Schutzzinhalte nicht erfassen und deshalb nicht als „allgemeines Freiheitsrecht“ und als Auffangtatbestand fungieren kann. Man steht dann, nachdem sich bereits Grundlagen und Aussagen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als diffus erwiesen haben, auch noch vor der Frage, was die allgemeine Handlungsfreiheit eigentlich schützt und inwiefern das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dagegen abzugrenzen ist.

Nach all dem bietet sich eine umfassendere Aufarbeitung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG an. Sie macht auch deshalb Sinn, weil angesichts der vielfältigen Fragen, die das Volkszählungsurteil hinsichtlich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung offen gelassen hat, nicht bloß eine Genese aufzuzeigen ist, die sich im wesentlichen erledigt hat. Vielmehr liefert sie gleichzeitig ein übergreifendes Raster, das man für das nähere Verständnis der informationellen Selbstbestimmung nutzen könnte. Die folgende Analyse geht der Entwicklung der Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG mit Hilfe der These nach, daß sie sich zumindest auch mit der Unterscheidung von Verhalten und Information rekonstruieren läßt. Dabei wird vor allem von Interesse sein, wie der informationsorientierte Individualschutz entwickelt und gestaltet wird.

I. Festlegungen und Mehrdeutigkeit in der Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit

1. Die Limitationen der Auslegungsentscheidungen

Die drei verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten des Art. 2 Abs. 1 GG, die das Bundesverfassungsgericht in der Investitionshilfe-Entscheidung einander gegenüberstellt¹¹⁶, setzen Eckwerte, die für nachfolgende Entscheidungen grundlegend bleiben. Der erste Interpretationsvorschlag begrenzt den Schutz auf ein Mindestmaß menschlicher Handlungsfreiheit, ohne das der Mensch seine Wesensanlage als geistig-sittliche Person überhaupt nicht entfalten kann¹¹⁷. Als zweite Möglichkeit nennt das Gericht die Verbürgung umfassender Handlungsfreiheit, die aber von vornherein durch den Vorbehalt des Art. 2

115 Podlech, AK-GG zu Art. 2 Abs. 1, Rn 17 ff.

116 BVerfGE 4, 7 (15 f.).

117 Dies wohl mit Bezug auf Peters, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 669 ff.

Abs. 1 Hs. 2 GG begrenzt wird. Diese Interpretation entnimmt es nicht allein dem Normtext. Es bettet sie ein in allgemeine Erwägungen zum grundgesetzlichen Bild des Verhältnisses von Individuum und Gemeinschaft, das nicht von einem isolierten souveränen Individuum ausgehe, sondern von einer gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Person, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.¹¹⁸ Die dritte Normauslegung ist die der Gewährleistung umfassender Handlungsfreiheit, die durch die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne aller formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtsnormen eingeschränkt wird. Während die zweite Interpretationsmöglichkeit die verfassungsmäßige Ordnung in Interdependenz zur verfassungsrechtlichen Stellung der Person als Gemeinschaftsvorbehalt liest, wirkt der Begriff in der dritten Fassung wie ein nicht näher qualifizierter Gesetzesvorbehalt.

In diesem Raster behält jede Option den grundsätzlichen Bezug auf das Verhalten oder auf Handlungen. Es wird also nicht etwa der Begriff der „Persönlichkeit“ in den Vordergrund gerückt, im Hinblick auf den die Chance freien Verhaltens nur eine Teilperspektive der grundrechtlichen Verbürgung sein könnte. Da jede Option das gleiche Schutzzut betrifft, geht es hinsichtlich des Schutzbereichs um nur zwei Varianten, die in der Reichweite grundrechtlich geschützter Entfaltung linear differieren: ein enger Schutz der Verhaltensfreiheit steht einem umfassenden Schutz gegenüber. Genau diese Alternative entscheidet das Bundesverfassungsgericht dann – mit vornehmlich systematischen und entstehungsgeschichtlichen Argumenten¹¹⁹ – im Elfes-Urteil zugunsten des weiten Schutzes, der Interpretation als allgemeine Handlungsfreiheit.¹²⁰ Die Auslegung des Vorbehalts des Art. 2 Abs.1 Hs. 2 GG, die im Investitionshilfe-Urteil noch in drei Varianten präsentiert worden ist, folgt der weiten Gewährleistungsinterpretation. Allerdings entscheidet das Gericht sich dabei nicht für eine der beiden in Betracht kommenden Varianten, sondern kumuliert sie, obwohl es sich um zwei ganz unterschiedliche Ansätze handelt.¹²¹ Hier liegt die Ursache des „doppelten“ Vorbehalts, der bei der Analyse des Volkszählungsurteils bereits als überflüssig und mißverständlich kritisiert worden ist.¹²²

Was meint das Bundesverfassungsgericht in der Elfes-Entscheidung mit der „allgemeinen Handlungsfreiheit“? Dem Sachverhalt nach ging es um die Verhaltenschance der Ausreise aus dem Bundesgebiet, und durch die Anknüpfung an den Investitionshilfe-Beschluß wird der Bezug auf Handlungen aufgegriffen. Das Gericht spricht von der allgemeinen menschlichen Handlungsfreiheit, verweist auf die ursprüngliche Fassung „Jeder kann tun und lassen was er will“ und setzt die allgemeine Handlungsfreiheit des

118 Daß diese Sicht weitgehend auf einer vom Normtext gelösten „vorpositiven Gesamtschau“ aufbaut, erkennt man deutlich bei *Wintrich*, Problematik der Grundrechte, S. 5 ff.; *dems.*, Auslegung und Anwendung, S. 1 ff., bes. S. 4.

119 Zum Zusammenhang mit Ausführungen des KPD-Urteils – BVerfGE 5, 85 (204) – siehe den Verweis in BVerfGE 6, 55 (81) und Scholz, Grundrecht, S. 86. Kritisch zur Begründung der Elfes-Entscheidung *Peters*, Recht auf freie Entfaltung, S. 15 ff.; *Scholz*, Grundrecht, S. 87 f.; BVerfGE 80, 137 (165 f. – Sondervotum –); *Duttge*, Recht, S. 293 ff.

120 BVerfGE 6, 32 (36 ff.).

121 Ganz deutlich etwa bei *Wintrich*, Problematik der Grundrechte, S. 24 ff.

122 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.1.

Art. 2 Abs. 1 GG gegen die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche ab.¹²³ Also scheint die Gewährleistung ein durchaus abgrenzbares Schutzgut zu haben, nämlich – wie der Begriff auch schon sagt – auf den Schutz von Handlungen bzw. von individuellem Verhalten ausgerichtet zu sein. Doch dies wird nicht explizit herausgearbeitet. Einige Ausführungen der Begründung klingen auch, als gehe das Gericht von einem Freiheitsrecht aus, dessen Schutzbereich unbestimmt bleibt und sich erst und nur in Abgrenzung gegen staatliche Eingriffe herauskristallisiert.¹²⁴ Man wird zumindest im Rückblick nicht davon ausgehen, daß das Gericht damit das Konzept verfolgt hat, das Grundrecht als Eingriffsfreiheit auszugestalten. Dennoch führt die Ambivalenz der Begründung des Elfes-Urteils zu einer mehrlinigen Entwicklung, auf die noch eingegangen wird¹²⁵. Zuvor sind einige Überlegungen dazu erforderlich, warum die Frage nach dem Schutzgut der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht vernachlässigbar ist.

2. Das Schutzgut als Bezugspunkt dogmatischer Strukturierung

Wird der Gewährleistungsbereich als „allgemeine Handlungsfreiheit“ umschrieben, beschränkt er sich nicht auf den Schutz näher bezeichneter Handlungen. Eine sachliche Begrenzung durch zusätzliche Kriterien, die bestimmte Verhaltensweisen wegen einer besonderen Gefährdung durch staatliche Reglementierungen hervorheben, gibt es also nicht. Dennoch wäre die Folgerung verfehlt, der Regelungsbereich könne überhaupt nicht eingegrenzt werden. Beschreibt man ihn als Handlungsfreiheit oder als die Freiheit, „zu tun und zu lassen, was man will“, bezieht er sich nur auf Handlungen (einschließlich des Unterlassens von Handlungen). Geschützt wird die individuelle Entscheidung, sich so und nicht anders bzw. sich nicht so, sondern anders zu verhalten. Dieser Bezug wird oft als implizite Selbstverständlichkeit mitgeführt und manchmal auch herausgearbeitet.¹²⁶ Er wird aber regelmäßig in der dogmatischen Bedeutung nicht genügend ernst genommen. Setzt man die allgemeine Handlungsfreiheit mit einem allgemeinen Freiheitsrecht¹²⁷ oder einem Auffangtatbestand gleich, der den Grundrechtskatalog zu einem umfassenden System verfassungsrechtlich geregelter Freiheit abrundet¹²⁸, geht damit notwendigerweise die Aufgabe des Handlungsbezuges oder ein unpräzises Handlungsver-

123 BVerfGE 6, 32 (36 f.).

124 BVerfGE 6, 32 (37): Der Einzelne könne sich, soweit nicht besondere Lebensbereiche grundrechtlich geschützt sind, bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen, und ein Gesetzesvorbehalt sei nicht nötig gewesen, weil sich aus der Beschränkung der freien Entfaltung der Persönlichkeit durch die verfassungsmäßige Ordnung der Umfang staatlicher Eingriffsmöglichkeiten ohne weiteres ergebe.

125 Sogleich Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.3.

126 Etwa bei *Nipperdey*, *Freie Entfaltung*, S. 768: „... die umfassende Freiheit zum Handeln auf allen Lebensgebieten ...“ sowie S. 770: „Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist seinem Wesen nach tätigkeitsbezogen; der Mensch entfaltet sich im Handeln.“ (Hervorh. jeweils im Orig.). Eine nähere Ausarbeitung findet sich außerdem bei *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 311 ff.

127 Vgl. die Nachweise in Zweiter Teil, Fn 114.

128 *Erichsen*, *Handlungsfreiheit*, Rn 13.

ständnis¹²⁹ einher.¹³⁰ Doch die selektive Perspektive auf Handlungen kann nicht folgenlos verwässert oder aufgegeben werden. Sie liefert nämlich den Bezugspunkt, den man benötigt, um den Grundrechtsschutz vom Freiheitsrecht her dogmatisch strukturieren zu können.

Gewährleistungsbereich und Eingriffsverständnis können – wie in den Ausführungen zu den dogmatischen Grundlagen erläutert¹³¹ – nicht beide zugleich unbestimmt gehalten oder ins Beliebigte variiert werden. Wenn man den Schwerpunkt auf die Gewährleistung legen und den Eingriffsbegriff variabel und relativ unbestimmt halten will, braucht man eine präzise Gewährleistungsbeschreibung, die etwas als geschützt herausstellt. Damit wird nicht lediglich das Schutzgut von Nicht-Geschütztem unterschieden. Vielmehr kann man nur bei einem abgegrenzten Schutzgut einen Vorher/Nachher-Vergleich anstellen und so eine Beeinträchtigung konstatieren, im Hinblick auf die geprüft werden kann, ob eine (für die Beeinträchtigung kausale) staatliche Maßnahme als „Eingriff“ anzusehen ist. Beispielsweise ist das Schutzgut der individuellen „Freiheit“ jedenfalls dann, wenn dem Freiheitsbegriff nicht sogleich eine einengende Vorstellung unterlegt wird, mit deren Hilfe man einen selektiven Zugriff und Konturen gewinnen kann¹³², aus sich heraus zu unbestimmt, um Grundlagen für eine dogmatische Strukturierung von der Gewährleistung her zu bieten. Eine Vernachlässigung des grundrechtlichen Schutzguts wird möglich, wenn man statt bei der Gewährleistung beim Eingriff ansetzt und den grundrechtlichen Schutz als Freiheit von staatlichen Eingriffen versteht. Eine „Eingriffsfreiheit“ meint gerade, daß das Schutzgut unbestimmt bleibt und sich erst in Abgrenzung gegen staatliche Eingriffe herauskristallisiert. Sie fällt nicht mit einem Popularanspruch auf verfassungsmäßiges staatliches Verhalten zusammen. Ein solcher Anspruch berechtigt jeden in bezug auf jede staatliche Maßnahme, oder er knüpft – dann schon enger – an eine unbestimmt belassene individuelle Betroffenheit an. Die Eingriffsfreiheit verweist dagegen auf eine bestimmte Form staatlicher Tätigkeit, so daß der individuelle Anspruch

129 Für ein präzises Verständnis des Schutzguts „Verhalten“ demgegenüber *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 66 II 2 (S. 628 ff.). Vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 311 ff. (dies allerdings nicht ganz ohne Widersprüche; siehe sogleich Fn 132).

130 Für viele etwa *Merten*, Entfaltung der Persönlichkeit, der einerseits (S. 346) von der Handlungsfreiheit als Freiheit der (Nicht)betätigung spricht, andererseits (S. 348) ausführt, die allgemeine Handlungsfreiheit greife als Auffanggrundrecht ein, wenn und soweit ein bestimmtes Verhalten oder ein bestimmter Lebensbereich nicht durch Spezialgrundrechte gesichert seien. Siehe auch den Hinweis bei *W. Schmidt*, Freiheit vor dem Gesetz, S. 50, daß nicht die Freiheit zum Handeln, sondern nur eine (formale) „allgemeine Eingriffsfreiheit“ als (inhaltsleeres) „Hauptfreiheitsrecht“ umgesetzt werden könne.

131 Zum folgenden vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A. und C.

132 Es ist deshalb kein Zufall, daß *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 314 ff., den gegenüber einem allgemeinen Freiheitsrecht geäußerten Einwand der inhaltlichen Leere nur mit Bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit zu widerlegen meint. Vgl. auch – im Anschluß an *Alexy* – *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 21 ff. Dabei betont *Alexy* selbst zuvor, daß das allgemeine Freiheitsrecht über den Schutz von Handlungen hinaus den Schutz von Zuständen (soll heißen: Eigenschaften und Situationen) und Rechtspositionen erfasse und damit auch das tatsächliche und rechtliche „Sein“ des Grundrechtsträgers schütze (a.a.O., S. 311 ff.). Ist mit dem „Sein“ des Grundrechtsträgers ein umfassender Freiheitsschutz gemeint (vgl. allerdings a.a.O., S. 194 ff.), läßt sich kein Schutzzinhalt mehr herausstellen, weil jede Selektion willkürlich wäre.

auf Eingriffsfreiheit über das Eingriffsverständnis restringiert werden kann. Sie ist daher mit einem Individualrechtsschutzsystem vereinbar, wenn der Eingriffsbegriff so gefaßt ist, daß nur bestimmte Rechtsnormen oder Maßnahmen – etwa gebietende oder verbietende Anordnungen – in eine Beziehung zur individuellen Freiheit gesetzt werden.

Die Sicht des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit ist ein vom Gewährleistungsbereich ausgehender Ansatz¹³³, wenn man den Bezug auf individuelles Verhalten wahrt. Es tauchen zwar noch genügend Schwierigkeiten auf, wie ein reales Geschehen in eine Handlungsbeschreibung einzubinden ist, etwa im Hinblick darauf, welches Abstraktionsniveau man zu wählen hat.¹³⁴ Auch bleibt das Schutzgut in einer regelmäßig nicht bearbeitbaren Abstraktionshöhe, solange nicht – im Rahmen des zu entscheidenden Konflikts unter Berücksichtigung der streitigen Maßnahme, aber auch des Vortrags des Betroffenen¹³⁵ – eine Spezifizierung der einen Grundrechtsschutz beanspruchenden Verhaltensweise vorgenommen wird. Der Bezug auf Handeln strukturiert die Realität durch eine spezifische Beobachtungsperspektive, die aus dem Schutzzinhalt der grundrechtlichen Verbürgung gewonnen wird. Die Abgrenzbarkeit eines Handlungsereignisses aus dem Geschehen ermöglicht die Unterscheidung von Verhaltensalternativen. Ein Vorher/Nachher-Vergleich der grundsätzlich zur Verfügung stehenden Verhaltensmöglichkeiten kann Beeinträchtigungen aufzeigen, ohne daß man auf einen feststehenden Eingriffsbegriff angewiesen wäre. Erst und nur aufgrund der tatbestandlichen Restriktion läßt sich der Grundrechtsschutz prinzipiell vom Gewährleistungsbereich her auffüllen. Für diese Form dogmatischer Strukturierung ist der Bezug auf Handlungen deshalb unverzichtbar. Eine Abstraktion in die Richtung eines allumfassenden Freiheitsrechts oder eine Sicht als „Eingriffsfreiheit“ ändern den dogmatischen Ansatz.¹³⁶

3. Handlungen als Schutzgut und die Erweiterungen des Schutzes

Nach diesen Überlegungen kann man sich schon denken, welches Problem bei einer im Schutzgut präzise verstandenen „allgemeinen Handlungsfreiheit“ Schwierigkeiten bereitet: Die Fassung ist nicht zu weit, sondern zu eng. Wer mehr Differenzierung wünscht, kann auch sagen: die Fassung mag zu weit sein – insofern sie sich ohne nähere Konkretisierung auf jegliches Verhalten erstreckt –, sie ist jedenfalls zu eng, weil ihr Bezugspunkt nur auf Handlungen ausgerichtet ist. Die Weite der Fassung ist für sich genommen

133 Nur vorsorglich sei betont, daß es hier um den konstruktiven Ansatz und die Bedingungen seiner Möglichkeit geht, also weder um die verfassungsgerichtliche Praxis oder die Sicht in der Literatur noch um die Frage, ob Art. 2 Abs. 1 GG tatsächlich eine allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet.

134 Vgl. auch den Hinweis bei Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 332, daß es unendlich viele Handlungsbeschreibungen gibt.

135 Vgl. W. Schmidt, Freiheit vor dem Gesetz, S. 45 m.w.N.; Sachs, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 66 II 2 (S. 629).

136 Dazu W. Schmidt, Freiheit vor dem Gesetz, mit den Hinweisen, daß die Ausfüllung des Art. 2 Abs. 1 GG mit einer möglichen „aktiven Gestaltung seiner Lebensführung durch den Grundrechtsträger“ (also einer Freiheit zum Handeln) die Handlungsfreiheit sofort des allumfassenden, allergänzenden

jedenfalls hinsichtlich der Möglichkeit einer dogmatischen Strukturierung, die bei dem grundrechtlichen Schutzbereich ansetzt, kein so entscheidendes Problem. Sie bleibt handhabbar, solange man mit Rekurs auf den vorgetragenen Sachverhalt ein bestimmtes Verhalten als in Frage stehendes Schutzgut herauskristallisieren und dann weiterfragen kann, ob die Freiheit, sich so bzw. sich nicht so zu verhalten, durch eine dem Staat zurechenbare Maßnahme beschränkt worden ist. Die Enge der Fassung führt dagegen zu Schwierigkeiten, wenn es um Konstellationen geht, die sich mit dem Bezugspunkt „Handlungen“ nicht bearbeiten lassen.

Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat das Elfes-Urteil, wie bereits angedeutet, die Basis für eine mehrlinige Entwicklung geliefert. In einer Reihe von Entscheidungen kann man einen Bezug auf Handlungen und damit die Freiheit, sich auf eine gewünschte Weise zu verhalten, als Schutzgut des Art. 2 Abs. 1 GG deutlich herausarbeiten. Ein entsprechender Bezug läßt sich sowohl bei einem Verhalten, das man im engeren Sinne als individuelles Handeln bezeichnen könnte¹³⁷, als auch dann bilden, wenn das eigene Verhalten nur durch Mitwirkung eines anderen entstehen kann und seinen Sinn daher erst in sozialer Interaktion gewinnt¹³⁸. Außerdem gibt es Verhaltensweisen, die auf eine soziale Institution – etwa den Markt – angewiesen und erst möglich sind, wenn man deren Vorhandensein und Funktionieren voraussetzt.¹³⁹ Demgegenüber reicht in anderen Konstellationen ein Bezug auf ein spezifiziertes Verhalten nicht oder kann erst gar nicht hergestellt werden. Auch hier prägen frühe Entscheidungen die weitere Rechtsprechung mit einer ganz bestimmten Lösung. Das Bundesverfassungsgericht ersetzt den Handlungsbezug nicht durch ein anderes präzisiertes Schutzgut. Es wählt den Weg in die Abstraktion. Das Ergebnis der maßgebenden Entscheidungen ist zum einen die „Freiheit“ (in wirtschaftlicher Hinsicht), zum anderen der „grundrechtliche Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist“.

Die Entscheidung des Zweiten Senats zum Preisgesetz¹⁴⁰ rückt die Handlungsfreiheit bereits in die Nähe eines Freiheitsschutzes als solchem, indem die „Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr“ und die „Vertragsfreiheit“ umstandslos als „Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit“ angesehen werden.¹⁴¹ Dabei hätte die zugrunde liegende Kon-

Charakters beraubt (S. 49) und daß die Freiheit zum aktiven Handeln nicht eine Konkretisierung der (passiven) allgemeinen Freiheit von Eingriffen sein kann (S. 50).

- 137 Vgl. BVerfGE 21, 312 (321 f.): gesetzlicher Zulassungstatbestand für die Errichtung einer Anlage; BVerfGE 55, 159 (165 ff.): Ausübung der Jagd; BVerfGE 54, 143 (146): Verbot, Tauben zu füttern; BVerfGE 59, 275 (278): Gebot, beim Kraftradfahren einen Schutzhelm zu tragen; BVerfGE 80, 137 (152 ff.): Reiten im Wald.
- 138 BVerfGE 17, 306 (313, 315): Mitnahme eines Fahrgastes gegen Kostenbeteiligung; BVerfGE 20, 150 (154 ff.): Durchführung von Sammlungen; BVerfGE 90, 145 (171 f., 185 ff.): Handel mit bzw. Erwerb von Cannabisprodukten.
- 139 BVerfGE 52, 277 (282 f.): Teilnahme an öffentlichen Tanzveranstaltungen; BVerfGE 13, 230 (233): Einkauf in Geschäften; BVerfGE 21, 245 (249): Wahl zwischen verschiedenen Arbeitsvermittlungsmöglichkeiten; BVerfGE 46, 120 (137): Möglichkeit, sich Datenübertragungsanlagen auf dem freien Markt zu beschaffen.
- 140 BVerfGE 8, 274.
- 141 BVerfGE 8, 274 (328).

stellation – die staatliche Einwirkung auf Entgelte für Güter und Leistungen – schon Anlaß für eine Differenzierung von Schutzgütern geben können, welche die Reichweite der Handlungsfreiheit als begrenzt kennzeichnet. Bei der „Vertragsfreiheit“ handelt es sich sowohl um eine interaktionistische¹⁴² als auch um eine von ihrer rechtlichen Institutionalisierung lebende¹⁴³ Freiheit, deren Kern man in der Möglichkeit sehen mag, sich selbst und einen anderen in rechtlich abgesicherter Weise an einen Güter- oder Leistungsaustausch zu binden. Ordnet man sie der allgemeinen Handlungsfreiheit zu statt sie dagegen abzugrenzen, verliert die Handlungsfreiheit ihre Konturen. Im Ergebnis arbeitet der Senat aber auch nicht mit (wirtschaftlicher) „Freiheit“ als Schutzgut, sondern substituiert den Handlungsbezug durch das Schutzgut „Vertragsfreiheit“. Anders verläuft die Argumentation des Ersten Senats in einer Entscheidung, die den Schutz wirtschaftlicher Dispositionschancen gegen Steuerveranlagungen betrifft.¹⁴⁴ Das Gericht vertritt seit der Investitionshilfe-Entscheidung die Ansicht, Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schütze nicht „das Vermögen als solches“.¹⁴⁵ Beim Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG fällt allerdings auf, daß der durch eine Steuerveranlagung bewirkte Entzug von Geld keine unmittelbare Verhaltensregulierung darstellt. Das gilt selbst dann, wenn man direkt zu einer Zahlungshandlung verpflichtet wird, denn ähnlich wie bei der Auskunftspflicht¹⁴⁶ liegt die eigentliche Beeinträchtigung nicht in der Pflicht zu einer Zahlungshandlung als solcher, sondern in der Reduktion einer für Dispositionen zur Verfügung stehenden Geldmenge. Zentral ist also die Einengung finanzieller Entscheidungsmöglichkeiten oder auch eine – nur abstrakt zu fassende – Verringerung von Entfaltungschancen dadurch, daß die Mittel nicht nach eigenen Vorstellungen verwendet werden können. Die verfassungsgerichtliche Argumentation stützt sich auf die „allgemeine Handlungsfreiheit“, kann aber konstellationsbedingt kein Verhalten benennen, das konkret beeinträchtigt ist. Der Handlungsbezug wird daraufhin fallengelassen; das Schutzgut wird zur „Freiheit“ bzw. zur „Freiheit in wirtschaftlicher Hinsicht“ abstrahiert.¹⁴⁷ Den in dieser Fassung nichtssagenden Schutzbereich denkt das Gericht sogleich vom Eingriff her und verbindet ihn mit einem einengenden Eingriffsverständnis.

Der Beschluß zum Verbot der Herstellung von Arzneimitteln¹⁴⁸ zeigt dann sehr deutlich, daß das Gericht die Implikationen der allgemeinen Handlungsfreiheit – Handlungen als Schutzgut – mitvollzieht und dieses Schutzgut zu erweitern sucht, wenn es dem zu entscheidenden Fall nicht gerecht wird. Es ging um die Verfassungsmäßigkeit einer Geldstrafen-Verurteilung wegen Verstoßes gegen eine Verordnung, die die Herstel-

142 Höfling, Vertragsfreiheit, S. 48. Der dort in Anlehnung an Suhr, Entfaltung, 113 ff., und dens., Freiheit durch Geselligkeit, S. 534 f., verwendete Begriff „instrumentelle Freiheit“ sollte vermieden werden, weil Interaktion jedenfalls im Ansatz nicht als Zweck/Mittel-Verhältnis zu begreifen ist.

143 Flume, Rechtsgeschäft, S. 17 ff.; Roscher, Vertragsfreiheit, S. 46 ff.; Höfling, Vertragsfreiheit, S. 20 ff.; Erichsen, Handlungsfreiheit, Rn 56 ff.

144 BVerfGE 9, 3.

145 BVerfGE 4, 7 (15) und seitdem st. Rspr.

146 Vgl. die Ausführungen oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. und II.

147 BVerfGE 9, 3 (11).

148 BVerfGE 9, 83.

lung von Arzneifertigwaren einem grundsätzlichen Verbot unterwarf. Das Gericht behauptet zunächst eine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG. Es hält den Erlaubnisvorbehalt, nach dem Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot zugelassen waren, für zu unbestimmt und aus diesem Grund auch die Strafnorm, die der Durchsetzung des Verbots diene, für unvereinbar mit der Berufsfreiheit. Die selektive Aufmerksamkeit für diese Rechtsverletzung reicht dem Gericht jedoch nicht. Es thematisiert noch, ob eine auf einer verfassungswidrigen Norm beruhende Verurteilung zu einer Kriminalstrafe, hier einer Geldstrafe, wegen ihrer Folgewirkungen auf den Verurteilten als Person dessen Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung verletzt.¹⁴⁹ Ein Bezug zu einer konkreten Handlung oder auch nur zur Verhaltensfreiheit an sich läßt sich dabei nicht bilden, und das Gericht führt aus: „Die freie Entfaltung der Persönlichkeit erschöpft sich nicht in der allgemeinen Handlungsfreiheit, sondern umfaßt in unserer grundgesetzlichen Ordnung auch den grundrechtlichen Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist. Die Formulierung des Art. 2 Abs. 1 GG akzentuiert zwar besonders die aktive Gestaltung der Lebensführung durch den Grundrechtsträger selbst. Diese setzt aber die Freiheit von unberechtigten – also auch von nicht rechtsstaatlichen – Eingriffen der Staatsgewalt geradezu voraus.“ Das Gericht zielt offenbar darauf, auch Beeinträchtigungen der Persönlichkeit wie die psychische Belastung oder etwaige Stigmatisierungen aufzufangen. Schutzgüter, die solche Beeinträchtigungen abdecken, werden aber nicht präzisiert. Statt dessen arbeitet das Gericht mit der Figur des Grundrechtsvoraussetzungsschutzes¹⁵⁰ und gelangt darüber zur Freiheit von unberechtigten Eingriffen und zu dem – durchaus anders gestalteten und weitergehenden¹⁵¹ – Anspruch, nicht mit einem verfassungswidrigen Nachteil belastet zu werden. Dieses Vorgehen mag weniger auf dogmatischer Nachlässigkeit als auf der gewählten Problemstellung beruhen. Der staatliche Eingriff, die strafrechtliche Verurteilung, wird in bezug auf die mit ihm verbundenen Folgewirkungen thematisiert, die nicht in einer der Rechtswirkung des traditionellen Eingriffs entsprechenden Weise begrenzt sind. Das mag den abstrakten Ansatz fördern, bei der ein Anspruch auf verfassungsmäßiges staatliches Handeln an eine diffuse Betroffenheit geknüpft wird und offen bleibt, was genau mit einem „Nachteil“ gemeint ist. So kann auch gar nicht erst geprüft werden, ob das Grundrecht denn gerade gegen in Frage stehende Nachteile Schutz gewährt.

Mit diesen Entscheidungen ist das Grundmuster der weiteren Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG vorgegeben. Die Norm wird nicht nur auf die individuelle Verhaltensfreiheit bezogen, sondern über die Abstraktion von der allgemeinen Handlungsfreiheit zur Freiheit (von Nachteilen) in ihrer Reichweite erheblich erweitert. Die Terminologie – die allgemeine Handlungsfreiheit, die (gegebenenfalls sachlich konkretisierte) Freiheit oder

149 Ausdrücklich ging es dabei weder um die Strafe als Sanktion des vorangegangenen Verhaltens noch um die mit der Strafe begründete Zahlungspflicht, vgl. BVerfGE 9, 83 (88).

150 Zur Paradoxie dieser Konstruktion *Sachs* in: Stern, Staatsrecht III/1, § 66 II 5 (S. 670 f.).

151 Eine Freiheit von nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründeten Nachteilen unterscheidet sich von der Eingriffsfreiheit, weil die erste Konstruktion an eine irgendwie nachteilige Betroffenheit, die zweite an das Vorliegen eines „Eingriffs“ anknüpft, dessen Voraussetzungen zumindest traditionell enger gefaßt sind als die Bewirkung eines „Nachteils“.

der Anspruch, nicht mit einem verfassungswidrigen Nachteil belastet zu werden¹⁵² – wird nicht stringent jeweils nur für bestimmte Konstellationen verwendet, sondern wirkt austauschbar. Gelegentlich klingt auch das Muster einer Eingriffsfreiheit¹⁵³ oder eines Anspruchs auf verfassungsmäßiges staatliches Handeln¹⁵⁴ an; doch dabei kann man von einer bloß formelhaften Wendung ausgehen, die zusätzlich zur sonstigen Argumentation angeführt wird oder die als Kurzformel implizit auf frühere Entscheidungen Bezug nimmt¹⁵⁵. Ein solcher Hinweis auf die terminologische Praxis des Gerichts besagt allerdings wenig. Oben ist bereits deutlich geworden, daß ein grundrechtsdogmatischer Ansatz, der vom Gewährleistungsbereich her aufgebaut ist, bestimmte Anforderungen erfüllen muß, damit er nicht in eine Eingriffsfreiheit oder in einen Anspruch auf verfassungsmäßiges staatliches Verhalten ableitet. Wenn also die Freiheit von staatlichen Eingriffen tatsächlich „instrumentaler Ausdruck der dem Tatbestand des Art. 2 Abs. 1 GG thematisch zuzuordnenden Freiheitsverletzung“¹⁵⁶ sein soll, kann das Schutzgut nicht unbestimmt und kann nicht unbeantwortet bleiben, welche Freiheitsverletzungen Art. 2 Abs. 1 GG denn thematisch zuzuordnen sind. Die Schutzbereichsfassung des Art. 2 Abs. 1 GG, wie sie insbesondere in der Beschreibung als „Freiheit“ oder als Anspruch, nicht mit einem verfassungswidrigen Nachteil belastet zu werden, zum Ausdruck kommt, enthält aus sich heraus jedoch weder Begrenzungen noch ermöglicht sie überhaupt eine nähere Begründung bestimmter Schutzgüter. Falls man beispielsweise ernsthaft den „Nachteil“ ohne jeglichen Bezugspunkt beließe, müßte jede glaubhaft vorgetragene psychische Belastung durch eine staatliche Maßnahme genügen, damit die Kontrolle derer Verfassungsmäßigkeit in Gang gesetzt werden darf.¹⁵⁷ Trotzdem vermeidet es das Verfassungsgericht, den Grundrechtsschutz explizit umzustrukturieren. Schließlich sollte auch die Abstraktion des Schutzbereichs des Art. 2 Abs. 1 GG nicht eine grundsätzliche Neukonzeption einleiten, sondern nur der Erfassung ganz bestimmter Beeinträchtigungen dienen, die sich nicht als Verhaltenseinschränkungen problemlos der allgemeinen Handlungsfreiheit einpaßten. Dementsprechend betont das Gericht gelegent-

152 Dazu aus der Rechtsprechung nach BVerfGE 9, 93 (88); 19, 206 (215); 29, 402 (408); 33, 44 (48); 38, 312 (319 f.); 42, 20 (27 f.); 44, 59 (68 f.); 108, 186 (234).

153 Etwa BVerfGE 17, 306 (313 f.); 19, 206 (215 ff.); 19, 253 (257 ff.); 42, 20 (27); 55, 159 (165).

154 Etwa BVerfGE 11, 326 (328); 12, 99 (108 f.); 13, 215 (221 ff.); 18, 38 (46); 26, 246 (252 ff.); 29, 402 (408 ff.); 31, 311 (313 f.); 65, 182 (190 ff.); 65, 297 (303 f.).

155 Z. B. für BVerfGE 11, 326 (328) und 12, 99 (108 f.) vgl. BVerfGE 11, 150 (163 ff.); für BVerfGE 18, 38 (46) vgl. BVerfGE 10, 354 (363 ff.); für BVerfGE 13, 215 (221 ff.); 19, 206 (215 ff.); 19, 253 (257 ff.) und 29, 402 (408 ff.) vgl. BVerfGE 9, 3 (11). Zur Einschätzung insgesamt siehe auch Scholz, Grundrecht, S. 101 ff.

156 Scholz, Grundrecht, S. 103.

157 Insofern kann der grundrechtliche Anspruch, nicht mit einem verfassungswidrigen Nachteil belastet zu werden, mit einem allgemeinen Anspruch auf verfassungsmäßiges staatliches Handeln gleichgesetzt werden. Nicht überraschend ist, daß die verfassungsgerichtliche Schutzbereichsfassung zu der Diskussion geführt hat, inwieweit der Grundrechtsträger in seinen Interessen oder gegen eine „Betroffenheit“ geschützt ist. Siehe Bernhardt, Anfechtung, S. 306; Brohm, Dogmatik, S. 272 f.; Krebs, Subjektiver Rechtsschutz, S. 202 ff.; Lorenz, Rechtsschutz, S. 62 ff.; Zuleeg, Daseinsberechtigung, bes. S. 514; Pietzcker, „Grundrechtsbetroffenheit“, S. 131 ff.

lich, keineswegs jeder „Nachteil“ sei grundrechtsrelevant.¹⁵⁸ Außerdem zeigt der Überblick über die weitere Rechtsprechung, daß sich ganz bestimmte Themen der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ des Art. 2 Abs. 1 GG herauskristallisieren.¹⁵⁹ Als – nahezu zwingende – Konsequenz des grundrechtsdogmatischen Ansatzes bleiben deren Selektion und Herleitung dunkel; Abstraktionsniveau und Inhalt des jeweils konkretisierten Schutzguts weisen keine einheitliche Linie auf. Die Rechtsprechung zerfällt in Schutzgutkonkretisierungen, die ihrem Inhalt und ihrer dogmatischen Struktur nach ganz verschiedenartig sind und deren Auswahl und dogmatische Aufbereitung deutliche Begründungsdefizite aufweisen.

So setzt das Gericht die Schutzgutbeschreibung teilweise mit einem abstrakten Kompaktbegriff an, etwa als „wirtschaftliche Betätigungsfreiheit“¹⁶⁰ oder als „freie Entfaltung der unternehmerischen Initiative“¹⁶¹. Inhalt und dogmatische Struktur des Schutzguts werden dabei und auch in anderen Fällen oft nicht näher aufgeschlüsselt oder differenziert.¹⁶² Neben der individuellen „natürlichen“ Verhaltensfreiheit¹⁶³ stehen interaktionistische und/oder durch die Rechtsordnung vermittelte Freiheiten, wie das Recht, eine nichteheliche Lebensgemeinschaft zu begründen und aufrechtzuerhalten¹⁶⁴, das Führen eines Titels¹⁶⁵, die Vertragsfreiheit¹⁶⁶, die Privatautonomie¹⁶⁷ oder das Recht des

158 Vgl. BVerfGE 40, 141 (165 f., 177 ff.); 49, 1 (7 f.); besonders deutlich: 49, 10 (23 f.); 62, 397 (399); 76, 1 (72); 77, 84 (101). Vgl. auch BVerfGE 97, 350 (377): „Ungeachtet der Frage, wie der Gewährleistungsinhalt des Art. 2 Abs. 1 GG im einzelnen zu bestimmen und die Verletzung dieses Grundrechts von der bloßen Betroffenheit durch eine objektiv-rechtlich rechtswidrige Belastung abzugrenzen ist, bietet die allgemeine Handlungsfreiheit ebenso wie alle anderen Grundrechte keinen Schutz gegen die im Vollzug des EG-Vertrages zu treffende Entscheidung über die Gründung einer Europäischen Währungsunion mit bestimmten Mitgliedstaaten, die sich auf politisch zu verantwortende Feststellungen, Einschätzungen, Bewertungen und Prognosen stützt und im Geltungsbereich des Grundgesetzes von Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat verantwortet wird.“ Außerdem BVerfGE 98, 218 (259), mit dem Hinweis darauf, daß „Art. 2 Abs. 1 GG dem Grundrechtsträger keinen Anspruch darauf verleiht, für das Ergebnis wirtschaftlicher Betätigung einen Abnehmer zu finden.“

159 Vgl. dazu auch *Lorenz*, Handlungsfreiheit, S. 215 ff.

160 Dazu und zu ähnlichen Formulierungen BVerfGE 8, 274 (328 f.); 12, 341 (347 f.); 15, 235 (239); 18, 315 (327); 23, 12 (30); 25, 371 (407); 27, 375 (384 f.); 28, 66 (76); 29, 260 (266 f.); 31, 222 (229); 37, 1 (18); 42, 374 (385); 45, 142 (160); 50, 290 (366); 65, 196 (209 f.); 70, 115 (123); 73, 261 (270); 74, 129 (151 f.); 75, 108 (154); 77, 84 (114, 118); 78, 232 (244); 82, 159 (190 f.); 89, 48 (61 ff.); 97, 169 (176).

161 So oder ähnlich in BVerfGE 12, 341 (348); 14, 263 (282); 29, 260 (266 f.); 50, 290 (366); 65, 196 (210); 97, 67 (79, 83).

162 Die unbestimmten Schutzbereichsfassungen bei Art. 2 Abs. 1 GG bieten für eine Aufschlüsselung auch keine Maßstäbe. Daß dadurch Schwierigkeiten der Abgrenzung zu den „Spezialgrundrechten“ prädestiniert sind, sei hier nur am Rande bemerkt. Vgl. bereits *W. Schmidt*, Freiheit vor dem Gesetz, S. 52 f.

163 Vgl. dazu die Nachweise oben im Text in diesem Punkt.

164 BVerfGE 82, 6 (16 f.); 87, 234 (267 ff.).

165 BVerfGE 26, 246 (252 ff.).

166 BVerfGE 8, 274 (328 f.); 12, 341 (347); 17, 232 (251); 21, 87 (91); 57, 139 (158 ff.); 60, 329 (339 ff.); 65, 196 (209 ff.); 70, 1 (25 ff.); 70, 115 (123 f.); 73, 261 (270 ff.); 74, 129 (151 f.); 77, 370 (379 f.); 86, 122 (130); 88, 384 (403); 89, 48 (61 ff.); 95, 267 (303 ff.); 103, 89 (100 ff.).

167 BVerfGE 72, 155 (170 ff.) – im gegebenen Fall auch unter dem Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts behandelt; 81, 1 (10 f.); 89, 214 (231 ff.).

Aufenthalts im Bundesgebiet¹⁶⁸. Die finanzielle Dispositionsfreiheit ist in ganz umfassender Weise Gegenstand des Art. 2 Abs. 1 GG, etwa bei Steuer- bzw. Abgabenbelastungen¹⁶⁹, bei der Anrechnung von Nebentätigkeitseinkünften auf einen Unterhaltszuschuß¹⁷⁰ oder bei durch Gesetz begründeten zivilrechtlichen Verbindlichkeiten¹⁷¹. Selbst gegen eine Erhöhung der Gebühren für eine staatliche Leistung soll man sich grundrechtlich zur Wehr setzen können.¹⁷² Zum Schutzbereich der Norm zählt das Gericht daneben die Entwicklung des Kindes allgemein¹⁷³ sowie die Entfaltung und die (Bildungs)Chancen in der staatlichen Einrichtung Schule¹⁷⁴. Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung und der selbstverantwortlichen Eigenvorsorge schützt Art. 2 Abs. 1 GG gegen die durch Hoheitsakt konstituierte Mitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Verbänden¹⁷⁵, gegen Zwangsversicherungen¹⁷⁶ oder gegen die Anordnung einer Zwangspflegschaft¹⁷⁷. Die Norm gewährleistet auch Rechtsstellungen, so die Mitgliedschaft im Personalrat¹⁷⁸, die Dienstaufsicht¹⁷⁹ und die (rechtliche) Fähigkeit, als Bevollmächtigter aufzutreten¹⁸⁰. Ganz vielgestaltig sind die Ansprüche, die die Rechtsstellung der Betroffenen in einem staatlich betriebenen Verfahren sichern, indem sie sich zum Beispiel auf die Durchführung des Verfahrens überhaupt¹⁸¹ oder auf angemessene Einflußchancen¹⁸² richten. Da-

168 BVerfGE 35, 382 (399 ff.); 49, 168 (180 ff.); 76, 1 (71); 80, 81 (95 f.).

169 BVerfGE 7, 89 (92); 9, 3 (11); 18, 224 (231 ff.); 19, 206 (215 ff.); 19, 226 (237 ff.); 19, 248 (251 ff.); 19, 253 (257 ff.); 19, 268 (273 ff.); 21, 1 (3 ff.); 21, 54 (59 ff.); 21, 209 (214 ff.); 23, 288 (300 ff.); 25, 216 (223 ff.); 26, 1 (7 ff.); 27, 375 (384 ff.); 29, 402 (408 ff.); 31, 145 (173 ff.); 37, 1 (17 f.); 42, 374 (385 ff.); 44, 59 (68 f.); 44, 216 (223 ff.); 48, 102 (115 ff.); 57, 139 (158, 165 ff.); 67, 256 (273 ff.); 75, 108 (154 ff.); 78, 249 (277 ff.); 87, 153 (169 ff.); 91, 207 (221 ff.); 92, 91 (113 ff.); 93, 121 (136 ff.); 93, 319 (338 ff.); 97, 332 (340 ff.); 108, 186 (234). Abweichend BVerfGE 12, 341 (347 f.).

170 BVerfGE 33, 44 (48 ff.).

171 BVerfGE 57, 361 (378 ff.); 63, 88 (108 ff.); 80, 286 (292 ff.). Vgl. auch – aus dem Rahmen fallend und im Ansatz dogmatisch zweifelhaft – BVerfGE 96, 375 (397 ff.).

172 BVerfGE 28, 66 (76 ff.).

173 Dies allerdings als Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit: BVerfGE 24, 119 (144); 64, 180 (187 ff.); in späteren Entscheidungen wird auf das Persönlichkeitsrecht Bezug genommen: BVerfGE 72, 122 (132 ff.); 75, 201 (217 ff.); 79, 51 (63 ff.); 83, 130 (140 ff.).

174 BVerfGE 34, 165 (200); 41, 88 (116 ff.); 45, 400 (413, 417); 51, 268 (287 ff.); 53, 185 (203 f.); 58, 257 (272 ff.); 88, 40 (46 f.); 96, 288 (304); 98, 218 (257).

175 BVerfGE 10, 89 (99 ff.); 15, 235 (239 ff.); 38, 281 (297 ff.); 78, 320 (329 ff.).

176 BVerfGE 10, 354 (363 ff.); 12, 319 (323 f.); 13, 21 (26 ff.); 18, 38 (46); 29, 221 (235 ff.); 44, 70 (89 f.); 53, 313 (326 f.); 97, 271 (285 ff.); 109, 96 (109 ff.).

177 BVerfGE 19, 93 (95 ff.).

178 BVerfGE 51, 77 (86 f., 89).

179 BVerfGE 38, 139 (154).

180 Zum kommunalen Vertretungsverbot bei Rechtsanwälten BVerfGE 41, 231 (240 ff.); 52, 42 (51, 54 ff.); 56, 99 (107 ff.); 61, 68 (72); offen in der Zuordnung zu Art. 2 Abs. 1 GG oder zu Art. 12 Abs. 1 GG BVerfG (Kammerbeschuß), DVBl 1988, 54 ff. (55).

181 BVerfGE 49, 148 (155 ff.); 50, 1 (3 f.); 50, 115 (120 ff.); 51, 146 (149 f.); 52, 203 (206 ff.); 53, 25 (28 f.); 57, 117 (120 f.); 62, 216 (221 f.); 69, 381 (385 ff.); 79, 372 (375 ff.).

182 Für das Recht des Zeugen auf einen Rechtsbeistand: BVerfGE 38, 105 (111 ff.); zum Recht der Verteidigerwahl: 39, 156 (163, 166); 45, 272 (295 f.); 45, 354 (358 f.); 66, 313 (318 ff.); 68, 237 (255 f.); zum Anspruch auf Beordnung eines Verteidigers: 39, 238 (242 ff.); 46, 202 (209 ff.); 63, 380 (390 ff.); 70, 297 (322 f.); zum Anspruch auf einen Dolmetscher: 64, 135 (144 f.); zum Recht

bei und auch in anderen Konstellationen verknüpft das Verfassungsgericht das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Rechtsstaatsprinzip¹⁸³. Manchmal werden auch das Sozialstaatsprinzip¹⁸⁴ oder das Demokratieprinzip¹⁸⁵ eingesetzt, um den subjektivrechtlichen Grundrechtsschutz mit Hilfe objektivrechtlicher Maßstäbe inhaltlich anzureichern.

4. Der Sonderweg informationsorientierten Grundrechtsschutzes

Die Problematik der Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit oder als Freiheit von verfassungswidrigen Nachteilen stellt sich hier nicht in aller Breite. Die Ausgangsüberlegung war, daß es der Dichotomie von allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht an Kriterien mangelt, die diese Differenzierung stimmig machen und erklären können. Der zweite Punkt betraf die Frage, warum das Bundesverfassungsgericht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ zuordnet, obwohl es diese doch sonst – ohne in ein explizit eingegengtes Freiheitsverständnis oder ausdrücklich in eine Eingriffsfreiheit zu wechseln – zur „Freiheit“ als solcher abstrahiert. Nachdem die Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung die Vielgestaltigkeit der Schutzgüter belegt hat, die ohne hohen Begründungsaufwand und ohne Differenzierung dem Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet werden, fällt noch deutlicher auf, daß der grundrechtliche Schutz gegen den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten von Anbeginn an in eine gesonderte Entscheidungslinie eingebettet wird. Er zählt zunächst zu dem aus der allgemeinen Handlungsfreiheit ausdifferenzierten Recht auf Achtung der Privatsphäre.

auf eine Hauptverhandlung in Anwesenheit der Angeklagten bzw. der Verteidigung: 41, 246 (249 f.); 65, 171 (174 ff.); 89, 120 (129 ff.); zum Anspruch, nicht mit mehreren Strafverfahren zugleich überzogen zu werden: 56, 22 (36); zu Art und Umfang der Beweiserhebung: 52, 214 (219 ff.); 57, 250 (274 ff.); zur Anerkennung von Schriftsatzunterschriften: 78, 123 (126 f.); zur Weiterleitung von Schriftsätzen 93, 99 (112 ff.); zum Umfang der Akteneinsicht durch die Verteidigung: 63, 45 (60 ff.); zum Anspruch auf Anhörung außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 1 GG 101, 397 (404 ff.). Vgl. auch BVerfGE 91, 335 (338 ff.); 108, 238 (247 ff.); Beeinträchtigung durch die Gewährung von Rechtshilfe durch Zustellung einer Klage.

- 183 Neben den soeben genannten Nachweisen vgl. noch zum Vertrauensschutz: 13, 215 (223 ff.); 40, 65 (75 ff.); 53, 115 (127 ff.); 59, 128 (164 ff.); 63, 343 (353 ff., insbes. 357 mit der grundrechtsdogmatischen Begründung, die Verlässlichkeit der Rechtsordnung sei Voraussetzung der Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und dessen Vollzug); 72, 175 (196 ff.); 87, 48 (62 ff.); 88, 384 (403 ff.); 102, 68 (96 ff.); 103, 392 (403 ff.). Zum Grundsatz „keine Strafe ohne Schuld“ bzw. zur nur schuldangemessenen Bestrafung: 20, 323 (331 ff.); 58, 159 (163); 73, 206 (253); 75, 1 (16 f.); 80, 109 (120); 84, 82 (87 f.); 86, 288 (311 ff.); 95, 96 (140 ff.). Zur Unschuldsvermutung: 74, 358 (369 ff.); 82, 106 (114 ff.). Zum Bestimmtheitsgebot: 47, 327 (385 f.); 80, 103 (108). Zur Rechtssicherheit: 73, 339 (374 ff.); 87, 48 (62 ff.). Zum effektiven Rechtsschutz: 84, 366 (369 ff.); 93, 99 (107 ff.); 101, 275 (294 ff.). Zu dynamischen Verweisungen 64, 208 (214 ff.). Zur Gesetzesbindung der Rechtsprechung: 38, 386 (396 f.); 87, 273 (279 ff.). Zum Vorbehalt des Gesetzes: 78, 179 (196 ff.). Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: 50, 166 (175 ff.); 63, 88 (108 ff.); 73, 339 (374 ff.); 80, 103 (107 f.).

184 BVerfGE 40, 65 (75 ff.); 50, 57 (107 f.).

185 BVerfGE 64, 208 (214 ff.).

II. Die Ausdifferenzierung des Rechts auf Achtung der Privatsphäre

Das *Recht auf Achtung der Privatsphäre* hebt sich von den sonstigen Konkretisierungen im Rahmen der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ insofern ab, als es ein eigenständiges Schutzgut darstellt, das nicht mehr auf die allgemeine Handlungsfreiheit rückbezogen wird. Daher kann man von einer *Ausdifferenzierung* sprechen.

Die Gründe für diese Ausdifferenzierung werden – wie bereits dargelegt – in der Hervorhebung eines besonders geschützten engeren Bereichs gesehen. Zum Beleg wird häufig auf die bereits im Elfes-Urteil auftauchende Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung¹⁸⁶ verwiesen. Diese Figur bezeichne ein selbständiges Schutzgut, weil ein Wesensgehalt der allgemeinen Handlungsfreiheit wegen deren Inhaltsleere gar nicht denkbar sei¹⁸⁷ oder weil das Gericht eine Brücke zwischen den Alternativen der Persönlichkeitskerntheorie und der Sicht der allgemeinen Handlungsfreiheit habe aufrechterhalten wollen¹⁸⁸. Es habe Art. 2 Abs. 1 GG also von Anbeginn an einerseits restriktiv-material als Schutz der Privatsphäre, andererseits extensiv-allumgreifend als Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit interpretiert und dies im Verlauf seiner Rechtsprechung nur weiter entfaltet.¹⁸⁹

Wenn das Bundesverfassungsgericht im Elfes-Urteil ausführt, daß „dem einzelnen Bürger eine Sphäre privater Lebensgestaltung verfassungskräftig vorbehalten ist, also ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit besteht, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist“¹⁹⁰, zielt es jedoch nicht auf ein eigenständiges Schutzgut. Vielmehr will es den Einwand entkräften, das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG liefe als unter einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellte Handlungsfreiheit leer. In Entgegnung darauf weist es auf die Bindung der Gesetzgebung an substantielle Maßstäbe hin. Dazu zählt es insbesondere die Menschenwürde¹⁹¹ und die Wesensgehaltgarantie. Der Wesensgehaltschutz der sachlich nicht näher bestimmten Handlungsfreiheit muß einerseits hochabstrakt¹⁹², andererseits mit Hilfe zusätzlicher Maßstäbe beschrieben werden. Deshalb ist von der dem Bürger vorbehaltenen Sphäre „privater“ Lebensgestaltung die Rede. Die Terminologie entspricht dem Gedanken der grundsätzlich eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Entfaltung, der auch der allgemeinen Handlungsfreiheit zugrunde liegt. Den Zusammenhang des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung mit der Wesensgehaltgarantie zeigt im übrigen der Topos des „Sozialbezugs“, den

186 Vgl. BVerfGE 6, 32 (41).

187 So *Schulz-Schaeffer*, Freiheitssatz, S. 35 mit Hinweis auf *Lerche*, Übermaß, S. 298.

188 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 70.

189 Vgl. insbesondere *Scholz*, Grundrecht, S. 89 ff.

190 BVerfGE 6, 32 (41).

191 Vgl. dazu *Wintrich*, Auslegung und Anwendung, S. 7.

192 Vgl. den Hinweis bei *Wintrich*, Auslegung und Anwendung, S. 8: Der Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG, dessen Regelungsbereich für in ganz verschiedenartigen sozialen Zusammenhängen relevante Verhaltensweisen greift, variiert notwendig nach der Eigenart des betroffenen Lebensgebietes; seine Bestimmung folgt dem jeweils entwickelten Schutzzinhalt.

das Gericht als Abgrenzungsmaßstab verwendet.¹⁹³ Dahinter steht nicht die Vorstellung eines zurückgezogenen Individuums, dessen „wesentliche“ Entfaltung im Für-Sich-Sein stattfindet. Vielmehr orientiert sich das Gericht mit Blick auf die Funktion des Rechts daran, daß eine Handlung mit „Sozialbezug“ konfliktträchtig und damit regelungsbedürftig sein kann.¹⁹⁴ Der „Bezug auf das Soziale“, der eine Handlung „dem Recht zugänglich macht“, meint also ursprünglich nicht mehr, als daß überhaupt ein rechtlicher Regelungsbedarf besteht. Diese Orientierung entspricht ganz der Fragestellung, wann man einen Bereich aus rechtlicher Perspektive als unantastbar ansehen und wo deshalb eine (als absolut gedachte) Wesensgehaltsgewährleistung greifen könnte. Das Paradigma des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung bezeichnet demnach kein im Vergleich zur Handlungsfreiheit inhaltlich andersartiges Schutzgut. Eine Ausdifferenzierung des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre oder gar den Beginn einer dichotomisierenden Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG kann man darin nicht sehen. Wohl aber hat die Figur – wie man noch sehen wird – zur Genese des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes beigetragen. Deshalb ist dieser in einigen Hinsichten mit Argumentationsmustern belastet, die für die ganz andere Funktion des Wesensgehaltschutzes entwickelt worden sind.

Konturen gewinnt die Privatsphäre mit der Mikrozensus-Entscheidung; zu einem originären Schutzgut wird sie erst im Scheidungsakten-Beschluß. Beide Entscheidungen befassen sich mit dem Problem des grundrechtlichen Schutzes gegen staatliche Informationsmaßnahmen. Im Mikrozensus-Beschluß ging es um die Pflicht, für eine Repräsentativstatistik Auskünfte zu erteilen; im Scheidungsakten-Beschluß setzte sich ein Grundrechtsträger gegen eine zwischenbehördliche Aktenübermittlung zur Wehr. Die nachfolgenden Entscheidungen – der Beschluß zur Beschlagnahme einer ärztlichen Karteikarte, die Entscheidung zur Zeugnispflicht von Sozialarbeitern und der Beschluß zur Beschlagnahme von Akten einer Drogenberatungsstelle – betreffen die Informationsgewinnung bei Dritten oder durch Dritte. Der Tonband-Beschluß problematisiert die staatliche Verwertung einer heimlichen Tonbandaufnahme, die ein Dritter angefertigt und den staatlichen Instanzen (freiwillig) übergeben hat. Nach dieser Übersicht liegt die Vermutung nahe, daß der Grund für die Herausbildung des Rechts auf Achtung der Privatsphäre darin liegt, daß ein Schutz gegen Informationsmaßnahmen zu entwickeln und dafür eine neue Konzeption erforderlich war. So läßt sich erklären, warum es Eigenständigkeit gewinnen kann. Es engt dann nämlich die Gewährleistung der Handlungsfreiheit nicht ein. Vielmehr ist es – wie die Abstraktion des Schutzguts des Art. 2 Abs. 1 GG zur Freiheit als solcher – eine Konstruktion zur Erweiterung des grundrechtlichen Schutzes. Diese

193 BVerfGE 6, 389 (433 f.): Der unantastbare Bereich „wird ...verlassen, wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines anderen einwirken, ohne daß besondere Umstände ... diese Gemeinschaftlichkeit des Handelns als noch in den engsten Intimbereich fallend erscheinen lassen. Grundsätzlich gibt schon die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines anderen Menschen einer Handlung den Bezug auf das Soziale, der sie dem Recht zugänglich macht. Doch können auch Vorgänge, die sich ‚in Kommunikation‘ mit anderen vollziehen, aus dem Gesichtspunkte der Art. 2 I und Art. 1 I GG dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen sein; die Zulässigkeit eines Eingriffs hängt davon ab, ob der ‚Sozialbezug‘ der Handlung intensiv genug ist.“

194 Siehe das Zitat in Zweiter Teil, Fn 193. Vgl. auch BVerfGE 27, 344 (351 f.) und dazu im o.g. Sinne Benda, Privatsphäre, S. 30 f.; BVerfGE 39, 1 (42).

Konstruktion baut das Bundesverfassungsgericht allerdings mit dem Raster „privat/nicht privat“ auf, und dabei fließen in den neuen Grundrechtsschutz Elemente der Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung ein.

1. Die Auskunft für eine Repräsentativstatistik als Grundrechtsproblem

Gegenstand des Mikrozensusbeschlusses¹⁹⁵ waren die Bestimmungen des Mikrozensusgesetzes, die für eine repräsentative Bevölkerungsstatistik Auskunftstatbestände zu Urlaubs- und Erholungsreisen vorsahen. Bei der verfassungsrechtlichen Prüfung knüpft das Bundesverfassungsgericht an die Gewährleistung des Art. 1 Abs. 1 GG und an den Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG an und hebt die Gewährung eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist, hervor. Die argumentatorische Kontinuität zur Elfes-Entscheidung und zum Homosexualitätsbeschluß ist jedoch eine scheinbare.¹⁹⁶ Zunächst nutzt das Gericht die Ausführungen nur zur Gewinnung des grundgesetzlichen Menschenbildes, aufgrund dessen dem Menschen ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch zukomme. Es setzt dann neu bei der Menschenwürde an. Da der Mensch nicht zum bloßen Objekt gemacht werden dürfe¹⁹⁷, sei es mit der Menschenwürde nicht zu vereinbaren, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren und ihn damit wie eine einer Bestandsaufnahme zugängliche Sache zu behandeln.

Die Argumentationsführung reagiert darauf, daß das Mikrozensus-Verfahren gar nicht den Wesensgehaltsschutz der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Freiheit(en), sondern den Grundrechtsschutz gegen staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge betrifft. Daß das Gericht dann nicht einfach umstandslos an seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG anknüpft, obwohl es diese Norm längst zu einem bezuglosen Freiheitsrecht abstrahiert hat, sondern die Menschenwürde als Ansatz wählt, ist nicht zufällig. Der zu entwickelnde Grundrechtsschutz fällt aus dem Muster der traditionellen Eingriffsabwehrrechte heraus. Denn er muß, statt sich auf der Grenzlinie einer spezifisch konstruierten Trennung von individuellem und staatlichem Bereich zu bewegen, mit seinen Maßgaben in den staatlichen Entscheidungsprozessen mitlaufen.¹⁹⁸ Ähnliche Probleme stellt Art. 1 Abs. 1 GG. Indem er die Würde des Menschen für unantastbar erklärt und die staatliche Gewalt auf ihre Achtung und ihren Schutz verpflichtet, zielt er nicht primär auf die Abwehr eines staatlichen Eingriffs in eine dem Individuum zugewiesene Freiheitssphäre, und der individuelle Anspruch richtet sich nicht vorrangig darauf, rechtliche (oder auch tatsächliche) Hindernisse der eigenen (Entfaltungs)Freiheit zu beseitigen. Vielmehr enthält die Menschenwürde mit ihrem Achtungsanspruch ein Recht auf ein bestimmte Minimalia nicht unterschreitendes staatliches Verhalten. Es geht dabei

195 BVerfGE 27, 1.

196 Eine Kontinuität sieht etwa *Rohlf*, Privatsphäre, S. 70 ff., bes. S. 73.

197 Angelehnt an *Dürig*, Menschenwürde, S. 127; *dens.*, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis 2002), Art. 1 Abs. 1, Rn 28. Insgesamt vgl. auch *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, bes. S. 31 ff. m.w.N.

198 Vgl. insbesondere Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.II. und IV.

nicht um das als freiheitlich grundrechtlich geschützte Handeln des Individuums, sondern um die Behandlung als Mensch.¹⁹⁹ Drückt Menschenwürde sich insoweit im Umgang mit- und zueinander aus, kann sie dem Einzelnen nicht wie eine Eigenschaft zugeschrieben werden.²⁰⁰ Würde ist dann nicht die Leistung eines Beteiligten – und zwar weder dessen, der Würde für sich beansprucht oder sie in den Augen anderer gewinnt²⁰¹, noch dessen, der die Würde eines anderen achtet²⁰². Sie ist die Leistung (oder auch ein Konstituens) einer (gelingenden) sozialen Beziehung. Dementsprechend hat man es nicht mit einem Freiheitsrecht zu tun, bei dem die Rechtsbeeinträchtigung aufgrund einer Reduktion dessen entsteht, was einem „freien“ Menschen als Potential offenstünde, wenn die Beziehung zum Staat ganz unterbliebe. Zur Feststellung einer Rechtsbeeinträchtigung muß man, weil die Menschenwürde in der sozialen Relation aufgebaut und gegebenenfalls mißachtet wird, das staatliche Verhalten als den potentiellen Verletzungsvorgang mitbeobachten.²⁰³ Wegen des sozialen Gehalts des Schutzgegenstandes und der dadurch entstehenden Relationierung von Individuum und Staat, die ganz anders ist als in

- 199 Darin liegt das Treffende der Objektformel *Dürigs*, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis 2002), Art. 1 Abs. 1, Rn 27. Aus der Rechtsprechung BVerfGE 45, 187 (228): „... die unverlierbare Würde des Menschen als Person besteht gerade darin, daß er als selbstverantwortliche Persönlichkeit anerkannt bleibt. ... Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden.“ Ebenso 28, 386 (391); 50, 125 (133); 50, 205 (215); 109, 133 (149 f.). Näher zur akustischen Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279 (311 ff.). Siehe auch BVerfGE 30, 1 (26) und 50, 166 (175), es widerspreche der Würde des Menschen, ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Vgl. außerdem BVerfGE 61, 126 (137 f.).
- 200 Anders etwa *Nipperdey*, Würde, S. 1 ff.; *Stern*, Menschenwürde, S. 627 ff., bes. S. 629. Wenn Würde als Eigenschaft, die dem Menschen entspringt und ihm kraft seines Menschseins zuwächst, gesehen wird, wird als Gegenposition häufig die Sicht von Würde als „verliehen“ bezeichnet. Eine solche Abgrenzung von Positionen greift aber zu kurz, und die zweite ist hier nicht gemeint. Es geht darum, daß der Mensch Würde nicht „hat“ wie Finger an der Hand, sondern daß seine Würde sich im Umgang mit anderen konstituiert. Insofern begründet Art. 1 Abs. 1 GG einen Anspruch auf die Achtung durch den anderen, die dem eigenen Menschsein gerecht wird (vgl. den Akzent bei *Geddert-Steinacher*, Menschenwürde, S. 79 f., der grundsätzliche Achtungsanspruch komme dem Einzelnen aufgrund seiner Menschlichkeit zu. Siehe auch *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis 2002), Art. 1 Abs. 1 Rn 2. Mit einem Schwerpunkt auf dem Begriff der Identität, der dann weiterentwickelt wird, *Häberle*, Menschenwürde, Rn 47 ff., bes. 54). Deshalb erfährt die Menschenwürde ihre Verletzlichkeit gerade daraus, daß sie durch das Verhalten des anderen (mit)bedingt ist und nicht nur durch unmittelbare Gewalt gegen die eigene Person angegriffen werden kann.
- 201 *Luhmann*, Grundrechte, S. 53 ff., stellt mit seinem Verständnis von Würde als Leistung zwar schon auf die soziale Situation statt auf eine Eigenschaft ab, wählt aber dann eine Zurechnung auf den einzelnen Menschen, der durch Selbstdarstellung Würde vor den anderen gewinnt oder zu gewinnen hat. Die berechtigte Kritik an Luhmanns – aus soziologischer Perspektive formuliertem – Ansatz fällt allerdings regelmäßig in das Verständnis von Würde als Eigenschaft zurück, so *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 120 f.; *Starck*, Menschenwürde, S. 463.
- 202 Daß die Konstitution von Würde das Verhalten des anderen einbindet, bedeutet also nicht, daß es für eine Verletzung auf die Intentionen oder den Willen des anderen ankäme. Eine solche „Subjektivierung“ klingt an in BVerfGE 30, 1 (26). Zu Recht kritisch *Häberle*, Abhörenscheidung, S. 151.
- 203 Die Beobachtungsperspektive vom Verletzungsvorgang her – vgl. *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis 2002), Art. 1 Abs. 1, Rn 27 ff. sowie die Rechtsprechungsnachweise oben in Fn 199 – beruht insofern auf den Charakteristika des Schutzgegenstandes und nicht darauf, daß sich die Menschenwürde einer Definition von vornherein entzieht (was als Schwierigkeit ja keinen prinzipiellen Unterschied zu anderen Freiheitsrechten ausmache).

der traditionellen Dogmatik von Eingriffsabwehrrechten, entstehen bei der Entfaltung des Art. 1 Abs. 1 GG ähnliche Perspektiven, wie sie bei der grundrechtlichen Determination staatlicher Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge notwendig sind. Deshalb gelingt es dem Gericht auch, im Rahmen des Rückgriffs auf die Menschenwürde einen informationsorientierten Schutz vom Verwendungskontext her zu konzipieren: die Registrierung und Katalogisierung der Persönlichkeit stellt auf den staatlichen Einsatz erlangter Daten und daraus gewonnener Informationen für ein Persönlichkeitsprofil ab.

Mit dem Verbot einer umfassenden Objektivierung im Wege einer Totalerfassung sind jedoch nur äußerste, in ihrer Reichweite auch ziemlich unsichere Grenzen gesetzt. Wann sind schon angesichts vorhandener und noch dazu im Zeitablauf veränderlicher Vielfalt und Komplexität individualbezogener Angaben die Voraussetzungen gegeben, daß der Mensch „in seiner ganzen Persönlichkeit“ registriert und katalogisiert ist? Auch in der Konstellation des Mikrozensusgesetzes kommt das Bundesverfassungsgericht allein damit nicht weiter. Es ergänzt seine Begründung daher dahin, daß dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung der Persönlichkeit willen ein Innenraum verbleiben müsse, in den er sich zurückziehen könne und zu dem die Umwelt keinen Zutritt habe.²⁰⁴ Dieses Denkmuster des in eine Privatsphäre zurückgezogenen Individuums, das diesen Rückzug als Existenzvoraussetzung benötigt und vor der allumfassenden öffentlichen Beobachtung zu schützen ist, ist aus der amerikanischen privacy-Diskussion bekannt.²⁰⁵ Zählt man derartige Rückzugschancen zur Persönlichkeitsentfaltung, gelangt man von dem nicht hinreichend ergiebigen Schutz des Art. 1 Abs. 1 GG hin zu Art. 2 Abs. 1 GG. Vor einer ganz neuen und eigenständigen Argumentation schreckt das Gericht an dieser Stelle aber zurück. Statt dessen verwertet es das zunächst zurückgestellte Paradigma des „unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung“. Schließt man aus der „Unantastbarkeit“ auf eine Unabhängigkeit gegenüber Inhalt und Form staatlicher Einwirkungen, kann nicht nur das Verhalten als von jeglicher staatlichen Regulierung frei, sondern auch jede staatliche Beobachtung als grundrechtsverletzend hingestellt werden: In den Rückzugsbereich des Einzelnen „kann der Staat unter Umständen bereits durch eine ... Einsichtnahme eingreifen, die die freie Entfaltung der Persönlichkeit aufgrund des psychischen Drucks öffentlicher Anteilnahme zu hemmen vermag.“²⁰⁶ Die Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung wird so in einer neuartigen Weise eingesetzt, indem ihr eine neue Schutzidee – die Möglichkeit des Rückzugs von der Umwelt – unterlegt wird und ihre Rechtswirkungen auf staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge erstreckt werden. Das Gericht hat im weiteren allerdings mit den Nachteilen zu kämpfen, zu denen die Übernahme eines Topos führt, der als Wesensge-

204 Im Anschluß insbes. an *Wintrich*, Problematik der Grundrechte, S. 15 f.

205 Im Jahre 1890 bereits *Warren/Brandeis*, Right to Privacy, passim. Siehe auch *Kamlah*, Right of privacy, bes. S. 57 ff.; *Westin*, Privacy, passim. Vgl. dazu ebenfalls *Benda*, Privatsphäre, S. 29, 32 f., und *dens.*, Menschenwürde, Rn 26 f.

206 BVerfGE 27, 1 (7). Deutlich dazu auch BVerfGE 34, 269 (281), wenn mit Verweis auf den Mikrozensus-Beschluß die private Sphäre des Menschen beschrieben wird als „der Bereich, in dem er allein zu bleiben, seine Entscheidungen in eigener Verantwortung zu treffen und von Eingriffen jeder Art nicht behelligt zu werden wünscht“.

haltgarantie der Handlungsfreiheit entwickelt und darauf zugeschnitten worden ist. Es kommt kaum über die Unterscheidung der Intimsphäre oder des „innersten Lebensbereichs“, der „von Natur aus Geheimnischarakter“ hat, und des „Verhaltens des Menschen in der Außenwelt“ hinaus. Entsprechend dürftig und teilweise undeutlich führt es aus, wie sich der Schutz im einzelnen gestaltet. Für die Rechtmäßigkeit der statistischen Erhebung spielt eine Rolle, daß die Angaben durch die – rechtlich zu sichernde – Anonymität der Auswertung den Persönlichkeitsbezug verlieren. Das (spätere) Recht auf Achtung der Privatsphäre wird insgesamt allenfalls angedeutet.²⁰⁷ Im Ergebnis wird aber ein Einstieg in die Entwicklung des grundrechtlichen Schutzes gegen staatliche Informationsmaßnahmen gefunden.

2. Die Übermittlung von Daten als Grundrechtsproblem

Der erste Scheidungsakten-Beschluß²⁰⁸ enthält nicht nur die erste geschlossene Formulierung der Privatsphärenkonzeption²⁰⁹. Das „Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre“ wird auch erstmals als originäres Schutzgut des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt und eingesetzt. Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Überlassungsverfügung und die nachfolgende Übersendung der Gerichtsakten eines Ehescheidungsverfahrens an den Untersuchungsführer eines gegen den Ehemann eingeleiteten Disziplinarverfahrens. Bei der Kontrolle dieser staatsinternen Datenübermittlung erweist sich die im Mikrozensus-Beschluß verwendete Unterscheidung von unantastbarer Intimsphäre und dem einer staatlichen Kenntnisnahme zugänglichen Verhalten nach außen als zu schlicht. Legte man sie zugrunde, müßte man entweder bereits die Pflicht zur Offenbarung als sehr persönlich eingeschätzter Angelegenheiten im Ehescheidungsverfahren für verfassungswidrig oder die staatsinterne Weiterleitung von entsprechenden Angaben ohne weiteres für verfassungsmäßig halten. Eine Ausarbeitung hin zu einem relativen Schutz drängt sich auf. Genau das zwingt dazu, das Recht auf Achtung der Privatsphäre als eigenständiges Schutzgut aufzufassen.

Das Bundesverfassungsgericht beginnt mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung. Aber dann entsteht durch eine Negation eine zirkuläre Argumentation:

„Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, daß das Grundgesetz dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist ... Jedoch steht nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und 19 Abs. 2 GG. Als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger muß vielmehr jeder staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes erfolgen,

207 Siehe aber auch *Schlink*, Amtshilfe, S. 173 mit Fn 12; *Rohlf*, Privatsphäre, S. 73: Im Mikrozensus-Beschluß komme eine Konzeption von drei Sphären zum Ausdruck.

208 BVerfGE 27, 344.

209 So *Rohlf*, Privatsphäre, S. 74.

soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung betreffen. Dabei kann von den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit entwickelt hat, ausgegangen werden. Jedoch ist dem Schutz der Integrität der menschlichen Person in geistig seelischer Beziehung ein besonders hoher Wert beizumessen.²¹⁰

Die Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung fungiert nicht mehr einheitlich als absolut wirkende Abgrenzung der privaten Sphäre gegen staatliche Einwirkungen. Sie wird geteilt in einen Kernbereich, der nur noch als Teil des gesamten Privatsphärenschutzes erscheint, und in das eigenständige Schutzgut des privaten Lebens, dessen Existenz durch die Negation absoluten Schutzes erst konstituiert wird und das zugleich nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Begrenzungsmechanismen eingeschränkt werden kann.

Das neu konzipierte Recht auf Achtung der Privatsphäre läßt sich im zu entscheidenden Fall allerdings nicht ohne weiteres als Eingriffsabwehrrecht einsetzen. Als Adressatin eines Abwehrenspruchs kommt nämlich nur die kenntnisnehmende Behörde in Betracht: sie hat eine den privaten Bereich betreffende Informationsgewinnung zu unterlassen, soweit diese nicht verfassungsmäßig ist. Mit dem überkommenen Eingriffsverständnis ist es jedoch nur schwer zu vereinbaren, einen Abwehrenspruch des Betroffenen gegen die kenntnisnehmende Behörde auch dann anzunehmen, wenn diese ihr Wissen durch eine staatsinterne Datenübermittlung gewinnt und der Betroffene weder auskunftspflichtig noch sonstwie selbst als Person beteiligt ist. Im Scheidungsakten-Beschluß vermeidet das Bundesverfassungsgericht diesen Schritt. Es führt aus, daß die im Ehescheidungsverfahren notwendige Offenbarung in bezug auf den Adressatenkreis – das Gericht und die Verfahrensbeteiligten – und in bezug auf den verfolgten Zweck – Herbeiführung der Gerichtsentscheidung – inhaltlich begrenzt sei und daß beide Ehegatten im Hinblick auf den Akteninhalt einen Anspruch auf Geheimhaltung haben.²¹¹ Als Eingriff behandelt es sonach die Mißachtung der behördlichen Geheimhaltungspflicht durch die Gestattung der Aktenübersendung. Obwohl eine solche Konstruktion nicht gerade gängig ist, wirkt sie im Vergleich zu der denkbaren Einbindung der staatsintern um Auskunft ersuchenden Behörde entlastend.²¹² Mit dem Bezug auf die weiterleitende Stelle kann das Gericht außerdem besser darüber hinwegsehen, daß die Amtshilfebestimmungen als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage unzulänglich sind²¹³. Bei den Anforderungen des Übermaßverbots wird dann die Perspektive gewechselt: Sie werden auf die

210 BVerfGE 27, 344 (351).

211 BVerfGE 27, 344 (351 f.).

212 Komplizierter wird dann der zweite Scheidungsaktenbeschluß, BVerfGE 34, 205, der schon auf die Ergebnisse der Entscheidungen zu einer Datengewinnung bei privaten Dritten (dazu sogleich Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.3.) zurückgreifen kann. Er behandelt die beabsichtigte Beiziehung von Scheidungsakten durch eine Disziplinarbehörde zur Weiterleitung an einen Gutachter. Das Bundesverfassungsgericht führt aus, daß bereits die Beiziehung das Übermaßverbot und außerdem eine Weiterleitung an einen Gutachter den Geheimhaltungsanspruch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletze; BVerfGE 34, 205 (208 ff.).

213 Dazu Becker, Anmerkung, S. 1075 f.; Kamlah, Datenüberwachung, S. 363; Schlink, Amtshilfe, S. 175 f.

Kenntnisnahme bezogen, obwohl zuvor die Weiterleitung als Eingriff bezeichnet worden ist. Dieser Perspektivenwechsel ist zwingend, denn für die Geheimhaltungspflicht paßt das Übermaßverbot nicht. Die weiterleitende Stelle hat nach den Angaben der ersuchenden Behörde zu prüfen, ob sich die beanspruchten Informationen für den angegebenen Zweck überhaupt eignen und ob nicht anderweitige Informationsmöglichkeiten die Übermittlung ersetzen können.

3. Die Datenbeschaffung oder Informationsgewinnung bei Dritten oder durch Dritte als Grundrechtsproblem

Um eine Datenbeschaffung bei einem privaten Dritten geht es erstmals im Beschluß zur Beschlagnahme einer ärztlichen Karteikarte.²¹⁴ Mit der dem zugrunde liegenden Verfassungsbeschwerde wendet sich ein in einem Strafverfahren Angeschuldigter dagegen, daß eine Karteikarte mit Angaben zu seiner ärztlichen Behandlung bei dem Praxisnachfolger des behandelnden Arztes zur Beweiserhebung beschlagnahmt worden ist. Mit einer ähnlichen Konstellation befaßt sich die später folgende Entscheidung zur Beschlagnahme von Klientenakten bei einer Suchtkrankenberatungsstelle.²¹⁵ Der Beschluß zur Zeugnispflicht von Sozialarbeitern betrifft die staatliche Informationsgewinnung durch die Befragung einer dritten Person.²¹⁶ Anlaß der verfassungsrechtlichen Prüfung des § 53 Abs. 1 StPO war die Aussageverweigerung einer Sozialarbeiterin, die in einem Ermittlungsverfahren gegen einen des Mißbrauchs seines Sohnes Beschuldigten über den Inhalt der Gespräche Auskunft geben sollte, die sie mit dem Sohn, der selbst die Aussage verweigerte, im Rahmen ihrer Beratungstätigkeit geführt hatte.

Rühren die Mitteilungen oder Daten von einem Privaten her, der gegenüber dem Grundrechtsträger nicht grundrechtsverpflichtet ist, steht im Ausgangspunkt fest, daß sich grundrechtliche Ansprüche – sofern sie überhaupt bestehen – gegen die kenntnisnehmende Behörde richten müssen. Das Gericht kommt also nicht mehr um das Problem herum, inwiefern eine Behörde, die sich bei Dritten informiert, in das Recht des betroffenen Grundrechtsträgers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eingreift.

Wie könnte man in solchen Konstellationen eine Eingriffsbeziehung begründen? Zwei Lösungsvorschläge mögen näher liegen als der vom Bundesverfassungsgericht eingeschlagene Weg und sollen kurz vorweg behandelt werden. Zunächst könnte man daran denken, die Gewinnung personenbezogener Informationen durch eine Beschlagnahme von Datenträgern bei Dritten als Ersatzvornahme (im untechnischen Sinne) für eine unmittelbare Befragung der betroffenen Person zu sehen.²¹⁷ Hinter einer solchen Konstruktion steckt allerdings die implizite Prämisse, daß eine staatliche Informationsgewinnung ihren Eingriffscharakter (eigentlich erst) über eine Auskunftspflicht des Betroffenen ge-

214 BVerfGE 32, 373.

215 BVerfGE 44, 353.

216 BVerfGE 33, 367.

217 *Schlink*, Amtshilfe, S. 174 f., 179 ff., 188 ff., 198 ff.; *ders.*, Recht, S. 248.

winnt.²¹⁸ Bereits dieser Prämisse fehlt die Überzeugungskraft, weil die Beeinträchtigung durch den Mitteilungszwang als Verhaltensreglementierung nachrangig ist.²¹⁹ Dann liegt noch die Konstruktion eines Eingriffs mit Doppelwirkung nahe.²²⁰ Zwischen Arzt und Patienten oder zwischen Sozialarbeiterin und Klienten entsteht ein besonderes Näheverhältnis, das als institutionalisiertes Vertrauensverhältnis dem staatlichen Bereich gegenübergestellt wird. Es schützt beide Beteiligte und führt dazu, daß der personell gegen den Arzt oder die Sozialarbeiterin gerichtete, sachlich aber die Arzt/Patient- bzw. die Sozialarbeiterin/Klient-Interaktion betreffende staatliche Eingriff eine Doppelwirkung entfaltet, indem er beide an dem Vertrauensverhältnis Beteiligte beeinträchtigt. Prämisse des Eingriffs mit Doppelwirkung bleibt, daß überhaupt ein Eingriffsakt auszumachen ist. Hier stößt die Konstruktion dann auf nicht plausible Grenzen. Soll sich beispielsweise in der Konstellation des Karteikarten-Beschlusses die Annahme eines staatlichen Eingriffs gegenüber dem Patienten ändern, wenn der Arzt sein Zeugnisverweigerungsrecht nicht in Anspruch nimmt, sondern die Angaben mitteilen will? Das ließe sich grundrechtsdogmatisch kaum begründen. Berührt die staatliche Datenbeschaffung oder Informationsgewinnung überhaupt eine Grundrechtsposition des Bürgers, kann es schließlich nicht von der Entscheidung eines privaten Dritten abhängen, ob die grundrechtlichen Schutzmechanismen greifen oder nicht.

Das Bundesverfassungsgericht wählt die Lösung, daß sich der *grundrechtliche Schutz der Privatsphäre* auf die *Daten(träger)* bzw. auf *die den Gesprächspartnern mitgeteilten Angaben* erstreckt, *die in dieser Sphäre entstehen*. Diese Lösung klingt im ersten Scheidungsakten-Beschluß bereits an²²¹, wird aber nicht deutlich ausformuliert, denn das Verfassungsgericht kommt noch mit einem gegen das aktenführende Gericht gerichteten Geheimhaltungsanspruch zurecht. Im Karteikarten-Beschluß rückt die Konzeption dagegen in den Vordergrund:

„Ärztliche Karteikarten betreffen mit ihren Angaben über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen ... den privaten Bereich des Patienten. Damit nehmen sie teil an dem Schutz, den das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG dem Einzelnen vor dem Zugriff der öffentlichen Gewalt gewährt.“²²²

Das Recht des Patienten auf Achtung seiner Privatsphäre umfaßt also die ihn betreffenden schriftlichen Niederlegungen des Arztes. Der Blick richtet sich dabei gar nicht erst auf die Beschlagnahme der Datenträger beim Arzt, sondern sofort auf die behördliche Kenntnisaufnahme der Angaben, die als Eingriffsakt beurteilt werden kann. Nicht nur ist dann ohne Belang, ob der Arzt einem Eingriff ausgesetzt ist und ob die Karteikarte

218 Ohne diese Prämisse ließe sich nicht erklären, warum die unmittelbare Befragung der betroffenen Person den relevanten Bezugspunkt und jede sonstige Form der Informationsgewinnung eine „Ersatzvornahme“ darstellen soll. Schlink geht dann auch konsequent davon aus, ein Informationserhebungseingriff sei ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit. Vgl. *Schlink*, Amtshilfe, S. 179 f., 198 ff.; *dens.*, Recht, S. 247 f.

219 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. und A.II.

220 Auch dazu *Schlink*, Amtshilfe, S. 179.

221 BVerfGE 27, 344 (351 f.).

222 BVerfGE 32, 373 (379).

sich noch im Besitz des behandelnden Arztes oder bei dessen Praxisnachfolger befindet. Die Beeinträchtigung des Patienten wird auch nicht als „Reflexwirkung“ beurteilt. Er kann eine eigenständige, in keiner Weise vom ärztlichen Verhalten abhängende Betroffenheit geltend machen.

Ebenso legt das Gericht in der Entscheidung zur Beschlagnahme von Klientenakten bei einer Suchtkrankenberatungsstelle zugrunde, daß der Schutz des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre, das den Klienten der Beratungsstelle zusteht, die Klientenakten mit den Aufzeichnungen der Berater über Gespräche, Tests, therapeutische Maßnahmen und eigene Äußerungen der Ratsuchenden umfaßt.²²³ Im Beschluß zur Zeugnisspflicht von Sozialarbeitern erstreckt sich der Grundrechtsschutz auf mitgeteilte Angaben und die daraus gewonnenen Informationen:

„Was der Sozialarbeiter im Rahmen seiner Berufsausübung bei einer Beratung seines Klienten erfährt, wird ... regelmäßig zu dessen privater Lebenssphäre gehören.“²²⁴

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre könnte den Klienten deshalb einen Anspruch vermitteln, daß staatliche Stellen sich nicht im Wege eines Auskunftszwanges der Beratenden über den Inhalt eines Beratungsgesprächs informieren.

Voraussetzung der Erstreckung des Privatsphärenschutzes auf mitgeteilte Angaben oder Daten(träger) bleibt, daß deren Aussagegehalt ein privater Charakter zugesprochen werden kann. Wenn Angaben bereits der Kenntnisnahme staatlicher Stellen entzogen werden sollen, ist dies nur mit Unterstellungen möglich. Daher muß sich die Aufmerksamkeit verstärkt auf die *Kommunikationssituation* richten. Dies ermöglicht es zum einen, den typischen Gehalt der in einem solchen Kontext entstehenden Informationen abzuschätzen. So ist bei den Aufzeichnungen auf einer ärztlichen Karteikarte erwartbar, daß diese Angaben über den Gesundheitszustand des Patienten enthalten. Zum anderen kann man die Situation selbst und die Interessen der Beteiligten als Grund der Abschottung der situativ entstandenen Angaben als „privat“ heranziehen. Als im Hinblick darauf zu berücksichtigendes Kriterium nennt das Gericht zunächst den Geheimhaltungswillen des Einzelnen²²⁵, der als solcher aber nicht genügt, solange man nicht die Selbsteinschätzung des Betroffenen für allein maßgeblich halten will. Es stellt weiter auf die objektivierbare Geheimhaltungserwartung und auf objektive Geheimhaltungsinteressen aufgrund des jeweils aufgebauten Vertrauensverhältnisses ab. So rückt es im Beschluß zur Zeugnisspflicht von Sozialarbeitern das mit objektiven Belangen anreicherungsfähige Geheimhaltungsinteresse als Vorbedingung des Vertrauens heraus, ohne das der Klient Angelegenheiten seines privaten Lebens nicht rückhaltlos offenbart.²²⁶ In der Entscheidung zur Aktenbeschlagnahme bei einer Suchtkrankenberatungsstelle wird noch das öf-

223 BVerfGE 44, 353 (372 f.).

224 BVerfGE 33, 367 (377). Aus dem schlechthin unantastbaren Bereich scheidet das Gericht die Angaben mit dem Argument aus, der Einzelne verlasse den innersten Bezirk zwangsläufig, sobald er sich anderen freiwillig mitteile. An dieser Stelle macht sich die Genese der Privatsphäre aus der Figur des „unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung“ bemerkbar.

225 In Anlehnung an BGHZ 24, 72 (81).

226 BVerfGE 33, 367 (377 f.).

fentliche Interesse an der Gesundheitsfürsorge einbezogen.²²⁷ Indem die Kommunikationssituation im Mittelpunkt der Charakterisierung von Angaben oder Daten als „privat“ steht, kann deren tatsächlicher Sinngehalt, der gerade nicht bekannt werden soll, als relevantes Kriterium zurückgedrängt werden. So betont das Gericht, es komme für das Greifen des Grundrechtsschutzes nicht darauf an, ob die jeweiligen ärztlichen Aufzeichnungen Krankheiten, Leiden oder Beschwerden verrieten, deren Offenbarung den Betroffenen mit dem Verdacht einer Straftat belaste, ihm in anderer Hinsicht peinlich oder seiner sozialen Geltung abträglich sei.

An die Feststellung, daß (Daten)träger oder Angaben vom Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre umfaßt sind, schließt das Gericht das reguläre Prüfungsprogramm an. Der staatliche Zugriff bedarf einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Ermächtigung und ist an das Übermaßverbot gebunden. Stellt die Beschlagnahme von Akten eine Grundrechtsverletzung dar, schließt dies jede Verwendung des Akteninhalts zu Beweis Zwecken in Ermittlungs- oder Strafverfahren gegen die Klienten der Drogenberatungsstelle aus.²²⁸

4. Der Übergang zum Persönlichkeitsschutz

Der Tonband-Beschluß²²⁹ bringt in zweifacher Hinsicht Neues. Ihm liegt eine Verfassungsbeschwerde gegen die Verwertung einer Tonbandaufnahme in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zugrunde. Ein Grundstücksgeschäftspartner des Beschwerdeführers hatte heimlich ein Gespräch aufgezeichnet, bei dem es unter anderem um steuerrechtlich nicht einwandfreie Abwicklungsvereinbarungen ging. In der Folgezeit kam es zu Streitigkeiten, in deren Verlauf der Geschäftspartner den Beschwerdeführer anzeigte und der Polizei das Tonband zu Aufklärungszwecken überließ. Da der Gesprächsinhalt geschäftlicher Art war, wird zum einen der grundrechtliche Schutz für Kommunikationsinhalte erprobt, die nicht von vornherein unter das Raster „privat“ fallen. Zum anderen gibt der bei der staatlichen Informationsgewinnung beteiligte Dritte nicht nur freiwillig, sondern sogar in eigenem Interesse Datenträger weiter.

Für eine dogmatische Kontinuität der Rechtsprechung wäre der erste Punkt isoliert betrachtet kein unüberwindbares Problem. Die auch auf die Kommunikationssituation abstellende Konzeption der Privatsphäre ist so weit vorbereitet, daß das Bundesverfassungsgericht das Gespräch trotz seines geschäftlichen Inhalts als vertraulich und privat behandeln kann. Der zweite Punkt dagegen verdeutlicht ihre dogmatischen und argumentatorischen Grenzen. Zwar ist der Schutz, den Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährt, eigenständig und nicht davon abhängig, daß der Dritte einem Eingriff ausgesetzt ist. Aber das Paradigma der Privatsphäre lebt auch dann, wenn kein abgeschotteter Individualbereich, sondern Kommunikationsinhalte geschützt werden, von der Abgrenzbarkeit der Kommunikationssituation gegen den Staat. Exakt dies ist in der Konstellation

227 BVerfGE 44, 353 (374 ff.).

228 Siehe BVerfGE 44, 353 (383 f.).

229 BVerfGE 34, 238.

des Tonband-Beschlusses nicht mehr unproblematisch. Genau im Hinblick auf die soziale Beziehung zwischen den Teilnehmern des aufgezeichneten Gesprächs entsteht ein rechtlicher – und insoweit: staatlicher – Regulierungsbedarf.²³⁰ Der eine Beteiligte wendet sich gegen die staatliche Kenntnisnahme und Verwertung des aufgezeichneten Gesprächs. Der andere Beteiligte hat demgegenüber an dessen Verwertung ein nachhaltiges (und durchaus nicht zu mißbilligendes) Interesse. Berücksichtigt man die Stellung und die Interessen des Dritten, kann es nicht – wie bisher – um eine schlichte Gegenüberstellung einer gegen staatliche Einwirkungen abzugrenzenden Kommunikationssituation und der an Informationen interessierten staatlichen Stelle gehen.

Das Bundesverfassungsgericht reagiert, indem es doppelt ansetzt. Einleitend erfolgt eine stereotype Wiedergabe der Konzeption des Privatsphärenschutzes. Dabei beläßt es das Gericht zunächst. Eine Zuordnung von Gesprächsmitteilungen zur Privatsphäre des Sprechenden kann nur dann plausibilisiert werden, wenn – wie bei dem ärztlichen Behandlungsgespräch und bei der Konfliktberatung einer Sozialarbeiterin – dessen persönliche Probleme oder familiäre Angelegenheiten den Kommunikationsinhalt prägen. Dreht es sich dagegen um Geschäftliches und entsteht zwischen den Beteiligten ein Konflikt, für den das Gespräch relevant ist, fällt ins Gewicht, daß an einer Kommunikation mindestens zwei Personen beteiligt sind. Der Gesprächspartner hört nicht nur zu und interpretiert die Mitteilung, sondern er stellt gegebenenfalls auch sein Verhalten auf die mitgeteilten Informationen ein. So könnte man es auch ganz in seinem Entscheidungsbereich belassen, wie er die Mitteilung verwertet, insbesondere ob er sie an andere weitergibt. Da der Topos der Privatsphäre nicht paßt, arbeitet das Gericht mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG weiter. Dieses Grundrecht schütze auch Rechtspositionen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit notwendig seien, also in bestimmten Grenzen auch das Recht am eigenen Bild und das Recht am gesprochenen Wort. Grundsätzlich dürfe jeder selbst und allein bestimmen, wer sein Wort aufnehmen soll sowie ob und vor wem seine auf einen Tonträger aufgenommene Stimme wieder abgespielt werden darf. Das Gericht begründet diese Entscheidungsbefugnis mit den *Wirkungen*, die ein rechtlich ungebundener Umgang mit Daten(trägern) auf das persönliche Verhalten und auf Erwartungen hat.²³¹ Das auf einem Tonband gespeicherte gesprochene Wort kann von demjenigen, der über die Aufzeichnung verfügt, jederzeit und unabhängig von einer Beteiligung oder gar Entscheidung des Sprechers reproduziert werden. Einer Reproduktion liegt immer eine andere Situation zugrunde, sei es bloß zeitlich, sei es von den Kommunikationsteilnehmern her, sei es aufgrund sonstiger Umstände.²³² Anders formuliert: Der Verwendungskontext ist grundsätzlich ein je anderer. Das muß nicht immer nachteilig sein, aber es könnte auch – wie das Gericht ausführt – eine vielleicht

230 Vgl. auch unter Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II.: Bei den Ausgangskonstellationen zum „unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung“ ist der Sozialbezug mit Blick auf die Funktion des Rechts, soziale Konflikte zu regulieren, als Kriterium für die Grenzen des unantastbaren privaten Bereichs gewählt worden.

231 Die Begründung ist weitgehend vorgedacht in BGHZ 27, 284 (287 ff.). Siehe auch BGHSt 14, 358 (359 ff.).

232 Vgl. auch *Seidel*, Persönlichkeitsrechtliche Probleme, S. 1582.

unbedachte Äußerung, eine bloß vorläufige Stellungnahme im Rahmen eines sich entfaltenden Gesprächs oder eine nur aus der besonderen Situation heraus verständliche Formulierung bei anderer Gelegenheit und in anderem Zusammenhang hervorgeholt werden, um mit ihrem Inhalt, Ausdruck oder Klang gegen den Sprechenden zu wirken. Müßte ein Kommunikationsteilnehmer solches erwarten, würde die Unbefangenheit der Kommunikation durch Mißtrauen und Unsicherheit gestört. Die Persönlichkeitsentfaltung kann also schon in der gegebenen Kommunikation aufgrund des eigenen Wissens über die anderen offenstehende und nicht nachverfolgbare Verwendung von Daten beeinträchtigt werden.

Man erkennt, daß das Bundesverfassungsgericht sowohl die Begründung als auch die dogmatische Konstruktion umstellt. Es formuliert den geschützten Status als Entscheidungsbefugnis über die Aufzeichnung und Reproduktion von eigenen Gesprächsbeiträgen, die auch und gerade dann besteht, wenn die Datenträger (hier das Tonband) im Besitz eines anderen sind. Die grundrechtliche Verbürgung zeichnet sich im gegebenen Fall durch zwei Begrenzungen aus. Erstens geht es um die Verobjektivierung der eigenen Stimme (also nicht etwa um die mündliche Wiedergabe des Gesprächsbeitrags durch den Kommunikationspartner) und die dadurch bewirkte Zurechnung des Beitrags auf den Sprechenden, die verhindert werden soll, weil die Kontextgestaltung in der Hand dessen liegt, der den Datenträger nutzen kann. Zweitens greift das Gericht hinsichtlich der Reichweite des Grundrechtsschutzes auf die einleitend genannte Privatsphärenkonzeption zurück. Es weist darauf hin, daß das Gespräch in begrenztem Teilnahmekreis stattfand, vertraulichen Charakter hatte und der Beschwerdeführer nicht mit dem Festhalten seiner Worte auf einem Tonband zu rechnen brauchte. Diese Gesprächssituation wird beispielhaft abgegrenzt gegen das öffentlich gesprochene Wort und gegen Geschäftsmitteilungen, bei denen der objektive Gehalt des Gesagten so sehr im Vordergrund steht, daß die Persönlichkeit des Sprechenden nahezu vollends dahinter zurücksteht und das gesprochene Wort seinen privaten Charakter einbüßt.²³³ Es sollen also nicht sämtliche Kommunikationsbeiträge vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfaßt sein.

Sind sie aber grundrechtlich geschützt, handelt es sich bei einer staatlichen Kenntnisnahme und einer weiteren Verwertung um einen Grundrechtseingriff. Dies hält das Bundesverfassungsgericht für nicht weiter erörterungsbedürftig. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit orientiert sich am Raster der Rechtfertigung durch ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit und der strikten Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots. Bei der Interessenabwägung fällt unter anderem ins Gewicht, daß die Verwertung einer heimlichen Tonbandaufnahme einem Zwang zur Selbstbezichtigung²³⁴ gleichkommen kann, ob es andere Aufklärungs- oder Beweismöglichkeiten gibt und ob eine Kenntnisbeschränkung im Verfahren gewährleistet ist²³⁵.

233 Ähnlich BGHZ 27, 284 (286 f.).

234 Dazu BVerfGE 38, 105 (113); 55, 144 (150 f.); 56, 37 (41 ff.).

235 Entsprechend BVerfGE 32, 373 (381).

5. Leistung und Defizite des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre

a) Die dogmatische Leistung der Privatsphärenkonzeption

Die Entscheidungen zum Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre markieren eine eigenständige Linie, die nicht mit dem bloßen Hinweis auf den Schutz einer „engeren“ persönlichen Sphäre zu erklären ist. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre wird in verschiedenen Konstellationen für einen Schutz gegen staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge entwickelt und eingesetzt. Insofern stellt es eine *Schutzerweiterung gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit* dar. Zugleich ist es mit dem materialen Ansatz der Privatsphäre sowie dem auf den Umgang mit Informationen und Daten gerichteten Schutz anders gestaltet als die „Freiheit“ (in wirtschaftlicher Hinsicht) oder der „Anspruch, nicht mit einem verfassungswidrigen Nachteil belastet zu werden“. Die Unterschiede des Gewährleistungsziels, der Schutzzinhalte und der Schutzgestaltung führen zu der nachhaltigen Ausdifferenzierung.

Das bedeutet nicht, daß das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre nur auf einen Schutz gegen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge zielt. Im Gegenteil ist es seiner dogmatischen Konstruktion nach *keine explizit informationsorientierte Verbürgung*.²³⁶ Vielmehr schließt das inhaltliche Konzept einer privaten Sphäre die Gesprächsinhalte oder Daten ein, die in dieser Sphäre entstehen. *Die jeweiligen Aussageinhalte oder Daten teilen die Privatheit der Situation, in der sie entstanden sind*; sie werden also nur mitgeschützt. Dies hat die *Verkoppelung des informations- und datenbezogenen Schutzes mit dem materialen Konzept der Privatsphäre* zur Folge.

Mit Hilfe des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre kann das Bundesverfassungsgericht die Grundrechtsnorm auf einen Schutz in bezug auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten erstrecken, ohne die traditionelle Dogmatik damit zu stark zu belasten. Die spezifische Leistung der Schutzbereichsfassung besteht in der *rechtlichen Zuordnung von (faktisch verselbstständigbaren oder verselbständigten) Aussagegehalten, Angaben oder Daten zum Individuum*.²³⁷ Das wird dadurch erreicht, daß diese über ihre Einbeziehung in die private Sphäre ihrerseits als „privat“ bezeichnet werden. Zugleich *entlastet* die Fassung wegen der Abstraktionshöhe des Privatsphärenbegriffs und wegen der schon erreichten Zuordnungsleistung *von dogmatischen Ausarbeitungen und Begründungen*. Das Gericht braucht sich nicht gezwungen zu sehen, die Schutzaspekte, die hinter der Privatsphärenverbürgung stehen, im einzelnen aufzuzeigen.²³⁸ Inhaltlich ist die „Privatsphäre“ – zumindest in den grundlegenden Ausgangsentscheidungen – von der Idee einer abgeschotteten Individualsphäre oder Kommunikationssituation geprägt.

236 Siehe auch *Rüpke*, Privatheit, S. 32: Selbst wenn richtig sei, daß die Verletzung der Privatheit eng mit Informationsfragen zusammenhänge, lasse sich daraus nicht ohne weiteres schließen, daß das durch Informationsgewinnung oder -verbreitung verletzte Rechtsgut der Informationsinhalt sei.

237 Vgl. zum Problem oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.IV.

238 Entsprechend ist die Literatur auf Entscheidungsinterpretationen und eigene Bemühungen angewiesen. Ausführlich zum Schutzgut des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung *Rohlf*, Privatsphäre, S. 86 ff. Vgl. außerdem zur weiteren Entwicklung des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.1.

Das damit geschützte Gut beschränkt sich aber nicht auf die den Mikrozensus-Beschluß beeinflussende Vorstellung von einem Rückzugsbereich, in dem man in Ruhe gelassen wird. Da es gerade nicht um eine individuelle Isolation als solche, sondern um Erwartungssicherheit in bezug auf das persönliche Angelegenheiten betreffende (Nicht)Wissen der Umwelt geht, klingt in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen eine ganze Reihe von Aspekten an. Dazu zählen neben dem Vertrauen auf das Geheimbleiben persönlicher Angaben auch die psychische Integrität, die zugunsten jedes Ehepartners geschützte Vertraulichkeit der Beziehung von Eheleuten, die Unbefangenheit in einer vertraulichen Kommunikation oder die Absicherung der Bedingungen der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Konflikthilfe. Der Informationsgehalt von Angaben oder Daten, die der privaten Sphäre entstammen, steht lediglich im Hintergrund und wird mit Blick auf den Entstehungskontext als „persönlich“ unterstellt. Die Eigenarten des „Gegenstandes“ Information, die die rechtliche Determination des Informationsbereichs erschweren, werden daher in den Ausgangsentscheidungen zum Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre nicht zum unmittelbaren Problem.

Entlastungseffekte entstehen auch hinsichtlich der Frage der Beeinträchtigung.²³⁹ Zunächst schafft die Privatsphärenkonzeption für das Eingriffsverständnis Spielräume. Da sie von vornherein einen Individualbereich markiert, ist man nicht auf die tradierte Eingriffsdogmatik angewiesen, um den individuellen und den staatlichen Bereich voneinander abzugrenzen. Dem Grundrechtsträger kommt ein auf die Nichtstörung der Privatsphäre ausgerichteter, grundsätzlich abwehrrechtlicher Status zu. Der Anspruch auf „Achtung“ der Privatsphäre ist daher ein Anspruch, der unterschiedlichen Formen staatlicher Einwirkung, also auch der staatlichen Beobachtung und Wissensgewinnung, entgegengesetzt werden kann. Im Falle einer verfassungsmäßigen Kenntnisaufnahme bestehen Ansprüche auf Geheimhaltung und auf organisatorische sowie verfahrensbezogene Vorkehrungen, die das Bekanntwerden der Angaben begrenzen. Darüber hinaus braucht der Beeinträchtigungsmechanismus nicht näher auf einen Informationsschutz abgestimmt zu werden. Der Eingriff ist der Zugriff auf den als Privatsphäre gekennzeichneten Bereich. Ebenso wie die Schutzgüter nicht unbedingt konkretisiert werden müssen, braucht nicht aufgeschlüsselt zu werden, inwiefern der Grundrechtsträger eigentlich genau Nachteilen ausgesetzt ist – indem er verunsichert wird und nicht mehr unbefangen kommuniziert, indem andere aufgrund des über ihn gewonnenen Wissens tatsächlich nachteilig auf ihn reagieren oder indem er mit seinen Problemen alleingelassen bleibt, weil er Konflikthilfe nicht mehr in Anspruch zu nehmen wagt. Die Beeinträchtigung wird auf einer all dem vorgeschalteten Ebene – der Beeinträchtigung des Anspruchs auf Achtung der Privatsphäre – angesiedelt.

239 Letzteres hebt bereits *Eberle*, Datenschutz, S. 307, hervor: Die Leistungskraft der „Sphärentheorie“ dürfe nicht gering veranschlagt werden, verkürze „sie doch (in typischer Entlastungsfunktion der Dogmatik) die Begründungslast für den Eingriffscharakter von Informations- und Kommunikationsprozessen“. Vgl. auch *Schlink*, Amtshilfe, S. 191: Das Bundesverfassungsgericht könne mit der Privatsphärenkonzeption Informationserhebungen als Eingriff behandeln, ohne den weitreichenden Satz von der Eingriffsqualität jeder Informationserhebung aufzustellen.

Diese Konzeption des grundrechtlichen Schutzes muß das Gericht im Tonband-Beschluß genau deshalb aufgeben, weil einerseits die enge Verkoppelung von Sphären- und Informationsschutz der zu entscheidenden Konstellation nicht gerecht wird, andererseits auch die Verselbständigung und etwaige Kontext- und Sinngehaltsänderungen von Daten stärker zu berücksichtigen sind. Die erforderliche rechtliche Zuordnung von Daten zur Person wird dann abstrakt und ohne nähere inhaltliche Bindung dadurch geleistet, daß „Rechtspositionen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit notwendig sind“ vom Persönlichkeitsschutz umfaßt werden. Der Status wandelt sich zu einer Entscheidungsbefugnis über die Aufzeichnung und das Abspielen eigener Sprechbeiträge. Die Argumentationsstruktur des Tonband-Beschlusses kennzeichnen schon die typischen Merkmale einer Entscheidung, die zu einem Wechsel des Argumentationsmusters überleitet.

b) Die Leistungsgrenzen der Privatsphärenkonzeption

Akzentuiert man die dogmatische Leistung des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre in dieser Form, interessieren für das Verständnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch und gerade die Leistungsgrenzen. Insoweit wird die Kritik relevant, die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts begleitet. Mehrere Aspekte lassen sich herausstellen. Der erste betrifft die weithin übliche Rekonstruktion der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als „Sphärentheorie“. Der zweite hängt damit zusammen, thematisiert aber als besonderen Aspekt die „Relativität der Privatsphäre“. Aus diesem Punkt haben sich weitere Überlegungen entwickelt, die das Verfassungsgericht im Volkszählungsurteil aufgreift. Zum einen wird das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre zu einem informationellen Selbstbestimmungsrecht umgeformt. Zum anderen wird die der Privatsphärenkonzeption unzugängliche Bedeutung des Verwendungszusammenhangs herausgestellt.

aa) Die Privatsphäre als Element einer „Sphärentheorie“

Nach der sphärentheoretischen Rekonstruktion²⁴⁰ entwickelt das Bundesverfassungsgericht die Privatsphäre und deren Kernbereich als Schutzgüter, weil und indem es *die persönliche Entfaltung verschiedenen Sphären* zuordnet, die – im Sinne einer verräumlichenden Vorstellung konzentrischer Kreise²⁴¹ – *von der Intimsphäre über die Privatsphäre bis hin zur Öffentlichkeitsphäre* reichen. Diese Sphären persönlicher Entfaltung seien durch eine abnehmende personale Nähe und – korrespondierend – durch einen zu-

240 Dazu Scholz, Grundrecht, S. 89 ff. und 265 ff.; Schwan, Datenschutz, S. 146 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 376; Podlech, AK-GG, Art. 2 Abs. 1, Rn 35 ff.; Dalakouras, Beweisverbote, S. 48 ff.; Vogelgesang, Grundrecht, S. 42 ff.; Brossette, Wert der Wahrheit, S. 129 ff. (auch zur Rechtsprechung des BGHZ). Differenzierend W. Schmidt, Entscheidungsfreiheit, S. 243 ff., sowie Rohlf, Privatsphäre, S. 81 ff. Die Perspektive verschiedener „Schutzkreise“ geht auf Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 268 ff., zurück und ist hier als Individualsphäre, Privatsphäre und Geheimsphäre formuliert. Für den öffentlichrechtlichen Bereich hat insbesondere Evers, Privatsphäre, S. 7 ff., bes. S. 43 ff., eine frühzeitige Ausarbeitung vorgenommen.

241 W. Schmidt, Entscheidungsfreiheit, S. 243

nehmenden Sozialbezug gekennzeichnet. Die grundrechtliche Gewährleistung des Art. 2 Abs. 1 GG könne daran angepaßt inhaltlich angereichert werden, und dies²⁴² ermögliche eine abgestufte Schutzintensität.²⁴³ Die geschützte, aber einschränkbare Privatsphäre steht dabei zwischen der absolut geschützten (unantastbaren) Intimsphäre und dem jedenfalls durch das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre nicht mehr geschützten Öffentlichkeitsbereich. Nachdem man den Privatsphärenschutz auf diese Weise als Element einer „Sphärentheorie“ rekonstruiert hat, hält man ihm sogleich Kritik entgegen. Der „Sphärentheorie“ liege die unzutreffende gesellschaftstheoretische Prämisse einer dichotomischen Gegenüberstellung von Privatsphäre und Gesellschaft zugrunde. Privatheit werde nicht als gesellschaftlich konstituiert, sondern als mehr oder weniger vor- oder außergesellschaftlicher Individualbereich begriffen, der mit zunehmendem Sozialbezug einem zunehmenden staatlichen Zugriff unterliegen solle.²⁴⁴ Das Bundesverfassungsgericht biete weder für die unantastbare Intimsphäre – die es nicht gebe²⁴⁵ – noch für die Öffentlichkeitssphäre – die nicht ungeschützt bleiben dürfe²⁴⁶ – überzeugende Beispiele. Eindeutige und plausible Abgrenzungskriterien existierten von vornherein nicht²⁴⁷; dies schon deshalb, weil sich die Privatsphäre durch ihre Relativität auszeichne²⁴⁸.

Wenn man die verfassungsgerichtliche Entscheidungslinie näher analysiert und die Funktion des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre, einen informationsorientierten Schutz zu begründen, in den Vordergrund rückt, gewinnt man zur sphärentheoretischen Rekonstruktion etwas Distanz. Was eigentlich den privaten Charakter der Privatsphäre ausmacht, wird nicht aus einem rigide feststehenden Sphärenmodell heraus entwickelt, sondern scheint für das Gericht mit Blick auf die Funktion des informationsorientierten Schutzes modifizierbar zu sein. Das zeigen insbesondere die Entscheidungen, in denen zwar noch mit dem Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre argumentiert wird, die aber von einer privaten Sphäre gelöst sind.²⁴⁹ Trotz gegebener Flexibilität bleibt richtig, daß das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre die Abgrenzung eines privaten Bereichs

242 Manchmal wird auch – in Anlehnung an Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts selbst – behauptet, das Gericht stufe die Schutzintensität nicht nur über den inhaltlich angereicherten Schutzgehalt ab, sondern auch durch eine mehr oder weniger „strikte“ Anwendung des Übermaßverbots. Siehe *Scholz*, Grundrecht, S. 267 f.; *Rohlf*, Privatsphäre, S. 83 ff.; *Dalakouras*, Beweisverbote, S. 57 ff. Vgl. dazu auch *Grabitz*, Verhältnismäßigkeit, S. 590 ff. Richtig ist, daß das Gericht das Übermaßverbot nicht in jedem Fall ausführlich erörtert.

243 Nach *Scholz*, Grundrecht, S. 93, bedeutet der „Sozialbezug“, daß das Maß der Beschränkbarkeit mit dem Maß der Kommunikation korreliert. Im Anschluß daran auch etwa *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 44.

244 *Podlech*, AK-GG, Art. 2 Abs. 1 Rn 35 ff., 53; *Mückenberger*, Datenschutz, S. 5 ff.

245 So insbesondere *Schlink*, Amtshilfe, S. 192 ff. Ansonsten etwa *Schwan*, Datenschutz, S. 149; *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 25; *Podlech*, AK-GG, Art. 2 Abs. 1 Rn 37. Siehe allerdings BVerfGE 109, 279 (313 f. und insbes. 383 f. – Mindermeinung –).

246 *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 242 ff.; *Schwan*, Datenschutz, S. 147 f.

247 Zum Abgrenzungsproblem siehe nur *Dalakouras*, Beweisverbote, S. 50 ff. m.w.N.

248 Dazu näher unten im Text.

249 Sogleich Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.1.

verlangt, und schon wegen der zivilrechtlichen Vorarbeiten²⁵⁰ klingen dabei sphären-theoretische Denkmuster auch in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung an. Das Bundesverfassungsgericht übernimmt aber nicht ein Gesamtmodell, sondern setzt Einzelaspekte pragmatisch und fallbezogen ein. Deshalb kommt es nicht zu den – kritisierten – Schwierigkeiten der Abgrenzung der Privatsphäre aus einem übergreifenden Modell von Sphären persönlicher Entfaltung heraus. Ein durch das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre nicht mehr geschützter Öffentlichkeitsbereich wird selten genug erwähnt.²⁵¹ Soweit es um den Kernbereich geht, ist der Abgrenzungsbedarf nicht das Resultat einer Sphärentheorie, sondern ein dogmatisches Problem des Wesengehaltsschutzes²⁵² oder des Art. 79 Abs. 3 GG²⁵³. Das Kriterium des Sozialbezuges, auf das das Gericht dabei rekurriert, dient jedenfalls nach seiner Genese einer Abgrenzung mit Blick auf die Funktion des Rechts.²⁵⁴ Es handelt sich also – anders als die Kritik der „Sphärentheorie“ und auch einige spätere Verfassungsgerichtsentscheidungen²⁵⁵ es zu deuten scheinen – nicht um ein inhaltliches Kriterium, das einem aus Sphären der Entfaltung entwickelten Leitbild zurückgezogener Individuen verpflichtet wäre. Als materiales Kriterium ist es ersichtlich überfordert, insbesondere wenn es auch noch den Kernbereich übergreifen und ein Modell von Entfaltungssphären, die je nach dem „Maß der Kommunikation“ unterschiedlich intensiv geschützt sind, tragen soll. Wie auch ein Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 oder Art. 8 GG zeigt²⁵⁶, kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Kommunikation mit anderen nicht nur faktisch von persönlicher Wichtigkeit, sondern auch rechtlich intensiv geschützt sein kann. Auch das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre betrifft in der behandelten Rechtsprechung sogar weitgehend – wenn auch nichtöffentliche – Kommunikationssituationen und daraus stammende Angaben oder Daten. Insgesamt ist dem Bundesverfassungsgericht eine Ausgestaltung des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre nach Maßgabe eines sphärentheoretischen Modells nicht unbedingt zu unterstellen. Und jedenfalls stößt die ver-

250 Insbesondere die Rechtsprechung des BGHZ; vgl. BGHZ 13, 334 (337 ff.); 15, 249 (257 ff.); 20, 345 (347 ff.); 24, 72 (76 ff.); 24, 200 (208 ff.); 26, 349 (351 ff.); 27, 284 (286 ff.). Aus der Literatur *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, bes. S. 268 ff. Vgl. auch den Überblick bei *Rohlf*, Privatsphäre, S. 25 ff.

251 Vgl. das Beispiel im Tonband-Beschluß – BVerfGE 34, 238 (247) – und die Entscheidung zum Zeugnisverweigerungsrecht eines Tierarztes BVerfGE 38, 312 (320 ff.).

252 So auch *Störmer*, Verwertbarkeit, S. 20.

253 BVerfGE 109, 279 (310 ff.).

254 Siehe oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II.

255 Siehe BVerfGE 33, 367 (377), wo der Begriff „Sozialbezug“ aber nicht verwendet wird. Diffus in der Lebach-Entscheidung, BVerfGE 35, 202 (220); deutlich als inhaltsbestimmtes Kriterium in der zweiten Tagebuch-Entscheidung – BVerfGE 80, 367 (373 f.) –, die erstmals den Kernbereich zu konkretisieren versucht und deren argumentative Schwächen vor allem darauf beruhen, daß das Sozialbezugs-Kriterium als Inhaltsbestimmung eingeschätzt und eingesetzt wird. Vgl. noch Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt C.II.2.

256 Dabei vertritt das Bundesverfassungsgericht – nicht ohne Kritik, aber nachhaltig – die Ansicht, daß eine Meinung besonders intensiv geschützt sei, wenn sie zur öffentlichen Meinungsbildung beitrage. Vgl. BVerfGE 71, 206 (220 mwN); 82, 272 (281 f. mwN).

fassungsgerichtliche Konzeption nicht wegen der Unzulänglichkeiten eines solchen Modells auf ihre Grenzen.

bb) Die Relativität der Privatsphäre

Im Zusammenhang mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung interessiert vor allem, ob und wo die Privatsphärenkonzeption in bezug auf den informations- und datenbezogenen Schutz zu Schwierigkeiten führt. Genau auf diesen Punkt zielt die These von der *Relativität der Privatsphäre*. Sie richtet sich darauf, daß die Privatsphärenkonzeption überhaupt ungeeignet sei, einen angemessenen Schutz gegen staatliche Informationsmaßnahmen zu erreichen, weil die Privatsphäre – bezogen auf die Zugänglichkeit der Informationen – relativ sei: „Was A zu seiner ‚Privatsphäre‘ zählt, muß B noch lange nicht dazuzählen und umgekehrt. Was A aber gegenüber C offenbaren will, das will B unter Umständen C gegenüber geheimhalten und umgekehrt. Relativität der ‚Privatsphäre‘ heißt also: ‚Privatsphäre‘ gegenüber wem? Darum gilt der Grundsatz der *Relativität der ‚Privatsphäre‘*, und daraus folgt die *Unmöglichkeit ihrer Definition*.“²⁵⁷

Der Hinweis auf die „Relativität der Privatsphäre“ enthält also gleich zwei Aspekte, die rechtsdogmatisch zu unterscheiden sind. Zunächst wird darauf hingewiesen, daß die Individuen die Gegenstände, die sie selbst als intime, private oder öffentliche Angelegenheiten behandelt wissen wollen, jeweils unterschiedlich akzentuieren. Grundrechtsdogmatisch betrifft dies das Problem, inwieweit bei der Interpretation einer Grundrechtsgewährleistung das *Selbstverständnis des jeweiligen Grundrechtsträgers* zu berücksichtigen ist.²⁵⁸ Nun gilt auch für das Schutzgut der Privatsphäre zunächst, daß die Notwendigkeit einer Typisierung Element jeder allgemeinen rechtlichen Regelung ist.²⁵⁹ Wenn man meint, daß der Schutzbereich der Persönlichkeitsentfaltung das Selbstverständnis des jeweiligen Grundrechtsträgers aufgreift, kann man allerdings Konstruktionen erwarten, die in bezug auf Art und Maß der Typisierung für differenzierende Perspektiven genügend Offenheit bieten. Mit dem Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre hat man dabei keine ernsthaften und vor allem keine konstruktionsbedingten Schwierigkeiten. Wenn dies anders gesehen wird, mag dies daran liegen, daß die Passage des Mikrozensus-Beschlusses hervorgezogen wird, in der das Bundesverfassungsgericht ausführt, der innerste Lebensbereich habe „von Natur aus“ Geheimnischarakter.²⁶⁰ Die Entscheidungslinie hat dagegen gezeigt, daß das Gericht sich davon längst gelöst und einen Situationsschutz konzipiert hat, der unter anderem mit dem Geheimhaltungswillen und der Geheimhaltungserwartung, also mit fast auffallend individualorientierten Kriterien

257 Steinmüller u.a., Grundfragen, S. 51 (Hervorh. im Orig.). Ähnlich im Anschluß daran C. Mallmann, Datenschutz, S. 47 f., 78 f.; O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 26; ders., Volkszählung, S. 653; Meister, Schutzgut des Datenrechts, S. 164; Podlech, Verfassungsrechtliche Probleme, S. 156 mit Fn 30; Schimmel, Datenschutz, S. 148; Schlink, Recht, S. 242.

258 Vgl. oben Erster Teil, I. Kapitel, Punkt A. mit Fn 15.

259 Darauf weist Rohlf, Privatsphäre, S. 43, zutreffend hin.

260 Etwa bei C. Mallmann, Datenschutz, S. 73, 78 f.; Schimmel, Datenschutz, S. 148 f.

arbeitet.²⁶¹ Der zweite Punkt stellt die *Relativität des Privaten je nach Informationsempfänger* in den Vordergrund. Wie die beispielhafte Darstellung in der zitierten Argumentation schon zeigt, liegt dabei implizit die im zivilrechtlichen Kontext entwickelte Vorstellung zugrunde, Privatheitsschutz solle bestimmte Daten der Verfügbarkeit Dritter außerhalb eines näher begrenzten Personenkreises entziehen, so daß der sachliche Maßstab dessen, was privat ist, unter anderem mit dem die Sozialdimension ansprechenden Kriterium der Zugänglichkeit der Daten festgelegt wird.²⁶² Dies führt nicht nur zu einem eher starren Raster von Zugänglichkeit versus Unzugänglichkeit, sondern auch zu der Tendenz, das sachlich Private einem bestimmten Personenkreis gegenüber für zugänglich, allen anderen gegenüber für unzugänglich zu halten, also Sachdimension und Sozialdimension zu eng zu verknüpfen. Daß dann die „Empfängerrelativität“ des Privaten untergeht, mag zutreffen. Wird die Privatsphäre jedoch als grundrechtliches Schutzgut gegen den Staat abgegrenzt, ist der unterschiedliche rechtsdogmatische Kontext zu berücksichtigen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geht es im Ansatz darum, ob bestimmte Individualbereiche oder Kommunikationssituationen „dem“ Staat gegenüber als „privat“ zu qualifizieren sind. Vor allem wegen einer im Vergleich zu den zivilrechtlichen Problemkreisen eigenständigen Dogmatik kann man bei einer grundrechtlich determinierten Konstellation von vornherein stärker typisieren. Das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre markiert nämlich keine absolut wirkende Grenze des Nicht-Zugänglichen gegenüber dem Zugänglichen. Die Privatsphäre markiert vielmehr den Bereich, in dem bei einem staatlichen Zugriff die grundrechtlichen Schutzmechanismen greifen. Deshalb wird – wie bereits der Scheidungsakten-Beschluß belegt²⁶³ – der staatliche Umgang mit Informationen und Daten einerseits durchweg gebunden; andererseits entsteht im Rahmen der Begrenzungsmöglichkeiten ein relativer, auf die jeweilige staatliche Stelle abgestimmter Schutz.²⁶⁴

Die These, daß das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre an der Relativität der Privatsphäre scheitern muß, verliert insofern bei näherem Hinsehen einiges an Überzeugungskraft. Dennoch hat sie ihre Wirkungen gehabt, indem sie zu weiteren Überlegungen geführt hat, die das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil aufgreift und die zu den Grundlagen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zählen.

261 Vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.3. und 5.a.

262 Vgl. die Definition *Hubmanns*, Persönlichkeitsrecht, S. 270, die Privatsphäre umfasse „jene Lebensumstände, die einem bestimmten oder einem unbestimmten, aber beschränkten Personenkreis ohne weiteres zugänglich sind, die der einzelne aber der Kenntnisnahme durch weitere Kreise, insbesondere durch die breite Öffentlichkeit, entziehen möchte.“ Siehe dann auch die Darstellung des Schutzes des Privatlebens bei *dems.*, Persönlichkeitsrecht, S. 320 ff.

263 Siehe oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.2.

264 Siehe auch *Benda*, Privatsphäre, S. 43 f.; *Kamlah*, Datenüberwachung, S. 362.

cc) *Die Umformung zu einem informationellen Selbstbestimmungsrecht*

Der literarischen Entwicklung eines informationellen Selbstbestimmungsrechts²⁶⁵ liegt im ersten Schritt die Annahme zugrunde, daß das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre einem informationsorientierten Schutz dient. Im zweiten Schritt wird davon ausgegangen, daß wegen der Relativität der Privatsphäre – hier den individuell unterschiedlichen Einschätzungen dessen, was man wem gegenüber als privat behandelt wissen will – jede Angabe aus Sicht einer betroffenen Person und gegenüber bestimmten Empfängern privaten Charakter gewinnen kann.²⁶⁶ Ganz konsequent zielt man dann darauf, daß nicht die Gewährleistung einer typisierend festgelegten privaten Sphäre auf Gesprächsinhalte oder Daten erstreckt, sondern eine unmittelbar informationsorientierte Verbürgung hergeleitet wird.

Dabei arbeitet die Argumentationsführung hin zum informationellen Selbstbestimmungsrecht mit Hilfe einer relativ schlicht gehaltenen kybernetischen Grundvorstellung.²⁶⁷ Sie geht aus von dem – in der juristischen Diskussion anerkanntermaßen grundrechtlich geschützten – Handeln des Einzelnen²⁶⁸ bzw. seiner Selbstdarstellung²⁶⁹ in bezug auf die Umwelt. Die Umwelt rezipiere eine Handlung bzw. nehme die Informationen auf, die durch eine Selbstdarstellung abgegeben werden. Indem sie reagiert, fließen Informationen in der veränderten Form des Umwelturteils an den Handelnden zurück und liefern diesem einen Maßstab hinsichtlich des Erfolgs seiner Selbstdarstellung. Persönlichkeitsentfaltung und Persönlichkeitsbildung seien auf die Reaktion der Umwelt angewiesen und davon geprägt. „Es ist also für eine Person nicht gleichgültig, was über sie in der Umwelt gewußt wird, denn dieses Wissen, das aus Individualinformationen besteht, fließt in veränderter Form als Reaktion der Umwelt in die Person zurück und beeinflusst so ihre Entfaltung.“²⁷⁰ Konsequenz des so gefaßten Zusammenspiels von Handeln und Information ist dann ein Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, „welche Individualinformationen er unter welchen Umständen an wen abgibt“²⁷¹. Etwas abgewandelt formu-

265 Ich beziehe mich im folgenden auf *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 86 ff., wo sich die Formulierungen des Selbstbestimmungsrechts des Bürgers über sein informationelles Personenmodell (S. 88), des Selbstbestimmungsrechts, welche Individualinformationen man unter welchen Umständen an wen abgibt (S. 88), und auch des informationellen Selbstbestimmungsrechts (S. 139) finden, und auf *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 47 ff., der an dem eben genannten Gutachten mitgearbeitet und das informationelle Selbstbestimmungsrecht weiter ausformuliert hat. Der Begriff ist des öfteren aufgegriffen worden, etwa bei *Egloff*, Information, S. 119 ff. (der darunter ebenso ein Recht, sich selbst zu informieren, so S. 120, 122, wie ein Recht, staatliche Informationsbeschaffungen abzuwehren, so S. 126 ff., versteht), bei *Podlech*, Privatheit, S. 55, und bei *Denninger*, Trennung, S. 232 f. Aufgegriffen hat ihn dann vor allem auch das Sondervotum *Hirsch*, BVerfGE 57, 170 (201).

266 Siehe *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 47 f.; *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 51 ff.

267 *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 86, gehen selbst davon aus, daß es sich um eine Erklärung „mit Hilfe eines einfachen kybernetischen Handlungsmodells“ handle. Man hätte sich dann aber wohl fragen müssen, ob man es bei einem so einfachen Modell belassen kann, wenn man eine grundrechtliche Individualrechtsposition begründen will.

268 *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 85 ff.

269 So *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 54 ff., in Anlehnung an *Luhmann*, Grundrechte, S. 55 ff.

270 *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 87.

271 *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 88.

liert fließt „aus diesem Recht auf Selbstdarstellung das Recht, über die Abgabe von Individualinformationen selbst bestimmen zu können, und zwar hauptsächlich im Hinblick auf den Inhalt der abgegebenen Individualinformation und den Empfänger. Dieses Recht soll hier das informationelle Selbstbestimmungsrecht genannt werden.“²⁷² Das informationelle Selbstbestimmungsrecht bezieht sich dann nicht nur auf eine eigene Selbstdarstellung. Es erstreckt sich auf den Austausch von Individualinformationen, insbesondere zwischen Behörden, weil dieser das Recht des Einzelnen beeinträchtigt, den Empfänger abgegebener Individualinformationen selbst zu bestimmen²⁷³. Es begründet außerdem im Falle einer durch eine Rechtsbegrenzung zugelassene Übermittlung individuelle Kenntnisrechte.²⁷⁴

Trotz der ausdrücklichen Abgrenzung gegen die Privatsphärenkonzeption ähnelt das informationelle Selbstbestimmungsrecht dieser darin, daß es sich im Ansatz daran orientiert, daß Informationsgehalte aus der – wenn auch nicht privaten – Sphäre des Betroffenen stammen.²⁷⁵ Es wird auf das Handeln oder auf eine als Handlung (sei es als Mitteilungshandlung, sei es als sonstiges Auftreten) gefaßte Selbstdarstellung des Einzelnen im Hinblick auf die Umwelt abgestellt. Daß die Handlung in einen Bezug zur Umwelt gesetzt, also als soziale Handlung begründet wird, ändert daran nichts. Insofern geht es um Informationen, die im Ausgangspunkt auf einen Kommunikationsbeitrag des Betroffenen oder durch das Auftreten vor anderen zurückgeführt und somit zunächst seiner Entscheidung und seinem Einfluß zugeordnet werden können. Das im weiteren angeschlossene Kreislaufmodell Handelnder-Umwelt-Handelnder ist zu einfach gebaut, als daß man die Eigenarten und die Problematik informationsorientierten Schutzes – etwa die Entstehung durch Deutungsleistungen sich informierender Personen oder Stellen, die daraus folgende Kontext- und Perspektivenabhängigkeit und die Veränderlichkeit im Fortlauf der Kommunikation – aufzeigen und dies bei der dogmatischen Gestaltung des entwickelten Rechts berücksichtigen könnte. Deshalb erhält das informationelle Selbstbestimmungsrecht eine Fassung, die dem grundsätzlich handlungsgeprägten Modell verhaftet bleibt: die Entscheidungsbefugnis, über die Abgabe von Individualinformationen im Hinblick auf den Inhalt und auf den Empfänger selbst zu bestimmen. Diese Befugnis soll sich dann allerdings nicht nur auf das eigene umweltorientierte Verhalten beziehen. Sie wird übergreifend verstanden und insbesondere auf zwischenbehördliche Informationsübermittlungen erstreckt. Doch genau diese Erstreckung kann mit der gewählten Argumentation gar nicht begründet werden. Nicht nur wird der Schritt von dem (Entscheidungs- und Verhaltens)Schutz der Selbstdarstellung des Einzelnen zu einem informationsbezogenen Schutz, der zwischenbehördliche Informationsübermittlungen erfassen könnte, nicht hinreichend problematisiert. Noch grundsätzlicher müßte man auch unterstellen

272 C. Mallmann, Datenschutz, S. 56.

273 C. Mallmann, Datenschutz, S. 80 ff.

274 C. Mallmann, Datenschutz, S. 88 ff. („Recht auf Austauschtransparenz“).

275 Den Überlegungen zum informationellen Selbstbestimmungsrecht liegen unter anderem die Ausführungen von Evers, Privatsphäre, S. 38 f., zugrunde, der sich seinerseits am Handeln des Einzelnen und dem damit in der Umwelt geschaffenen Eindruck orientiert.

können, daß es sich bei der Kommunikation anderer über eine Person um einen Informationsvorgang handelt, der dem auf andere bezogenen Handeln oder der Selbstdarstellung dieser Person und dem dadurch hinterlassenen Eindruck gleichkommt.²⁷⁶

Das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist Teil der Bemühungen, das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre als informationsorientierten Grundrechtsschutz zu verstehen und dafür neu zuzuschneiden.²⁷⁷ Das ist nicht ohne Brüche geglückt. Für die Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung muß man sehen, daß das Gericht den Privatsphärenschutz gerade *nicht* als unmittelbar informationsorientierte Verbürgung, sondern inhaltlich als Absicherung eines Rückzugsbereichs oder vertraulicher Situationen auffaßt. Der Informationsschutz ist an diese inhaltsgeleitete Gewährleistung gekoppelt. Da die These von der Relativität der Privatsphäre die verfassungsgerichtliche Konzeption auch nicht ernsthaft trifft, gibt sie dem Gericht keinen Anlaß zu Neuorientierungen. Die eigentlichen Leistungsgrenzen des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre macht erst ein weiterer Aspekt deutlich.

dd) Der Hinweis auf die Relevanz des Verwendungszusammenhanges

Angeregt durch den Gedanken der Relativität der Privatsphäre, insbesondere der unterschiedlichen Empfänger von Informationen, ist im weiteren die *Bedeutung des Verwendungszusammenhanges* für die Gestaltung des rechtlichen Schutzes hervorgehoben worden. Da je nach Empfänger der Verwendungszusammenhang variere, müsse geklärt sein, welche Angaben von wem und zu welchem Zweck verlangt werden.²⁷⁸ Daten komme in einem je verschiedenen Verwendungskontext ein jeweils unterschiedlicher Informationsgehalt²⁷⁹ zu. Dementsprechend seien auch die Auswirkungen für den Betroffenen

276 So läßt sich Luhmanns Ansatz der Selbstdarstellung und eines Selbstdarstellungsrechts (das bei Luhmann nur begrenzt angesprochen und jedenfalls nicht rechtsdogmatisch ausgearbeitet wird) nicht in die Fassung der „Abgabe von Individualinformationen“ bringen, sondern erfordert ein erheblich komplizierteres Modell. Siehe *dens.*, Grundrechte, S. 55 ff.; vgl. auch noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.2., und Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3. Insbesondere werden Selbstdarstellung und Selbstdarstellungsrecht von sozialen Zurechnungsmechanismen getragen. Keineswegs jede Information, die etwas über eine Person aussagt, wird dieser Person als Selbstdarstellung zugerechnet.

277 Dazu zählen nicht nur ganz neue Konzeptionen, sondern insbesondere auch funktionale oder rollentheoretische Fassungen des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre selbst. Vgl. noch Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.bb.

278 *Simitis*, in: *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, Einleitung, Rn 28 ff.; S. auch bereits *dens.*, Chancen und Gefahren, S. 680; Notwendigkeit und Voraussetzungen, S. 151 ff. *O. Mallmann*, in: *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, § 32 Rn 4 und 5, sowie Zielfunktionen, S. 26, weist darauf hin, daß unterschiedliche Funktionsträger Daten einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt zuschreiben und davon die Sensitivität abhängt. Im Zusammenhang mit den Problemen des Informationsaustausches sprechen *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 111, die Kontextabhängigkeit an. Ansonsten *Schwan*, Datenschutz, S. 147; *ders.*, Amtsgeheimnis, S. 16 f.; *Bull*, Datenschutz, S. 1179. Vgl. auch *Benda*, Privatsphäre, S. 36 f.

279 *Podlech*, AK-GG, Art. 2 Abs. 1, Rn 77, stellt deutlich auf die Eigenarten von Information ab: eine Information sei mitbestimmt durch den Informationsgegenstand, den Informationsverwender und den Verwendungskontext. Er löst sich dann auch von dem Begriff der „Relativität der Privatsphäre“ und spricht stattdessen von der „Relativität“ von Informationen.

nicht aus dem jeweiligen Datum abzulesen. Daher könne eine rechtliche Beurteilung nicht durch eine verwendungskontextunabhängige Betrachtung von Daten erfolgen.

Dieses Argument rückt nunmehr das Charakteristikum von Information in den Vordergrund, daß deren Sinngehalt erst auf seiten des Empfängers vollendet wird. Was der Begriff des Verwendungskontexts genau bezeichnet, insbesondere durch welche Faktoren er geprägt wird, ist allerdings nicht gerade präzise ausgearbeitet. Es wird mit den Verweisen auf den Verwender bzw. die verwendende Stelle, auf den Verwendungszweck und – dies schon seltener – auf die interpretationsbeeinflussenden Kontextänderungen, auf die im jeweiligen Verarbeitungskontext gegebene Selektivität und auf die im Empfängerbereich bestehenden Möglichkeiten der Verknüpfung von Daten²⁸⁰ nur umrissen. Auch scheinen die Frage des kontextabhängigen Inhalts von Daten sowie der Wirkungen von Informationen auf der einen Seite und die normative Beurteilung auf der anderen Seite manchmal nicht exakt genug getrennt zu werden.²⁸¹

Das Argument lebt allerdings auch nicht von einer präzisen Ausarbeitung. Es soll ein Gegenkonzept zu der Orientierung am Entstehungskontext von Daten bieten, die die dogmatische Konstruktion des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre mit sich bringt. Mit der Thematisierung des Problems, daß der Gehalt von Daten kontext- und perspektivenabhängig ist, daß Daten also nicht privat oder sensitiv „sind“, wird eine zentrale Schwäche der Privatsphärenkonzeption getroffen. Da diese Konzeption mit der Unterstellung arbeitet, daß Daten die Privatheit der Sphäre teilen, der sie entstammen, funktioniert sie nur als sphärenbezogene „Abwehrformel“.²⁸² Sachlagen, in denen Daten erst im Verwendungszusammenhang – etwa durch die Verknüpfung von Daten oder durch eine bestimmte selektive Perspektive auf der Basis von Zusatzwissen – einen Privates vermittelnden Informationsgehalt gewinnen, deckt der Sphärenschutz nicht ab. Er greift auch dann nicht, wenn Informationen verbreitet werden, die Privates vermitteln, ohne aus der Privatsphäre des Betroffenen zu stammen. Das heißt, daß das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre Konstellationen nicht erfaßt, die seinem Schutzziel und dem anerkannten Schutzbedarf entsprechen.

ee) Die Umstellung auf einen Persönlichkeitsschutz

In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeigen sich die Leistungsgrenzen der Privatsphärenkonzeption dann auch genau an den Stellen, wo die *Korrelation von einer privaten Sphäre und dem privaten Charakter (ausschließlich) der Angaben oder Daten eines solchen Entstehungskontexts brüchig* wird. Die Leistungsgrenzen beruhen also auf der zu engen Verkoppelung des informations- und datenbezogenen Schutzes mit der in-

280 Siehe *Podlech*, Individualdatenschutz, bes. S. 457 ff., und für die elektronische Datenverarbeitung *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 76 ff.; *Geiger/Schneider*, Umgang, S. 309 f.

281 Undeutlich etwa *Simitis*, in: *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, Einleitung, Rn 28 ff. Siehe auch *Bull*, Datenschutz, S. 1179, der Schutz habe sich weniger nach der Herkunft der Information aus bestimmten Zusammenhängen als vielmehr nach den Verwendungszwecken zu richten. Vgl. dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.1.2.

282 Vgl. *Simitis*, Notwendigkeit und Voraussetzungen, S. 145.

haltlichen Idee einer privaten Sphäre. Diese Verkoppelung, die die Entwicklung dieses Schutzes erst ermöglicht hat, weil der Schutz dadurch weitgehend in die traditionelle Dogmatik eingepaßt werden konnte, erweist sich im Verlauf der Rechtsprechung als Hindernis eines angemessenen Grundrechtsschutzes, der sich nunmehr anerkanntermaßen auf den Umgang des Staates (oder Dritter) mit Informationen und Daten erstreckt.

Insbesondere zwei Fallkonstellationen führen zur Umformung der grundrechtlichen Verbürgung. Die eine Konstellation ist die des Tonband-Beschlusses, der oben²⁸³ bereits als Überleitungsentscheidung eingestuft worden ist. Es gibt zwar noch eine als Privatsphäre beschreibbare abgeschottete Situation, aber die Zuordnung der Daten als „privat“ kann nicht plausibilisiert werden. Das Bundesverfassungsgericht leitet trotzdem Maßgaben für die staatliche Kenntnisnahme und Verwertung des aufgezeichneten Gesprächs her, muß dafür aber sowohl die normative Anknüpfung als auch die dogmatische Konstruktion als auch die Begründung ändern. In der zweiten Konstellation – dem Soraya-Beschluß und dem Lebach-Urteil²⁸⁴ – fehlt eine vertrauliche und abgeschottete Situation, aus der die Informationen und Daten stammen. Vielmehr erzeugen Dritte durch eigene Aktivitäten Informationen, die Vorgänge aus dem Privatleben bzw. die betroffene Person darstellen. Auch bei dieser Konstellation ist ein Wechsel der Schutzkonstruktion und der Begründung notwendig. Die Privatsphäre verliert mit den jeweils erfolgenden argumentativen Umstellungen ihre Plausibilität als ausschließlicher Anknüpfungspunkt eines informations- und datenbezogenen Grundrechtsschutzes, die sie ihrer dogmatischen Konstruktion verdankt.

III. Die Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes

1. Der Perspektivenwechsel von der privaten Sphäre auf den Sinngehalt und die Wirkungen von Informationen

Der Soraya-Beschluß²⁸⁵ befaßt sich mit den Verfassungsbeschwerden eines Presseverlages und des geschäftsführenden Redakteurs gegen zivilgerichtliche Verurteilungen zur Schadensersatzleistung. Die Urteile stützten sich darauf, daß die Verbreitung eines erfundenen Interviews mit Prinzessin Soraya Esfandiary-Bakhtiary über Vorgänge aus deren Ehe und Privatleben deren Persönlichkeitsrecht verletzte. Die verfassungsrechtliche Absicherung des im Zivilrecht entwickelten „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ wird in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts insofern relevant, als es der Pressefreiheit auf Verfassungsebene entgegengehalten wird.²⁸⁶ Konstellationsbedingt gibt die Entscheidung des Verfassungsgerichts aber nicht allzuviel her. Der Sache nach unterschei-

283 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.4.

284 Dazu sogleich Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.1.

285 BVerfGE 34, 269.

286 Anders als hier *Steindorff*, Persönlichkeitsschutz, S. 11, der die verfassungsgerichtliche Absicherung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes erst mit der Eppler- bzw. der Böll-Entscheidung beginnen lassen will.

det sich der angestrebte Persönlichkeitsschutz von den bisherigen Entscheidungen zum Schutz der Privatsphäre, weil die Äußerungen in dem Interview erdacht und somit außerhalb des tatsächlichen Lebens- und Einflußbereichs und ganz unabhängig von der Betroffenen entstanden sind. Das Bundesverfassungsgericht bemüht zwar die Privatsphäre als Argumentationsfigur²⁸⁷, rückt dabei allerdings mit Hinweis auf die zivilgerichtliche Begründung in den Vordergrund, daß die Klägerin allein darüber zu befinden habe, ob und in welcher Form sie Vorgänge ihres Privatlebens der Öffentlichkeit zugänglich machen wolle²⁸⁸. Damit ist in der gegebenen Konstellation nicht das – unberührt gebliebene – Entscheidungsrecht gemeint, private Vorgänge darzustellen oder nicht darzustellen (Darstellungsrecht), sondern ein Recht, diese grundsätzlich ausschließlich selbst darstellen zu können und weder eine realitätskonforme noch eine fiktive Darstellung anderer hinnehmen zu müssen (eigenes Darstellungsrecht). Ginge es allein um die Darstellung privater Angelegenheiten durch die Presse, hätte dies die Entscheidung allerdings kaum getragen. Die Zivilgerichte und auch das Bundesverfassungsgericht verweisen zusätzlich darauf, daß die Darstellungsform den Eindruck erwecke, die Klägerin habe private Vorgänge selbst geschildert.²⁸⁹ Daher könnte man den eigentlichen Schwerpunkt der Begründung darauf legen, daß das Privatleben einer Person deren Umwelt in Form eigener Mitteilungen präsentiert wird, so daß die Betroffene erwarten muß, daß man ihr diese Äußerungen und das entstehende Bild als selbstverantwortet zurechnet. Bei dieser Struktur wird erkennbar, daß die Tatsache, daß die Interview-Ausführungen ihrem Sinngehalt nach Privates vermitteln, kein tragendes Element der Begründung ist.

Anders als den Soraya-Beschluß muß das Bundesverfassungsgericht das Lebach-Urteil²⁹⁰ mit gründlichen Ausführungen zu den Schutzzinhalten des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG stützen. Die Entscheidung betrifft den Streit zwischen einer Fernsehanstalt, die einen Dokumentarfilm über den Soldatenmord von Lebach auszustrahlen beabsichtigt, und einem an der Tat Beteiligten, der wegen der Gefährdung seiner Resozialisierungschancen eine Unterlassung der Sendung beansprucht. Die Entscheidung über den Konflikt zwischen der Rundfunkfreiheit und dem Recht der Persönlichkeitsentfaltung ist bereits gesetzlich vorgeformt; §§ 22, 23 KUG tragen dem objektiven Gehalt des Art. 5 Abs. 2 GG ebenso wie dem der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG hinreichend Rechnung. Das Fachgericht hat bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 23 KUG – hier der Frage, ob der Beschwerdeführer eine Person der Zeitgeschichte ist und ob er ein berechtigtes Interesse gegen die Ausstrahlung des Films vorbringen kann²⁹¹ – die jeweiligen Grundrechtswirkungen zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht legt zugrunde, daß die Grundsätze des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, die es zu Maßnahmen der öffentlichen Gewalt herausgearbeitet hat, auch im Rahmen privatrechtlicher

287 BVerfGE 34, 269 (281, 283 f.)

288 BVerfGE 34, 269 (282 f.); BGH NJW 1965, 685 (686).

289 BVerfGE 34, 269 (282 f.); BGH NJW 1965, 685 (686).

290 BVerfGE 35, 202.

291 Zum Streit, bei welchem Tatbestandsmerkmal der Grundrechtsgehalt einzufließen hat, vgl. *Neumann-Duesberg*, Dokumentarfernsehsendung, S. 261 ff.

Regelungen gelten.²⁹² Den grundrechtlichen Schutzbereich füllt es dann durch eine Auflistung all dessen, was in der bisherigen Rechtsprechung entwickelt worden ist. Geschützt ist ein autonomer Bereich privater Lebensgestaltung, in dem der Einzelne seine Individualität entwickeln und wahren kann und zu dem das Recht gehört, in diesem Bereich für sich zu sein, sich selber zu gehören sowie ein Eindringen oder einen Einblick durch andere auszuschließen. Dies umfaßt das Recht am eigenen Bild und gesprochenen Wort und schließlich – als Neuentwicklung des zu entscheidenden Falles – das Verfügungsrecht über Darstellungen der Person, nach dem jeder grundsätzlich selbst und allein bestimmen darf, ob und inwieweit andere sein Lebensbild im ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen.²⁹³

Diese einleitenden Ausführungen, in denen der Bereich privater Lebensgestaltung lediglich als ein das Individuum abschottender Rückzugsbereich beschrieben und das Recht am eigenen Bild oder am gesprochenen Wort sowie das Verfügungsrecht über Darstellungen der Person dem eingeordnet werden, sind allerdings nicht als endgültig durchdachtes Muster aufzufassen. Für das Recht am gesprochenen Wort findet bereits der Tonband-Beschluß eine die Idee der Privatsphäre transzendierende Argumentation. In der Lebach-Entscheidung läßt sich schon der Gegenstand – das „Lebensbild“ des Einzelnen oder „bestimmte Vorgänge aus seinem Leben“ – kaum an einen „privaten“ Entfaltungsbereich binden.²⁹⁴ Zudem werden die Daten im Rahmen der Filmproduktion zusammengetragen und erzeugen so das „Lebensbild“, das den Zuschauern vermittelt wird. Dabei handelt es sich immer um eine künstliche und selektierende Darstellung – dies schon deshalb, weil ein „wirkliches“ Lebensbild als vollständiger Datenkomplex gar nicht existiert und auch einzelne Vorgänge aus dem Leben sogar der Erinnerung des Betroffenen nur perspektivisch und fragmentarisch zugänglich sind.²⁹⁵ Das Lebach-Urteil ähnelt insofern dem Soraya-Beschluß. Auch geht es nicht lediglich um die Entfaltung im Privatbereich, sondern um die Entfaltung überhaupt. So muß der Beschwerdeführer gerade bei einem Auftreten in der Öffentlichkeit mit dem unbehaglichen Gefühl rechnen, daß alle seinen Lebenslauf kennen. Dem Fall entspricht es, daß das Verfassungsgericht bei der Schutzgehaltsbeschreibung den Tonband-Beschluß in dem Argumentationsstrang fortführt, der von der originären Privatsphärenkonzeption unabhängig ist.

Wird das Schutzgut als „Verfügungsrecht über Darstellungen der Person“ beschrieben, verletzt eine Gerichtsentscheidung, die dieses Recht bei der Abwägung mit der Rundfunkfreiheit nicht genügend beachtet, das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht spricht untechnisch von einem Eingriff in das Grundrecht durch die Ausstrahlung des Dokumentarfilms.²⁹⁶ Woran aber macht man die

292 BVerfGE 35, 202 (221).

293 BVerfGE 35, 202 (220).

294 So auch *Rohlf*, Privatsphäre, S. 118.

295 Daß dies auch den Kern der verfassungsgerichtlichen Begründung ausmacht, übersieht *Rohlf*, Privatsphäre, S. 118 ff., wenn er den „Lebensbildschutz“ als Schutz eines Privatlebens bezeichnet, bei dem der Einzelne auch in der Öffentlichkeit relativ anonym bleibe.

296 BVerfGE 35, 202 (226).

Beeinträchtigung des Beschwerdeführers eigentlich fest bzw. wie gewichtet man dieses abstrakte Verfügungsrecht? Anders als etwa beim Eigentum gibt es schließlich bei Informationen kein dingliches und in der Regel auch kein geldwertes Substrat, das der Betroffene verliert, wenn ein anderer Informationen über ihn verbreitet. Die durch eine öffentliche Darstellung bewirkte Einbuße an „Personalität“²⁹⁷, die das Gericht eher beiläufig erwähnt, ist viel zu diffus, um die Beeinträchtigung gewichten zu können. So geht es über zu einer ausführlichen Beschreibung etwaiger Nachteile des Beschwerdeführers aufgrund der denkbaren negativen Qualifizierung in den Augen derer, die sich den Film angesehen haben: „Eine öffentliche Berichterstattung über eine Straftat unter Namensnennung, Abbildung oder Darstellung des Täters wird stets seinen Persönlichkeitsbereich erheblich beeinträchtigen, weil sie sein Fehlverhalten öffentlich bekanntmacht und seine Person in den Augen der Adressaten von vornherein negativ qualifiziert.“ Der Ausstrahlung des Films, die als Beeinträchtigung qualifiziert wird, werden also die in der sozialen Kommunikation auf seiten der Informationsrezipienten entstehenden negativen Folgen zugeordnet. Die Intensität der Beeinträchtigung wird damit durch die Rezeption der Zuschauer und deren Bedingungen geprägt. Ausführlich geht das Gericht nicht nur allgemein darauf ein, daß das Fernsehen mit dem optischen und akustischen Eindruck sowie seiner zahlenmäßigen Reichweite intensiver wirkt als Hörfunk oder Presse, daß gerade ein Dokumentarfilm eine beliebte Programmform mit hohen Einschaltquoten ist, daß Zuschauer eine vergleichsweise unkritische Einstellung gegenüber fernsehvermittelten Informationen besitzen und diese gleichzeitig selektiv wahrnehmen. Zusätzlich kommt es für die Nachteile, die der Beschwerdeführer zu erwarten hat, gerade auf das Bild an, das die Zuschauer sich nach einer Sendung voraussichtlich von ihm machen. So beschreibt das Gericht, daß ein Dokumentarfilm mehr als eine ganz fiktive Handlung den Zuschauern die Illusion des Dabeiseins vermittelt, sie emotional engagiert und zugleich, obwohl der Film selektiert und auch fiktive Elemente enthält, mit der Illusion des Authentischen die Vorstellung weckt, man kenne die Persönlichkeit des Straftäters im wesentlichen, obwohl (immer) nur ein filmisch aufbereitetes Persönlichkeitsbild ohne feinere Nuancierung erscheint. Die somit zu erwartenden Nachteile komprimiert es in Begriffen wie negative Qualifizierung und Verstärkung der Ablehnung eines sozialen Außenseiters. Eine Fernsehberichterstattung über eine schwere Straftat, die den Täter individualisiert, stellt regelmäßig eine schwere Beeinträchtigung der Persönlichkeitssphäre dar. Auf der anderen Seite steht allerdings die Rundfunkfreiheit als grundrechtlich geschütztes Gut. Ähnlich wie die Beeinträchtigung des Beschwerdeführers nur im Rückgriff auf die Rezipienten präzisiert und gewichtet werden kann, wird auch hinsichtlich des Gewichts der Berichterstattung das Interesse der Rezipienten einbezogen. In der Abwägung mit der Rundfunkfreiheit ist eine Beeinträchtigung hinzunehmen, sofern es sich um eine an aktuelle Ereignisse anknüpfende Sendung handelt. Das gilt zeitlich jedoch nicht unbegrenzt. Eine zeitliche Zäsur, die eine neue grundrechtliche Bewertung erfordert, sieht das Gericht mit der Resozialisierungsphase, weil Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

(auch) die Resozialisierungschancen schützt²⁹⁸ und insofern das Gewicht der grundrechtlichen Belange verstärkt wird. Hier thematisiert es zusätzlich die (Erwartungs)Erwartungen, die psychische Situation und das davon geprägte Verhalten des Beschwerdeführers selbst. Dieser wird davon ausgehen, daß die Umwelt ihm mit Ablehnungen begegnet, und mit sozialer Isolierung rechnen. Eine Sendung über die frühere Straftat kann die vielleicht mühsam erreichte innere Stabilisierung zerstören. Im Ergebnis dreht sich in der Zeitdimension im Hinblick auf die Resozialisierung die Vorzugsrelation zwischen Persönlichkeitsentfaltung und Rundfunkfreiheit um: Wird die Resozialisierung gefährdet, muß eine erneute Berichterstattung über eine Straftat, aufgrund derer der Täter identifiziert werden kann, unterbleiben.²⁹⁹

Aufgrund des Zwanges, die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsbereichs um ihrer Gewichtung willen zu präzisieren, zeigen die verfassungsgerichtlichen Ausführungen, wie kompliziert der rechtliche Zugriff wird. Erkennbar und bemeßbar werden Nachteile und ihr Gewicht nicht unmittelbar bei dem zu unterbindenden Verhalten des Anspruchsgegners. Erwartbar ist eine nachteilige Veränderung der Einschätzung und des Verhaltens, das die Informationsrezipienten dem Betroffenen gegenüber zeigen, ohne daß diese Veränderung aber unvermittelt an die angegriffene Handlung gekoppelt wäre. Rückbezogen auf den Betroffenen ist jedoch nicht so wichtig und auch gar nicht im einzelnen festzumachen, welche negativen Reaktionen die Umwelt tatsächlich zeigt. Negative Folgen für das Befinden und das Verhalten des Beschwerdeführers entstehen nämlich bereits durch die Erwartung, daß die Rezipienten bestimmter ihn betreffender Aussagen ihn negativ beurteilen und entsprechend behandeln werden. Solche Erwartungen bestehen ab Ausstrahlung der Sendung, mit der andere ein bestimmtes Wissen erworben haben könnten.

Den sozialen Mechanismen, die die Nachteile vermitteln, braucht das Bundesverfassungsgericht allerdings trotz des Präzisierungszwanges nicht in vollem Umfang nachzugehen. Das liegt daran, daß es noch mit der Vorstellung der Privatsphäre ansetzt und mit dem Verfügungsrecht über Darstellungen der Person arbeitet. Dadurch ergeben sich ähnliche Entlastungswirkungen wie bei der Konzeption des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre, die bestimmte Daten dem Einzelnen als „privat“ zuordnet.³⁰⁰ Jedenfalls geht es bei dem angestrebten grundrechtlichen Schutz nicht um eine in einem Vorher/Nachher-Vergleich feststellbare Reduktion einer irgendwie abgrenzbaren individuellen Entfaltungschance. Im Mittelpunkt stehen die Sozialität der Person und das komplexe Netz sozialer Beziehungen, in dem dem Einzelnen in bezug auf das Bild der Umwelt von ihm selbst erstens ein angemessener Einfluß und zweitens ein angemessenes Selbst-

298 Dazu auch BVerfGE 45, 187 (223 ff., bes. 238 ff.); 64, 261 (270 ff.); 72, 105 (113 ff.). Siehe außerdem BVerfGE 36, 174 (bes. 188 ff.) zur Tilgung und zum Verwertungsverbot von Strafregistereinträgen nach Ablauf bestimmter Fristen.

299 Anders, aber mit an dieser Stelle zu knapper Begründung die Vorentscheidung des OVG Koblenz, NJW 1973, 251 (254 f.). Kritisch zu dieser Entscheidung Lampe, Straftäter, S. 220 ff.

300 Dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.a. Schlink, Amtshilfe, S. 187, sieht im gegebenen Fall die „freie Entfaltung der Persönlichkeit“ als Kürzel für die Freiheit der Entfaltung im Beruf und bei der Arbeit oder bei der Wohnungs- und Partnersuche.

Vertrauen vermittelt werden soll. In diesem Rahmen ist entscheidend, welche Inhalte und Wirkungen der in Streit befindlichen Sendung als Information Dritter zukommen.

Der Perspektivenwechsel von der privaten Sphäre zu den Inhalten und Wirkungen von Informationen³⁰¹ ermöglicht es, den Persönlichkeitsschutz mit neuen Argumenten zu begründen und ihn dann auch dogmatisch neu zu gestalten.

2. Der Wechsel zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Die Eppler-Entscheidung³⁰² bringt den ausdrücklichen Wechsel zum Paradigma des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind die zivilgerichtlichen Entscheidungen auf eine Unterlassungsklage des ehemaligen Vorsitzenden des SPD-Landesverbandes Baden-Württemberg, Erhard Eppler, gegen den Landesverband Baden-Württemberg der CDU wegen einer Musterrede, die dieser zu Wahlkampfzwecken an Kreisredner verteilt hatte. In der Musterrede wurde dem SPD-Landesvorsitzenden die – nach dessen Vortrag nicht geäußerte – Formulierung in den Mund gelegt, man wolle in der Wirtschaftspolitik die Belastbarkeit der Wirtschaft prüfen. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet als Prüfungsmaßstab „das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht“³⁰³. Die Zuschreibung der streitigen Meinungsäußerung beeinträchtigt weder die Privatsphäre noch die Ehre. Eine solche Beeinträchtigung hält das Gericht dann aber auch nicht mehr für erforderlich:

„Sofern ein solches Schutzgut nicht beeinträchtigt ist, bedeutet es gleichfalls einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wenn jemandem Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er nicht getan hat und die seinen von ihm selbst definierten sozialen Geltungsanspruch beeinträchtigen. Dies folgt aus dem dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugrundeliegenden Gedanken der Selbstbestimmung: Der Einzelne soll – ohne Beschränkung auf seine Privatsphäre – grundsätzlich selbst entscheiden können, wie er sich Dritten oder der Öffentlichkeit gegenüber darstellen will, ob und inwieweit von Dritten über seine Persönlichkeit verfügt werden kann; dazu gehört im besonderen auch die Entscheidung, ob und wie er mit einer eigenen Äußerung hervortreten will. ... Im Zusammenhang hiermit kann es nur Sache der einzelnen Person selbst sein, über das zu bestimmen, was ihren sozialen Geltungsanspruch ausmachen soll; insoweit wird der Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts maßgeblich durch das Selbstverständnis seines Trägers geprägt ... Es wäre daher mit Art. 2 Abs. 1 GG unvereinbar, für die Frage, ob das Unterschieben einer nicht getanen Äußerung das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen beeinträchtigt, nicht maßgebend auf dessen Selbstdefinition, sondern auf das Bild abzustellen, das sich andere – begründet oder unbegründet – von ihm machen oder machen könnten. Diese mögen zu einem solchen Vorgehen durch *ihre* Grundrechte, insbesondere das Recht der freien Meinungsäußerung berechtigt sein: Den Inhalt des Grundrechts des Betroffenen kann ihre Auffassung nicht konstituieren, wenn anders das Persönlichkeitsrecht nicht um seinen ei-

301 Aus der weiteren Rspr. vgl. BVerfGE 34, 369 (382 f.); 47, 239 (247 ff.); 49, 286 (297 f.). Vgl. auch BVerfGE 47, 46 (73 f.).

302 BVerfGE 54, 148.

303 BVerfGE 54, 148 (153).

gentlichen Gehalt des Ureigenen und Nicht-Vertretbaren gebracht werden soll, das zu schützen es bestimmt ist.“³⁰⁴

Den Eingriff sieht das Gericht also in dem Unterschieben von Äußerungen, die den selbst definierten „sozialen Geltungsanspruch“ beeinträchtigen. Was aber ist damit eigentlich gemeint? Die weitere Entscheidungsbegründung gibt Aufschluß darüber, daß in diesem undeutlichen und mißverständlichen Terminus mehrere Aspekte vermengt werden. Das Gericht strebt, wie auch die Anbindung an die Lebach-Entscheidung sowie die Verweise auf den Tonband- und den Soraya-Beschluß zeigen, einen Schutz der Selbstdarstellung an.³⁰⁵ Es scheint diesen jedoch als Entscheidungs- und Handlungsrecht anzulegen, wenn es mit Hinweis auf den Gedanken der Selbstbestimmung ausführt, der Einzelne solle grundsätzlich selbst entscheiden können, wie er sich darstellen und ob und wie er mit einer eigenen Äußerung hervortreten will. Dabei ist das eigene Darstellungs- oder Äußerungsrecht in der zu entscheidenden Konstellation gar nicht betroffen. Schließlich steht es dem Beschwerdeführer frei, Äußerungen zu unterlassen oder sich zu äußern, wozu und so oft er will. Worum es geht, scheint allenfalls durch, wenn man das Hervortreten mit einer „eigenen“ Äußerung doppelsinnig versteht.

Die Ausführungen des Gerichts leiden darunter, daß es *die reflexive Struktur und die soziale Dimension*, die die „Selbstdarstellung“³⁰⁶ kennzeichnen, nicht gründlich genug aufarbeitet. Selbstdarstellung ist nicht bloß oder auch nur primär handlungsbezogen zu verstehen. Das „Selbst“ ist dabei reflexiv und die Selbst-„Darstellung“ als eigene Darstellung des Selbst im Bezug zur Umwelt angelegt. Schon von sich aus verweist der Begriff der Selbstdarstellung deshalb auf das „Bild“, das sich die Umwelt aufgrund einer Selbstdarstellung von dieser Person bildet. Dabei handelt es sich nicht um ein feststehendes „Abbild“, das die Umwelt rezipierte. Vielmehr geht es um ein Netz von Einschätzungen und Erwartungen, das immer nur abschätzbar, nie ganz greifbar, erst recht nicht beherrschbar ist. Die Selbstdarstellung spricht in ihrem Bezug auf das Wechselverhältnis zwischen einer sich selbst darstellenden Person einerseits und dem Bild der Umwelt von dieser Person andererseits zwei Komponenten an. Zum einen hinterläßt man mit seinem Auftreten vor anderen einen Eindruck, der das Bild der Umwelt von einem selbst in besonderer Weise beeinflusst, weil eigenes Verhalten und eigene Äußerungen einer Person als verantwortete Selbstdarstellung zugerechnet werden. Zum anderen wird man sich dieses Eindrucks bewußt und begreift sein Handeln daraufhin als „Selbstdarstellung“. Dazu gehört, daß man – auch über die Erfahrung der Reaktionen der Umwelt – Erwartungen bildet, mit denen man den eigenen Eindruck auf die Umwelt abschätzt. Noch weitergehend muß man erwarten können, daß man mit seinen Erwartungen nicht ganz falsch liegt, daß die eigenen Erwartungen also mit – nicht unerschütterlichem, aber doch Sicherheit im Umgang mit der Umwelt bietendem – Vertrauen ausgestattet werden

304 BVerfGE 54, 148 (155 f.; Hervorh.i.Orig.).

305 Das wird in der Eppler-Entscheidung nicht ausdrücklich formuliert. In späteren Entscheidungen findet sich dann aber der – in der juristischen Diskussion bereits vorhandene – Begriff der Selbstdarstellung, siehe BVerfGE 57, 170 (178 und 192 f. – Sondervotum; hier mit Bezug auf den Eppler-Beschluß –); 84, 372 (372 und 379); 90, 255 (260).

306 Ausführlich Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.

können. Nun verzerrte und verfälschte es erstens das Bild, das die Umwelt von einem selbst gewinnt, und zweitens würden auch die eigenen Erwartungen hinsichtlich der Einschätzung der Umwelt und die Unbefangenheit des eigenen Verhaltens in unzumutbarer Weise verunsichert, wenn man hinzunehmen und sich darauf einzustellen hätte, daß Dritte eine den eigenen Vorstellungen entgegenstehende Fremddarstellung als Selbstdarstellung präsentieren und daß die Umwelt dies entsprechend zurechnet. Auch aufgezwungene oder anderweitig erwirkte Selbstdarstellungen – etwa durch die heimliche Aufzeichnung von Gesprächsbeiträgen und deren Reproduktion in einem anderen Kontext – führen zu einem Bild, das man der Umwelt nicht nur gar nicht vermitteln will, sondern sich auch noch zurechnen lassen muß. Ebenso zerstörte es die Bedingungen der Möglichkeit selbstverantwortbarer Selbstdarstellungen, wenn man sich einer Dauerobservation und einem ununterbrochenen und auch in Rückzugsbereichen gegebenen Selbstdarstellungscharakter des eigenen Verhaltens ausgesetzt sähe. Mit Blick auf all dies könnte man Selbstdarstellungsrechte entwickeln: „Über ihm zurechenbare Darstellungen muß der Mensch selbst entscheiden können, denn nur er kann bestimmen, was er ist.“³⁰⁷ Solche Rechte zielten sowohl auf einen angemessenen – das heißt hier: den Zurechnungsmechanismen gerecht werdenden – Einfluß des Rechtsträgers auf das Bild, das andere von ihm gewinnen, als auch auf ein angemessenes Selbst-Vertrauen im Umgang mit der Umwelt.³⁰⁸

Das Bundesverfassungsgericht rekurriert auf den „sozialen Geltungsanspruch“ an genau den Stellen, an denen es der komplizierten Struktur der Selbstdarstellung nicht genügend nachgeht. Hinter dem Begriff der „sozialen Geltung“ steht, daß sich die Umwelt aufgrund des Auftretens oder aufgrund von Äußerungen ein Bild von der Person macht. In diesem Verhältnis zwischen Person und Umwelt ist allerdings kein Platz für einen „Anspruch“, und sei er auch nur untechnisch gemeint.³⁰⁹ Wenn das Gericht davon spricht, der soziale Geltungsanspruch sei selbst definiert, zielt es auf das *individuelle Bestreben*, der Umwelt mit dem eigenen Auftreten ein mehr oder weniger bestimmtes Bild von sich zu vermitteln und von der Umwelt entsprechend wahrgenommen und eingeschätzt zu werden.³¹⁰ Insoweit kommt es – und das mag die unglückliche Formulierung „Geltungsanspruch“ erklären – auf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers an. Die Vorinstanz, das Oberlandesgericht, hatte die Zurückweisung der Berufung des Beschwerdeführers damit begründet, daß ein Unterlassungsanspruch selbst dann nicht be-

307 Luhmann, Grundrechte, S. 75.

308 Zur sozialen Konstitution der Selbstdarstellung bereits Albers, Faktische Beeinträchtigungen, S. 240 f.

309 So richtete sich ein Selbstdarstellungsrecht im eben erläuterten Sinne als Rechtsanspruch nicht gegen die sich einen Eindruck bildenden Personen in der Umwelt, sondern gegen denjenigen, der eine Selbstdarstellung verhindert oder aufzwingt oder eine als Selbstdarstellung präsentierte Fremddarstellung verbreitet.

310 Vgl. auch die spätere Entscheidung BVerfGE 82, 236 (269): Danach umfaßt das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Freiheit des Einzelnen, selbst zu bestimmen, welches Persönlichkeitsbild er von sich vermitteln will. Es verleiht aber kein Recht auf ein bestimmtes Verständnis von Äußerungen, die tatsächlich gefallen sind und in der authentischen Form zum Gegenstand einer Deutung gemacht werden.

stehe, wenn die streitige Äußerung nie gefallen sei, weil der Beschwerdeführer Ähnliches geäußert und die Umwelt ohnehin schon ein der Fremddarstellung entsprechendes Bild von ihm habe. Das Bundesverfassungsgericht stellt hierzu richtig, daß es nur die Person selbst sein kann, die überhaupt weiß und bestimmen kann, welches Bild sie der Umwelt vermitteln will, und daß ihr Selbstverständnis entsprechend zu achten ist. Die noch relativ unkompliziert zu beschreibende Ebene des Bildes, das man durch sein eigenes Auftreten vermitteln möchte, reicht aber nicht aus, wenn eine Beeinträchtigung durch die Darstellung eines anderen erfaßt werden muß. Das Gericht führt dazu aus, daß in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird, wenn (das Fachgericht mit seiner Auslegung zuläßt, daß) jemandem Äußerungen untergeschoben werden, die seinen von ihm selbst definierten sozialen Geltungsanspruch beeinträchtigen. Das Bild, das man selbst der Umwelt zu vermitteln hofft und insofern selbst definiert, wird durch Fremddarstellungen allerdings nicht berührt.³¹¹ Der „soziale Geltungsanspruch“ scheint an dieser Stelle eine objektivierte Bedeutung dahin anzunehmen, daß er das Bild betrifft, das die Umwelt gewinnt.³¹² Zu diesem Eindruck tragen auch die mißverständlichen Abschlußausführungen zum (Gegen)Recht der freien Meinungsäußerung bei. Das Gericht will aber keineswegs eine Beeinträchtigung bereits darin sehen, daß das Bild, das die Umwelt gewinnt, nicht den persönlichen Wünschen nahekommt, weil es durch die mißfallende Fremddarstellung geprägt werden mag.³¹³ Es geht ihm nicht um ein Recht auf eine ausschließlich dem Grundrechtsträger zustehende oder seinen Vorstellungen entsprechende Darstellung seiner Person und erst recht nicht um ein Recht, das Bild der Umwelt von der eigenen Person selbst zu bestimmen.³¹⁴ Entscheidend ist vielmehr, daß der Beschwerdeführer die Äußerungen, die seinem Selbstverständnis und dem Bild, das er vermitteln möchte, entgegenlaufen, nie gemacht hat und daß sie *wegen der Darstellungsweise* trotzdem als *seine* Äußerungen erscheinen und in dieser Form das Bild der Umwelt prägen. Das Problem des Falles entspricht somit dem des Soraya-Beschlusses, auf den Gericht auch verweist: Man soll nicht hinzunehmen haben, daß eine Fremddarstellung der Umwelt als Selbstdarstellung präsentiert und von der Umwelt dann einem

311 Man selbst reagiert in seiner Selbst-Einschätzung und nachfolgend in seinem Auftreten natürlich auf die Fremddarstellung anderer, aber das ist ein anderes Problem.

312 Das Gericht versteht den Begriff in späteren Entscheidungen selbst in objektiviertem Sinne, vgl. insbes. BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1989, 3269 (3269).

313 Zu den mißverständlichen Ausführungen siehe etwa die kritischen Überlegungen von *Brossette*, Wert der Wahrheit, S. 18 f., die Rspr. u.a. des BVerfG sei Ausgangspunkt für ein Recht der Lüge und Verstellung oder ein Recht, selbst bestimmen zu dürfen, wie man von anderen gesehen werden will, mit der Forderung, daß diese das selbst definierte Persönlichkeitsbild akzeptieren müssen.

314 Das hat das Gericht nachfolgend ausdrücklich klargestellt. Vgl. zunächst BVerfGE 82, 236 (269). Sodann BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1989, 3269 (3269): Danach bemißt sich der Inhalt des verfassungsrechtlich geschützten sozialen Geltungsanspruchs nach einem in gewissem Umfang verselbstständigten sozialen Abbild, das dem Betroffenen ungeachtet etwa abweichender oder entgegenstehender eigener Vorstellungen zugerechnet wird. Schließlich BVerfGE 97, 125 (149); 97, 391 (403); 99, 185 (194); 101, 361 (380): Danach vermittelt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen nicht den Anspruch, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder gesehen werden möchte. Näher Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.b.aa.

selbst zugerechnet wird.³¹⁵ Eine Konkretisierung der sozialen Mechanismen, die dem rechtlichen Schutz zugrunde liegen, ist in der zu entscheidenden Konstellation auch für eine Abwägung nicht erforderlich, weil dem Anspruchsgegner von vornherein nicht das Recht zukommt, seine eigene Darstellung in Form einer Selbstdarstellung des Betroffenen zu verbreiten.³¹⁶

Schlüsselt man die Begründung der Eppler-Entscheidung in dieser Weise auf, wird erkennbar, daß nicht ein vollständig neuer Ansatz eingeführt wird. Es handelt sich nur um die konsequente Weiterführung der insbesondere mit der Soraya-Entscheidung und dem Lebach-Urteil begonnenen Umorientierungen.

3. Konsolidation und Entfaltung des Persönlichkeitsrechts

In den dem Eppler-Beschluß nachfolgenden Entscheidungen wird das Persönlichkeitsrecht verfestigt und für weitere Konstellationen entfaltet. In der Böll-Entscheidung kommt deutlich zum Ausdruck, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht einer als Selbstdarstellung präsentierten Fremddarstellung entgegengehalten wird und daß der Schutzbedarf entsteht, weil dem Betroffenen Selbstdarstellungen als selbstverantwortet zugerechnet werden.³¹⁷ Drei Entscheidungen bereiten dann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor.

Die Entscheidung zur Auskunftspflicht im Konkursverfahren³¹⁸ befaßt sich mit der Verfassungsbeschwerde eines Gemeinschuldners, der im Konkursverfahren ein Aussageverweigerungsrecht zu solchen Fragen beansprucht, mit deren Beantwortung er Gefahr laufen würde, eine strafbare Handlung zu offenbaren. Das Bundesverfassungsgericht beurteilt die erzwingbare Auskunftspflicht sowohl als Eingriff in die Handlungsfreiheit als auch als Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts. Daneben hält es, sofern es um einen Zwang zur Selbstbezeichnung geht, die Menschenwürde für berührt.³¹⁹ Daß gleich drei Verbürgungen³²⁰ angesprochen werden, hat gute Gründe. Die Handlungsfreiheit erfaßte nur den Zwang zu einer Mitteilungshandlung als solcher. Ist das Problem der Selbstbezeichnung zu berücksichtigen, ist aber entscheidend, daß Angaben mitzuteilen sind, die

315 Die Konstellation ist somit noch enger als (sämtliche) Fälle *unwahrer* Darstellungen der Person, die die kritische Analyse von *Baston-Vogt*, Schutzbereich, S. 377, hervorhebt. Vgl. auch *Rühl*, Tatsachen, S. 108 ff., bes. S. 111 f.

316 Siehe bereits oben zum erfundenden Interview in der Soraya-Entscheidung, BVerfGE 34, 269 (282 f.), und zu unrichtigen Zitaten die Böll-Entscheidung, BVerfGE 54, 208 (219 ff.). Siehe auch BVerfG (Kammerbeschluß), NJW 1989, 1789 (1789 f.). Vgl. außerdem *Rühl*, Persönlichkeitsrecht, S. 88 ff.

317 Siehe BVerfGE 54, 208 (217), mit dem Hinweis, daß mit einem Zitat nicht eine subjektive Meinung des Kritikers zur Diskussion gestellt wird, sondern eine Tatsache, an der sich der Kritisierte festhalten lassen muß. Vgl. außerdem BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1989, 1789 (1789).

318 BVerfGE 56, 37. Zu dieser Entscheidung mit Überlegungen zu ihren Auswirkungen in anderen Rechtsgebieten *Stirner*, Selbstbelastung, S. 1759 ff.; *Dingeldey*, Schutz, S. 531 ff.

319 BVerfGE 56, 37 (41 ff.).

320 Siehe auch BVerfGE 55, 144 (148 ff.), wo eine Auskunftspflicht nur unter dem Aspekt der Handlungsfreiheit und dem der Menschenwürde geprüft wird.

dem Staat strafrechtlich verwertbare Kenntnisse liefern und somit gegen einen selbst gewendet werden können. Daß das Gericht auch nicht sofort die Menschenwürde auf den Plan ruft, liegt an seinem Bemühen um eine differenzierte Lösung. Schließlich geht es nicht schon im Konkursverfahren, sondern erst in einem gegebenenfalls nachfolgenden Strafverfahren um die strafrechtliche Verwertung der mitzuteilenden Informationen. Wenn die für die Einleitung eines Strafverfahrens relevanten Kenntnisse allerdings durch eine staatsinterne Weiterleitung erlangt werden, fehlt es an einer eigenen Selbstbeziehungshandlung, die aufgrund der Menschenwürde nicht erzwungen werden könnte.³²¹ Damit einerseits nicht schon für das Konkursverfahren das Problem der strafrechtlichen Verwertung einer Selbstbeziehung eingebracht werden muß, andererseits für ein nachfolgendes Strafverfahren berücksichtigt werden kann, daß im Ausgangsverfahren ein Auskunftszwang besteht, müssen die durch eine Auskunftspflicht erwirkte Mitteilungshandlung und die strafrechtliche Verwertung der durch Übermittlung erlangten Angaben verklammert werden. Man benötigt eine Gewährleistung, die – anders als die Handlungsfreiheit und weitergehend als die Menschenwürde – die Informationskomponente einer Auskunft vollständig abdeckt. Genau dafür setzt das Gericht das Persönlichkeitsrecht ein.³²² Es dient der Wahrung der individuellen Rechte im Fortlauf des Umgangs mit Informationen und Daten. Angaben, die vom Betroffenen in einem bestimmten Verfahren mitzuteilen sind, sollen nicht durch staatsinterne Weiterleitung in einen Kontext überführt werden, in dem sie einen Informationsgehalt gewinnen (Verhalten, das als strafrechtlich relevant eingestuft werden kann), in bezug auf den ein Mitteilungszwang rechtswidrig wäre. Bei der gesetzlichen Begrenzung spielen neben den Rechten des Betroffenen die Interessen anderer an der Information eine Rolle. Insbesondere da der Gemeinschuldner einer der wichtigsten Informationsträger ist, auf dessen Auskünfte die Gläubiger und die staatlichen Organe zur ordnungsmäßigen Abwicklung eines Konkurses angewiesen sind, sieht das Gericht die nach den Regelungen der Konkursordnung uneingeschränkt bestehende Auskunftspflicht als verfassungsmäßig an. Das Übermaßverbot verbietet jedoch eine strafrechtliche Verwertung – bzw. bereits die Übermittlung³²³ – zu Lasten des Betroffenen. Insoweit hält das Gericht eine verfassungskonforme Auslegung für erforderlich, die die Verpflichtung zur Auskunft um ein Verbot derer Verwertung in einem Strafverfahren bzw. um ein Verbot der (staatlichen) Offenbarung ergänzt.³²⁴

321 Vgl. auch BVerfGE 55, 144 (150 f.): keine Verletzung der Menschenwürde bei einer Pflicht, die staatliche Einsicht in Bücher und Geschäftspapiere auch bei sich daraus ergebenden strafbaren Handlungen zu ermöglichen.

322 Siehe auch – zur Verwendung von Lügendetektoren – BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1982, 375. Da das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Informationsaspekt von Auskünften erfaßt, wird es in dieser Entscheidung zum ausschließlichen Prüfungsmaßstab, weil bei einer solchen Ermittlungsform keine zurechenbare, selbstverantwortliche Auskunftshandlung mehr vorliegt.

323 So (zutreffend) das Sondervotum BVerfGE 56, 37 (52 ff.).

324 Hier mag die Ursache der „doppelten“ Zweckbindung im Volkszählungsurteil liegen, siehe oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

Die Briefkontroll-Entscheidung³²⁵ betrifft die Verfassungsbeschwerde gegen das Anhalten und die gleichzeitig angeordnete „Beschlagnahme“ eines Briefes, den der Beschwerdeführer aus der Untersuchungshaft an seine Eltern gesandt hatte. Der Brief wurde zur Strafverfolgung nach §§ 185, 186 StGB an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet. Das Bundesverfassungsgericht hielt die Verfassungsbeschwerde für begründet, weil bei der Auslegung und Anwendung des § 119 Abs. 3 StPO die Tragweite des Art. 2 Abs. 1 GG im familiären Bereich verkannt worden sei. Die Familie gewähre einen von öffentlicher Kontrolle freien Raum für eine entlastende Selbstdarstellung.³²⁶ Für die Vorbereitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wichtiger ist das Sondervotum des Richters Hirsch, das sich näher mit der Verfassungsmäßigkeit der „Beschlagnahme“ des Briefes befaßt. Die Gerichte hätten nicht geprüft, ob der Brief überhaupt für ein Strafverfahren habe von Bedeutung sein können, wie es die – einzig in Betracht kommende – Vorschrift des § 94 StPO voraussetze. Die Voraussetzungen dieser Norm seien nicht gegeben, da die briefliche Äußerung aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht hätte verwertet werden dürfen. Im Rahmen der Begründung dessen knüpft das Sondervotum an den Privatsphären- und Persönlichkeitsschutz an, der nicht durch die Offenlegung persönlicher Informationen zur Bewältigung einer Konfliktsituation aufgebrochen werde, und zieht auch § 136 a StPO zum Beleg dafür heran, daß die von dem Untersuchungsgefangenen zu dulden Zensur und ihr Wissen darum keine Lockerung des Geheimnisschutzes bewirke. Die Verwertbarkeit von Zufallserkenntnissen aus der Briefüberwachung im Untersuchungshaftvollzug könne nicht mit Hinweis auf einen angeblich der Vorschrift des § 108 StPO zugrundeliegenden allgemeinen Rechtsgedanken begründet werden. Das Sondervotum verweist dazu auf die in der (ersten) Abhörentscheidung entwickelten Maßgaben des Art. 10 GG³²⁷ und übernimmt sie unter Hinweis auf das literarisch entwickelte informationelle Selbstbestimmungsrecht auch für den Bereich des Art. 2 Abs. 1 GG:

„Die Erkenntnisse der verfassungsrechtlichen Diskussion über den Schutz persönlicher Informationen und die gesetzlichen Regelungen, in denen sie sich niedergeschlagen haben, lassen ... den Gedanken der Bindung der Informationsverwertung an den Erhebungszweck als allgemeinen Rechtsgrundsatz erscheinen. Da die Befugnis des Einzelnen, selbst zu entscheiden, wann und unter welchen Bedingungen persönliches Verhalten und individuelle Eigenschaften der Öffentlichkeit enthüllt werden, das Kernstück des durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist (Steinmüller, BTDrucks. VI/3826, S. 88), wird das informationelle Selbstbestimmungsrecht verletzt, wenn persönliche Informationen ohne Bindung an den gesetzlichen Zweck verwertet werden. Die mit der dysfunktionalen Informationsweitergabe eintretende Zweckentfremdung verletzt erneut die Privatsphäre des Betroffenen (Benda, Privatsphäre ...,

325 BVerfGE 57, 170.

326 BVerfGE 57, 170 (178 sowie 192 f. – Sondervotum *Hirsch* -). Siehe bereits BVerfGE 42, 234 (236 f. – hier Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

327 BVerfGE 30, 1 (22 f.): „... Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG (ermächtigt) auch nur zu einer Überwachung, die auf nichts anderes gerichtet ist als auf die Erlangung der Kenntnis von verfassungsfeindlichen Vorgängen. Schließlich verbietet Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG ..., daß die durch die Überwachung erlangte Kenntnis anderen (Verwaltungs-)Behörden für ihre Zwecke zugänglich gemacht wird, und gebietet, daß anfallendes Material, das nicht oder nicht mehr für die Zwecke des Schutzes der freiheitlichen demokratischen Grundordnung bedeutsam ist, unverzüglich vernichtet wird.“

S. 23 [38]). Auf die Ausformungen des Zweck-Bindungs-Prinzips in den allgemeinen und bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften (vgl. insbesondere die Regelung im Sozialgesetzbuch X ...) und auf die Bestrebungen zur stärkeren gesetzlichen Konkretisierung ... kann hier nur pauschal hingewiesen werden. ...Aus der Erkenntnis, daß durch die Verwendung von persönlichen Informationen zu anderen Zwecken als zur Erfüllung der Aufgaben, die ihre Erhebung rechtfertigte, in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen eingegriffen wird, folgt, daß sie einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Dies gebietet Art. 5 Abs. 2 GG, soweit es um die Meinungsäußerungsfreiheit geht, Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG, soweit es um die mit der Beschlagnahme eines Briefes und der Beweisführung im Strafverfahren verbundene weitergehende Offenbarung seines Inhalts geht, und Art. 2 Abs. 1 GG, soweit es um die strafrechtliche Repression von Kommunikationsverhalten im privaten Bereich geht ...“.³²⁸

Insbesondere der *Grundsatz der Zweckbindung* wird somit als verfassungsrechtliche Anforderung *verallgemeinert*. Indem das Sondervotum an den Privatsphären- und Persönlichkeitsschutz anknüpft und auch – wie etwa am Schluß der zitierten Ausführungen erkennbar – den Konstellationsbezug herausstellt, wird die Übernahme der Maßgaben des Art. 10 GG allerdings begrenzt.

Gegenstand der Entscheidung zum Gegendarstellungsrecht³²⁹ ist die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung, nach der eine Gegendarstellung im Rundfunk nur innerhalb von zwei Wochen nach der beanstandeten Sendung verlangt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht hält die Regelung für mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar. Ein Gegendarstellungsanspruch

„... ist zwar selbst nicht unmittelbar verfassungsrechtlich gewährleistet. Jedoch dient er dem Schutz der Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person, die von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt wird.... Der Einzelne soll selbst darüber befinden dürfen, wie er sich gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit darstellen will, was seinen sozialen Geltungsanspruch ausmachen soll und ob oder inwieweit Dritte über seine Persönlichkeit verfügen können, indem sie diese zum Gegenstand öffentlicher Erörterung machen.... Dem entspricht es, daß der von einer Darstellung in den Medien Betroffene die rechtlich gesicherte Möglichkeit haben muß, dieser mit *seiner* Darstellung entgegenzutreten; im anderen Fall wäre er zum bloßen Objekt öffentlicher Erörterung herabgewürdigt.“³³⁰

Mit den Ausführungen, daß der Anspruch auf Gegendarstellung einerseits nicht unmittelbar verfassungsrechtlich gewährleistet ist und der Einzelne andererseits die rechtlich gesicherte Möglichkeit der Gegendarstellung haben muß, mag das Gericht der Differenz zwischen einem verfassungsunmittelbaren Anspruch und einem Anspruch aufgrund verfassungsgeleiteter gesetzlicher Vorschriften Rechnung tragen wollen. Der Schutz der „Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person“ wird einleitend losgelöst formuliert und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterstellt; der Gegendarstellungsanspruch dient diesem Schutz. Da das Gericht immer noch handlungs- statt kommunikations- und informationsbezogen denkt, muß es einen Anspruch, der Einfluß auf den Kommunikationsprozeß im Hinblick auf das Selbst-Bild einräumt, aus

328 BVerfGE 57, 170 (201 f.).

329 BVerfGE 63, 131.

330 BVerfGE 63, 131 (142 f.).

Schutzzinhalten herleiten, die im Sinne von Handlungsfreiheit(en) konzipiert werden. Die Entscheidung geht aber *nicht* dazu über, *Fremddarstellungen überhaupt als Thema abwehrrechtlichen Grundrechtsschutzes* zu sehen. Im Ergebnis einleuchtend sichert das Gericht vielmehr den Anspruch verfassungsrechtlich ab, in einer dem Wirkungskreis der Fremddarstellung angemessenen Weise mit einer eigenen Darstellung auf das in der Umwelt entstehende Bild von einem selbst Einfluß nehmen zu können.

4. Leistung und Defizite des konzipierten Persönlichkeitsschutzes

Der grundrechtliche Schutz der Persönlichkeit, der sich in der Eppler-Entscheidung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht kristallisiert, hat eine Genese, die nicht aus einer unmittelbaren Konfrontation mit der allgemeinen Handlungsfreiheit heraus entsteht. Vielmehr führt er die Rechtsprechung zum Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre fort und setzt an den Stellen an, an denen die Argumentation mit dem Paradigma der Privatsphäre nicht mehr weiterkommt. Aus zwei Gründen führt die – oben problematisierte³³¹ – Dichotomie von allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht nahezu zwingend zu Schwierigkeiten. Erstens geht es in den entschiedenen Konstellationen – trotz der entgegenlautenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts – *nicht* um einen Schutz, der als „Gewährleistung der engeren persönlichen Lebenssphäre und der Erhaltung ihrer Grundbedingungen“³³² abgegrenzt werden könnte. Diese Vorstellung beruht noch auf der Konzeption des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre, das aber gerade deshalb im Persönlichkeitschutz aufgegangen ist, weil sich der angestrebte Schutz nicht an eine engere Sphäre binden ließ. Richtig ist für das allgemeine Persönlichkeitsrecht vielmehr, daß es einen *kasuistisch entwickelten, punktuellen Schutz* gewährleistet. Zweitens führt das Persönlichkeitsrecht zwar den informationsorientierten Grundrechtsschutz fort, ist aber – wie das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre – keine explizit informations- und datenbezogene Verbürgung. Handlung und Information könnte man als zwei strukturell verschiedenartige Kategorien voneinander abgrenzen. Dagegen liegen „Persönlichkeit“ und „Handlung“ *nicht auf der gleichen Bezugsebene*. So fällt es leichter, die Handlungsfreiheit als einen Unterfall des Persönlichkeitschutzes aufzufassen³³³, als sinnvolle Kriterien für die Untergliederung des Art. 2 Abs. 1 GG in ein am Begriff der Persönlichkeit orientiertes und eine engere Lebenssphäre schützendes

331 Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II.

332 So BVerfGE 54, 148 (153).

333 Vgl. insoweit auch *Burgi*, Grundrecht, S. 352. Eine solche Beziehung zwischen Persönlichkeitsschutz und Handlungsfreiheit klingt außerdem bei *Kau*, Persönlichkeitschutz, S. 77 ff., bes. 82, an. Kau bemüht sich dann um eine Differenzierung dahin, gegenüber der „Freiheit zu Aktivitäten im allgemeinen Sinne“ meine „Persönlichkeitsschutz im engeren Sinne die Freiheit nur jener Bestimmungen über das Selbst, denen notwendig eine Reflexion über das Selbst als hauptsächlichem Gegenstand des Nachdenkens vorausgeht; die also wesentlich reflexiv auf die eigene Person und deren Gestaltung zurückbezogen sind“ (S. 82; ähnlich etwa S. 3 und 77). Das ist aber weder praktisch umzusetzen noch als Abgrenzungsvorschlag durchzuhalten. Immerhin hat man auch bei der Handlungsfreiheit, sobald es um ihren rechtlichen Schutz geht, nicht von einem ohne nähere Überlegung erfolgenden Handlungsvollzug, sondern von der bewußten Entscheidung zwischen Alternativen auszugehen.

„allgemeines Persönlichkeitsrecht“ auf der einen und eine „allgemeine Handlungsfreiheit“ auf der anderen Seite zu finden.³³⁴ Erschwerend kommt hinzu, daß sich die allgemeine Handlungsfreiheit in der verfassungsgerichtlichen Praxis ohnehin nicht auf einen Verhaltensschutz beschränkt, sondern eine ganze Palette von Schutzgütern umfaßt.³³⁵ Schon deshalb ist die Vorstellung einer zweipoligen Differenzierung des Art. 2 Abs. 1 GG kaum sinnvoll. Im Ergebnis verbleibt nur der Hinweis darauf, daß das Persönlichkeitsrecht den informationsorientierten Schutz des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre fortführt und insofern ebenfalls eine *Schutzerweiterung im Vergleich zu den der allgemeinen Handlungsfreiheit zugeordneten Schutzgütern* darstellt. Insgesamt steht die Sozialität der Person im Mittelpunkt, so daß die strukturellen Charakteristika der jeweiligen Schutzzinhalte eine Ausdifferenzierung tragen.³³⁶

Ist zentrales Merkmal des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre die Verkoppelung des informations- und datenbezogenen Schutzes mit der inhaltlichen Idee der Privatsphäre, entwickelt sich der Persönlichkeitsschutz gerade deshalb, weil diese Koppelung sich als zu eng erweist. Fällt das Sphärenkonzept weg, fehlt nicht nur die *eine* stringente materiale Konzeption. Vor allem stellt sich das Problem neu, dessen Lösung als die spezifische dogmatische Leistung der Privatsphärenkonzeption gelten kann: ohne großen Be-

334 Vgl. zur unmittelbaren Abgrenzung in der weiteren Rechtsprechung BVerfGE 60, 329 (339). Eher ein höherer Abstraktionsgrad des Persönlichkeitsschutzes als eine dichotomische Gegenüberstellung von Handlungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht ist in BVerfGE 72, 155 (170 f.) erkennbar: Danach berührt eine umfassende Einschränkung der Privatautonomie nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit, die das „Prinzip der eigenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“ gewährleiste, sondern auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die Möglichkeit, als Minderjähriger kraft elterlicher Vertretungsmacht finanziell unbegrenzt verpflichtet zu werden, könne „in erheblichem Maße die Grundbedingungen freier Entfaltung und Entwicklung und damit nicht nur einzelne Ausformungen allgemeiner Handlungsfreiheit, sondern die engere persönliche Lebenssphäre“ betreffen. Vgl. auch BVerfGE 79, 292 (303 f.).

335 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.3.

336 Die weitere Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht betrifft Rechtsgüter, die sich schon strukturell von dem Schutzgutkomplex der allgemeinen Handlungsfreiheit unterscheiden, nämlich auf die Persönlichkeitsbildung oder auf die soziale Stellung der Person zielen – etwa BVerfGE 59, 260 (376 ff.); 72, 122 (132 ff.); 75, 201 (217 ff.); 79, 51 (63 ff.); 83, 130 (140 ff.); 104, 373 (392) – Persönlichkeitsrecht des Kindes; BVerfGE 88, 87 (96 ff.) – Transsexuellengesetz; BVerfGE 64, 261 (270 ff.); 72, 105 (113 ff.); 96, 100 (115); 98, 169 (199 ff.) – Resozialisierung; BVerfGE 67, 213 (228 ff.); 75, 369 (379 ff.); 82, 43 (50 ff.); 82, 272 (280 ff.); 93, 266 (290, 299 ff.) – jeweils zur Ehrverletzungen; BVerfGE 71, 183 (201); 78, 38 (49 ff.); 104, 373 (387); 109, 256 (266 f.) – Führen des eigenen Namens; BVerfGE 71, 206 (216 ff.) – Veröffentlichung von Zitaten aus einer Anklageschrift; 73, 118 (201); 97, 125 (145 ff.) – Gegendarstellungsrecht; BVerfG (Kammerbeschuß) NJW 1987, 3245 (3245) – psychischer Druck durch Mahnwache; BVerfGE 79, 256 (268 ff.); 90, 263 (270 ff.); 108, 82 (105) – Recht auf Kenntnis der Abstammung; BVerfG (Kammerbeschuß) NJW 1989, 1789 (1789 f.) – Fremddarstellung als Selbstdarstellung; BVerfG (Kammerbeschuß) NJW 1989, 3269 (3269 f.) – Warnung vor der TM-Bewegung; BVerfGE 81, 208 (222) – heimliche Aufzeichnung der künstlerischen Darstellung; BVerfGE 82, 236 (269) – Deutung von Äußerungen in einem vom Äußernden nicht beabsichtigten Sinne; BVerfGE 85, 386 (400 f.) – Fangschaltung; BVerfGE 97, 391 (399 f.) – Nennung des eigenen Namens; BVerfGE 97, 391 (403 ff.) – Schutz vor stigmatisierenden Darstellungen; BVerfGE 99, 185 (193 ff.) – Schutz des Persönlichkeitsbildes in der Öffentlichkeit vor verfälschenden Darstellungen; BVerfGE 97, 228 (268 ff.); 101, 361 (380 ff.) – Recht am eigenen Bild; 106, 28 (39) – Recht am gesprochenen Wort. Vgl. auch noch Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.

gründungsaufwand ermöglicht diese eine rechtliche Zuordnung bestimmter Angaben oder Daten zum Individuum. Der Persönlichkeitsschutz wirft erneut die Frage auf, *wie und mit welcher Begründung man dem Grundrechtsträger einen rechtlichen Einfluß auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten verschafft*.

Die vom Verfassungsgericht nunmehr gewählten Lösungen, die die Umstellung auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erleichtern, sind zunächst von der Privatsphärenkonzeption (und zugleich von den Fassungen der Zivilrechtsprechung) geprägt, wenn von einem „ausschließlichen Bestimmungsrecht über den Privatbereich“ sowie von einem Recht, selbst darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form Vorgänge des Privatlebens der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, die Rede ist. Das der Lebach-Entscheidung zugrunde gelegte „Verfügungsrecht über Darstellungen der Person, nach dem jeder grundsätzlich selbst und allein bestimmen darf, ob und inwieweit andere sein Lebensbild im ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen“, führt diese Begründungsstruktur fort. Während der Tonband-Beschluß noch den Ansatz der „Rechtspositionen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit notwendig sind“ enthält und damit den gesonderten Begründungsbedarf für eine Zuordnung offenlegt, arbeitet das Gericht nun mit Entscheidungsbefugnissen, die implizit die Unterstellung enthalten, es gehe um ein Entscheidungsrecht über einen ohne weiteres eigenen Bereich. Die Befugnisse werden nicht gesondert, sondern über die alte Vorstellung der privaten Sphäre begründet. In der Eppler-Entscheidung wird die Anlehnung an die Privatsphärenkonzeption aufgegeben. Ähnlich wie zuvor wird die zugrunde gelegte Rechtsposition aber als Befugnis formuliert, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wie man sich Dritten gegenüber darstellen will und inwiefern von anderen über die eigene Persönlichkeit verfügt werden darf. Geht der Begründungsbedarf der Zuweisung eines Entscheidungsrechts, das auf die Informationsaktivitäten anderer erstreckt wird, bis dahin in der Tradition der Privatsphärenkonzeption unter, verschwimmt er nun in einer gar nicht wirklich passenden handlungsgeprägten Fassung. So kann der Eindruck entstehen, als könne man einen kommunikations- und informationsorientierten Schutz mit dem Verweis auf individuelle Selbstbestimmung absichern. Zu erkennbaren Sprüngen muß dies spätestens dann führen, wenn – wie in der Entscheidung zum Gegendarstellungsrecht – nicht mehr die Abwehr einer Fremddarstellung, sondern der individuelle Einfluß auf den Kommunikationsprozeß hinsichtlich des Bildes, das die Umwelt von einem selbst gewinnt, angestrebt wird.

Da das Gericht über die tradierte Privatsphärenkonzeption zu einem Bestimmungs- und Entscheidungsrecht über jeweils näher eingegrenzte Darstellungen der eigenen Person gelangt, stellen sich die Probleme einer präzisen Ausarbeitung der Schutzziele und -aspekte und der Beeinträchtigung nicht in vollem Umfang. Es kann in seiner Argumentationsführung – fallabhängig unterschiedlich – die Entlastungseffekte nutzen, die das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre auszeichnen. Erst eine Gewichtung und Abwägung – die nicht immer nötig ist – erfordert eine Konkretisierung der hinter den Entscheidungsbefugnissen stehenden Schutzgesichtspunkte, ohne daß diese dann aber im einzelnen nachgezeichnet werden müßten. Bei der Frage der Grundrechtsbeeinträchtigung kann das Gericht darauf abstellen, daß (die Fachgerichte, die zulassen, daß) dieje-

nigen, die eine unzulässige Fremddarstellung verbreiten, die dem Grundrechtsträger zustehende Entscheidungsbefugnis mißachten.

Nun ist es nicht so, daß man den jeweils gewährleisteten Schutz nicht begründen könnte; er ist im Gegenteil immer plausibel. Im Zentrum steht in den überwiegenden Konstellationen³³⁷ zum einen *die Sicherung des eigenen Einflusses auf das Bild der Umwelt von einem selbst*. Was dies meint, ist konstellationsabhängig sehr unterschiedlich und nochmals gesondert zu stützen. Das Recht auf Abwehr einer Fremddarstellung ergibt sich, wenn der Grundrechtsträger dadurch mit Stigmatisierungen zu rechnen hat, wenn seine Resozialisierung gefährdet wird oder wenn eine Fremddarstellung in Form einer Selbstdarstellung verbreitet wird, obwohl sie dem Grundrechtsträger nicht zuzurechnen ist und seinen Vorstellungen entgegensteht. Es ergibt sich aber auch etwa ein bloßes Recht auf eine eigene Darstellung, wenn eine Darstellung über einen selbst in den wirkungskräftigen Medien erfolgt. Zum anderen geht es – dies bringt das Gericht in der Lebach-Entscheidung ein – darum, *den Grundrechtsträger über die Stabilisierung der eigenen Erwartungen hinsichtlich dieses Bildes der Umwelt vor Verunsicherungen zu bewahren*, die sein Allgemeinbefinden, sein Selbst-Vertrauen und sein Verhalten im Umgang mit der Umwelt grundlegend beeinträchtigen können. Eine eigene Verunsicherung ergibt sich durch das Registrieren der Fremddarstellung selbst; von diesem Zeitpunkt an rechnet der Grundrechtsträger mit unerwünschten Einschätzungen und Reaktionen der Umwelt. Erst diese Komponente kann eine Rechtsbeeinträchtigung durch die (gerichtliche Duldung der) Fremddarstellung also auch inhaltlich begründen; es ist nicht so, daß der Grundrechtsträger einen Anspruch gegen den Anspruchsgegner hat, obwohl *erst und nur* die Einschätzungsveränderungen und Reaktionen anderer nachteilig wirken.

Anders als in diesen Konstellationen stellt sich die Funktion des Persönlichkeitsrechts in der Entscheidung über die Auskunftspflicht im Konkursverfahren dar. Diese Entscheidung ist nicht für die Fassung, aber für das Schutzziel und -konzept des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wichtig. Das Persönlichkeitsrecht erfaßt die *Informationskomponente einer Auskunft* und bindet staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge dahin, daß mitgeteilte Angaben nicht in einen anderen Kontext geleitet werden und in diesem Rahmen Informationen vermitteln, deren Mitteilung insoweit nicht hätte erzwungen werden dürfen. Der Schutz zielt in dieser Entscheidung vornehmlich darauf, daß Rechte des Betroffenen nicht unterlaufen werden; er ist insofern gebunden an ein anderweitig bestehendes Recht, nämlich an den Schutz vor dem Zwang zu Selbstbezeichnungen.

337 Das Folgende betrifft die Soraya-, die Lebach-, die Transsexualitäts-, die Eppler-, die Böll- und die Gegendarstellungsrechts-Entscheidung. Es handelt sich dabei überwiegend um Drittwirkungskonstellationen.

IV. Ergebnisse: Die Genese des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

1. Fortführung des informationsorientierten Grundrechtsschutzes

Die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt sehr deutlich, wie weitgehend die Konzeption des im Volkszählungsurteil entwickelten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und ihre oben³³⁸ aufgezeigten dogmatischen Probleme genetisch zu erklären sind. Während wegen der normativen Anknüpfung an das allgemeine Persönlichkeitsrecht einerseits und der grundrechtsdogmatischen Herleitung über die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit andererseits³³⁹ zunächst offen geblieben ist, wie sich die informationelle Selbstbestimmung in die Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG einpaßt³⁴⁰, erkennt man darin nun die *Fortsetzung der Linie des informationsorientierten Grundrechtsschutzes*, die mit dem Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre begonnen und über das allgemeine Persönlichkeitsrecht geführt hat. Das Verfassungsgericht versteht die *allgemeine Handlungsfreiheit* zwar *nicht nur als Gewährleistung selbstbestimmten individuellen Verhaltens*. Es hat sie in Konstellationen, in denen sich der Bezug auf Handeln als zu eng erwies, zur Verbürgung der (gegebenenfalls sachlich konkretisierten) „Freiheit“ bzw. zu dem „grundrechtlichen Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden, der nicht in der verfassungsmäßigen Ordnung begründet ist“ abstrahiert. Doch trotz dieser Schutzbereichsbeschreibungen, die aus sich heraus weder Begrenzungen noch eine nähere Begründung bestimmter Schutzgüter erlauben, handhabt das Gericht Art. 2 Abs. 1 GG *nicht im Sinne eines ohne jeden Bezugspunkt belassenen („allgemeinen“) Freiheitsrechts*. Die einschlägige Rechtsprechung zerfällt vielmehr in eine Reihe von *Schutzgehaltskonkretisierungen*, die *ihrer Inhalt und ihrer dogmatischen Struktur nach ganz unterschiedlich* sind, aber *keineswegs jeden Nachteil und auch keineswegs sämtliche denkbaren Schutzgegenstände abdecken*, die nicht bereits unter andere Grundrechtsverbürgungen fallen. Trotz der Reichweite dieses Komplexes lassen sich die Gewährleistungen, die sich auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten beziehen, dem nicht unterordnen. Das liegt an den *Eigenarten des Gegenstandes*, insbesondere daran, daß er nicht mit individualistischen Mustern faßbar ist. Der jeweils entwickelte Einfluß muß rechtlich begründet und besonders ausgestaltet werden. Die Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge bedeutet daher eine *Schutzerweiterung* gegenüber den Schutzgegenständen der allgemeinen Handlungsfreiheit. Die *eigenständigen Anforderungen an die dogmatische Begründung und an die dogmatische Gestaltung* sind die Ursache der nachhaltigen Ausdifferenzierung.

338 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.

339 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

340 Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II.

2. Wegfall der Bindung an eine anderweitige materiale Gewährleistung

Die im Entscheidungsfortlauf erkennbare Differenzierung bietet hilfreiche Anhaltspunkte in bezug auf das *Schutzziel und Schutzkonzept* der informationellen Selbstbestimmung. Das gilt auch für den *systematischen Zusammenhang zwischen Verhaltensfreiheit und informationeller Selbstbestimmung*, der im Volkszählungsurteil mehrdeutig bleibt und Anlaß gegeben hat, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne eines Grundrechtsvoraussetzungsschutzes oder auch als eine der Verhaltensfreiheit „dienende“ Freiheit zu verstehen.³⁴¹ Nach der Rechtsprechungsanalyse steht dagegen fest, daß für den informations- und datenbezogenen Schutz ein *eigenständiges Konzept* zu entwickeln ist.

Das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre schottet eine Individualsphäre oder Kommunikationssituationen gegen den staatlichen Einblick ab und schützt damit nicht nur Rückzugschancen, sondern je nach Konstellation unter anderem das Vertrauen auf das Geheimbleiben persönlicher Angaben, die psychische Integrität oder die Unbefangenheit in einer vertraulichen Kommunikation.³⁴² Zur Freiheit des Verhaltens bestehen zwar erkennbare Wechselbeziehungen; doch dient der Schutz nicht lediglich der Verhaltensfreiheit. Der dogmatischen Konzeption nach erstreckt sich die Verbürgung einer privaten Sphäre auf die Kommunikationsinhalte oder Daten, die in dieser Sphäre entstehen. Die informations- und datenbezogenen Garantien und Rechte werden also an die materiale Gewährleistung eines Privatbereichs gekoppelt. Der Persönlichkeitsschutz zielt zum Teil auf die Stellung der Person in der sozialen Umwelt, die dabei unbestimmt bzw. als „Öffentlichkeit“ gemeint ist. Er richtet sich insoweit auf die Sicherung des eigenen Einflusses auf das Bild der Umwelt von einem selbst und zugleich auf die Bewahrung vor Verunsicherung und den Schutz des (Selbst)Vertrauens im Umgang mit anderen. Teilweise wird er zur Wahrung der Rechte des Betroffenen im Fortlauf von Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen eingesetzt und mag auch einen Schutz gegen Verunsicherung bezwecken.³⁴³ Auch der Persönlichkeitsschutz dient somit zwar auch, aber eben nicht nur der Verhaltensfreiheit. Der Schutzgehalt wird in Form von Entscheidungsbefugnissen formuliert, die über den jeweiligen Fallzusammenhang an die Ziele und das Konzept des Persönlichkeitsschutzes rückgebunden sind.

Nach den verfassungsgerichtlichen Ausführungen im Volkszählungsurteil zielt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf den Schutz gegen, den Einfluß auf und das eigene Wissen über die einen selbst betreffenden Kenntnisse staatlicher Stellen (oder privater Dritter).³⁴⁴ Der Grundrechtsträger hat die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen. Im Unterschied zum Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre und zum Persönlichkeitsrecht ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowohl nach seinen Schutzzielen und seinem Schutz-

341 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. mit Fn 20 - 22.

342 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II., bes. Punkt B.II.5.a.

343 Dazu insgesamt Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III., bes. Punkt B.III.4.

344 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

konzept als auch im Hinblick auf die Fassung einer „Entscheidungsbefugnis über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten“ *unmittelbar informations- und datenbezogen* gestaltet. Zugleich handelt es sich um einen *abstrakteren Ansatz*, der bislang getrennte Stränge in ein Konzept einbinden kann. So könnte all das, was den Privatsphären- und Persönlichkeitsschutz trägt, eingepaßt werden, sei es das Geheimbleiben persönlicher Angelegenheiten und die Abwehr der Kenntniserlangung staatlicher Stellen, sei es der Einfluß und die eigenen Einschätzungschancen hinsichtlich des Bildes der Öffentlichkeit von einem selbst, sei es die Absicherung eigener Rechte im Fortlauf von Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen. Die *ganz entscheidende Neuerung*, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auszeichnet, liegt dann darin, daß der *informations- und datenbezogene Schutz* mit dem unmittelbaren Bezug auf den Gegenstand und dem höheren Abstraktionsgrad *aus der festen Bindung an eine anderweitige materiale Gewährleistung* gelöst wird. Das führt zu einem deutlichen Flexibilitätsgewinn und zugleich – nicht zwingend, aber erwartbar – zu grundlegenden Weiterungen des bis dahin erreichten Schutzes. Im Volkszählungsurteil wird er nur noch lose an die Idee der „Selbstbestimmung“ geknüpft. Der Selbstbestimmungsbegriff ist selbst ein sehr abstrakter Begriff, und er paßt im thematisierten Bereich allenfalls bei einem assoziativen Verständnis. Deshalb bietet er keinen brauchbaren materialen Rückhalt. Dadurch gewinnt nunmehr die Fassung des Schutzgehalts tragende Bedeutung.

3. Ausrichtung auf eine Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten

Den Schutzgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschreibt das Bundesverfassungsgericht, ohne dies mit stringent aufeinander folgenden Begründungsschritten zu entwickeln, als die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Es bringt dabei offenbar³⁴⁵ zwei Ansätze ein, denen gemeinsam ist, daß sie als Gegenvorstellungen zum Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre entwickelt worden sind. Einerseits handelt es sich um das informationelle Selbstbestimmungsrecht und die in diesem Zusammenhang formulierte Befugnis, über die Abgabe von Individualinformationen selbst bestimmen zu können.³⁴⁶ Sich daran anzulehnen fällt dem Gericht wegen der von ihm selbst im Rahmen des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes entwickelten Entscheidungsrechte nicht schwer. Andererseits liegt ihm gerade daran, den Schutz über den bisherigen Gehalt hinaus auf die staatsinterne Verarbeitung einmal gewonnener Daten zu erstrecken. In diesem Rahmen greift es ausdrücklich den Hinweis auf die Relevanz des Verwendungszusammenhanges³⁴⁷ auf. Dies spiegelt sich in der Schutzbereichsfassung als Kombination

345 Nachweise finden sich im Volkszählungsurteil nicht. Allerdings kann man wegen der Terminologie auf die Rezeption beider Ansätze schließen. Eine Offenlegung der Quellen findet sich bei Heußner, Selbstbestimmungsrecht, S. 280 f. mit den dortigen Fn.

346 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.cc.

347 Siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.dd.

wider, indem die Entscheidungsbefugnis sich nicht nur auf die Preisgabe – oder anders: die Abgabe – von Daten, sondern auch auf deren Verwendung erstreckt und zugleich die Bedeutung des Verwendungszusammenhanges betont wird.

Bei der entworfenen Fassung hat man nicht grundlos das Gefühl, daß sie auf die Handlungskategorie zugeschnitten ist, also tatsächlich nur für eine „Preisgabe“ paßt.³⁴⁸ Sowohl die vom Verfassungsgericht im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes formulierten Entscheidungsrechte als auch das in der Literatur entwickelte informationelle Selbstbestimmungsrecht bleiben einem handlungsgeprägten Verständnis verhaftet. Letzteres kann in seiner unsicheren Abstützung weder einen umfassenden Informationsschutz tragen noch ist es diesem Gegenstand angepaßt. Der im übrigen eingebrachte Hinweis auf die Relevanz des Verwendungskontexts stützt kein auf die Datenverwendung bezogenes Entscheidungsrecht, sondern wendet sich gegen die Idee, Daten seien als solche privat oder sensitiv. Danach geht es nicht um einen (Grund)Rechtsschutz, der sich auf Daten bezieht und sich dann (zwingend) auf jedes personenbezogene Datum erstreckt, sondern um einen informationsbezogenen Schutz, aus dem Daten nicht schon als solche herausfallen. Der Hinweis zeigt außerdem auf, daß die Grundrechtsträger in bezug auf einen „Gegenstand“ zu schützen sind, der losgelöst von ihnen selbst und außerhalb ihrer Einflußsphäre durch Deutungsleistungen der sich informierenden Personen oder Stellen erzeugt und dann weiter umgesetzt wird. Man muß sich daher gerade von der auf das Individuum konzentrierten Perspektive und den damit einhergehenden Beschreibungen des Schutzgehalts lösen und einen gegenstandsgerechten Zugang suchen. Das ist dem Gericht – wie an mehreren wichtigen Punkten deutlich wird – mit der gewählten Fassung nicht gelungen.

Vor allem wird die im thematisierten Bereich zentrale und *erforderliche Begründung*³⁴⁹, warum, inwieweit und wie man dem Grundrechtsträger einen rechtlichen Einfluß auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten verschafft, *nicht mehr geleistet*. Die Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten, die wegen der Lösung aus der Bindung an eine anderweitige materiale Gewährleistung tragende Bedeutung gewinnt, enthält in sich keine Begrenzung außer der, daß das Datum „persönlich“ oder „personenbezogen“ sein muß³⁵⁰. Daß bereits der Personenbezug von Daten aus sich heraus ausreichen könnte, um der Person, auf die sich das Datum bezieht, mit Hinweis auf den Persönlichkeitsschutz des Art. 2 Abs. 1 GG eine umfassende Ent-

348 So ist auch kein Zufall, daß es in BVerfGE 72, 155 (170), wo „Selbstbestimmung“ thematisiert wird, mit Verweis auf das Volkszählungsurteil heißt: „So ist das Recht auf Selbstbestimmung im Bereich der Offenbarung von persönlichen Lebenssachverhalten als Schutzgut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt.“ Auch *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 377, verweisen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf „die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“, obwohl dies der Ausgangs- und nicht der Endpunkt der verfassungsgerichtlichen Argumentation ist.

349 Vgl. dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.IV., sowie Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.a. und III.4.

350 Vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. mit Fn 19, daß die Begriffe im Volkszählungsurteil in gleichem Sinn gemeint sind.

scheidungsbefugnis zuzuweisen, stellte – wenn man die Weite des Datenbegriffs³⁵¹ ernst nimmt und wenn man nicht die Idee pflegen will, Daten seien einer Person quasi anhaftende Eigenschaften – eine ersichtlich absurde Vorstellung dar.³⁵² Die lose Verbindung mit dem Selbstbestimmungsbegriff und mit der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit, mit Hilfe derer das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hergeleitet wird, reicht in ihrer Abstraktheit für eine tragfähige Begründung aber auch nicht.

Die oben bereits aufgefallenen Probleme sind im übrigen mit der Fassung vorgezeichnet. Neben dem *Schutzumfang* müssen vor allem auch die *Determinationsreichweite und -tiefe im Hinblick auf den staats-, internen“ Bereich* Schwierigkeiten bereiten. Die Maßgaben, die man aus einem sich pauschal auf die Datenverwendung erstreckenden Entscheidungsrecht herleiten könnte, lassen sich nämlich nicht darauf reduzieren, daß (im wesentlichen) eine Zweckfestlegung und Zweckbindung verlangt wird. Es zählt aber wohl nicht zur Intention des Gerichts, daß die exekutivische Aufbau- und Ablauforganisation einer Datenverarbeitung über das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – etwa aufgrund des Übermaßverbots – im einzelnen und in jeder Hinsicht individualrechtlich determiniert sein soll. Art und Ausmaß der Rechtsbindungen bleiben daher diffus. Das handlungsgeprägte Verständnis, von dem die gewählte Beschreibung des Schutzgehalts im Ansatz geleitet wird, impliziert außerdem, es gehe um einen Gegenstand, der dem grundsätzlichen Einfluß des Einzelnen unterliegt. Dadurch läßt die Fassung unbeantwortet, *wie* man die *Stellung des Einzelnen zu sichern* hat, wenn ihm Rechte zustehen. Auch in Bezug darauf ist dann dunkel, welche Rechte denn außerhalb des (begrenzten) Entscheidungsrechts bestehen.

Die vom Bundesverfassungsgericht formulierte „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“, ist deshalb mißglückt. Da sie ohnehin nicht stringent hergeleitet ist, besteht allerdings auch kein Grund, darauf fixiert zu bleiben.

351 Siehe nur die Darstellungen bei *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 4 ff., und bei *Tinnefeld*, Geschützte Daten, Rn 18 ff.

352 In den Entwürfen zum literarisch entwickelten informationellen Selbstbestimmungsrecht geht dies manchmal unter. So findet sich bei *C. Mallmann*, Privatsphäre, S. 23 ff., eine Argumentation, die von der Privatsphäre ausgeht und über deren Relativität zum (alleinigen) Kriterium des individualisierbaren Datums und zu einem dem Betroffenen zustehenden „Verfügungsrecht über seine individualisierbaren Daten“ gelangt. Siehe außerdem *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 84 ff., und zum Begriff der Individualinformation ebda., S. 56, und *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 54 ff. Der Konzeption des informationellen Selbstbestimmungsrechts liegt dann aber auch jeweils die (unzutreffende) inhaltliche Idee zugrunde, daß individualisierbare Daten grundsätzlich dem Persönlichkeitsbereich der jeweiligen Person zuzurechnen sind und außerdem prinzipiell der Selbstdarstellung dienen. Im übrigen war der Personenbezug immer nur eine Hülse, um verschiedenartige „schutzwürdige Belange“ erfassen zu können; vgl. *Simitis*, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Einl., Rn 17 ff.; *Reh*, in: ebda., § 1 Rn 4 ff.

4. Maßgaben für gesetzliche Regelungen und exekutives Vorgehen

Hinsichtlich der näheren grundrechtlichen Maßgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, die im Volkszählungsurteil herausgearbeitet werden, ist aufgefallen, daß sie nicht an den – inhaltlich auch zu blassen – Schutzgehalt rückgekoppelt sind und eklektizistisch wirken. Sie stützen sich, wie nun festgestellt werden kann, teilweise auf Ausführungen in der vorangegangenen Rechtsprechung. Das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre besitzt seinem Ansatz nach schon eine durchaus weitreichende Determinationskraft auch für den staatsinternen Bereich. Ausgangspunkt ist dabei allerdings die Idee einer abgeschotteten Sphäre, aus der (mit)geschützte Angaben und Daten stammen. Sind Angaben in einem bestimmten Verfahren zu offenbaren, ergibt sich eine grundsätzliche Bindung an dieses Verfahren aus dem Schutzgut selbst. Dies wird durch Geheimhaltungspflichten und das Übermaßverbot gesichert; zugleich werden – im Falle eines Übermittlungsersuchens – der ersuchten Behörde bestimmte Prüfungskompetenzen zugestanden. Teilweise erwartet das Gericht verfahrensrechtliche Vorkehrungen zur Beschränkung des Kreises der kenntnisgewinnenden Personen.³⁵³ Die Rechtsbindung wird in den zu entscheidenden Konstellationen somit regelmäßig nur für das Verfahren thematisiert, in das die Angaben oder Daten erstmals eingehen. Auch in der Entscheidung zur Auskunftspflicht im Konkursverfahren wird – wegen des Schutzes vor dem Zwang zu Selbstbezeichnungen – eine Bindung mitgeteilter Angaben an ein bestimmtes Verfahren begründet und die Sicherstellung dessen durch ein Verwertungs- bzw. ein Übermittlungsverbot gefordert.³⁵⁴ Im Sondervotum des Richters Hirsch in der Briefkontroll-Entscheidung wird die Zweckbindung schon als grundsätzlichere Anforderung herausgestellt.³⁵⁵ Im Kontext des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung werden die vormals in einem konstellationsbezogenen und begrenzten Zusammenhang stehenden Maßgaben verallgemeinert.

5. Eigenständigkeit des Eingriffsverständnisses

Die Rechtsprechungslinie zum informationsorientierten Grundrechtsschutz belegt zunächst, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht auf Informationen und Daten zu beschränken ist, die über eine Auskunftspflicht des Betroffenen gewonnen werden.³⁵⁶ So ist das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre überhaupt erst als eigenständige Verbürgung entwickelt worden, als die grundrechtliche Determination einer staatsinternen Aktenübermittlung in Frage stand.³⁵⁷ Die weiteren Entscheidungen befassen sich mit der Gewinnung von Informationen über die Beschlagnahme von Datenträgern bei Dritten, über eine Befragung Dritter und über die Verwertung von Dritten frei-

353 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.2. und 3.

354 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.3.

355 Siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.3.

356 Zu dieser (immer noch anzutreffenden) These siehe oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.II.

357 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.2.

willig überlassener Datenträger.³⁵⁸ Der persönlichkeitsrechtliche Schutz behandelt Rechte im Hinblick auf bestimmte Darstellungen der eigenen Person durch andere³⁵⁹ oder hinsichtlich der Weiterleitung mitgeteilter Angaben in einen anderen Kontext³⁶⁰.

Die realen Beeinträchtigungen durch den Umgang staatlicher Stellen oder privater Dritter mit Informationen und Daten sind anders als bei Verhaltensfreiheiten nicht an einer unmittelbaren Reduktion personaler Entfaltungschancen festzumachen, die man direkt auf einen Einwirkungsakt zurückführen und dessen Eingriffscharakter man dann von Zusatzanforderungen wie denen der Finalität, der Unmittelbarkeit oder der Rechtsaktqualität abhängig machen könnte. Sie ergeben sich vielmehr als Auswirkung der Wissensgewinnung und der sich daran anschließenden tatsächlichen und denkbaren Verwendungsarten in den Zusammenhängen, in die die Information gelangt. Die Schwierigkeiten, dies einzufangen, hat das Bundesverfassungsgericht regelmäßig in der Formulierung des Schutzguts aufgehoben. So ist das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre auch deshalb hochabstrakt gefaßt, um verschiedenartige Formen staatlicher Einwirkung, insbesondere Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge, auffangen zu können. Für den Eingriff kann dann auf eine Verletzung des Anspruchs auf Achtung des als Privatsphäre gekennzeichneten Bereichs abgestellt werden.³⁶¹ Die im Rahmen des Persönlichkeitsrechts formulierten Entscheidungsbefugnisse haben eine partiell ähnliche Wirkung. Soweit das Recht zu gewichten und die Beeinträchtigungsintensität aufzuzeigen ist, werden komplizierte, über soziale Zusammenhänge vermittelte Beeinträchtigungsverläufe erkennbar, die auch nur abschätzbare Folgewirkungen, traditionell „mittelbare“ und über Erwartungszusammenhänge vermittelte Beeinträchtigungen einschließen.³⁶² In all diesen Fällen paßt somit nicht nur das auf eine Verhaltensregulierung zugeschnittene, sondern auch ein auf invariante Merkmale und ein festes Beeinträchtigungsraster Bezug nehmendes Eingriffsverständnis nicht. Wenn das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einen abstrakteren Ansatz darstellt, gilt dies in besonderer Weise.

Man muß deshalb ein eigenständiges Eingriffsverständnis entwickeln. Zugleich kann der Eingriffsbegriff nicht der zentrale Ansatzpunkt für Begrenzungen des gewährleisteten Schutzes sein. Müssen an dieser Stelle Anpassungsfähigkeit und Flexibilität erhalten bleiben, kommt es verstärkt darauf an, die Schutzziele und -inhalte zu konkretisieren.

358 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.3.

359 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.1., 2. und 3.

360 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.3.

361 Siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.a.

362 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.4.