

Marion Albers

Informationelle Selbstbestimmung



Nomos

Studien zu Staat, Recht und Verwaltung

Herausgegeben von
Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem
Prof. Dr. Jens-Peter Schneider
Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert

Band 6

Marion Albers

Informationelle Selbstbestimmung



Nomos

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft Bonn.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Habil-Schr., 2001/2002

ISBN 3-8329-1133-2

1. Auflage 2005

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2005. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Unter dem Titel „Analyse und Neukonzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ ist diese Arbeit von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Wintersemester 2001/2002 als Habilitationsschrift angenommen worden. Für die Veröffentlichung habe ich sie auf den Stand vom 1. September 2004 gebracht.

Zum Fortgang, zum Abschluß und zur Veröffentlichung der Arbeit haben viele Personen beigetragen. Für die Betreuung und die Anfertigung des Erstgutachtens danke ich Prof. Dr. Dieter Grimm. Bei Prof. Dr. Michael Kloepfer bedanke ich mich für das zügige Zweitgutachten. In verschiedener Form haben mich Prof. Dr. Ulrich Battis, PD Dr. Jens Kersten und Prof. Dr. Rosemarie Will im Vorfeld und während des Habilitationsverfahrens unterstützt; auch dafür möchte ich mich an dieser Stelle bedanken. Wertvolle inhaltliche Anregungen haben mir Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Prof. Dr. Helge Rossen-Stadtfeld, Prof. Dr. Ulli Rühl und Prof. Dr. Arno Scherzberg gegeben; bei ihnen allen bedanke ich mich außerdem herzlich für konstruktive Gespräche. Martina Geilern, Gabriele Kaiser und Antje Rudolph verdanke ich kompetente Hilfen bei der Anfertigung des Typoskripts. Mein besonderer Dank geht hier an Wolfgang Rohrhuber, der sämtliche Konvertierungs- und Programmprobleme hochkompetent und stets hilfsbereit gelöst und mir dadurch die Fortführung der Arbeit sehr erleichtert hat.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat den Abschluß der Arbeit durch ein Stipendium und deren Veröffentlichung durch einen großzügigen Druckkostenzuschuß unterstützt. Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Prof. Dr. Jens-Peter Schneider und Prof. Dr. Gunnar Folke Schuppert waren so freundlich, mir die Veröffentlichung in der von ihnen herausgegebenen Reihe „Studien zu Staat, Recht und Verwaltung“ zu sehr guten Bedingungen zu ermöglichen.

Hamburg, im September 2004

Marion Albers

Inhalt

Einleitung	19
A. Begründung und Ziele der Untersuchung	21
B. Gang der Untersuchung	22
Erster Teil:	
Die Materialisierung des Freiheitsschutzes	27
<i>1. Kapitel: Neuansatz in der Grundrechtsdogmatik</i>	29
A. Konzeption und Limitationen der „klassischen“ Eingriffsabwehr	29
B. Die Neubestimmung der Gewährleistungsinhalte	36
I. Die Transformation auf die Gesellschaftsebene	36
II. Der Ansatz beim objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte	39
III. Der soziale Kontext individueller Freiheit als Grundrechtsthema	42
IV. Die Vergrundrechtlichung des staats„internen“ Bereichs	54
V. Die Konkretisierung individueller Leistungsrechte	61
C. Die Flexibilisierung des Eingriffsbegriffs	70
D. Ergebnisse: Die Konzentration auf den Gewährleistungsinhalt	82
<i>2. Kapitel: Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten als Schutzdimension</i>	87
A. Zentrale Kennzeichen des Gegenstandes	87
I. Zum Begriff der Information	87
II. Die Verflochtenheit von Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen	96
III. Die Rolle der Medien, Techniken und Netze	98
1. Charakteristika der Medien, Techniken und Netze	98
2. Auswirkungen auf den Umgang mit Informationen und Daten	103
B. Die rechtliche Determination des Umgangs mit Informationen und Daten	107
I. Die Ausdifferenzierung der Informations- und Datenverarbeitungsprozesse	107

II. Regelungsdimensionen im Informations- und Datenbereich	109
III. Individueller Schutz im Hinblick auf den Umgang anderer mit personenbezogenen Informationen und Daten	113
1. Leitgedanken im Rahmen der Entwicklung des Datenschutzes	113
2. Informationelle Selbstbestimmung als leitender Topos	123
C. Herausforderungen für die Grundrechtsdogmatik	131
I. Die (grund)rechtliche Konstitution der individuellen Positionen	131
II. Die veränderte Inbezugnahme des Staates	132
III. Umbau von Begriff und Rolle des „klassischen“ Grundrechtseingriffs	134
IV. Die Anforderungen an die Begründung der Garantien und Rechte	137
V. Die rechtliche Relevanz der Unterscheidung von Informationen und Daten	141
D. Ergebnisse: Die Eigenständigkeit einer gegenstandsgerechten Grundrechtsdogmatik	145
Zweiter Teil:	
Analyse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	149
<i>3. Kapitel: Konzeption und Grundlagen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung</i>	151
A. Entwicklung im Volkszählungsurteil	152
I. Die Verankerung und die Konkretisierung des Schutzzinhalts	152
1. Die Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	152
2. Informationelle Selbstbestimmung und Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten	153
II. Umgang mit Informationen und Daten als Grundrechtsbeeinträchtigung	163
III. Grundrechtsschutz und gesetzliche Regulierung	164
1. Einschränkungen im Allgemeininteresse	164
2. Grundrechtliche Maßgaben für die gesetzliche Ausgestaltung	165
a) Daten für nichtstatistische Zwecke	166
b) Daten für statistische Zwecke	170
aa) Erhebungsprogramm und Datenaufbereitung	170
bb) Datenübermittlung	172
IV. Ergebnisse: Leistung und Defizite des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	174

B. Genese im Kontext der Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG	178
I. Festlegungen und Mehrdeutigkeit in der Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeine Handlungsfreiheit	181
1. Die Limitationen der Ausgangsentscheidungen	181
2. Das Schutzgut als Bezugspunkt dogmatischer Strukturierung	183
3. Handlungen als Schutzgut und die Erweiterungen des Schutzes	185
4. Der Sonderweg informationsorientierten Grundrechtsschutzes	192
II. Die Ausdifferenzierung des Rechts auf Achtung der Privatsphäre	193
1. Die Auskunft für eine Repräsentativstatistik als Grundrechtsproblem	195
2. Die Übermittlung von Daten als Grundrechtsproblem	198
3. Die Datenbeschaffung oder Informationsgewinnung bei Dritten oder durch Dritte als Grundrechtsproblem	200
4. Der Übergang zum Persönlichkeitsschutz	203
5. Leistung und Defizite des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre	206
a) Die dogmatische Leistung der Privatsphärenkonzeption	206
b) Die Leistungsgrenzen der Privatsphärenkonzeption	208
aa) Die Privatsphäre als Element einer „Sphärentheorie“	208
bb) Die Relativität der Privatsphäre	211
cc) Die Umformung zu einem informationellen Selbstbestimmungsrecht	213
dd) Der Hinweis auf die Relevanz des Verwendungszusammenhangs	215
ee) Die Umstellung auf einen Persönlichkeitsschutz	216
III. Die Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes	217
1. Der Perspektivenwechsel von der privaten Sphäre auf den Sinngehalt und die Wirkungen von Informationen	217
2. Der Wechsel zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht	222
3. Konsolidation und Entfaltung des Persönlichkeitsrechts	226
4. Leistung und Defizite des konzipierten Persönlichkeitsschutzes	230
IV. Ergebnisse: Die Genese des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	234
1. Fortführung des informationsorientierten Grundrechtsschutzes	234
2. Wegfall der Bindung an eine anderweitige materiale Gewährleistung	235
3. Ausrichtung auf eine Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten	236
4. Maßgaben für gesetzliche Regelungen und exekutives Vorgehen	239
5. Eigenständigkeit des Eingriffsverständnisses	239

<i>4. Kapitel: Weiterentwicklungen und Bruchlinien</i>	241
A. Die normative Verankerung informationeller Selbstbestimmung	242
I. Spezielle Freiheitsgewährleistungen als Anknüpfungspunkt	242
II. Das Verhältnis zum Recht auf Achtung der Privatsphäre und zum Persönlichkeitsrecht	247
1. Neue Muster des Schutzes der Privatsphäre	248
2. Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Persönlichkeitsrecht	253
a) Inkonsistenzen beim Rückgriff auf die Schutzgehalte	253
b) Korrekturen und neue Muster im Bereich des Persönlichkeitsrechts	255
aa) Entscheidungsbefugnisse über die Darstellung der eigenen Person	255
bb) Das „Recht am eigenen Bild“	260
B. Die Unzulänglichkeit eines rein abwehrrechtlichen Verständnisses	262
I. Spezifikationen der Maßgaben des Volkszählungsurteils	262
II. Die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten	264
III. Geltung im Verhältnis zwischen Privaten	267
C. Die nähere Gestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	268
I. Zweckfestlegung, Zweckbindung und Zweckänderungen	268
II. Information als zentrales Element des Schutzes	270
1. Die Orientierung an den Inhalten und Wirkungen von Informationen	270
2. Die Ausnahme: Die (zweite) Tagebuchentscheidung	273
D. Ergebnisse: Novellierungen, Konkretisierungen und offene Probleme	275
<i>5. Kapitel: Die Notwendigkeit einer Neukonzeption</i>	280
Dritter Teil:	
Einflußmechanismen und Lösungsmuster völker- und europarechtlicher Determinanten	285
<i>6. Kapitel: Zentrale Vorgaben des Völkerrechts</i>	288
A. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Europäischen Menschenrechtskonvention	288
B. Die Regelungsmuster der Datenschutzkonvention des Europarats	297

<i>7. Kapitel: Vorgaben des Unions- und Gemeinschaftsrechts</i>	301
A. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte	301
I. Rechtswirkungen und Einflußmechanismen	301
II. Regelungskonzeptionen in Kodifikationen und Rechtsprechung	302
1. Die Regelungsentwürfe der EU-Grundrechtscharta	302
2. Grundrechte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	306
B. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Datenschutzrichtlinien	311
I. Die Regelungsmuster der EG-Datenschutzrichtlinie	311
1. Zentrale Faktoren im Hintergrund der Regelungsinhalte	312
a) Kontroversen im Rahmen der Entstehungsgeschichte	312
b) Unterschiedliche Begründungselemente hinsichtlich der Kompetenzgrundlagen	313
2. Schutzziele und Schutzkonzeptionen	315
3. Die Gestaltung des Anwendungsbereichs und der Kernelemente	317
4. Inhaltliche Vorgaben für die Regelung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten	321
a) Die Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten	321
b) Die Verankerung von Qualitätsanforderungen und Zulässigkeitsvoraussetzungen	321
aa) Zweckfestlegung und Zweckkompatibilität, Erheblichkeit und Richtigkeit als zentrale Qualitätsanforderungen	322
bb) Umfassende Determination und Voraussetzungen der Zulässigkeit von Datenverarbeitungen	326
c) Die Gewährleistung besonderer Rechte der betroffenen Person	331
aa) Systematik und Mehrstufigkeit der Informationsrechte	331
bb) Das Spektrum der Einflußrechte	336
cc) Der Schutz hinsichtlich automatisierter Einzelentscheidungen	339
d) Die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung und der Datensicherheit	340
e) Die Institutionalisierung von Transparenz und Kontrolle	341
II. Besondere Regelungsmuster der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation	345
<i>8. Kapitel: Supranationale Lösungen und informationelle Selbstbestimmung</i>	348

Vierter Teil:**Gegenstandsgerechte Grundrechtsbindungen im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption**

353

9. Kapitel: Inhalte und Einsatzfähigkeit der thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen

357

A. Die unterschiedlichen Facetten grundrechtlichen Schutzes

357

B. Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten als eigenständige Gewährleistungsdimension

360

I. Die Tragfähigkeit der zentralen Paradigmata

361

1. Rechte auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten

361

a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur

361

b) Leistungsgrenzen hinsichtlich informations- und datenbezogener Vorgaben

363

2. Privatheits- und Geheimnisgewährleistungen

366

a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur

366

b) Die Schutzkonzeptionen der Artikel 10 und 13 GG

370

c) Die Schutzzinhalte anderer thematisch spezifizierter Grundrechte

376

aa) Die Leistungsgrenzen einer sphärenorientierten Abgrenzung privater Bereiche

376

bb) Die weiterführenden Entwürfe der Privatheit

379

cc) Rekonstruktion: Die Herleitung der Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus dem Normgehalt

382

(1) Die präzise Bestimmung des Gegenstandes des Schutzes

382

(2) Die tatsächliche Basis der Normkonkretisierung

383

(3) Die Konkretisierung der Normaussagen

387

3. Der Schutz der Selbstdarstellung

396

a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur

396

b) Die soziologischen Konzeptionen der Selbstdarstellung

400

c) Die Leistungsgrenzen einer Erweiterung der Verhaltensfreiheit

404

d) Rekonstruktion: Die Herleitung der Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus dem Normgehalt

405

aa) Die präzise Bestimmung des Gegenstandes des Schutzes

405

bb) Die tatsächliche Basis der Normkonkretisierung

406

cc) Die Konkretisierung der Normaussagen

408

4. Der Freiheitsschutz der Grundrechtsverbürgungen	415
a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur	415
b) Leistung und Leistungsgrenzen der Argumentationsmuster	418
c) Rekonstruktion: Die Herleitung der Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus dem Normgehalt	422
II. Die Konkretisierung gegenstandsgerechter Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus den thematisch spezifizierten Gewährleistungen	425
1. Ertrag und Defizite der zentralen Paradigmata	425
2. Inhaltliche, dogmatische und methodische Komponenten einer gegenstandsgerechten Konkretisierung	426
a) Grundrechtsgewährleistungen als Verknüpfung eines thematischen Gehalts mit einem freiheitsrechtlichen Versprechen	426
b) Die problembezogene Beschreibung der tatsächlichen Basis der Ermittlung und Konkretisierung der einschlägigen Grundrechtsnorm	427
c) Die neuartige Konkretisierung der Grundrechtsaussagen zu bestimmten Rechtsbindungen und Rechtspositionen	428
aa) Tatsächliche und normative Ausgangslage	428
bb) Konkretisierungsform und Argumentationsmuster	429
cc) Konkrete Rechtsbindungen und Rechtspositionen	434
d) Zusätzliche Komponenten und Voraussetzungen der Konkretisierung	436
C. Die Anpassung des Eingriffsverständnisses	437
I. Eingriffsbeschreibungen im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten	437
II. Die Abstimmung von Gewährleistungsinhalten und Grundrechtsbeeinträchtigungen	441
1. Die Unterscheidungen zwischen dem Umgang mit Informationen und Daten, den Methoden und dem Modus	441
2. Grundrechtsbeeinträchtigungen als Abweichung von den inhaltlichen Vorgaben der Grundrechtsnormen	444
D. Ergebnisse: Schutz durch die thematisch spezifizierten Gewährleistungen auf der Basis eines grundlegend geregelten Umgangs mit Informationen und Daten	447
I. Die Einschlägigkeit und die Einsatzfähigkeit der thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen	447
II. Die Integration in eine Zwei-Ebenen-Konzeption	451

<i>10. Kapitel: Grundrechtliche Vorgaben zur Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten</i>	454
A. Die Regulationsanforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	454
I. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als abstrakt-vorgelagerte Gewährleistung	454
II. Schutzziele und Aussagegehalte	460
1. Sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit Informationen und Daten	462
a) Gesetzliche Determination der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge	464
b) Gesetzliche Regelungen zur System- und Technikgestaltung	466
2. Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten	469
3. Sicherstellung von Einflußmöglichkeiten	474
4. Institutionalisierung adäquater Kontrollen	475
III. Die Interdependenzen mit den sachlichen Regelungsbereichen	477
1. Das Erfordernis einer Abstimmung mit den sachbezogenen Vorgaben	477
2. Die Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Bereichen	477
3. Allgemeine und bereichsspezifische Regelungen	479
IV. Das Wechselspiel und die relative Hierarchie zwischen Grundrechtsanforderungen und gesetzlichen Regelungen	481
1. Die Mehrdimensionalität der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	481
2. Regelungs- und Konkretisierungskompetenzen	482
3. Die Vermittlung subjektiver Rechtspositionen	484
4. Grundrechtsverletzung und Gesetzeswidrigkeit	486
V. Fazit: Grundrechtliche Anforderungen und gesetzliche Umsetzung	487
B. Die sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit Informationen und Daten	487
I. Die Einbettung der Regelungen in die jeweiligen Regelungszusammenhänge	487
1. Die Koordination mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen	488
2. Die Koordination zwischen der System- und Technikgestaltung und der Determination der Verarbeitungsvorgänge	490
3. Die Koordination der Regelungen der Verarbeitungsvorgänge	491

II. Elemente einer gesetzlichen Determination der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge	496
1. Zwecksetzungen und Erforderlichkeit als zentrale Kategorien	497
a) Zweckfestlegung, Zweckbindung, Zweckänderungen	498
aa) Die Festlegung der Verwendungszwecke	498
(1) Funktionen der Zweckfestlegung	498
(2) Konkretionsebenen	500
(3) Flexibilitäten	506
bb) Die Bindung an die festgelegten Zwecke	507
cc) Zweckbündelungen und Zweckänderungen	511
b) Das Regelungselement der Erforderlichkeit	516
2. Die problemorientierte Regulierung durch weitere Determinanten	520
a) Leitgesichtspunkte der näheren Determination	521
b) Die Aufschlüsselung nach einzelnen Phasen	522
3. Technikspezifische Bestimmungen	542
III. Elemente einer System- und Technikgestaltung	544
1. Systeme und Techniken als Anknüpfungspunkte der Grundregulierung	544
a) Das „System“ als Regelungsgegenstand	544
b) Auswahl, Konfiguration und Entwicklung der Techniken als Regelungsgegenstand	548
2. Allgemeine Prinzipien und Verfahrensinstitutionalisierungen	550
a) Datenvermeidung und Datensparsamkeit	550
b) Anonymisierung und Pseudonymisierung	555
c) Datenschutzaudit und Produktzertifizierung	559
3. Bereichsspezifität als Merkmal der System- und Technikgestaltung	561
C. Die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten	562
1. Die Einbettung der Regelungen in die jeweiligen Regelungszusammenhänge	562
1. Die Koordination mit den Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten und mit den Regelungen zu den Einflußchancen	563
2. Die wechselseitige Koordination der Regelungen zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten	564
II. Die Regelungsinhalte zur Realisierung der grundrechtlichen Maßgaben	565
1. Übergreifende Orientierungschancen	565
2. Kenntnisgewähr durch Initiativpflichten der verarbeitenden Stelle	567
3. Konkrete Kenntnischancen auf Initiative der Grundrechtsträger	569

III. Die Berücksichtigung entgegenstehender Belange	571
1. Der Ausgleich mit Gegeninteressen	571
2. Die Pflicht zur Begründung der Ablehnung einer Kenntnisgewähr	573
3. Schutzvorkehrungen zur Kontrolle	574
D. Die Sicherstellung von Einflußmöglichkeiten	575
I. Die Einbettung der Regelungen in die jeweiligen Regelungs- zusammenhänge	575
1. Die Koordination mit den Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten	576
2. Die wechselseitige Koordination der Regelungen zur Sicherstellung von Einflußmöglichkeiten	577
II. Die Regelungsinhalte zur Realisierung der grundrechtlichen Maßgaben	578
1. Einflußpositionen aufgrund des individualschützenden Gehalts gesetzlicher Regelungen	578
2. Die Gewährleistung gesonderter Einflußpositionen	579
III. Der Ausgleich mit Gegenbelangen	582
E. Ergebnisse: Die Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten	582
<i>11. Kapitel: Das Zusammenspiel der Grundrechtsbindungen in der Zwei-Ebenen-Konzeption</i>	589
A. Die Vorgaben einzelner Gewährleistungen auf der Basis einer Grund- regulierung	590
I. Die zusätzlichen Bindungen thematisch spezifizierter Grundrechte	590
II. Die zusätzlichen Bindungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit	593
B. Die Bauweise der gesetzlichen Regelungen	596
I. Achtung der einzelgrundrechtlichen Bindungen	596
II. Einschränkung der Einzelgrundrechte aufgrund der Gesetzesvorbehalte	599
C. Ergebnisse: Zwei-Ebenen-Konzeption statt Datenschutzgrundrecht	600
I. Verankerung eines Datenschutzgrundrechts ?	600
II. „Informationelle Selbstbestimmung“ als Bündel vielfältiger Bindungen und Rechtspositionen auf zwei Ebenen	602

Inhalt	17
Zusammenfassende Thesen	605
Literaturverzeichnis	625
Sachverzeichnis	665

Einleitung

A. Begründung und Ziele der Untersuchung

„Informationelle Selbstbestimmung“ gehört zu den zentralen Leitbildern der Informationsgesellschaft. Sie prägt die Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten. Lange Zeit ist die Informationsdimension im juristischen Kontext anderen Grundkategorien wie der Handlung, der Entscheidung oder dem Verfahren funktional zu- und untergeordnet worden. Mittlerweile steht sie im Mittelpunkt des Interesses. In zahlreichen Hinsichten werden informations- und datenbezogene Normen ausgearbeitet. Information wird dabei, vor allem in der Vision einer „Informationsordnung“, als einheitsstiftendes Moment eines neuen Rechtsgebietes begriffen.

Viele Anzeichen, nicht zuletzt das ständige Bemühen um eine Modernisierung des Datenschutzrechts, deuten jedoch auf Fehlentwicklungen hin. Die Grundlagen, die man für eine angemessene Ausarbeitung und eine sachgerechte Integration informations- und datenbezogener Regelungen in die Rechtsordnung benötigt, sind nicht hinreichend geklärt. In Form einer aus Handlungs-, Kommunikations- und Entscheidungszusammenhängen ausdifferenzierten Kategorie ist Information für das Recht ein neuartiger Gegenstand. Man kann ihn nicht umstandslos in überkommene rechtsdogmatische Muster einordnen. Er macht im Gegenteil deren Selektivität und Konstruktionscharakter deutlich. Die Verrechtlichung der Informationsdimension erfordert eine eigenständige Dogmatik und stellt die Dogmatik insgesamt auf eine neue Basis. Deshalb muß man sich vor allem auch mit dem Topos „informationeller Selbstbestimmung“, der als gesicherter Bestand zugrunde gelegt wird, neu auseinandersetzen. Als grundrechtliche Position setzt das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ wesentliche Vorgaben für gesetzliche Vorschriften. Deren angemessene Gestaltung setzt eine gegenstandsgerechte Konzeption der grundrechtlichen Bindungen und Schutzpositionen voraus.

Mit dem Volkszählungsurteil aus dem Jahre 1983 ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als ein Grundrecht, das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankert ist, in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eingegangen. Seitdem hat es sich weiter verfestigt. Nach seinem Schutzziel und Schutzkonzept richtet es sich darauf, den Grundrechtsträgern Schutz gegen, Einfluß auf und eigenes Wissen über den Umgang anderer mit den sie betreffenden Informationen und Daten zu vermitteln. Den Schutzzinhalt beschreibt das Bundesverfassungsgericht als die „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“. Aufgrund des Vorbehalts des Art. 2 Abs. 1 GG sind Einschränkungen im Wege gesetzlicher Regelungen möglich. Damit wird der individuelle Schutz im Hinblick auf den Umgang anderer mit personenbezogenen Informationen und Daten grundrechtsdogmatisch vollständig den Mustern der traditionellen Eingriffsabwehr untergeordnet.

Ein solcher Schutz zeichnet sich aber durch Charakteristika aus, aufgrund derer diese Muster nicht passen. Er bezieht sich weder auf individuelle Handlungen, die den geschützten Personen zugerechnet und zugeordnet werden können, noch auf Gegenstände, die sich in verdinglichter Form begreifen und so wiederum zuordnen lassen. Vielmehr hat man mit Sinnelementen und mit Zeichen zu tun, die in Beobachtungs-, Kommunikations- oder Handlungszusammenhängen erzeugt und prozediert werden; staatliche Stellen oder andere

Private sind daran strukturell beteiligt. Ordnet man dem Einzelnen eine Verfügungsbefugnis zu, verfehlt man den Gegenstand und das Ziel des Schutzes in mehrfacher Hinsicht. Den Schutzerfordernissen kann man nicht hinreichend Rechnung tragen. Form und Reichweite der Determination, die eine individuelle Verfügungsbefugnis bewirkt, führen zu einem „Totalvorbehalt“, der frühere Diskussionen um einen umfassenden Gesetzesvorbehalt noch weit übertrifft. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht insgesamt nicht auf den gefestigten Grundlagen, die es angesichts seiner Bedeutung haben müßte.

Vor diesem Hintergrund verfolgt diese Arbeit mehrere *Ziele*. Im Zentrum steht die Ausarbeitung einer gegenstandsgerechten Konzeption der grundrechtlichen Bindungen und Rechtspositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. Da es sich hierbei um eine neuartige Gewährleistungsdimension handelt, geht es zugleich um eine grundlegende Rekonstruktion und Weiterentwicklung von Grundrechtsinhalten und Grundrechtsdogmatik. Darüber hinaus soll eine neue Basis für die Ausgestaltung des einschlägigen Gesetzesrechts geschaffen werden, die dessen sachgerechte Integration in die Rechtsordnung ermöglicht. Eine gegenstandsgerechte Konzeption der grundrechtlichen Vorgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten trägt sowohl zur Modernisierung der Grundrechtsdogmatik als auch zur Modernisierung des Informations- und Datenschutzrechts bei.

„Informationelle Selbstbestimmung“ ist in diesem Rahmen (nicht mehr als) ein einprägsamer deskriptiver Begriff, der hervorhebt, daß jeder Person im Hinblick auf den Umgang staatlicher Stellen oder anderer Privater mit den personenbezogenen Informationen und Daten (grund)rechtlicher Schutz zukommt. Als solcher ist er assoziativ, nicht dogmatisch zu verstehen. Die Arbeit wird zeigen, daß die Grundrechtsgewährleistungen ein Bündel von Rechtsbindungen und Rechtspositionen einschließen, die im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption mit unterschiedlichen Inhalten und differenzierbarem Gewicht in Einklang mit den Schutzerfordernissen herzuleiten sind. Auf einer solchen Grundlage kann ein sowohl gegenstandsgerechtes als auch normativ überzeugendes Informations- und Datenschutzrecht erarbeitet werden. Die Arbeit wird ebenfalls deutlich machen, daß informations- und datenbezogene Normen nicht mit Hilfe des Konstrukts einer „Informationsordnung“ zu begreifen sind, das eine Einheit des Informationsrechts unterstellt und isolierend wirkt. Indem sich solche Normen auf eine Grundkategorie richten, sind sie vielfältig und heterogen, und sie müssen vor allem auch mit den sachlichen Regelungsstrukturen koordiniert und so in die Rechtsordnung integriert werden.

B. Gang der Untersuchung

Der erste Teil arbeitet die *Grundlagen* heraus, auf denen eine gegenstandsgerechte Konzeption grundrechtlicher Bindungen und Rechte, die den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten betreffen, aufbauen muß. Im ersten Kapitel sollen übergreifende grundrechtsdogmatische Perspektiven hergestellt und dogmatische Grundlagen gesichert werden. Zunächst wird der „klassischen“ Konzeption der Eingriffsabwehr und deren Limitationen nachgegangen (Punkt A.). Die Lesart der Grundrechte als wertentscheidende Grundsatznormen führt das Normverständnis auf eine abstraktere Ebene (Punkt B.I.). Mit

der abstrakter ansetzenden Auslegung der Grundrechtssätze werden die Voraussetzungen für eine differenziertere Handhabung des Verhältnisses von objektivrechtlichem Aussagegehalt und subjektiven Rechten geschaffen und weitreichende inhaltliche Modifikationen ermöglicht (Punkt B.II.). Aus der Vielzahl der neuen Ansätze zur Grundrechtsinterpretation sollen mit Blick auf das Thema informationsbezogenen Schutzes zwei Entwicklungslinien näher betrachtet werden. Die erste Linie betrifft die Einführung des sozialen Kontexts oder überindividueller Sinnbezüge in die Auslegung der Grundrechtsgewährleistungen (Punkt B.III.). Die zweite Linie betrifft die Vergrundrechtlichung des staats„internen“ Bereichs bzw. der staatlichen Organisation und der staatlichen Verfahren (Punkt B.IV.). Daß die objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen um Sinnbezüge angereichert werden, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausweisen, hat Auswirkungen auf die Individualrechtsstellung. Zum einen werden aus den Grundrechten neuartige Rechtspositionen leistungsrechtlicher Art hergeleitet (Punkt B.V.). Zum anderen gerät der „klassische“ Eingriffsbegriff unter Änderungsdruck (Punkt C.). Insgesamt hat man mit einer Materialisierung des grundrechtlichen Freiheitsschutzes zu tun, die mit einer Konzentration auf den Gewährleistungsgehalt und mit normativen Konkretisierungen einhergeht.

Das zweite Kapitel dient der näheren Bestimmung des „Gegenstandes“ Information und der ersten Erörterung der Schutzerfordernisse und grundrechtsdogmatischer Anforderungen. Es wird sich zunächst mit dem Informationsbegriff, mit der Unterscheidung von Informationen und Daten, mit der Verflochtenheit der Informations- und Datenverarbeitungen und mit dem Einfluß der Medien, Techniken und Netze befassen (Punkt A.). Danach sollen die leitenden Überlegungen zur rechtlichen Determination des Umgangs mit Informationen und Daten aufgeschlüsselt werden (Punkt B.). Die Ausdifferenzierung der Informations- und Datenverarbeitungsprozesse aus unmittelbaren Handlungs-, Kommunikations- und Entscheidungszusammenhängen führt zu eigenständigen Regelungsdimensionen (Punkt B.I. und II.). Der individuelle Schutz im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten stellt einen besonderen Bezugspunkt dar. Hierzu werden in der Diskussion um den Datenschutz seit langem Regelungs- und Schutzerfordernisse erörtert (Punkt B.III.). Die Analyse des Gegenstandes und der Schutzerfordernisse ermöglicht es, die Herausforderungen für die Grundrechtsdogmatik zu verdeutlichen (Punkt C.). Die Entwicklung von Garantien und Rechten im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten muß die Überwindung des traditionellen Grundrechtsverständnisses und eine Grundrechtsdogmatik voraussetzen, im Rahmen derer die Gewährleistungsinhalte in komplexer Form konkretisiert werden können.

Der zweite Teil befaßt sich mit der *Analyse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*, auf das das Bundesverfassungsgericht für den grundrechtlichen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten seit der Volkszählungsentcheidung im wesentlichen zurückgreift. Er zielt dabei auf mehr als auf eine Deskription. Vor dem Hintergrund der Ergebnisse des ersten Teils ist die Konzeption des Bundesverfassungsgerichts (auch) aus einer Metaperspektive zu beobachten, die danach fragt, wie das Gericht die inhaltlichen, dogmatischen und methodischen Anforderungen bewältigt, die grundrechtliche Bindungen und Rechtspositionen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten aufwerfen.

Das Volkszählungsurteil wird als Leitentscheidung zu Beginn des dritten Kapitels behandelt (Punkt A.). Das Gericht entwickelt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, indem es die Handlungsfreiheit zur Selbstbestimmung abstrahiert, im Rahmen derer Realisationsbedingungen den Umgang anderer mit personenbezogenen Informationen und Daten sowie das darauf gerichtete individuelle Wissen thematisiert und dann eine Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten herleitet. Die gewählte Beschreibung des Schutzgehalts weist sowohl unter gegenstandsbezogenen als auch unter grundrechtsdogmatischen Gesichtspunkten Defizite auf (Punkt A.I.). Die Rolle des Eingriffsbegriffs und die Beziehung zwischen dem grundrechtlichen Schutzgehalt und den Maßgaben für die gesetzliche Regulierung bleiben undeutlich (Punkt A.II. und III.). Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist eine sinnvolle Fortentwicklung des grundrechtlichen Schutzes; seine Gestaltung wirft aber Unsicherheiten und Probleme auf (Punkt A.IV.).

Die dem Volkszählungsurteil vorangegangene Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG veranschaulicht einerseits sowohl die Anforderungen, die mit informations- und datenbezogenen Grundrechtsbindungen verbunden sind, als auch die Lösungsmuster, mit denen das Bundesverfassungsgericht auf neuartige Fallkonstellationen reagiert. Insbesondere sollen die Leistung und die Leistungsgrenzen des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts herausgearbeitet werden (Punkt B.II. und III.). Zugleich werden Erklärungen für die verfassungsgerichtliche Konzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in seiner Genese gesucht (dazu Punkt B.IV.).

Das vierte Kapitel analysiert die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung nach dem Volkszählungsurteil. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird beibehalten. Sowohl im Hinblick auf es selbst als auch im Hinblick auf seine genetischen Grundlagen, das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht, lassen sich aber wichtige Novellierungen herausarbeiten (Punkt A. – D.). Das fünfte Kapitel hält die Ergebnisse der Analyse fest. Aus vielen Gründen ist eine Neukonzeption der grundrechtlichen Bindungen und Rechtspositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten notwendig, die dem Gegenstand und den damit verbundenen dogmatischen Anforderungen gerecht wird.

Der dritte Teil behandelt die *völker- und europarechtlichen Determinanten und Lösungsmuster*. Die Erkenntnisinteressen konzentrieren sich dabei zum einen darauf, wie welche Determinanten das deutsche Verfassungsrecht überlagern oder ergänzen, indem sie ihrerseits verbindliche Maßstäbe für die Gestaltung der einfachgesetzlichen Vorschriften setzen. Zum anderen könnten diese Vorgaben Anregungen für eine Neukonzeption auch des grundgesetzlichen Schutzes bieten.

Auf der im sechsten Kapitel erörterten völkerrechtlichen Ebene erlangt die Europäische Menschenrechtskonvention Bedeutung, weil sie Rechtserkenntnisquelle bei der Konkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte ist und als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte des Grundgesetzes dient; darüber hinaus wird ihr die Rolle eines der grundlegenden, (mit)konstitutionalisierenden Regelungssysteme Europas zugespielt. Für den Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist vor allem Art. 8 EMRK und die dazu vorhandene

Rechtsprechung relevant (Punkt A.). Hinzu kommt die Datenschutzkonvention des Europarats, die bestimmte, freilich nur allgemeine Leitlinien vorgibt (Punkt B.).

Das siebte Kapitel untersucht das Unions- oder Gemeinschaftsrecht. Die insoweit gewährleisteten Grundrechte überlagern nationale Grundrechte nicht, entfalten auf diese aber vermittelte Wirkungen. Bedeutung kommt sowohl der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die ein Recht auf Schutz personenbezogener Daten einschließt (Punkt A.II.1.), als auch den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zum gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu (Punkt A.II.2.). Auf sekundärrechtlicher Ebene wirken die EG-Datenschutzrichtlinie und die EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation, indem sie umzusetzen sind, auf der Basis eines prinzipiellen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts in das nationale Recht hinein. Deswegen sind die ausgeprägten und teilweise dichten Vorgaben zur Determination des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten und zu den Rechten der jeweiligen Personen nicht nur als gemeinschaftsrechtliche Lösung, sondern auch bei einer Neukonzeption der grundrechtlichen Bindungen und Rechte von Interesse (Punkt B.). Das achte Kapitel hält die Folgerungen fest, die sich aus den supranationalen Lösungen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergeben.

Im vierten Teil sollen auf der Basis der bis dahin gewonnenen Erkenntnisse *gegenstandsgerechte Grundrechtsbindungen und Rechtspositionen* entwickelt werden, die die Grundrechtsträger im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten schützen. Dies erfordert eine *Zwei-Ebenen-Konzeption*.

Das neunte Kapitel erörtert die Inhalte und die Einsatzfähigkeit der thematisch spezifizierten Freiheitsgewährleistungen. Ein Überblick über die normtextlichen Aussagen und die denkbaren Anknüpfungspunkte eines Schutzes hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ermöglicht eine erste Annäherung (Punkt A.). Mit Blick auf Literatur und Rechtsprechung können eine Reihe von Interpretationsmustern herauskristallisiert, analysiert und rekonstruiert werden: Rechte auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten, Privatheits- und Geheimnisgarantien, der Schutz der Selbstdarstellung und der Freiheitsschutz der Grundrechtsverbürgungen (Punkt B.I.). Danach kann aufgezeigt werden, wie sich gegenstandsgerechte Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus den thematisch spezifizierten Gewährleistungen konkretisieren lassen. Die Konkretisierung ist mit eigenständigen Inhalten, einer eigenständigen Dogmatik und einem eigenständigen methodischen Vorgehen verbunden (Punkt B.II.). Im Anschluß daran wird der Begriff der Grundrechtsbeeinträchtigung nach einer Systematisierung der Eingriffsbeschreibungen mit Blick auf seine Funktionen neu zugeschnitten (Punkt C.). Die Überlegungen werden ergeben, daß die gegenstandsgerechte Herleitung von Bindungen und Rechten bei Art. 10 und 13 GG aufgrund des formalen Regelungsansatzes dieser Normen möglich ist. Bei den anderen Verbürgungen gelingt sie nur dann, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Das führt zu der These, daß man zwei Ebenen unterscheiden und die Grundrechtsbindungen in eine Zwei-Ebenen-Konzeption integrieren muß, im Rahmen derer sichergestellt wäre, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die thematisch spezifizierten Freiheitsgewährleistungen greifen

können (Punkt D.).

Im zehnten Kapitel wird Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als eine grundlegende Norm interpretiert, die auf einer den einzelnen Verbürgungen vorgelagerten Ebene Anforderungen an eine Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten aufstellt. Indem sich die Norm als abstrakt-vorgelagerte Gewährleistung verstehen läßt, kann sie auf Freiheitsgefährdungen reagieren, die die Ebene grundlegender Bedingungen individueller Freiheit betreffen (Punkt A.I.). Sie richtet sich mit Regelungsanforderungen an die Gesetzgebung und gibt ihr auf, den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in sachgerechter und transparenzsichernder Form zu steuern, den Grundrechtsträgern sowohl Kenntnis- als auch Einflußmöglichkeiten zu gewährleisten und adäquate Kontrollen zu institutionalisieren (Punkt A.II.). Interdependenzen mit den sachlichen Regelungsbereichen (Punkt A.III.) und ein besonderes Verhältnis zwischen Grundrechtsanforderungen und gesetzlichen Regelungen (Punkt A.IV.) liegen nahe.

Im weiteren werden die grundrechtlichen Anforderungen und die ihrer Umsetzung dienenden zentralen gesetzlichen Regelungselemente zunächst für den Strang der sachgerechten und transparenzsichernden Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten (Punkt B.), sodann für die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten (Punkt C.) und schließlich für die Sicherstellung von Einflußchancen (Punkt D.) näher erörtert. Für jeden dieser Stränge wird deutlich, daß die jeweiligen Regelungen in Regelungszusammenhänge eingebettet werden müssen (Punkt B.I., C.I. und D.I.). Im Rahmen der Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten kann man die gesetzliche Determination der Verarbeitungsvorgänge, zu deren zentralen Elementen Zwecksetzungen, die Komponente der Erforderlichkeit und weitere phasenorientierte Determinanten gehören, und die System- und Technikgestaltung unterscheiden (Punkt B.II. und III.). Individuelle Kenntnismöglichkeiten sind durch eine Reihe gesetzlicher Pflichten und Rechte zu gewährleisten, die eine übergreifende Orientierung ebenso ermöglichen müssen wie die Kenntnis konkreter Angelegenheiten; entgegenstehende Belange können Grenzen setzen (Punkt C.II. und III.). Individuelle Einflußrechte werden sichergestellt, indem die gesetzlichen Regelungen zur Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten subjektive Rechte vermitteln oder indem gesonderte Einflußpositionen verankert werden (Punkt D.II. und III.).

Abschließend kann im elften Kapitel das Zusammenspiel der grundrechtlichen Bindungen im Rahmen der entwickelten Zwei-Ebenen-Konzeption veranschaulicht werden. Zu den Anforderungen an eine Grundregulierung, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf der grundlegenden Ebene stellt, treten auf der zweiten Ebene zusätzliche Bindungen sowohl der thematisch spezifizierten Gewährleistungen als auch des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hinzu (Punkt A.). Gesetzliche Regelungen müssen den verschiedenartigen Bindungen gerecht werden (Punkt B.). Die Einführung eines Datenschutzgrundrechts erweist sich als nicht sinnvoll. Der Schutz im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ist eine eigenständige Dimension grundrechtlicher Gewährleistungen und in komplexer Form als ein vielfältiges und differenziertes Bündel von Rechtsbindungen und Rechtspositionen auf zwei Ebenen zu konkretisieren (Punkt C.).

Erster Teil:

Die Materialisierung des Freiheitsschutzes

1. Kapitel:

Neuansatz in der Grundrechtsdogmatik

A. Konzeption und Limitationen der „klassischen“ Eingriffsabwehr

Als „klassisch“ wird eine bestimmte Form abwehrrechtlichen Grundrechtsverständnisses bezeichnet. Danach dienen Grundrechte als Individualrechte der *Abwehr von staatlichen Maßnahmen*, die einen *Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich* darstellen und *nicht den Anforderungen an eine verfassungsmäßige Begrenzung* entsprechen. Dieses Abwehrrechtskonzept ist insbesondere aus zwei Gründen um jeweils zusätzliche Voraussetzungen zu ergänzen. Zum einen stellen die grundrechtliche Freiheitsgewährleistung, ein als Eingriff eingestuftes staatliches Verhalten und der Gesetzesvorbehalt *aufeinander bezogene Komponenten* dar, die gerade auch in ihrem Bezug zueinander stimmig sein müssen. Unter anderem wegen dieses Erfordernisses interner Abgestimmtheit ist der Ansatz zum anderen jedenfalls in der originären Version kein rein rechtstechnisches Konstrukt. Er lebt aus dem *Zusammenhang mit einer bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsvorstellung*. Sowohl das Freiheitsverständnis und der Inhalt der Freiheitsgewährleistungen als auch der Eingriffsbegriff und daraus folgend schließlich auch der vom Gesetzesvorbehalt erfaßte Bereich erfahren aus diesen Wechselwirkungen Einengungen. Nicht alle denkbaren Schutzgüter können Inhalt grundrechtlicher Verbürgungen sein, und nicht jedes staatliche Verhalten kann als Eingriff qualifiziert werden. Die Grundlagen, die tragenden Begründungsmuster und die sich ergebenden Limitationen der „klassischen“ Konzeption der Eingriffsabwehr sollen im folgenden näher interessieren.

Im Zusammenhang mit bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsvorstellungen zählt zu den historisch zentralen Ausgangsideen die in einem ganz spezifischen Sinne gegeneinander abgegrenzter Funktions- und Entscheidungssphären gefaßte *Unterscheidung von Gesellschaft und Staat*.¹ Freiheit gewinnt aus einer Abgrenzung gegen staatlich gewährte oder rechtlich konstituierte Freiheit den Charakter natürlicher Freiheit.² Sie kristallisiert sich in den Begriffen der Selbstbestimmung, des individuellen Beliebens oder autonomer und eigenverantwortlicher Entscheidungsmöglichkeiten. Allein damit ist nicht schon beantwortet, wie der Staat in Bezug zu nehmen ist. Erst wenn sich dies auf eine Ausgrenzung reduziert, läßt sich die gemeinte Freiheit als vor- oder außerstaatliche Sphäre bezeichnen. Das damit implizierte verräumlichende Denken spiegelt sich bis unter das Grundgesetz wider in einer Vielzahl von Beschreibungen, nach denen Grundrechte „ihrer Substanz nach keine Rechtsgüter, sondern Sphären der *Freiheit*“³, eine „staatsfreie

- 1 Dazu – auch mit Neuansätzen – Böckenförde, Bedeutung der Unterscheidung, passim; Rupp, Unterscheidung, passim. Siehe außerdem Möllers, Staat, S. 297 ff.
- 2 Zur „natürlichen“ Freiheit (auch ohne übergreifende naturrechtliche Assoziationen), zur Frage, ob nicht alle Freiheiten rechtlich konstituiert sind, und dazu, daß die Reichweite „natürlicher Freiheit“ immer umstritten war, Lübke-Wolff, Grundrechte, S. 75 ff.
- 3 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 163 (Hervorh. i. Orig.).

Sphäre“⁴, die „Aufrichtung von Bereichen, vor denen die Staatsgewalt halt macht“⁵ oder die Sicherung der „Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt“⁶ regeln.⁷

Das traditionsorientierte Grundrechtsverständnis kennzeichnet vor diesem Hintergrund, daß die *grundrechtlich verbürgte Freiheit grundsätzlich als dem Staat vorgegeben* gesehen wird; „die Grundrechte gewähren den Schutz des sozial bereits vorhandenen oder sich bildenden realen Freiheitsbestandes“⁸. Die Bedingungen der Möglichkeit individueller Freiheit oder – radikaler (und genauer) formuliert – deren soziale Konstitution und soziale Einbettung werden prinzipiell nicht zum grundrechtlich mitzuthematisierenden Problem. Nun ist nicht nur unübersehbar, sondern auch allgemein längst anerkannt, daß individuelle Freiheit voraussetzungsvoll ist und daß der Staat deshalb weder nur freiheitsgefährdend wirkt noch der einzige Ausgangspunkt von Freiheitsgefährdungen ist. Um nachzuvollziehen, warum man den grundrechtlichen Freiheitsschutz dennoch über die genannte Perspektivenbegrenzung verstanden wissen will, muß man also genauer nach den Begründungen fragen, die dies tragen sollen. Darüber erschließen sich dann auch nähere Ausformungen und zwingend gegebene Limitationen der „klassischen“ Eingriffsabwehrkonzeption.

Wenn man die Grundrechtsauslegung auf ein bestimmtes Freiheitsverständnis sowie auf die Eingriffsabwehr konzentriert oder einem solchen Zugang jedenfalls einen prinzipiellen Vorrang gegenüber anderen Interpretationsansätzen zuweist⁹, stehen dahinter übergreifende Überlegungen. Die Begründungen begnügen sich nicht mit dem Hinweis auf die Tradition. Dieser träfe ohnehin allenfalls mit Einschränkungen zu.¹⁰ In den jewei-

4 *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 674; *Merten*, Handlungsgrundrechte, S. 104.

5 *Forsthoff*, Begriff und Wesen, S. 18.

6 BVerfGE 7, 198 (204). Außerdem etwa 12, 205 (259 f.); 21, 362 (369); 32, 98 (106); 68, 193 (205).

7 Vgl. näher *Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit, S. 22 ff.; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1530; *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 674; *Ossenbühl*, Interpretation, S. 2101; *Kröger*, Grundrechtstheorie, S. 15 f.; *Isensee*, Grundrechte, S. 162, 164 ff.; *dens.*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 2; *Wülfing*, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte, S. 13 ff.; *Merten*, Handlungsgrundrechte, S. 104 m.w.N. Siehe auch (kritisch) *Bethge*, Aktuelle Probleme, S. 374 f. *Forsthoff*, Begriff und Wesen, S. 18, betont die technisch-normative Seite der Ausgrenzung; der Charakter der Grundrechte als vorstaatlicher oder nur staatlich gewährter Rechte könne dahingestellt bleiben. Siehe auch noch unten im Text zur Differenz von Freiheit und Freiheitsrechten.

8 *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1532. Siehe auch insbesondere *H.H. Klein*, Grundrechte, S. 39 ff., 53 ff., bes. 59, und *Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit, S. 52 ff., mit dem Hinweis, daß der Freiheitsschutz durch grundrechtliche Verbürgungen nicht gleichzusetzen ist mit den Themen, derer der Staat sich annehmen kann oder muß.

9 Vgl. dazu etwa *H.H. Klein*, Grundrechte, bes. S. 53 ff.; *dens.*, Beginn, Rn 63; *E. Klein*, Schutzpflicht, S. 1633; *Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 11 m.w.N.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 67 ff. Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung BVerfGE 7, 198 (204), und – jeweils im Zusammenhang mit der Frage der Grundrechtsberechtigung juristischer Personen – 21, 362 (369); 59, 231 (255); 61, 82 (101); 68, 193 (205). Das häufig zitierte Mitbestimmungsurteil enthält bereits eine andere Wendung, nämlich daß Grundrechte „In erster Linie individuelle Rechte, Menschen- und Bürgerrechte, die den Schutz konkreter, besonders gefährdeter Bereiche menschlicher Freiheit zum Gegenstand haben“ seien, siehe BVerfGE 50, 290 (337).

10 Daß die abwehrrechtliche Sicht die Grundrechtstradition keineswegs abdeckt, ist inzwischen oft hervorgehoben worden. Vgl. *Kühne*, Reichsverfassung, S. 159 ff.; *dens.*, Revolution, bes. Rn 11 ff.; *Grimm*, Entwicklung der Grundrechtstheorie, S. 310 ff., und – für das Beispiel der Pressefreiheit –

ligen Argumentationslinien ist ein Akzent eher inhaltlich am Freiheitsentwurf, der andere eher rechtsdogmatisch an Erwägungen zu rechtsstaatlicher Rationalität ausgerichtet. *Inhaltlich* liegt das Bestreben zugrunde, *Freiheit von Vorabdefinitionen und Wertungen* insbesondere seitens des Staates möglichst *freizuhalten*.¹¹ Da Selbstbestimmung und individuelle Entscheidungsmöglichkeiten wesentliche Elemente ausmachen, soll die Art und Weise der Freiheitswahrnehmung individueller Entscheidung obliegen. Es bedarf außerdem der Offenheit für nicht verfaßbare individuelle Spontaneität. Zu Ende gedacht schließt dies jede rechtliche Verfaßtheit von Freiheit aus, weil jede Beschreibung von Gewährleistungsbereichen oder Schutzgütern die Tendenz einer Einbindung der Freiheit in bereits vorgeformte Muster enthält.¹² Deshalb wird konsequent zwischen der nicht als Rechtsbegriff verstandenen Freiheit einerseits und den der Sicherung der Individual-sphäre dienenden Freiheitsrechten andererseits unterschieden.¹³ Der Gegenstand der Freiheitsrechte wird dabei allerdings nicht unbedingt mit der Konstitution von Eingriffs-abwehrrechten gleichgesetzt, obschon sich eine solche Gleichsetzung bis heute in vielen Ausführungen auswirkt und widerspiegelt, sondern als inhaltlich-umrahmende Verbürgung des jeweils thematisierten Freiheitsbereichs verstanden, die Abwehrrechte erst vermittelt.¹⁴ Dem Problem der inhaltlichen Vorabgestaltung, das sich dann zwar nicht mehr für die Freiheit selbst, dafür aber für die Freiheitsrechte stellt, sucht man über die Norminterpretation gerecht zu werden. Positivierte Freiheitsgarantien umschreiben zwar Gewährleistungen; dies aber im Sinne einer *äußerlich-räumlichen Umgrenzung von Freiräumen*: „Sie (die Menschen- und Bürgerrechte) verweisen die durch sie geschützten Lebens-, Denk- und Handlungsbereiche als Freiheitsbereiche zur Ausfüllung an die individuelle Subjektivität.“¹⁵ Sollen die Freiheitsgarantien die individuelle Freiheit angemessen sichern, dürfen sich zugleich aus ihren Fassungen keine ungerechtfertigten Begrenzungen ergeben. Dies stützt ein allgemeines Freiheitsrecht als Auffangtatbestand. Seine *grundrechtsdogmatische Entsprechung* hat dieses Freiheitsverständnis im *rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip*: Danach ist die Freiheitssphäre des Einzelnen prinzipiell unbe-

dens., Soziale Voraussetzungen, S. 253 ff. Außerdem *Berka*, Medienfreiheit, S. 39 ff.; *Dreier*, Grundrechtsgehalte, S. 506 f.; *Hermes*, Grundrecht, S. 145 ff.; *Jarass*, Grundrechte, S. 373 f. m.w.N.; *Wahl*, Rechtliche Wirkungen, passim.

- 11 Vgl. *Schmur*, Pressefreiheit, S. 101 ff.; *dens.*, Rezension, S. 490; *H.H. Klein*, Grundrechte, S. 38, 68; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1530 f.; *Enders*, in: BlnKomm, vor Art. 1 Rn 44; darstellend auch *Bethge*, Freiheit und Gebundenheit, S. 371, und – zur Pressefreiheit – *Degen*, Pressefreiheit, S. 35 ff. Siehe auch *C. Schmitt*, Freiheitsrechte, S. 167.
- 12 Vgl. *Steiger*, Institutionalisierung, S. 112: „Die Gewährleistung der Freiheit durch das Recht beschränkt sie notwendig auch.“ Vgl. auch *F. Müller*, Positivität, S. 41: „Daß kein Grundrecht ohne Grenzen garantiert ist, folgt aus der einzig wirklich ‚immanenten‘ Beschränkung: aus seiner Rechtsqualität. ... Weder eine in die Rechtsordnung unversehens eingeführte ‚natürliche‘ Freiheit noch eine allein technisch-formal angesetzte Freiheit der Leere trifft die Struktur grundrechtlicher Garantien.“
- 13 Vgl. dazu mit dogmatischen Erläuterungen *Ipsen*, Einwirkungen, S. 475 ff.
- 14 Vgl. *Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit, S. 24 ff., 549 ff. m.w.N.
- 15 *Böckenförde*, Bild vom Menschen, S. 60 ff., bes. 61. Zum besonderen Problem muß dann die Frage der Definitionsmacht – also das Selbstverständnis der Grundrechtsträger auf der einen und die staatliche Grundrechtsauslegung auf der anderen Seite – werden, vgl. dazu BVerfGE 24, 236 (247 f.); 83, 341 (353); 101, 361 (384 f.); außerdem *Isensee*, Wer definiert, passim; *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, bes. S. 15 ff., 88 ff.; *H.H. Klein*, Beginn, Rn 57; *Morlok*, Selbstverständnis, bes. S. 67 ff., 282 ff., 375 ff.

grenzt, die Befugnisse des Staates sind prinzipiell begrenzt¹⁶. Diese originäre Fassung ist zwar abgestimmt auf einen un(v)erfaßten Freiheitsbereich, aber im Kontext der eben beschriebenen Interpretationsmaximen wird ihre Denkstruktur für positivierte Freiheitsgarantien übernommen. Als Konstrukt nimmt dieses Prinzip für sich eine Rationalität in Anspruch, mit Hilfe derer eine dogmatische Strukturierung von freiheitsrechtlicher Gewährleistung und Gewährleistungsbegrenzung gelingt, die einer grundsätzlich eigenverantworteten und selbstbestimmten Freiheit bestmöglich gerecht wird. Kann Freiheit als prinzipiell unbegrenzt unterstellt werden, erscheinen Begrenzungen zumindest nicht als ein tatbestandliches Beschreibungs- und Wertungsproblem.¹⁷ Im Umfeld dieser Argumentation steht noch eine Palette von Unter- und Neben-Erwägungen, etwa übergreifende Aspekte rechtsstaatlich-rechtstechnischer Rationalität¹⁸, eher vage gehaltene Effektivitätsgesichtspunkte¹⁹ oder der Aspekt der Kompetenzverteilung insbesondere zwischen Gesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit²⁰, die hier nicht im einzelnen ausgeführt werden sollen.

Beide Aspekte des Argumentationszusammenhanges erklären, warum die grundrechtlichen Verbürgungen grundsätzlich nur so angelegt werden, daß vorhandene Schutzgegenstände staatlichen Eingriffen vorausliegen. Eine vorausliegende Freiheitswahrnehmung, in bezug auf die das Unterlassen eines Eingriffs beansprucht wird, erfordert keine Vorab-Definition und Vorab-Bewertung; sie wird von dem Betroffenen selbst initiiert, in ihrer Beschränkung zur Entscheidung gestellt und kann als seine Freiheit gelten, deren Einschränkung rechtfertigungsbedürftig ist. Ebenso setzt die Einsatzfähigkeit des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips (und der darauf aufbauenden dogmatischen Strukturierungen) voraus, daß real gegebene Begrenzungen der Freiheit nicht zum grundrechtlich mitzuthematisierenden Problem werden. Werden hier Konzessionen gemacht, müßte man etwa gesellschaftlich vermittelte Grenzen mitdenken, müßte man diese zu einem in die grundrechtliche Verbürgung eingeflochtenen Thema machen, befürchtet man eine immanente Einbindung und Fremdbewertung der dem Individuum zustehenden Freiheit und einen Verlust der rechtsdogmatischen Rationalität, die man gerade gewahrt wissen will.

All dies kann zunächst plausibilisieren, warum auch unter dem Grundgesetz von der Ausgrenzung einer nicht unbedingt näher präzisierten Freiheitssphäre noch weithin die Rede ist, obwohl die Idee einer staatsfreien Sphäre²¹ dogmatisch insbesondere dann passen und nicht weiter konkretisierungsbedürftig sein mag, wenn der freistehende Bereich ohnehin lediglich als Restkategorie in Abhängigkeit von gesetzlichen Eingriffsermächti-

16 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 158, 159, 163 ff. Vgl. außerdem Enders, in: BlnKomm, vor Art. 1 Rn 45.

17 Das ändert sich bereits dann, wenn man, anknüpfend an eine Differenz von Sach- oder Lebensbereich und Gewährleistungsinhalt, den Schutz des Grundrechts im Wege der Interpretation spezifiziert, so Böckenförde, Schutzbereich, S. 174 ff., oder soweit man zumindest in fragmentarischer Form auch positive Freiheitsvorstellungen verankert sieht, so Poscher, Grundrechte, S. 125 ff.

18 Bes. Forsthoff, Umbildung, passim.

19 Etwa H.H. Klein, Grundrechte, S. 72.

20 Siehe noch die knappen Nachweise in Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt D.

21 Zur durchaus unterschiedlichen Tradition dieser Idee etwa Grabitz, Freiheit, S. 137 ff.

gungen Bestand hat²². Das Sphärendenken ist Korrelat des grundsätzlichen Freiheitsverständnisses. Zwar kann man bei der konsequenten und strikten Sicht einer Freiheitssphäre oder zumindest relativ unbestimmt belassenen Freiheitsgarantien regelmäßig nicht verharren, sobald das Übermaßverbot in seinen Bestandteilen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit Konkretisierungen, Gewichtungen und gegebenenfalls Abwägungen verlangt.²³ Ein rationaler Einsatz des Übermaßverbots zwingt noch vor aller Abwägung zu einer präzisen Fassung dessen, was eigentlich genau grundrechtlich geschützt ist. Aber auch wenn man deswegen die Schutzgegenstände über die Vorstellung einer Freiheits„sphäre“ hinaus konkretisieren muß, bleibt der eingenommene Grundansatz nicht ohne Wirkungen. Er prägt und limitiert die Perspektive, über die die Freiheitsgewährleistungen und die Schutzgüter begriffen und entfaltet werden.

Dienen Freiheitsrechte der Sicherung einer vorgegebenen sowie als „prinzipiell unbegrenzt“ angesetzten Freiheit, kennzeichnet den originären Schutzgegenstand abwehrrechtlicher Grundrechtspositionen, daß er *in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts* denkbar und zuweisbar ist. In einem freiheitsbegrifflich engeren Sinne gehört dazu das, was als *eigenes Potential* zurechenbar ist, so insbesondere die Entscheidungs- und Handlungsautonomie; in weiterem Sinne außerdem das, was als *Eigenschaft* (etwa Würde, Leben oder körperliche Unversehrtheit) oder was mit Hilfe der verräumlichenden Sicht als eine *dem Einzelnen zustehende Sphäre* (z.B. als Privatsphäre, als häusliche Sphäre, als Geheimsphäre) begriffen werden kann.²⁴ Soweit man zur Bestimmung des verbürgten Freiheitsschutzes auf traditionelle Ideen zurückgreift, nimmt der Willensbegriff eine zentrale Stelle ein. Der Willen wird dem Individuum als ursprünglich eigen zugeschrieben und kann so als voraussetzungslos gegeben individuelle Freiheit symbolisieren: „Die Willensautonomie des einzelnen determiniert den Freiheitsbegriff“²⁵. Zu den Leitbegriffen zählt dann die *individuelle Selbstbestimmung* im Sinne einer Willensautonomie. Versteht man Entscheidungen und Verhalten als Ausdruck und Umsetzung eigenen Willens, läßt sich die *Entscheidungs- und Handlungsfreiheit* daran

22 Zur Sicht der Freiheit als Freiheit von gesetzwidrigem Zwang siehe nur G. Jellinek, System, S. 84 ff., 94 ff.; Thoma, Juristische Bedeutung, S. 15 ff.; Meyer/Anschütz, Lehrbuch, S. 953 ff.

23 Das Übermaßverbot enthält daher zumindest im Element der Verhältnismäßigkeit einen tendenziellen Systembruch, indem die Abwägung sowohl eine Konkretisierung als auch eine Bewertung und Gewichtung der geschützten Interessen erzwingt. Insgesamt näher Schlink, Abwägung, passim; ders., Freiheit durch Eingriffsabwehr, bes. S. 461 f. Siehe auch C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 167: „Ein Freiheitsrecht ist kein Recht oder Gut, das mit andern Gütern in eine Interessenabwägung eintreten könnte.“ Der systematische Bruch greift auf beiden Seiten, denn zu den Funktionsbedingungen des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips zählt, daß Gegeninteressen nicht über die rechtsstaatlichen Begrenzungsanforderungen hinaus strukturell nachgeordnet sind. Vgl. auch die Ausführungen bei Bryde, Programmatik, Rn 36.

24 Vgl. etwa Schwabe, Probleme, S. 13 f. (zu den dort noch genannten Rechtsinhaberschaften und dem Vermögen, Rechtswirkungen herbeiführen zu können, siehe noch oben im Text). Siehe auch Sachs, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 66 II 1 (S. 622 ff.) zu den Schutzgegenständen der Abwehrrechte. Mit der dort nur knapp genannten Einbeziehung von durch Umweltbeziehungen vermittelten „Situationen“ (S. 644; siehe auch Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 176 f., 311 f., 330 f., 333 ff.: zustandsbezogene Rechte, die u.a. Situationen umfassen; und ähnlich Cremer, Freiheitsgrundrechte, S. 76 ff.) muß das traditionelle Konzept ins Schleudern geraten, weil sich dies nicht in Form eines strukturell nicht schon begrenzten Individualguts fassen läßt.

25 Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 72. Vgl. dazu außerdem Sachs, Volenti, bes. S. 418 ff.

bruchlos anschließen. Die Handlungsfreiheit avanciert insgesamt zu einem Prototyp und einem zentralen Grundmuster des Freiheitsschutzes, wenn beispielsweise auch Interaktion und Kommunikation in Handlungskategorien umgesetzt werden, die auf den Einzelnen ausgerichtet und von diesem her gefaßt sind, oder wenn Art. 2 Abs. 1 GG in der Interpretation als „allgemeine Handlungsfreiheit“ mit einem Auffangtatbestand und allgemeinem Freiheitsrecht gleichgesetzt wird.²⁶ Einigen Schwierigkeiten muß sich das Konzept bei den Freiheits- und Verhaltenschancen ausgesetzt sehen, die in *rechtlich erst konstituierten Positionen* begründet sind. Rechtstechnisch läßt sich dies zwar auch als einem nachfolgenden staatlichen Eingriff vorgegeben und insofern vor-staatlich konzipieren. Trotzdem kann unter der Voraussetzung der Stimmigkeit des Konzepts, das eine staatlich-rechtliche Vorabgestaltung individueller Freiheit zurückzuweisen sucht und für das die Zurückgeworfenheit auf das Recht als Konstituens eines Individualschutzguts deshalb immer problematisch sein muß, eine rechtlich konstituierte Position zumindest nicht beliebige Inhalte annehmen. Man behilft sich mit Blick auf die bereichsweise immer anerkannten Privatrechtspositionen damit, daß es nur um eine rechtliche Rahmensicherung bestehender Verhaltensmöglichkeiten und um die staatliche Rechtsschutzfunktion gehe. Tatsächlich läßt sich der gesamte Bereich nicht mehr problemlos integrieren. Es überrascht daher nicht, daß genau an diesem Punkt ein Einfallstor für ein erweitertes Eingriffsabwehrverständnis²⁷ liegt, das konstituierte Rechtspositionen einzubinden sucht. Dieses überschreitet teilweise deutlich die gewohnte Sicht und birgt die Änderung des grundrechtstheoretischen Ansatzes in sich, ohne daß man wirklich eine genaue Grenze des dogmatisch ganz Neuartigen setzen könnte.

Die zweite Komponente, über die das Eingriffsabwehrkonzept eines bürgerlich-rechtsstaatlichen Grundrechtsverständnisses besondere Einengungen erfährt, ist der Begriff des *Eingriffs*. Der Eingriff relationiert Freiheitsbereich und staatliches Handeln, indem er bei einem als Eingriff qualifizierten Handeln die grundrechtlichen Schutzmechanismen, insbesondere das Erfordernis einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, und im Falle einer Rechtsverletzung grundrechtliche Reaktionsansprüche auslöst. Operiert man mit einer Freiheitssphäre, mit einem allgemeinen Freiheitsrecht oder mit möglichst unbestimmt belassenen, räumlich-ausgrenzenden Freiheitsgewährleistungen, spezifizieren verfassungsmäßige Gesetze und individualbezogene Eingriffsakte den rechtlich verbleibenden Freiheitsspielraum von seinen Grenzen her. Insofern nehmen der Eingriffsbegriff und im Gefolge die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze und Einzeleingriffsakte einen zentralen Rang in der dogmatischen Aufmerksamkeit ein.²⁸ Dabei können der Gewährleistungsbereich und das Eingriffsverständnis nicht bei-

26 Für viele typische Ausführungen siehe etwa *Starck*, Grundrechte, S. 238: „Vom Blick der historischen Entwicklung der Grundrechte stellt der Grundrechtskatalog des Grundgesetzes eine nahezu umfassende Garantie der menschlichen Handlungsfreiheit in ihren verschiedenen ideellen und wirtschaftlichen Ausprägungen dar.“

27 Zu Fortentwicklungen gerade in bezug auf den Einsatzbereich siehe insbesondere *Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr, bes. S. 466 ff., und *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, passim.

28 Vgl. *Forsthoff*, Der introvertierte Rechtsstaat, S. 386. Zur punktuellen Bestimmung des Freiheitsbereichs über die Grenzen und Einschränkungen des Freiheitsrechts etwa *Schnur*, Pressefreiheit, S. 103. Differenzierende Betrachtungen bei *Ipsen*, Einwirkungen, S. 478 f.

de zugleich unbestimmt gehalten oder ins Beliebiges variiert werden, wenn es um ein Individualrechtsschutzsystem statt um einen Popularanspruch auf verfassungsmäßiges staatliches Verhalten gehen soll²⁹. Mindestens eine der beiden Komponenten muß die Anknüpfungspunkte liefern, mit Hilfe derer sich ein Prüfraster aufbauen und zwischen individuellem Status und staatlichem Verhalten eine qualifizierte Beziehung³⁰ feststellen läßt. Man ist auf einen Eingriffsbegriff angewiesen, der nicht ins Unbestimmte zerläuft.

Den „klassischen“ Eingriff verbindet man, indem man ihn im Zusammenhang mit der Entwicklung der Handlungsformen der Verwaltung sowie des auf Verwaltungsakte konzentrierten verwaltungsgerichtlichen Individualrechtsschutzes sieht, mit einer bestimmten Form staatlicher Tätigkeit.³¹ Um eine genaue Zusammenstellung von Kriterien, die einen Eingriff auszeichnen, ist man eigentlich erst bemüht, seit man den Begriff von seinem plastischen Korrelat, dem Verwaltungsakt, zu lösen versucht.³² Zu den einen Eingriff begründenden Merkmalen zählt man erstens die *Rechtsaktqualität* der staatlichen Maßnahme, zweitens deren *Adressierung* an eine bestimmte (und dann betroffene) Person, drittens deren *Anordnungs- bzw. Gebots- oder Verbotsqualität*, was man im Zusammenhang mit der Adressierung an eine bestimmte Person und der spiegelgleichen Beeinträchtigung derer Rechtsposition als „Finalität der Maßnahme“ bezeichnen mag³³, und viertens die *Sanktionsbewehrung*, also den Zwangscharakter. Fünftens beschränkt sich der Eingriff auf die *Rechtsposition*, die „unmittelbar“ oder genauer: *spiegelgleich (regelungsidentisch) zur Anordnung im Tenor der staatlichen Maßnahme beeinträchtigt* ist.³⁴ Sämtliche Kriterien ergeben ein abgestimmtes Sinngefüge. Das besondere Kennzeichen dieses Eingriffsbegriffs liegt darin, daß er aus sich heraus mit einer Individualisierung verbunden ist und sich im Begriff des Eingriffs selbst Aussagen darüber verdich-

- 29 Zum subjektiven Rechtsschutz und zu den grundrechtlichen Verbürgungen als Individualrechtsschutzsystem *Krebs*, Subjektiver Rechtsschutz, S. 191 ff.; *Pietzcker* „Grundrechtsbetroffenheit“, S. 131 ff.; *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 146 ff., 211 ff.
- 30 Zu deren Erforderlichkeit siehe nur *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 20 ff. (mit Blick auf das traditionelle Eingriffsverständnis).
- 31 Vgl. *Lerche*, Übermaß, S. 260 f.; *Grabitz*, Freiheit, S. 27; *Ramsauer*, Bestimmung, S. 92; *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 58, 72 f. m.w.N.; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 134 ff. m.w.N. Kritisch zur Annahme, es habe einen an eine bestimmte Handlungsform geknüpften „klassischen“ Eingriffsbegriff bzw. darauf gestützte Begrenzungen des Grundrechtsschutzes gegeben, *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 7 ff., und *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, § 78 II 2 (S. 85 ff.): „Rückprojektionen“. Vgl. dazu auch die Untersuchung der Rechtsprechung des preußischen OVG sowie der Formel vom „Eingriff in Freiheit und Eigentum“ bei *Koch*, Grundrechtsschutz, S. 23 ff., die die Zeit- und Systembedingtheit sowie die keineswegs strikte Geltung des traditionellen Eingriffs herausstellt.
- 32 Siehe *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, S. 373, die Begrenzung des Eingriffsbegriffs habe sich ergeben, ohne daß eine genauere Definition erforderlich gewesen wäre. Vgl. auch *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 42; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 134.
- 33 Die „Finalität“, die man im Rahmen der Auflösung der festen Eingriffsvorstellung (s. noch Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C) gerne herausgreift, ist kein gesondertes Kriterium des „klassischen“ Eingriffs, wenn man ihn wie oben definiert. Zutreffend *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, § 78 II 3 (S. 117).
- 34 Siehe etwa *Bleckmann*, Staatsrecht II, S. 411 f.; *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 10 ff., 21 ff.; *Grabitz*, Freiheit, S. 24 ff.; *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 42 ff.; *Ramsauer*, Bestimmung, S. 91 f.; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 136 ff.; *Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 61. Ausführlich *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 175 ff. Vgl. außerdem die teilweise weiterführenden Ausführungen bei *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/2, § 78 II 3 (S. 104 ff.).

ten, wann den Einzelnen legitimerweise die Rechtsmacht zukommen muß, gegen eine staatliche Maßnahme gerichtlich vorzugehen.³⁵ Genau diese Spezifizierung durch bestimmte staatliche Maßnahmen ermöglicht es jedenfalls prinzipiell (solange nicht die Anwendung des Übermaßverbotes zu mehr Präzision zwingt), die Individualrechtsposition selbst relativ unbestimmt zu belassen und etwa mit der Vorstellung einer geschützten Freiheits„sphäre“, mit äußerlich-räumlich umschreibenden Freiheitsgewährleistungen oder mit einem allgemeinen Freiheitsrecht zu arbeiten. Die bei der abwehrrechtlichen Grundrechtsfunktion immer als unproblematisch angesehene Korrelation von objektiver Grundrechtsgewährleistung und subjektivem Recht beruht daher auch nicht allein auf der Funktion der Beeinträchtigungsabwehr, sondern auf dem spezifisch individualisierenden Eingriffsbegriff.

Das Gewährleistungsverständnis, das Vorabdefinitionen der gewährleisteten Freiheit möglichst zu vermeiden wünscht und auf einen ausgegrenzten Bereich abstellt, und der Eingriffsbegriff, der individualisierend wirkt und die staatliche Verantwortlichkeit begrenzt, sind somit aufeinander abgestimmt. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß der grundrechtliche Freiheitsschutz nach der „klassischen“ Konzeption durch bestimmte Prämissen und Implikationen geprägt ist. Insbesondere basiert er auf einer in einer bestimmten Form konstruierten und dann vorausgesetzten Unterscheidung von Gesellschaft und Staat. Die individuelle Freiheit wird als dem Staat vorgegeben angesehen und dogmatisch als „prinzipiell unbegrenzt“ angesetzt. Damit geht einher, daß die Schutzgegenstände grundrechtlicher Garantien rein individualbezogen gedacht und als ein nicht schon strukturell begrenztes Individualgut gefaßt werden. Der Schutz ist auf staatliche Maßnahmen ausgerichtet, die man nach den genannten Kriterien als Eingriff qualifizieren kann. In mehreren Hinsichten werden also weitreichende Limitationen erkennbar, denen ein so konzipierter Grundrechtsschutz unterliegt. Diese Limitationen sind der Anlaß für Grundrechtsinterpretationen, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausführen.

B. Die Neubestimmung der Gewährleistungsinhalte

I. Die Transformation auf die Gesellschaftsebene

Die erste einflußreiche Entscheidung, in der der Grundrechtsschutz über die staatsgerichtete Eingriffsabwehr hinaus erstreckt wird, ist das Lüth-Urteil.³⁶ In der dort zu entscheidenden privatrechtlichen Konstellation können Grundrechte nur dann eine Rolle spielen, wenn sie überhaupt zu beachten sind. Das Bundesverfassungsgericht legt im Ausgangspunkt zugrunde, daß „die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt (sind), die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“. Dies entspricht noch ganz einem traditionsverhafteten Verständnis. Das Gericht geht dann darüber hinaus, indem es eine „objektive Wertordnung“ anerkennt, in der „eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der

35 Vgl. *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 130 f.

36 BVerfGE 7, 198. Vgl. auch bereits BVerfGE 6, 55 (71 ff.).

Grundrechte zum Ausdruck kommt“ und die als „verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts“ gilt.³⁷ Das Zivilgericht, das die grundrechtlichen Maßstäbe verfehlt und dessen Urteil auf der Außerachtlassung des verfassungsrechtlichen Einflusses auf die zivilrechtlichen Normen beruht, verletzt nicht nur objektives Verfassungsrecht, sondern auch das (subjektive) Grundrecht, auf dessen Beachtung der Bürger einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat.³⁸

Die Grundrechte betreffen damit nicht mehr nur „klassische“ staatliche Eingriffe. Sie werden durch eine *abstrakter ansetzende Interpretation des Rechtsgehalts* auf eine übergreifende gesellschaftliche Ebene transformiert. Wohl bleibt im Falle einer einfachrechtlich mediatisierten Drittwirkung – entsprechend Art. 1 Abs. 3 GG und mit nicht zu vernachlässigenden Folgen³⁹ – der Staat „unmittelbar“ der ausschließlich Grundrechtsverpflichtete. Dies ändert, wie sich spätestens bei der Frage nach der Grundrechtsbindung der Privatrechtsgesetzgebung erschließt, an der Abstraktion des rechtlichen Gehalts der Grundrechtsnormen aber nichts.⁴⁰ Während das Bundesverfassungsgericht deren Geltung für die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten über die Interpretation der Grundrechte als objektive Wertordnung oder Grundprinzipien begründet⁴¹, weisen andere Argumentationsstränge auf die Vergleichbarkeit staatlicher und sozialer Macht⁴² oder auf die Einheit der Verfassung und den Einfluß des Sozialstaatsprinzips auf die Auslegung der Grundrechte⁴³ hin. Es fällt auf, daß in dem hohen Abstraktionsniveau dieser Ansätze die Frage danach, welche grundrechtlichen Inhalte in welcher Form warum auch für privatrechtliche Rechtsbeziehungen gelten, in einem relativ abstrakten Argumentationskonzept verschwindet.⁴⁴ Mittlerweile wird die Grundrechtswirkung in Privatrechtsbeziehungen

37 BVerfGE 7, 198 (204 f.).

38 BVerfGE 7, 198 (206 f.).

39 Siehe etwa *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 176 ff., nach der die „mittelbare“ Drittwirkung zu einem gesetzlich ausgestalteten Grundrechtsschutz führt, der nicht einer „unmittelbar“- anspruchs- / pflichtenbegründenden Grundrechtsbindung Privater entsprechende Entscheidungen impliziert. Dort, S. 160 f., auch dazu, daß gegen eine direkt anspruchs- / pflichtenbegründende Drittwirkung nicht nur Art. 1 Abs. 3 GG, sondern auch die den Gesetzesvorbehalt einschließende Struktur der Grundrechtsnorm angeführt werden kann. Siehe außerdem *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 170 ff.; *Canaris*, Grundrechte, S. 202 ff.; *Oldiges*, Aspekte, S. 282 f.

40 Vgl. dazu *Berka*, Medienfreiheit, S. 88 ff.; *Böckenförde*, Grundrechte, S. 10 f.; *Pietzcker*, Drittwirkung, S. 352. Zu im Rahmen der schweizerischen Rechtsprechung vorfindlichen Beispielen unmittelbarer Anwendung von Grundrechten im Privatrecht *J. P. Müller*, Bedeutung, S. 39 f.

41 Etwa BVerfGE 7, 198 (205); 25, 256 (263); 52, 131 (165f.); 61, 1 (6 ff.); 66, 116 (131 ff., bes. 135); 73, 261 (268 ff.); 89, 214 (229 f.); 98, 365 (395 ff.). Vgl. auch BVerfGE 81, 242 (255): Sozialstaatsprinzip. Zum Ansatz des Wertsystems siehe auch *Dürig*, Grundrechte, S. 176 ff. Zur Funktion dieses Begriffs vgl. noch unten im Text dieses Punktes.

42 *Nipperdey*, Freie Entfaltung, S. 753 f., 756; *Gamillscheg*, Grundrechte, S. 406 ff.

43 Übergreifend etwa *Bethge*, Aktuelle Probleme, S. 374: „Die ausschließliche Konstruktion der Grundrechte als staatsabweisender Reservate und staatsabgewandter Autarkien würde jeden Brückenschlag zu den Strukturprinzipien der Demokratie und des Sozialstaats verhindern.“ Außerdem *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 140 ff., 153 f.

44 Dies kritisiert bereits *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, etwa S. 356 ff. und 394. *Leisner* weist zutreffend darauf hin, daß der Norminhalt der Grundrechte in das Privatrecht weder als erratischer Block noch unhinterfragt in seiner in der Staatsrichtung entwickelten Prägung einfließen dürfe. Solchen Gefahren sei allerdings gerade die Sicht der Wertordnung und die Transformation (bloß) über zivilrechtliche Generalklauseln in besonderem Maße ausgesetzt. Vgl. auch *Berka*, Medienfreiheit,

zunehmend – nach und neben dem Bemühen, die Beeinträchtigung durch einen privaten Dritten als einen dem Staat (der Privatrechtsgesetzgebung bzw. den Zivilgerichten) zuzurechnenden Grundrechtseingriff zu sehen⁴⁵ – über staatsgerichtete Schutzansprüche reformuliert⁴⁶, um zumindest partiell eine differenziertere normative Absicherung zu gewährleisten. Diese Sicht baut bereits auf der Entwicklung auf, zu der die Lüth-Entscheidung und ihre Begründung beigetragen haben. Die Abstraktion des Gehalts der Grundrechtsnormen, wie sie im Terminus der Wertordnung angelegt ist, liefert nämlich den Impuls zu einer umfassenden Erweiterung des Grundrechtsverständnisses.

Wenn das Bundesverfassungsgericht in der Lüth-Entscheidung ausführt, daß das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet habe⁴⁷, dann handelt es sich bei dem Rückgriff auf den Wertbegriff zumindest in dieser Leitentscheidung nicht um „nicht mehr als die Vorstellung eines materialen Grundrechtsverständnisses“⁴⁸, sondern um einen Angelpunkt der Argumentation. Werte zeichnen sich durch einen universalen Geltungsanspruch aus, mit Hilfe dessen eine abstraktere Ebene als das Bürger/Staat-Verhältnis und eben die Geltung als Grundnormen der Gesellschaft im umfassenden Sinne erreicht werden können.⁴⁹ Im Wertbegriff wird

S. 88, 91 ff.; Dreier, Grundrechtsgehalte, S. 509 ff. Das BVerfG betont inzwischen seinerseits, daß die Konkretisierung der Grundrechtsmaßstäbe angepaßt an das jeweilige Rechtsverhältnis erfolgen müsse, etwa BVerfGE 66, 116 (135); 73, 261 (270 f.); 81, 242 (254 ff.).

- 45 Umfassend über die Idee einer Duldungspflicht, die zumindest bei staatlichem Gewaltmonopol mit der staatlichen Zulassung privaten Handelns einhergehe, Schwabe, Sogenannte Drittwirkung, passim; ders., Probleme, S. 211 ff.; Murswiek, Verantwortung, S. 58 ff.; 91 ff.; ähnlich Szczekalla, Schutzpflichten, S. 404 ff. Differenzierter Pietzcker, Drittwirkung, S. 349 ff. Mit dem Ansatz des Normbestands- und Normanwendungsschutzes, bei dem Normverletzungen als Eingriffe gesehen werden, auch Lübke-Wolff, Grundrechte, S. 159 ff. Von der anderen Seite aus für eine Einsatzfähigkeit der Eingriffsabwehr bei staatlichen Einschränkungen im Bereich des Privatrechts: Canaris, Privatrecht, S. 12 ff., 37 ff.; Hager, Grundrechte, S. 374 ff.; Ruffert, Vorrang, S. 88 ff.
- 46 Vgl. nur Schwerdtfeger, Grundrechtlicher Drittschutz, S. 6 ff.; Canaris, Grundrechte, S. 225 ff.; Hager, Grundrechte, S. 378 ff.; Hermes, Grundrecht, bes. S. 190 ff.; Oeter, „Drittwirkung“, S. 549 ff., 561 f.; Oldiges, Aspekte, S. 299 ff.; Dolderer, Grundrechtsgehalte, S. 206 ff., 388; Stern, StaatsR III/1, § 76 IV 5 (S. 1572 ff. m.zahlr.w.N.). Solche Ansatz werden bestärkt durch Entscheidungen, die einen Schutzgehalt über explizite Schutzverbürgungen und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hinaus auch für andere Freiheitsgrundrechte anerkennen, siehe etwa BVerfGE 81, 242 (254 ff.), 97, 169 (175 ff.); 99, 185 (194 f.); 103, 89 (100). Vgl. dazu auch Hermes, Grundrechtsschutz, S. 1764 ff. Im Vergleich zu den Eingriffskonstruktionen ist in den Schutzansätzen die Duldungspflicht keine gesonderte dogmatische Kategorie, die Nichthinderung eines Dritten an der Beeinträchtigung bzw. das Ungenügen gesetzlicher Regelungen also kein Eingriff durch ein Duldungsgebot, sondern gegebenenfalls die Nichterfüllung eines Schutzanspruchs. Anders (aber nicht überzeugend) Pietzcker, Drittwirkung, S. 355 ff., der im Falle einer Rechtsgutbeeinträchtigung durch Dritte einen dem Staat zuzurechnenden Eingriff (Duldungspflicht) und demgegenüber nur im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, etwa bei Rechtsgutgefährdungen, Schutzpflichten annehmen will.
- 47 BVerfGE 7, 198 (205).
- 48 Krebs, Freiheitsschutz, S. 67 Fn 73. Siehe auch Jarass, Grundrechte, S. 367. Für spätere Entscheidungen des Verfassungsgerichts ist diese Sicht allerdings richtig, weil das Gericht sich argumentativ von der Wertordnung löst und zunehmend auf „objektive Grundsatznormen“ rekurriert.
- 49 Dazu insbesondere Böckenförde, Kritik der Wertbegründung, S. 88; ders., Grundrechte, S. 3 ff. Vgl. auch Dürig, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis zum Stand 2002), Art. 1 Rn 1 ff. und 16. Die teilweise weitreichenden Deutungen und die Fundamentalkritik, die die Verwendung des Wertbegriffs und der „Wertordnung“ im Lüth-Urteil nach sich gezogen haben, treffen allerdings nicht zu, vgl. dazu Rühl, Tatsachen, S. 53 ff.

so der Begründungsbedarf der Transformation verfassungsrechtlicher Gehalte in das Privatrecht konzentriert und abgemildert. Im Gegenzug lassen sich, wählt man ein so hohes Abstraktionsniveau, die rechtlichen Auswirkungen nicht auf die Problematik des entschiedenen Falles – also weder auf ein bestimmtes Grundrecht, hier die Meinungsäußerungsfreiheit, noch auf die Frage der Drittwirkung – beschränken.⁵⁰ Die Interpretation der Grundrechte als objektive Wertordnung oder als wertentscheidende Grundsatznormen hat übergreifende Implikationen, weil die Grundrechtssätze nicht mehr so gelesen werden, daß sie auf bestimmte staatliche Pflichten, nämlich das Unterlassen von Eingriffen vorbehaltlich eines den Eingriff deckenden Gesetzes, zugeschnitten sind. Vielmehr umschreiben sie – eine Abstraktionsstufe höher⁵¹ – *Gewährleistungen, aus denen man die staatlichen Verpflichtungen erst noch zu ermitteln und zu konkretisieren* hat.

II. Der Ansatz beim objektivrechtlichen Gehalt der Grundrechte

Der Lüth-Entscheidung ist eine Ausdehnung der Gewährleistungsinhalte in ganz verschiedenen Hinsichten gefolgt. Die Differenzierung, die das Bundesverfassungsgericht dort zur abgrenzenden Erweiterung des Grundrechtsgehalts verwendet hat, wird dabei häufig als grundrechtsdogmatische Basis gewährleistungserweiternder Argumentationen herangezogen. Man unterscheidet also *subjektive Abwehrrechte* einerseits und, bei zunehmender Lösung von dem Begriff der Wertordnung⁵², *objektivrechtliche Gehalte* andererseits. Objektivrechtliche Gehalte sollen die über die „klassische“ Eingriffsabwehr hinausgehenden Maßgaben der Grundrechtsnormen bezeichnen.⁵³

Ein solcher Ansatz und die gewählte Terminologie führen allerdings schnell zu Verwirrungen. In der sonst üblichen normtheoretischen Sicht stehen objektivrechtlicher Normgehalt und subjektive Rechte nicht nebeneinander. Sie sind Komponenten eines Rechtssatzes mit jeweils unterschiedlicher Funktion. Ein subjektives Recht beruht auf dem objektiven Rechtssatz, indem es „die *rechtliche Verknüpfung* der normativen Entscheidung über Art und Ausmaß der Anerkennung und des Schutzes eines Interesses mit

50 Zur Bedeutung des Lüth-Urteils treffend *Wahl*, Dimension, Rn 2 ff.

51 Nach *Böckenförde*, Grundrechte, S. 7, erhalten die Grundrechte mit dem Wertcharakter eine neue Qualität, indem sie aus dem unmittelbaren Staat-Bürger-Verhältnis herausgelöst und als objektive Norm ohne genau bezeichneten Regelungsgegenstand und -adressaten unbestimmt und offen werden. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 479, und Grundrechte, S. 57, vertritt die Ansicht, es werde von dem Träger des Rechts (dem Berechtigten), dem Adressaten des Rechts (dem Verpflichteten) und den Modalitäten des Gegenstandes des Rechts (der Unterlassung von Eingriffen) abstrahiert. Richtig ist jedenfalls, daß die Art der Verpflichtung von der Pflicht zur Unterlassung von Eingriffen gelöst wird.

52 Aus unterschiedlichen Gesichtspunkten viel kritisiert; *Denninger*, Freiheitsordnung, S. 545 ff.; *Forsthoff*, Umbildung, S. 38 ff.; *Goerlich*, Wertordnung, S. 29 ff., 173 ff.; *Grabitz*, Freiheit, S. 208 ff.; *Schlink*, Abwägung, S. 17 ff. Zur Lösung vom Begriff der Wertordnung siehe etwa *Dreier*, Dimensionen, S. 21 ff.

53 *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69; *Böckenförde*, Grundrechte, S. 1 ff.; *J.P. Müller*, Bedeutung, S. 37 ff.; *Jarass*, Grundrechte, mit Begr. S. 394 ff., bei gleichzeitiger terminologischer Kritik S. 368 f.; *Gellermann*, Grundrechte, S. 32 ff.

der rechtlichen Sphäre eines Rechtssubjekts“⁵⁴ bezeichnet. Es begründet insofern die Befugnis des Berechtigten, die (objektiv)rechtliche Sollensanordnung den Regelungsverpflichteten gegenüber geltend zu machen. Übertragen auf die Grundrechtsnormen bedeutet dies, daß Grundrechte Rechtssätze des objektiven Rechts sind, die subjektive Rechte, etwa Abwehrrechte und korrespondierende Reaktions-, z.B. Unterlassensansprüche, vermitteln können. Ein solcher normtheoretischer Ausgangspunkt ist in den Hintergrund gerückt, weil die überkommene Konzeption eines negativen Status sich das subjektive Recht als Sicherung einer ausgegrenzten staatsfreien Sphäre vorstellt, die ihrerseits nicht objektivrechtlich geschützt, sondern rechtlich un(v)erfaßt ist.⁵⁵ Sobald man sich davon löst, wird weitgehend anerkannt, daß die regulären normtheoretischen Grundlagen auch für die Grundrechte greifen.⁵⁶ Wenn dann trotzdem objektivrechtliche Gehalte und subjektive Rechte einander im Sinne einer materialen Unterscheidung gegenübergestellt werden, wird betont, daß mit den objektivrechtlichen Gehalten nicht die in einer objektiven Norm bestehende Grundlage subjektiver Rechte, sondern eine „inhaltliche Doppelgestalt“ gemeint sei.⁵⁷ Doch dabei bleibt erstens die Frage, worin denn das inhaltlich Eigengeartete objektivrechtlicher Gehalte liegt, das ein derart abgrenzendes Nebeneinander zu subjektiven Rechten rechtfertigt. Man könnte darauf verweisen, daß bei dem traditionellen Abwehrrecht objektivrechtlicher Gehalt und subjektivrechtlicher Schutz korrelieren, während anderweitige objektivrechtliche Gehalte auf regelmäßig gesetzgeberische Aktivitäten angewiesen und subjektivrechtliche Absicherungen jedenfalls nicht ohne weiteres zuzugestehen seien. Es zählt allerdings gerade zu den zentralen Fragen, unter welchen Voraussetzungen und inwieweit den jeweils neu entwickelten grundrechtlichen Maßgaben individuelle Ansprüche entsprechen. Man ist sich einig, daß auch die Gehalte außerhalb der überkommenen Eingriffsabwehr zumindest partiell subjektive Ansprüche vermitteln, und das Bundesverfassungsgericht resubjektiviert die objektiven Wertentscheidungen teilweise mit Hilfe des Anspruchs auf deren Beachtung sogar in vollem Umfang⁵⁸. Zweitens trägt der bloße Verweis auf die objektivrechtliche Komponente die inhaltliche Erweiterung von Grundrechtsgehalten nicht. Eine veränderte Interpretation der Gewährleistungsinhalte kann man nur mit Hilfe einer dogmatisch und inhaltlich ab-

54 Scherzberg, Grundlagen, S. 130 (Hervorh. im Orig.), und zum Obigen insgesamt S. 129 ff. m.w.N. Vgl. außerdem dens., „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1135. Ausführlich zu den geschichtlichen Grundlagen und zur traditionell privatnützigen Konzeption des subjektiv-öffentlichen Rechts Masing, Mobilisierung, S. 56 ff.

55 Siehe oben Erster Teil, I. Kapitel, Punkt A.

56 Vgl. nur Schnur, Pressefreiheit, S. 109 Fn 16; Schwabe, Probleme, S. 286 ff.; Rupp, Wandel der Grundrechte, S. 165 ff.; Scherzberg, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1133 ff.; Cremer, Gehalt, S. 62, mit dem nachfolgenden Hinweis, S. 62 ff., daß der Rückgriff auf den objektivrechtlichen Gehalt die Funktion der Ausdehnung der Grundrechtsinhalte hatte. Einen anderen Ansatz – Primat des subjektiven Rechts – wählt Robbers, Sicherheit, S. 144 ff.

57 Böckenförde, Grundrechte, S. 5 Fn 12. Auch J.P. Müller, Bedeutung, S. 38 f. Vgl. außerdem Masing, Mobilisierung, S. 159 ff.

58 Richtig ist dazu aber, daß „Rechtsprechung und Lehre ... bislang nicht zu erklären vermocht (haben), welcher Herkunft und welchen genauen Inhalts das subjektive Recht ist, mit dessen Hilfe ein betroffener Bürger die objektiv-rechtliche Ausstrahlungswirkung eines Grundrechtes ... nachprüfen lassen kann“, so Hermes, Grundrecht, S. 110 (Hervorh.i.Orig.). Ausführlich zur „(Re)Subjektivierung“ Dolderer, Grundrechtsgehalte, S. 351 ff. Vgl. auch Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG, Vorb. Rn 95.

gesicherten Konkretisierung der Grundrechtssätze begründen. Deshalb muß man in den ganz unterschiedlichen Einsatzfeldern, in denen man mit den objektivrechtlichen Aussagen argumentiert, entsprechend differenziert vorgehen. Die Unterscheidung von objektivem Gehalt und subjektiven Rechten ist eine wohl mit dem Norminhalt verbundene, aber *quer dazu liegende* und *nachgeschaltete* Frage. Setzt man mit einer Gegenüberstellung objektivrechtlicher Gehalte und subjektiver (Abwehr)Rechte an, vermengt man schnell die Überlegung, welcher materiale Gehalt den Grundrechten zukommt, mit dem Problem, ob und inwieweit ein bestimmte Geltungsanordnung subjektivrechtliche Qualität hat. Ein solcher Ansatz ist daher nicht sinnvoll.⁵⁹

Die abstraktere Sicht des normativen Gehalts der Grundrechte, wie sie die Lüth-Entscheidung im Terminus der Wertordnung anlegt, führt zur Lösung aus der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption. Grundrechtsdogmatisch erlaubt dies eine neue Handhabung der Differenz von objektivrechtlichem Gehalt und subjektiven Rechten. Man braucht die Normen nicht mehr so zu verstehen, daß sie sich auf die (objektivrechtliche) Begründung von (subjektiv-öffentlichen) Rechten auf Abwehr „klassischer“ Eingriffe beschränken. Grundrechte sind *objektivrechtliche Normen mit einem zu konkretisierenden Regelungsinhalt*, die *zugleich subjektive Rechte vermitteln können*, so daß die Beachtung der Norm gegebenenfalls von den geschützten Personen durchsetzbar ist. In inhaltlicher Hinsicht werden damit die Voraussetzungen für gewandelte Interpretationen grundrechtlicher Aussagen geschaffen, die sich auf den objektivrechtlichen Gehalt stützen (müssen).

Legt man dies zugrunde, kann ein Blick auf den Text der Grundrechtsnormen auch belegen, daß dieser eine von der „klassischen“ Eingriffsabwehrkonzeption gelöste Lesart durchaus zuläßt.⁶⁰ Bestimmte *inhaltliche Thematisierungen* werden mit einer *Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsgewährleistung* verknüpft. Dem jeweils thematisierten Gegenstand nach enthalten die Normen substantivische (Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 6 Abs. 1 und 2, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 S. 1, Art. 16 a Abs. 1 GG) oder auch entfaltungs- bzw. verhaltensorientierte Beschreibungen (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 GG). Dem freiheitsrechtlichen Gehalt nach werden Achtungs-, Unantastbarkeits- bzw. Unverletzlichkeitsversprechen festgehalten (Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 2 Abs. 2 S. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 GG), Rechte ungestörter, freier oder ungehinderter Entfaltung garantiert (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 und 3, Art. 12 Abs. 1 GG), näher spezifizierte Freiheiten für unverletzlich erklärt (Art. 4 Abs. 1 GG) bzw. gewährleistet

59 Vgl. auch *Schwabe*, Probleme, S. 286 ff.; *Canaris*, Grundrechte, S. 224 f.; *Jarass*, Grundrechte, S. 68 f.; *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1134 ff., *dens.*, Grundrechtsschutz, S. 211 ff.; *Sachs*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, Vor Art. 1 Rn 28 f.

60 Vgl. dazu näher – mit Blick auf den „klassischen“ Eingriff – *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 51 ff.; *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, S. 81 ff. Außerdem *Dietlein*, Lehre, S. 52 ff. Siehe weiter mit der Forderung nach einem bereichsdogmatischen oder einzelgrundrechtsspezifischen Vorgehen *Jeand'Heur*, Grundrechte, S. 165; *Cremer*, Gehalt, S. 82. Vgl. im übrigen als ausführlichere Darstellung im Rahmen des hier bearbeiteten Themas Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

(Art. 5 Abs. 1 S. 2, Art. 5 Abs. 3 S. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) oder Schutzverbürgungen formuliert (Art. 1 Abs. 1 S. 1, Art. 6 Abs. 1, 4 und 5, Art. 16 a Abs. 1 GG). Mit der Verbürgung von etwas als Recht, der Gewährleistung näher bestimmter Freiheit oder Achtungs-, Unantastbarkeits-, Unverletzlichkeits- bzw. Schutzversprechen besitzen die Grundrechte sehr abstrakte Sinnverweise. Da die Gewährleistungsgegenstände ihrerseits hinreichend abstrakt gefaßt sind, ist die Entwicklung komplexer Interpretationen möglich. Die traditionelle Eingriffsabwehr ist demnach nicht eine textlich begründete, sondern eine dogmatisch erzeugte Begrenzung.

Dem breiten Spektrum neuer Ansätze der Grundrechtsinterpretation und ihren verfeinerten Ausarbeitungen wird im folgenden nicht nachgegangen. Mit Blick auf das hier leitende Thema – die Erstreckung grundrechtlichen Schutzes auf den Umgang staatlicher Stellen oder privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten – lohnt es sich, zwei zentrale Entwicklungslinien zu behandeln. Zum einen werden überindividuelle Sinnbezüge und soziale Zusammenhänge in die Auslegung der Grundrechtsgewährleistungen eingeführt. Zum zweiten werden die staatliche Organisation und die staatlichen Verfahren grundrechtlichen Bindungen unterstellt. In beiden Hinsichten müssen materiale Erweiterungen mit einem grundlegend gewandelten dogmatischen Ansatz einhergehen. Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß den inhaltlichen Änderungen ein abstrakter angelegtes Verständnis des Rechtsgehalts der Grundrechtssätze zugrunde liegt. Da das Vorgehen auf eine höhere Abstraktionsebene führt, wird das „klassische“ Konzept der Eingriffsabwehr (notwendig) involviert; es wird – solange man sich auf der höheren Ebene bewegt – aufgehoben. Daß im weiteren (auch) die Eingriffsabwehr neu angelegt werden muß, ist jedenfalls immer dann eine zwingende Konsequenz, wenn man sich bei der inhaltlichen Konkretisierung des objektivrechtlichen Gehalts von den Prämissen löst, auf denen die „klassische“ Sicht aufbaut. Genau das ist bei der Einführung sozialer Sinnbezüge in die Grundrechtsauslegung und bei der Erstreckung der Grundrechtswirkungen auf die staatliche Organisation und staatliche Verfahren der Fall. Das verweist nochmals darauf, daß es verfehlt wäre, die Erweiterung der Grundrechtsinhalte und -funktionen aufzulisten, als gehe es um ein Nebeneinander von Grundrechtsdimensionen.⁶¹

III. Der soziale Kontext individueller Freiheit als Grundrechtsthema

Die gemeinsame Linie einer ganzen Reihe neuer Überlegungen kann man in der Zielrichtung sehen, die Limitation grundrechtlicher Freiheitsversprechen auf den Schutz eines sozial bereits vorhandenen Bestandes gegen staatliche Eingriffe zu überwinden. Zum Teil erscheinen Gewährleistungserweiterungen als Ergänzung der gewohnten Grundrechtsauslegung, so wenn dem abwehrrechtlichen Schutz Rechte auf finanzielle und sachliche Transferleistungen oder Rechte auf Teilhabe an vorhandenen staatlichen Ein-

61 Vgl. aber als Beispiel in diese Richtung v. Münch, in: GGK I, Vorb. Art. 1 – 19, Rn 16 ff. Das BVerfG hat dies mit seinen Ausführungen nahegelegt, Grundrechte seien in erster Linie Eingriffsabwehrrechte, richteten aber „auch“ eine objektive Wertordnung auf, so BVerfGE 7, 198 (204 f.).

richtungen zur Seite gestellt werden.⁶² Die Abgrenzung gegen die „klassische“ Sicht hat demgegenüber keinen lediglich ergänzenden Charakter, wenn man sich von dem Bezug auf gegebene Freiheitschancen sowie von der auf das Individuum konzentrierten Perspektive löst und bei der Konkretisierung der objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen den sozialen Kontext oder überindividuelle Bezüge einbringt. Die leitenden inhaltlichen Überlegungen und der damit verbundene veränderte dogmatische Zugang sollen etwas eingehender behandelt werden.

Daß soziale Zusammenhänge und überindividuelle Ebenen – sei es die der Gesellschaft im umfassenden Sinne, sei es die der Teilsysteme, sei es die der Organisation – erschlossen werden, ist Kennzeichen einer ganzen Reihe von Interpretationsansätzen. Dazu zählen etwa die Sicht der Grundrechte als Gestaltungsprinzipien für „eine an individueller Freiheit orientierte Sozialordnung“⁶³, funktionsgrundrechtliche Ansätze⁶⁴, leistungsstaatliche Entwürfe bei weit gefaßtem Leistungsbegriff⁶⁵ oder moderne Versionen des institutionellen Verständnisses⁶⁶. Insbesondere wenn das – frühzeitig ausgearbeitete – „institutionelle Grundrechtsdenken“⁶⁷ als Synonym für eine Norminterpretation begriffen wird, die überindividuelle Ebenen einbezieht, schließt sich schnell Kritik an. Das Bemühen diene lediglich einer vorab geltenden Inpflichtnahme, die als „eigentliche“ Freiheit hingestellt werde.⁶⁸ Dabei flößen die konkret betroffene individuelle Freiheit und eine unter Umständen rechtfertigungsfähige Freiheitsbeschränkung, Mikro- und Makroperspektive unter Rationalitätsverlust zusammen. Um diesen Vorwürfen gleich zu Beginn entgegenzuwirken, sei klargestellt, daß es zu den Erfordernissen jeder Norminterpretation zählt, die auf die soziale und die auf die rechtliche Ebene abstellenden Überlegungen nicht zu vermengen. Die moderne institutionelle Sicht knüpft zwar nicht an die unter der Weimarer Reichsverfassung entwickelte Unterscheidung von „echten“ Grundrechten gegenüber Instituts- und/oder institutionellen Garantien⁶⁹ an. Zum Teil erinnert

62 Siehe z.B. die Darstellung bei *Breuer*, Grundrechte als Anspruchsnormen, passim.

63 *Grimm*, Grundrechte, S. 51 und S. 56. Siehe auch dort insgesamt die Darstellung S. 51 ff. Außerdem etwa *Willke*, Stand, S. 204: „freiheitlich-demokratische Gesamtordnung des Gesellschaftssystems“, und ausführlicher mit einem Teilhabe-Konzept S. 204 ff.

64 Orientiert an der Rundfunkrechtsprechung des BVerfG (vgl. dazu die Nachweise in Erster Teil, Fn 81) *Stock*, Medienfreiheit, bes. S. 2 ff., 183 ff., 289 ff., 325 ff.; siehe auch *Rossen*, Freie Meinungsbildung, bes. S. 333 ff. Vgl. auch *Hailbronner*, Freiheit der Forschung, S. 73 ff., der aber den Funktionsbegriff organisationsrechtlich versteht (siehe die Def. S. 75).

65 *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 43 ff.

66 Etwa – in je unterschiedlichem Ansatz – *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, passim; *Scheuner*, Pressefreiheit, S. 33 ff.; *Ridder*, Meinungsfreiheit, S. 257 ff.; *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 172 ff.

67 Zur frühzeitigen Ausarbeitung siehe bei *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, passim. Zur Breite des Spektrums *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 332 ff.; *Hufen*, Freiheit der Kunst, S. 390 ff.

68 Etwa *Abel*, Bedeutung der Lehre, S. 48 ff.; *Böckenförde*, Grundrechtstheorie, S. 1532 f.; *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 674 f.; *Höfling*, Grundrechtsinterpretation, S. 56 ff.; *Merten*, Handlungsgrundrechte, S. 109 ff.; *Kröger*, Grundrechtstheorie, S. 24 ff.; *Starck*, Grundrechte, S. 238 f. Kritisch mit Blick auf den Normtext auch *Dolderer*, Grundrechtsgehalte, S. 60 ff.

69 Dies diene im wesentlichen dazu, den Kernbereich der bestimmte privatrechtliche Institute und öffentlichrechtliche Einrichtungen konstituierenden Normenkomplexe gegenüber dem gesetzgeberischen Zugriff abzusichern. Dazu unter anderem *Schmitt*, Verfassungslehre, S. 170 ff.; *ders.*, Freiheitsrechte, S. 140 ff.; als Übersicht und mit weiterführenden Überlegungen: *Abel*, Bedeutung der Lehre, S. 17 ff.; *Stern*, Staatsrecht Bd. III/1, § 68 (S. 754 ff.).

sie aber doch daran, sofern Normenkomplexe als Konstituenten von Institutionen im Vordergrund stehen oder zumindest nicht ganz deutlich ist, ob es im Ansatzpunkt um rechtlich gestaltete Ordnungen oder um durch soziale Strukturen begründete Institutionen geht.⁷⁰ Da letztere mitbedingt sind durch normative Erwartungen, die (unter anderem) auf vorhandene rechtliche Regelungen gestützt sein können, könnte man meinen, daß es auf einen deutlichen Grundansatz an dieser Stelle nicht ankommt. In grundrechtsdogmatischer Hinsicht macht es jedoch einen fundamentalen Unterschied, ob man soziale Institutionen als einen von den verfassungsrechtlichen Verbürgungen möglicherweise mitbedachten Gegenstand in den Blick nimmt und den Grundrechtsgehalt darauf bezieht⁷¹, ob man meint, daß ein Grundrecht selbst eine Institution (im Sinne einer überindividuellen Ordnungsidee) verbürge⁷², oder ob man Institutionen als rechtlich geordnete Lebensbereiche versteht und dann die Differenz von verfassungsrechtlichen Maßgaben und ausgestaltenden einfachgesetzlichen Normen tendenziell aufhebt.⁷³ In den beiden letztgenannten Fällen kann man, auch wenn dies nicht beabsichtigt ist, schnell den Eindruck erwecken, man wolle die üblicherweise zugrunde gelegte Individualfreiheit zugunsten einer Gemeinschaftsverträglichkeit immanenten Grenzen unterwerfen, die gesetzgeberisch zu regeln und in die die individualrechtliche Verbürgung und subjektive Rechte einzugliedern sind.⁷⁴ Mag Kritik auch in bestimmten Hinsichten berechtigt sein, wäre es jedoch voreilig, die Einführung sozialer Sinnbezüge in die Grundrechtsauslegung sofort mit bestimmten theoretischen Konzeptionen in Verbindung zu bringen. Der dogmatische Ansatz und die Anliegen sind allgemeiner Art.

- 70 Dies bei *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, insbes. S. 70 ff. Die institutionelle Seite der Grundrechte bedeutet danach „die verfassungsrechtliche Gewährleistung freiheitlich geordneter und ausgestalteter Lebensbereiche (S. 70). Als Beispiele werden dann die „freiheitliche Vertrags-, Eigentums- und Erbordnung, die bestehende Ehe- und Familienordnung und die geltende Vereins-, Versammlungs- und Koalitionsfreiheit“ genannt (S. 70 f.). Siehe außerdem S. 96 ff., bes. 96: „Die grundrechtlich geschützten Lebensbereiche sind etwas Eingerichtetes, d.h. Institutionelles. ... Zahllose Normen durchsetzen und durchziehen die einzelnen objektiven Lebensverhältnisse. Zu objektiven Lebensverhältnissen werden diese wesentlich durch das Recht als solches. ... Durch die Existenz zugehöriger, vielfach rezipierter Normenkomplexe ... werden die Grundrechte zum Institutionell-Objektiven, zum Eingerichteten.“
- 71 In diesem Sinne etwa *Ridder*, Meinungsfreiheit, für die öffentliche Meinungsfreiheit und die Presse, siehe z.B. S. 265 f. *Ridder* scheint dabei einen vorrangig auf die institutionalisierte Meinungsbildung selbst ausgerichteten Grundrechtsschutz zu präferieren. Bei einem soziale Strukturen mitberücksichtigenden Ansatz kann aber auch „individuelle Freiheit“ im Vordergrund des Grundrechtsgehalts oder – weitergehend – auch ein bloßer Individualrechtscharakter bestehen bleiben. Siehe noch im Text dieses Punktes. Vgl. auch *Bethge*, Grundrechtskollisionen, S. 338.
- 72 Etwa *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 172: Grundrechtliche Freiheitsgewährleistungen seien „Verbürgungen freiheitlich geordneter Lebensbereiche“ und „die grundrechtliche Ordnungsidee (finde) in jeder einzelnen Grundrechtsverbürgung spezifisch ‚institutionellen Ausdruck‘. Vgl. außerdem *Luhmann*, Grundrechte, passim, der die Grundrechte selbst aber nicht als normative, sondern als soziale Institutionen untersucht.
- 73 So partiell *Häberle*, Wesensgehaltgarantie; siehe bereits Erster Teil, Fn 70.
- 74 In eine tendenzielle normative Impfnahme gerät *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, etwa S. 98: „Durch die Grundrechte als subjektive öffentliche Rechte werden die Individuen in das Übergreifen der objektiver Lebensverhältnisse eingebettet, in welchem sie stehen und wirken, und wird ihnen der Ort angewiesen, von dem aus sie eine Aufgabe, einen ‚Beruf‘ zu erfüllen haben.“ Genau diese Passage wird allerdings in der Fortschreibung 1982, S. 333, zurückgenommen. Zur gesetzgeberischen Ausgestaltung („Ausführung“) immanenter („wesensmäßiger“) Grenzen siehe etwa S. 51 ff., 222 ff.

Tatsächlich stützen sich die Anliegen, soziale Bezüge und Zusammenhänge bei der Interpretation der Grundrechtsnormen einfließen zu lassen, regelmäßig *nicht auf eine Beurteilung der Folgen* (etwa als Frage nach der Gemeinschaftsverträglichkeit einer Freiheit des Beliebens), sondern *auf eine Kritik an den Prämissen* des bürgerlich-rechtsstaatlichen Ansatzes. Die Grundlagen werden insoweit nicht aus der Rechtswissenschaft, sondern vor allem aus soziologischen Erkenntnissen gewonnen. Es genügt hier, aus der Breite der Erwägungen eine Facette herauszugreifen. Deren Kern besteht aus der Überlegung, daß Individualismus und verstärkte gesellschaftliche Abhängigkeit keine Gegensätze, sondern ein Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit sind.⁷⁵ In der Verhältnisbestimmung von Individuum und Gesellschaft greift deshalb der überkommene Gegensatz von Freiheit und Bindung, von individuellem Belieben und Gemeinschaftsinteressen zu kurz. Die Sozialität vermag die individuelle Freiheit zu steigern, sie über das Potential eines isoliert gedachten Individuums hinauszuhoben und zusätzliche Chancen zu eröffnen. Man muß die Möglichkeiten individueller Entfaltung deshalb aus dem sozialen Kontext heraus verstehen, um sie in ihrem Gehalt und ihrem Sinn angemessen zu erfassen. Bettet man sie entsprechend ein, muß man allerdings auch sehen, daß die Spielräume des Einzelnen in der Sozialität nicht schlicht erweitert werden. Jede soziale Beziehung und jede soziale Ordnung erzeugen Strukturen, die die denkbaren Möglichkeiten steigern und begrenzen. Dies ist bereits auf der einfachsten Ebene einer Zwei-Personen-Beziehung ohne weiteres nachvollziehbar: das individuelle Verhalten orientiert sich keineswegs nur am eigenen Willen oder Belieben, sondern an dem anderen bzw. an den die Situation strukturierenden wechselseitigen (Erwartungs-)Erwartungen; die aktualisierbaren Verhaltenschancen werden durch die soziale Situation notwendig auch begrenzt. Auf höherer Ebene wirken soziale Institutionen⁷⁶, indem sie eine soziale Situation vorstrukturieren, entlastend und chancenerweiternd, etwa weil man handeln kann, ohne sich immer wieder neu zu orientieren und zu verständigen; sie wirken aber auch eben deshalb verhaltensorientierend, begrenzen also (unabhängig davon, ob man sich erwartungskonform oder -abweichend verhält) zwingend das, was möglich wäre. Soziale Begrenzungen denkbarer Spielräume entstehen demnach nicht als nachträglich zugunsten einer Gemeinschaftsverträglichkeit eingeführte Grenzen prinzipiell unbegrenzter Chancen, sondern als strukturelle Erfordernisse der Gleichzeitigkeit von Möglichkeiten und Limitationen. Sofern individuelle Orientierungen und Positionen ihre Grundlagen und ihren Sinn erst in der Sozialität gewinnen und nur in bezug auf ein soziales Umfeld faßbar sind, sind sie dementsprechend immer nur als in der Sozialität einerseits ermöglichte, andererseits strukturell und unaufhebbar begrenzte Positionen bestimmbar.

Werden auf diesem (gesellschaftsbezogenem) Hintergrund *Freiheitsbeschreibungen* entwickelt, liegen auch dann, wenn man „individuelle Freiheit“ als einen normativen

75 Dies zählt zu den ersten Grunderkenntnissen der sich aus der Philosophie ausdifferenzierenden Soziologie. Siehe etwa *Durkheim*, Soziale Arbeitsteilung, passim.

76 Der Begriff der Institution wird auch in der Soziologie nicht einheitlich verwendet und schillert je nach theoretischem Ansatz, aber Probleme und Einzelheiten brauchen hier nicht zu interessieren. *Luhmann*, Grundrechte, S. 13, umschreibt Institutionen als „zeitlich, sachlich und sozial generalisierte Verhaltenserwartungen“. Damit soll weniger ein Substrat als die Funktion eingefangen werden, die Institutionen erfüllen.

Leitmaßstab konzipiert, zwei wichtige Gesichtspunkte auf der Hand. Erstens ginge es fehl und an den Konstitutionsbedingungen individueller Freiheit vorbei, wenn man nur in Kategorien wie dem Willen oder dem Belieben dächte, die aus einer auf den Einzelnen konzentrierten Perspektive leben. Das soziale Umfeld (oder: das Vorfeld), in dem individuelle Orientierungen, Erwartungen und Entfaltungsformen sich überhaupt erst konstituieren und schon eine bestimmte Prägung erhalten, besitzt eine nicht vernachlässigbare Bedeutung. Man muß in die Überlegungen daher – zumindest auch – übergreifende und überindividuelle Ebenen einbeziehen, um *aus einer Gesamtperspektive heraus angemessene Formen der Beschreibung individueller (Freiheits-)Positionen* zu finden. Die Konkretisierung solcher Positionen unterscheidet sich notwendig von individualistischen Beschreibungsformen.⁷⁷ Man hat eine – gegenüber der rein individualistischen Sicht emergente – *soziale Perspektive* zu entwickeln und die Stellung des Einzelnen *im* sozialen Kontext zu formulieren. Man muß den jeweils relevanten Kontext also immer mitdenken und auch berücksichtigen, daß soziale Zusammenhänge Möglichkeiten und Grenzen zugleich bedingen. Das heißt nicht, daß normativ angelegte Entwürfe individueller Freiheit auf einen reinen Wirklichkeitsbefund zurückgeworfen würden. Im Gegenteil resultiert gerade aus dem Zwang, die in der Sozialität immer auch be- und entstehenden Eingrenzungen denkbarer Möglichkeiten mitzuberücksichtigen, der zweite wichtige Gesichtspunkt. Da die sich real ergebenden Begrenzungen grundsätzlich variabel sind, können sie zwar nicht als vollständig aufhebbar, aber als veränderlich und steuerbar gedacht werden. Geht man davon aus, daß individuelle Freiheit überhaupt und vor allem: gleiche Freiheit nur begrenzt als Mitnahmeeffekt gesellschaftlicher Selbstregulierung entstehen, wird die *Steuerung sozialer Zusammenhänge zur Herstellung und Sicherung individueller Freiheit* zu einem zentralen Punkt. Dies prägt die Einschätzung der Rolle des Staates. Die Ausgrenzung wird zu einem Blickwinkel neben anderen.

Greift man diese Überlegungen auf, liegen *Konsequenzen* für das Grundrechtsverständnis und den grundrechtlichen Freiheitsschutz nahe. Die traditionelle Eingriffsabwehr klammert die erst gesellschaftlich ermöglichten individuellen Freiheitschancen zwar nicht aus. Indem sie aber nur vorgefundene, durch einen Eingriff und ein nachfolgendes Abwehrbegehren herauskristallisierbare Chancen in den Blick nimmt und vom Ansatz her an eine individualistische Form der Beschreibung von Schutzgegenständen gebunden ist, erscheint sie als eine hochgradig selektive Konstruktion. Gerade wenn und da man den Grundrechten das Ziel der Gewährleistung personaler Freiheit entnimmt, entsteht das Bemühen um eine Neubestimmung des Normgehalts: „Wenn es der Anspruch der Grundrechte ist, eine freiheitlich-demokratische Gesamtordnung des Gesell-

77 An dieser Stelle greifen die Überlegungen von Suhr, Entfaltung, S. 84 ff., sowie Freiheit durch Geselligkeit, S. 534 ff., nicht weit genug. Suhr hebt zwar hervor, daß Sozialität die Freiheit steigert: „Die Möglichkeiten des Einzelnen sind sehr begrenzt. Ohne andere Menschen bringt er nicht viel zustande.“ (Freiheit durch Geselligkeit, S. 534). Das „interaktive Paradigma der Freiheit“, das er vorschlägt, um dem Rechnung zu tragen, lebt jedoch von Kategorien wie dem Willen oder dem Interesse, der individuellen Zwecksetzung oder sogar der Instrumentalisierung anderer: „Seine (des Menschen) Freiheit wächst in dem Maße, wie es ihm gelingt, andere Menschen zu seinem Zwecke zu instrumentalisieren.“ (Freiheit durch Geselligkeit, S. 534). Solche Fassungen bleiben individualistisch geprägt, die soziale Perspektive bleibt äußerlich.

schaftssysteme mit den Mitteln des Rechts zu garantieren, dann ist es Aufgabe der Grundrechtstheorie, die Grundrechte auf *jeder* Aggregationsstufe des Gesellschaftssystems mit ihren neu erscheinenden Eigenschaften und Gefährdungslagen wirksam zu machen. ... Direkte oder zumindest strukturelle Grundrechtswirkungen auch auf den höheren Systemebenen stehen unter dem Leitgedanken, das primär geschützte Individuum nicht nur als Abstraktum, sondern auch in seinen vielfältigen sozialen Verflechtungen zu erreichen.⁷⁸

Grundrechtsdogmatisch kann man dabei auf der *abstrakter ansetzenden Interpretation des Normgehalts* aufbauen, nach der die Grundrechte als („objektivrechtliche“) Gewährleistungen gelesen werden, aus denen man den näheren Verbürgungsgehalt und die staatlichen Verpflichtungen noch zu konkretisieren hat. Mit dieser Abstraktion gewinnt man eine Basis für Normauslegungen, die über die gewohnte Eingriffsabwehrkonzeption hinausweisen. *Inhaltlich* werden die grundrechtlichen Garantien *mit weiterführenden Sinnbezügen angereichert*, wenn man *bei der Auslegung der objektivrechtlichen Aussagen überindividuelle Ebenen und die sozialen Zusammenhänge*, in denen sich individuelle Freiheit entfaltet, *mitthematisiert*. Es gibt mehrere Wege, über die eine solche Thematisierung von der Norm her gelingen kann. Die textlichen Aussagen der einschlägigen Norm können selbst auf soziale Beziehungen Bezug nehmen und das Verhältnis des Einzelnen zu anderen aus sich heraus thematisieren. So stellt Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung und rückt dadurch bestimmte soziale Gemeinschaften in den Mittelpunkt. Überindividuelle Sinnzusammenhänge können sich auch über eine systematische Interpretation von Normen ergeben. Indem man etwa die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG und die (allerdings nicht unmittelbar komplementär konzipierte) Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG als in ihrem Sinn aufeinander verweisende Rollen erfaßt und im weiteren vor allem noch die Freiheit der Presse sowie der Berichterstattung durch Rundfunk und Film heranzieht, läßt sich aus dem Zusammenspiel der Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG die Leitidee „freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung“ herauskristallisieren, die das Verständnis der einzelnen Positionen anreichert. Selbst wenn man davon ausgeht, daß eine Norm die Position des Einzelnen hervorhebt – beispielsweise Art. 12 GG die (individuelle) Ausübung des Berufs –, schließt das nicht aus, eben diese Freiheitsposition aus einer übergreifenden Perspektive heraus zu verstehen und von der Norm her mit Hilfe auszuarbeitender Interdependenzen Bezüge zu einem sozialen Kontext – etwa dem Markt – herzustellen. Unabhängig von der nach der jeweiligen Norm zu richtenden Vorgehensweise kommt man regelmäßig jedenfalls nicht ohne konkretisierende Schritte und Argumentationen aus, über die erstens die Bezüge zu sozialen Zusammenhängen normorientiert entwickelt werden und über die zweitens die von der Norm vorgesehene Position des Einzelnen in dem jeweiligen sozialen Zusammenhang bestimmt wird.

78 Willke, Stand und Entwicklung, S. 204, 206 (Hervorh.i.Orig.). Siehe auch Hoffmann-Riem, Grundrechtliche Freiheit, passim, der herausstellt, daß Grundrechtsausübung nicht nur in der Perspektive des Handelns von Einzelnen analysiert werden darf, und Trute, Forschung, S. 253 ff., bes. S. 256 f., mit entsprechenden Ausführungen zur Wissenschaftsfreiheit. Vgl. auch Bethge, Grundrechtskollisionen, S. 324 ff.

Durch so angelegte Norminterpretationen erschließen sich neuartige Perspektiven auf übergeordneter Ebene. Damit können entsprechend *neuartige Grundrechtsbindungen* des Staates hergeleitet werden. Beispielsweise wird es möglich, im Rahmen der Norm eine Perspektive vor aller Kristallisation von Individualpositionen einzunehmen, damit man berücksichtigen kann, daß sich letztere immer erst in einer schon strukturierten sozialen Situation ergeben. Dann läßt sich ausarbeiten, daß (einfach)rechtliche Regelungen diese Struktur beeinflussen können und gegebenenfalls nach grundrechtlichen Maßgaben mitsteuern sollen.⁷⁹ Denkbar wird auch die Hinderung staatlicher Instanzen daran, durch die Steuerung gesellschaftlicher Rahmenbedingungen oder durch anderweitige Einwirkungsweisen potentielle individuelle Freiheitschancen schon im Vorfeld ihrer Entstehung zu erdrücken.⁸⁰ Man kann also versuchen, Bindungen staatlichen Handelns von verschiedenen Ebenen aus zu begründen. Darüber hinaus kann die Rolle des Staates in unterschiedlichen Funktionen erfaßt werden. Der grundrechtliche Norminhalt selbst braucht nicht mehr nur staatsausgrenzend zu wirken, sondern kann dem Staat Regelungs- und Gestaltungsaufträge vermitteln. Dabei sollen rechtliche Strukturierungen geschaffen werden; nach den grundrechtlichen Maßgaben ist die soziale Stellung der einen gegebenenfalls zu verstärken, die Stellung anderer zurückzudrängen. Man hat sich also gerade nicht an einem vorgegebenen sozialen status quo zu orientieren, sondern an normativen Vorgaben, die immer von der jeweils einschlägigen Norm her zu entwickeln sind.

Als Beispiel, das den Ansatz verdeutlicht, sei die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk genannt: Diese wird der Leitidee „freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung“, die aus dem Zusammenspiel der Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG als ein zirkulärer Prozeß durch in ihrem Sinn aufeinander verweisende, gleichermaßen rechtlichen Schutz beanspruchende Rollen hindurch gewonnen wird, funktional zugeordnet. Insoweit ist sie, wie das Gericht formuliert, eine „dienende“ Freiheit. Geht man davon aus, daß eine Meinungsbildung durch den Rundfunk, bei der sämtliche Freiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG gewahrt sind, sich nicht in gesellschaftlicher Selbstregulierung herstellt, vermittelt die Grundrechtsnorm der Gesetzgebung entsprechende Regelungs- und Gestaltungspflichten. Zugleich muß die „Freiheit von staatlicher Beherrschung und Einflußnahme“ gewahrt sein.⁸¹

79 Dazu etwa *Rossen*, Freie Meinungsbildung, S. 112 ff., anhand des Themas, daß nicht nur das Bestehen, sondern auch das Entstehen „personaler Subjektivität“ im Meinungsbildungsprozeß grundrechtlich aufzugreifen ist, weil jenes dieses voraussetzt.

80 Insgesamt dazu – mit unterschiedlichen Akzenten – etwa *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, in seinen Intentionen deutlich etwa S. 99 ff.; *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 172 ff., S. 176: Grundrechte als Entstehenssicherung menschlicher Freiheit. Vgl. auch *Bachof*, Freiheit des Berufs, S. 165: Die Sicht des Art. 12 Abs. 1 GG als Garantie einer freiheitlich-sozialen Berufsordnung solle verhindern, daß der Gesetzgeber den substantiellen Inhalt der Berufsfreiheit gestalte, bevor die individuelle Grundrechtsgarantie überhaupt zum Zuge kommen könne.

81 Vgl. bes. BVerfGE 57, 295 (319 ff.); 73, 118 (152 ff.); 74, 297 (323 ff.); 83, 238 (295 ff.); 87, 181 (197 ff.); 90, 60 (87 ff.); 97, 228 (256 ff.). Vgl. weiter (mit je unterschiedlichen Akzenten) *Stock*, Medienfreiheit, etwa S. 2 ff., 157 ff.; *Bethge*, Freiheit und Gebundenheit, S. 372 ff.; *Rossen*, Freie Meinungsbildung, bes. S. 79 ff. und – zur Spannung von Ausgestaltung und Eingriff – S. 283 ff.; *Bumke*, Aufgabe, S. 86 ff. Mit ähnlichen Intentionen (den funktionalen Ansatz aber nicht ganz tief-

Die jeweils vorzunehmende Grundrechtskonkretisierung wird, wenn man interpretatorische Ziele im angeführten Sinne verfolgt, dadurch gekennzeichnet, daß man die Schutzgehalte der Norm von den objektivrechtlichen Aussagen her entwerfen muß, ohne sich noch auf die Prämissen und Implikationen der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption stützen zu können. Denn zu diesen Prämissen zählt der individualistische Zugang, und genau dieser Zugang wird aufgegeben. Auch kann man den Sinngehalt der Grundrechte nicht mehr ohne weiteres aus der Perspektive verstehen, die die Komponente des „klassischen“ Eingriffs liefert. Man ist darauf angewiesen, sich auf den *textlich umschriebenen Inhalt der Verbürgungen* zu konzentrieren und eine *Konkretisierung über normativ geleitete Argumentationen* zu leisten. Insofern wird erkennbar, daß man bei den beschriebenen inhaltlichen Änderungen dogmatisch mit einer grundlegend *gewandelten Form der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen* umzugehen hat.

Dementsprechend kann die Berücksichtigung sozialer Bezüge bei der Interpretation der objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen die *Individualrechtsebene* nicht unberührt lassen. Die Perspektive personenbezogener Freiheit wird keineswegs weggestaltet oder auch nur vernachlässigt. Es konturiert allerdings in besonderer Weise die Differenz zum „klassischen“ Ansatz, daß sich der Blick auf die individuelle Position verändern muß.⁸²

Das gilt zum einen für *abwehrrechtliche Stellungen*. Die ausblendende Konstruktion des gewohnten Eingriffsabwehransatzes ist zwar durchaus noch einsetzbar. Aber man ist sich ihrer Selektivität bewußt und fragt jeweils danach, ob und wann dieser Zugang den normativen Vorgaben entspricht. Sofern in die Auslegung der objektivrechtlichen Aussagen der jeweiligen Grundrechtsnorm Sinnbezüge auf das Soziale einfließen, gewinnt man Schweisen, im Rahmen derer man individuelle Freiheitspositionen von überindividuellen Ebenen her fassen und beschreiben kann. Der Sinngehalt solcher Positionen unterscheidet sich – wie bereits angeklungen ist – notwendig von dem individualistischer Fassungen. Es handelt sich um *Positionen, deren Inhalt sich nur im Mitdenken der als relevant herangezogenen sozialen Umwelt erschließt*.⁸³ Dadurch daß sich der Kontext

fend) zur Rundfunkfreiheit als „institutioneller Rahmen- oder Strukturgarantie“, die sich auf die Freiheit der Berichterstattung durch den und im Rundfunk beziehe, *Böckenförde/Wieland*, „Rundfunkfreiheit“, S. 80 ff.; *Wieland*, Freiheit, S. 138 ff. Kritisch zu den über den verfassungsgerichtlichen Ansatz entwickelten Anforderungen etwa *Bullinger*, Elektronische Medien, S. 188 ff.; *H.H. Klein*, Rundfunkrecht, S. 178 ff.; *Pestalozza*, Schutz, S. 2158 ff.; *Schmitt Glaeser*, Rundfunkfreiheit, bes. S. 236 ff.; *Scholz*, Fernsehurteil, S. 563 ff.

- 82 Das ist, wenn bei der Auslegung der objektivrechtlichen Aussagen überindividuelle Ebenen und die sozialen Zusammenhänge, in denen sich individuelle Freiheit entfaltet, mitthematisiert und individuelle Freiheitspositionen aus einer Gesamtperspektive heraus entwickelt werden, strukturell bedingt. Es geht also nicht um das Ziel, den Gewährleistungsinhalt interpretativ zu spezifizieren, damit eine extensive Schrankendogmatik vermieden wird, vgl. dazu *Böckenförde*, Schutzbereich, S. 165 ff.
- 83 Es ist kein Zufall, daß man den sozialen Kontext oder soziale Zusammenhänge häufig nur unbestimmt als „Bedingungen der Möglichkeit“ individueller Freiheit oder als „Voraussetzungen der Grundrechtsausübung“ anführt. Siehe die Darstellung bei *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 139 ff. Man handelt sich zwar dogmatisch die Paradoxie des Grundrechtsvoraussetzungsschutzes ein, kann aber inhaltlich so tun, als könne die überkommene Beschreibungsform individueller Freiheit gewahrt bleiben und als gehe es nur um gleichsam äußere Randbedingungen. Man umgeht dadurch die Auseinandersetzung damit, daß sich mit der Berücksichtigung des sozialen Kontext auch das Verständnis

ändert, aus dem heraus man die individuelle Position zu verstehen hat, modifiziert sich zugleich deren Gehalt. So changieren die Implikationen der Verhaltens- oder Betätigungsfreiheit je nachdem, ob man sie als voraussetzungslos angesetzten Ausdruck des eigenen Willens versteht oder ob man sie als Freiheit des Verhaltens in der Orientierung an anderen, an sozialen Situationen oder an Institutionen wie dem Markt konzipiert. Über die Modifikation der gewohnten Schutzgegenstände hinaus wird es möglich, individuelle Positionen und Rechte zu formulieren, die ihrer Struktur nach schon im Ansatz erst aus der Sozialität heraus verstehbar und begründbar sind. Dazu zählen, wie im Rahmen dieser Arbeit noch deutlich werden wird, Rechte des Einzelnen hinsichtlich des Umgangs staatlicher Stellen oder privater Dritter mit den ihn betreffenden Informationen und Daten.

Entwickelt man die individuellen Freiheitspositionen im Mitdenken sozialer Sinnbezüge über die objektivrechtlichen Aussagen der Norm, heißt das zugleich, daß die Prämissen entfallen, die es ermöglichen, die Individualrechtsstellung – auch wenn sie im Hinblick auf den Staat formuliert wird – mit Hilfe des Konstrukts „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ zu umreißen. Man muß berücksichtigen, daß die individuelle Freiheit in der und durch die Gesellschaftlichkeit ermöglicht, aber zugleich immer auch strukturell begrenzt wird. Auf diesem Hintergrund können Grenzen zwar normativ anders konzipiert sein, als sie sich tatsächlich ergäben; sie sind aber als Faktor nicht vollständig auszuklammern. Man kann sich hinsichtlich des Einzelnen auch nicht an vorfindlichen Freiheitschancen orientieren. Denn da man den sozialen Kontext und überindividuelle Ebenen in die Grundrechtsverbürgung einflcht, werden die gegebenen sozialen Grenzen zu Variablen. Sie werden von der Norm erfaßt und damit nicht als faktisch vorgegebenes Norm-Externum, sondern normativ konzipiert. Von daher rückt der Aussagegehalt der Grundrechtsnormen als sachlich spezifizierte – und damit begrenzte – Freiheitsgarantie in den Vordergrund. Der individualschützende Gehalt ergibt sich als ein im Rahmen der objektivrechtlichen Aussagen vermittelter Gehalt. Die *Individualrechtsposition* erscheint als *normativ gewährleistete und über die Norm auch begrenzte Position*. Diese normative Herleitung kann dazu führen, daß tatsächlich gegebene Chancen außerhalb des Geschützten liegen.⁸⁴ Das ändert nichts daran, daß bei der interpretativen Ermittlung des individualschützenden Gehalts des Grundrechts die individuelle Freiheit focussiert und herausgestellt wird. Es sei also vorsorglich nochmals hervorgehoben, daß eine so geführte Normkonkretisierung nicht auf dem Schema Individualfreiheit versus Gemeinschaftsverträglichkeit beruht. Die dogmatische Strukturierung, die eine Stufenfolge der gewährleisteten Individualrechtsposition und der über die Gesetzesvorbehalte ermöglichten Einschränkungen dieser Position zugunsten von Allgemeininteressen vorsieht, bleibt unberührt.

und die Beschreibung individueller Freiheit selbst ändern müssen.

84 So erscheint im Rahmen der Rechtsprechung des BVerfG zur Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk die mit einer gesetzlichen Ausgestaltung einhergehende Beschränkung tatsächlich gegebener Chancen, Rundfunksendungen zu veranstalten, nicht als Eingriff in ein prinzipiell unbegrenzte Freiheit sicherndes Recht, weil die Rundfunkfreiheit ein solches Individualrecht von vorn herein nicht hergibt. Das schließt die Existenz von Eingriffen überhaupt nicht aus. Vgl. die Nachweise oben in Erster Teil, Fn 81.

Das Problem einer Grundrechtsinterpretation, die Individualrechtspositionen von einer überindividuellen Perspektive her und aus sozialen Bezügen heraus versteht, liegt demnach nicht darin, daß es im jeweiligen Einsatzfeld keine staatlichen Eingriffe und keine individuellen Abwehrmöglichkeiten zugunsten bestimmter Freiheitschancen mehr geben könnte. Das Problem liegt vielmehr darin, daß die Frage, ob eine staatliche Beeinträchtigung einer rechtlich geschützten Individualposition vorliegt, nicht immer schon durch die dogmatische Ausgangsbasis mitbeantwortet ist. Die prägnante Struktur des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips verliert ihre Selbstverständlichkeit. Der Schutzgehalt eines Grundrechts ist nicht ohne weiteres als strukturell unbegrenztes Individualgut zu fassen. Man muß ihn von der objektivrechtlichen Aussage der Grundrechtsnorm her konkretisieren und sich damit auf einen wertenden und unter Umständen überaus komplizierten Vermittlungsvorgang einlassen, für den dann nicht einmal mehr breiter Konsens erwartet werden kann.⁸⁵ All das führt nicht ohne Umschweife in eine Freiheit des Wohin und Wozu, in eine „aufgegebene“ Freiheit oder in eine an vorgegebenen Zwecken orientierte Inpflichtnahme; Zweck- oder Pflichtkategorien bringen die an dieser Stelle liegenden Problemdimensionen nicht auf den Punkt. Aber in der Tat geht die Zurückhaltung, die das traditionelle Konzept und das Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ auszeichnet, verloren, weil sie nur um den Preis möglich ist, daß die (zwingend bedingte) Selektivität eines Zugriffs auf reales Geschehen durch eine Rigidität der dogmatischen Konzeption selbst erzeugt wird.

Ein neuer Blick auf Individualpositionen ergibt sich zum anderen auch insoweit, als der veränderte Zugang zu den Grundrechten aus sich heraus eine *Ausdehnung individueller Rechte über die Abwehrrechtsstellung hinaus* impliziert. Eine Beschränkung der Individualrechte auf die Eingriffsabwehr ist zwar theoretisch nicht ausgeschlossen. Sie liegt aber nicht gerade nahe. Da man im Ansatz den Gewährleistungsgehalt abstrahiert und die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption dabei aufhebt, verliert der Eingriff die zentrale dogmatische Bedeutung, die ihm das überkommene Grundrechtsverständnis zuweist. Hinzu kommt, daß die Rolle des Staates von der jeweiligen Norm her in unterschiedlichen Funktionen erfaßt werden kann. Rechtliche Regelungen und staatliche Einwirkungen erscheinen von vornherein als etwas, was Freiheitschancen nicht nur begrenzt, sondern auch schafft und erhält. Regelmäßig entwickelt man daher aus der Grundrechtsnorm ein Netz individueller Rechte und Ansprüche, so insbesondere auch Rechte auf finanzielle und sachliche Transferleistungen, auf Teilhabe an vorhandenen staatlichen Einrichtungen, auf Beteiligungs- und Einflußchancen oder auf Schutz.⁸⁶

Im Ergebnis wird also deutlich, daß die abstrakter ansetzende Interpretation der Gewährleistungsgehalte es ermöglicht, die objektivrechtlichen Aussagen mit überindividuellen Sinnbezügen zu erschließen und dabei auf die Prämissen und Implikationen der

85 Dem kann sich ein erweitertes Eingriffsabwehrdenken als „Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion“ nicht entziehen. Die „Mikroperspektive“ ergibt sich nicht unvermittelt und nicht als prinzipiell unbegrenzte Freiheit; sie zu ermitteln ist daher die zentrale Schwierigkeit und nicht die – das Schutzgut voraussetzende – denkbare Einsatzfähigkeit der Kategorien der Eingriffsabwehr und der Schranken, die *Schlink*, Freiheit durch Eingriffsabwehr, S. 463, 465 ff., hervorhebt.

86 Siehe noch näher unten Erster Teil, I. Kapitel, Punkt B.V.

traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption durchzugreifen. Nimmt man derartige inhaltliche Änderungen vor, zieht dies grundlegende grundrechtsdogmatische Umstellungen nach sich. Die textlich eingefassten Aussagen der Grundrechtsnorm werden zum zentralen Anknüpfungspunkt. Die Individualrechtspositionen sind über normorientierte Konkretisierungen zu ermitteln. Das ist um so anforderungsreicher, als mit der Lösung von der „klassischen“ Eingriffsabwehr zugleich die Gewißheit der Perspektive, aus der man den Norminhalt zu lesen hat, und damit auch die davon getragene Sicherheit hinsichtlich des Norminhalts selbst entfallen. Die Frage, welcher Gehalt den Grundrechten im Hinblick auf die Freiheit auch und gerade des Individuums zukommt, stellt sich in neuartiger Form, und sie wäre bereits dann nur schwer zu beantworten, wenn es nicht so wäre, daß wegen der relativen Offenheit der Grundrechtsnormen jeweils ganz unterschiedliche „Freiheits“entwürfe möglich sind.⁸⁷

Neue Anforderungen ergeben sich im übrigen unabhängig davon, ob man im Effekt auf einen Einsatz grundrechtlicher Normen auf mehreren Ebenen abzielt oder eine reine Individualschutzkonzeption verfolgt. Bei Mehr-Ebenen-Ansätzen werden grundrechtliche Bindungen auf mehreren Ebenen entfaltet. Grundrechte bieten zum einen Maßgaben auf gesellschaftlicher (oder institutioneller) Ebene. Insoweit ist man teilweise geneigt, diese als nur objektivrechtlich oder – weitergehend – etwa als über die der gerichtlichen Kontrolle unterliegenden Prüfungsmaßstäbe hinausreichende Handlungsvorgaben zu sehen.⁸⁸ Zum anderen sind Grundrechte Individualrechte. Man kann das Normverständnis aber auch dahin entwickeln, daß überindividuelle Ebenen und soziale Zusammenhänge bei der Formulierung individualrechtlicher Positionen mitzudenken sind, ohne daß der Grundrechtsgehalt gleich Bindungen auf überindividuellen Ebenen selbst hergibt. Ein solcher, den Individualschutz hervorhebender Ansatz⁸⁹ führt allerdings nicht zu den Perspektivenvereinfachungen und Entlastungen des „klassischen“ Konzepts zurück. Denn man muß gleichermaßen mit mehreren Ebenen und mehreren Perspektiven operieren. Dieses Erfordernis ergibt sich für die Ermittlung des Inhalts der individualrechtlich geschützten Position aus den obigen Überlegungen heraus ganz unabhängig davon, ob man die Gewährleistungen dann auf mehreren Ebenen oder als reine Individualschutznormen

87 Daß trotz der in der Abgrenzung gegen das klassische Eingriffsabwehrkonzept ähnlichen dogmatischen Grundannahmen die jeweiligen inhaltlichen Entwürfe dessen, was die Grundrechte an Vorgaben enthalten, weit auseinandergehen, braucht nicht betont zu werden und soll hier im einzelnen auch nicht interessieren. Siehe bereits Erster Teil, Fn 81, zur Rundfunkfreiheit. Außerdem etwa die Ausführungen bei *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 46 ff.; *Hailbronner*, Freiheit der Forschung, S. 5 ff., bes. 73 ff.; *Hoffmann-Riem*, Grundrechtliche Freiheit, passim; *Hufen*, Freiheit der Kunst, S. 261 ff., 401 ff.; *Rupp*, Unterscheidung, Rn 34 ff., 48 ff.; *Trute*, Forschung, S. 246 ff., bes. 253 ff.; *Willke*, Stand, S. 204 ff. Differenzierend und mit Blick auf die teilweise gegebene Nähe eines „Grundrechtsvoraussetzungsschutzes“ zur Eingriffsabwehr *Kloepfer*, Grundrechte, S. 12 ff. Aus soziologischer Sicht, aber mit Hoffnung auf Anregungen für die Grundrechtsdogmatik *Luhmann*, Grundrechte, passim. Kritisch zur „Lebensbereichstheorie“ gerade wegen der besonderen Schwierigkeiten der dogmatischen Handhabbarkeit *Degen*, Pressefreiheit, bes. S. 162 ff.

88 Etwa *Häberle*, „Leistungsrecht“, S. 470; *Rupp*, Wandel der Grundrechte, S. 175; *Bryde*, Verfassungsentwicklung, S. 299 ff. Vgl. auch *Grimm*, Grundrechte, S. 68 f. Kritisch *Wahl*, Vorrang, S. 501 f.; *Böckenförde*, Grundrechte, S. 27.

89 Er klingt in der Formulierung einer „prinzipiellen Verstärkung der Geltungskraft“ der Grundrechte an. Siehe als Bsp. BVerfGE 50, 290 (337 f.).

einsetzt.

Die Auswirkungen bleiben nicht auf die Gewährleistungsinhalte beschränkt. Auch die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte, die in einer Reihe grundrechtlicher Normen in vielfältigen Fassungen textlich verankert sind, bekommen – zwingend – eine neue Bedeutung. Sie sind dogmatisch an die Abstraktion der Grundrechtsgehalte anzupassen, indem man sie von ihrer Funktion her versteht.⁹⁰ Anknüpfend an ihre Funktion der Kompetenzverteilung, die sie auch in der traditionellen Interpretation als Eingriffsvorbehalte erfüllen, kann man sie allgemeiner als Kompetenzaussage auffassen. Gesetzesvorbehalte enthalten danach als Kompetenzverteilungsregel die *Zuweisung einer Konkretisierungskompetenz* an die Gesetzgebung. Sie sind nicht allein Eingriffsvorbehalte, sondern – auf einer höheren Abstraktionsstufe⁹¹ – Regelungs- und Ausgestaltungsvorbehalte.⁹² Deren Reichweite, dies um so mehr in der strikten Form des Parlamentsvorbehalts, wird dann allerdings zu einem besonderen Problem. Nicht nur kann die Abgrenzung legislativer Kompetenzen und exekutiver Regelungs- und Konkretisierungskompetenzen nicht mehr allein auf die Kriterien zurückgreifen, die an die traditionelle Eingriffsabwehrdogmatik angepaßt sind. Vor allem kann es überhaupt keine schlichten und prägnanten Kriterien mehr geben, soweit man mit komplexen Feldern zu tun hat, in denen schon mangels gesetzlicher Regelungsmöglichkeiten auch der Exekutive spezifische und eigenständige Konkretisierungskompetenzen zustehen müssen, die sich im Modell des Gesetzesvollzugs nicht einfangen lassen. So kann es kaum überraschen, daß das Bundesverfassungsgericht sich hier mit der „Wesentlichkeitsformel“ begnügt: Die Gesetzgebung hat in grundlegenden normativen Bereichen alle für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Diese Formel, auf die auch bei der Bestimmung der Delegationskompetenzen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG im Eingriffsabwehrbereich zurückgegriffen wird, ist zunächst auf Bindungen für staatliche Organisationen oder Verfahren bezogen⁹³ und sodann auch auf Ausgestaltungen⁹⁴ oder auf Leistungsrechte⁹⁵ übertragen worden.⁹⁶

90 Das hat insbesondere Häberle immer betont, vgl. z.B. „Leistungsrecht“, S. 455 ff., bes. 469 f. mit Fn 79: „Der Gesetzesvorbehalt wird also auf Struktur und Funktion von Leistungsstaat und Grundrechten umgeschrieben. Der klassische Gesetzesvorbehalt als Eingriffsvorbehalt ist nur eine spezielle Form des Gesetzesvorbehalts als Verfahrensvorbehalt.“ Siehe auch *dens.*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 87 f. Außerdem Krebs, Vorbehalt des Gesetzes, S. 72 ff., 110 ff.

91 Dies in Anpassung an die Abstraktion der Grundrechtsnormen, vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.I.

92 Die Beschreibung einer gesetzlichen Regelung als Eingriff ist bereits durch die Eingriffsabwehrdogmatik bedingt, weil eine gesetzliche Regelung nicht „an sich“ einen Eingriff darstellt. Als Eingriff erscheint sie erst aus einer bestimmten Perspektive und in einer fixierten Konstellation; ein Gesetz als solches ist immer multifunktional. Diese Multifunktionalität taucht in der Eingriffsabwehrdogmatik auch auf, dies aber vor allem auf der „Gegenseite“ im Übermaßverbot.

93 Vgl. BVerfGE 33, 125 (158); 33, 301 (346); 40, 237 (248 ff.); 47, 46 (78 ff.); 58, 257 (268 ff.); 98, 218 (251); 108, 282 (311 f.). Vgl. auch BVerfGE 88, 103 (116).

94 Siehe z.B. BVerfGE 57, 295 (320 ff.).

95 Etwa BVerfGE 80, 124 (132).

96 Vgl. zur „Wesentlichkeitstheorie“, auch mit Kritik Klopfer, Vorbehalt, S. 689 ff.; Busch, Verhältnis, S. 41 ff.; Schmidt-Aßmann, Rechtsstaat, Rn 64 f. Weiterführend mit Blick auf das Paradigma „Gewährleistungsstaat“ Ladeur/Gostomzyk, Gesetzesvorbehalt, S. 150 ff. Zu Einschränkungen bei fakti-

IV. Die Vergrundrechtlichung des staats„internen“ Bereichs

Eine weitere – dem eben beschriebenen Strang nicht unbedingt nebengeordnete – Linie einer veränderten Interpretation grundrechtlicher Gehalte, die die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption überwindet, entsteht dadurch, daß aus den („materiellen“) Freiheitsgrundrechten Rechtsbindungen in bezug auf die Binnenstruktur von staatlicher Organisation und staatlichen Verfahren⁹⁷ entwickelt werden. Die inhaltlichen Intentionen und die dogmatischen Anforderungen lassen sich hier am besten anhand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung aufzeigen. Um die Entwicklung auch in der Beschränkung auf den staatlichen Sektor⁹⁸ noch etwas aufzuschlüsseln, sind einige Differenzierungen vorzunehmen. Bestimmte Konstellationen kennzeichnet es, daß man sie in eine Relation zu einer Sachentscheidung setzen und dann dem Verfahren zuordnen kann; dem staatlichen Vorgehen kommt aber aus sich heraus in unproblematischer Weise Eingriffsqualität zu.⁹⁹ Diese Konstellationen enthalten nichts Neuartiges und brauchen hier nicht näher aufgegriffen zu werden. Zwei Stränge führen dagegen über die gewohnte Eingriffsabwehr hinaus. Einmal werden *Grundrechte als Maßstäbe* eingesetzt, an denen bestimmte, *mit den staatlichen Entscheidungsverfahren verbundene Wirkungen gemessen* werden, die *keinen „klassischen“ Eingriff* darstellen. Besonders markant und deshalb von besonderem Interesse ist zum zweiten, daß man *aus der mit einer sachlichen Abschlußentscheidung berührten Gewährleistung rechtliche Anforderungen für die Organisation und das Verfahren der Entscheidungsfindung* herleitet.

Grundrechtsnormen liegen gleichsam quer über den staatlichen Entscheidungsprozessen, die den Einzelnen betreffen, wenn sie unabhängig von einer sachlichen Abschlußentscheidung Determinanten für das staatliche Vorgehen liefern. Daß Art. 1 Abs. 1 GG eine insoweit greifende normative Vorgabe enthält, drängt sich auf. Der Unantastbarkeit der Menschenwürde entnimmt das Bundesverfassungsgericht unter anderem den allge-

schen und mittelbaren Beeinträchtigungen BVerfGE 105, 279 (303 ff.), und dazu *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung, S. 222 f., 229 f. Ob sich diese Linie durchsetzt, muß freilich noch abgewartet werden. Kritisch etwa *Albers*, Doctrinal System, Rn 29 ff. und 38 f.; *Rupp*, Probleme, S. 740 f.

97 Zur – teilweise schwierigen – Trennung von Organisation und Verfahren etwa *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69 V 4 (S. 959 ff.).

98 Wenn man den Grundrechten auch außerhalb der Rechte, die einen unmittelbaren Organisations- oder Verfahrensgehalt aufweisen, Wirkungen in bezug auf Organisation und Verfahren zuspricht, wird häufig ein sehr heterogener Komplex zusammengefaßt. Vgl. übergreifend *Stern*, Staatsrecht III/1, § 69 V (S. 953 ff.); *Bethge*, Grundrechtsverwirklichung, S. 1 ff.; *Hesse*, Bestand und Bedeutung, S. 434 ff. Siehe auch – mit der Beschreibung als eine quer zu anderen Schutzfunktionen liegende Dimension – *Jarass*, Bausteine, S. 353. Umfassend mit einem weiten Verfahrensbegriff *Goerlich*, Grundrechte, passim. Grundrechtsdogmatisch ist es sinnvoll, die staatliche Koordination verschiedener grundrechtlich geschützter Belange durch die Einrichtung außerstaatlicher Organisations- und Verfahrensformen auf der einen Seite und die Vergrundrechtlichung von staatlicher Organisation und staatlichen Verfahren auf der anderen Seite zu unterscheiden, auch wenn sich in bestimmten Bereichen fließende Übergänge und Grauzonen gebildet haben.

99 Siehe etwa BVerfGE 17, 108 (115 ff.) – Prüfung der Anordnung einer Hirnkammerluftfüllung zur Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Strafverfahren am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG –; 20, 144 (147 ff.) – Prüfung der Dauer der Untersuchungshaft am Maßstab des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und des Art. 104 GG –; 33, 23 (34) – Prüfung der Verpflichtung zur Eidesleistung am Maßstab des Art. 4 Abs. 1 GG –.

meinen Grundsatz, daß der Einzelne vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen soll, damit er Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen kann.¹⁰⁰ Entsprechende Maßgaben leitet es aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zugunsten von Kindern her.¹⁰¹ Weiter hat es zum Beispiel Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG herangezogen und die Wirkungen, die ein staatliches Verfahren mit sich bringt, der Beurteilung anhand dieses Maßstabs unterstellt. So steht die Grundrechtsnorm der Durchführung eines Strafverfahrens entgegen, wenn der Beschuldigte dadurch in eine konkrete Lebensgefahr gebracht wird oder eine schwerwiegende gesundheitliche Schädigung zu befürchten ist.¹⁰²

Daneben sind Gewährleistungsinterpretationen darauf gerichtet, dem Grundrecht, das durch die sachliche Abschlußentscheidung berührt wird, Rechtsbindungen auch hinsichtlich der Organisation und des Verfahrens der Entscheidungsfindung zu entnehmen. Derartige Rechtswirkungen sind in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowohl für gerichtliche Entscheidungsprozesse¹⁰³ als auch für Verwaltungsverfahren hergeleitet worden. Aufmerksamkeit geweckt haben in letzterer Hinsicht vor allem Konstellationen, bei denen die Entscheidungsbildung nur vage determiniert ist und allein eine Ergebniskontrolle keine hinreichende Gewähr für die Grundrechtswahrung bieten kann¹⁰⁴, und Konstellationen, bei denen die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eines Grundrechts in einem Anerkennungsverfahren durch eine staatliche Entscheidung festgestellt werden¹⁰⁵. Diese Konkretisierungen der Grundrechte heben sich von der überkommenen Perspektive besonders ab. Im Rahmen der „klassischen“ Eingriffsabwehr ist – vor dem Hintergrund der vorausgesetzten Trennung von Gesellschaft und Staat – nur die sachliche Endentscheidung ein potentieller Eingriff und insofern grundrechtsrelevant. Wie die zuständige staatliche Stelle zu dieser Entscheidung gelangt, ist verfassungsrechtlich gegebenenfalls durch klassische Verfahrensrechte und rechtsstaatliche Prinzipien¹⁰⁶, aber

100 Dies neben dem Maßstab des Art. 103 Abs. 1 GG; so BVerfGE 9, 89 (95); zuvor bereits knapp 7, 275 (279); außerdem 55, 1 (5); 57, 250 (275) – jeweils für gerichtliche Verfahren –. Vgl. außerdem aus der Literatur etwa *Held*, Grundrechtsbezug, S. 131 ff.

101 BVerfGE 55, 171 (179 ff.); 79, 51 (66 ff.); 99, 145 (157, 162 ff.).

102 BVerfGE 51, 324 (343 ff.); vgl. auch 57, 250 (284 f.).

103 Siehe BVerfGE 24, 367 (401); 35, 348 (361 f.); 45, 297 (322, 333 f.); 46, 325 (334 ff.); 49, 220 (225 ff. und weitergehend 235 ff., 240 ff. – Sondervotum –); 51, 150 (156 ff.); 52, 391 (406 ff.); 60, 348 (358); 89, 276 (289 ff.); 97, 169 (179); 99, 185 (198 ff.).

104 Ausführlich dazu insbesondere BVerfGE 53, 30 (75 ff. – Sondervotum –). Vgl. auch zuvor bereits BVerfGE 33, 303 (341) und 41, 251 (265). Außerdem BVerfGE 84, 34 (49 ff.); 84, 59 (72 f.); 90, 60 (94 ff.).

105 So für Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG a.F. BVerfGE 56, 216 (235 f.); 60, 253 (295): Das Grundrecht sei unter einen Verfahrensvorbehalt gestellt; abl. dazu etwa *Held*, Grundrechtsbezug, S. 166 ff. m.w.N. Zu Art. 16 a GG BVerfGE 94, 166 (199 ff.). Für Art. 4 Abs. 3 i.V.m. 12 a Abs. II GG siehe BVerfGE 28, 243 (259 f., wo noch geprüft wird, ob das Erfordernis einer über ein Verfahren erfolgenden Anerkennung nicht gegen das Grundrecht verstößt); 48, 127 (166 ff.); 69, 1 (24 f.). Für beide Grundrechte zustimmend *Ossenbühl*, Grundrechtsschutz, S. 185: „verfahrensabhängige Grundrechte“; außerdem *Dolderer*, Grundrechtsgehalte, S. 246 f. Skeptisch dagegen *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 65 VI 3 (S.614 f.), sowie *Denninger*, Staatliche Hilfe, Rn 15 f.

106 Hier hat immer schon eine Aufweichung über die Vergrundrechtlichung des Rechtsstaatsprinzips mit Hilfe des Art. 2 Abs. 1 GG stattgefunden. Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.3 mit Fn 181 – 183.

jedenfalls nicht durch die „materiellen“ Freiheitsgrundrechte gebunden.¹⁰⁷ Man kann sich also auf eine sachlich selektive und zeitlich punktuelle Perspektive beschränken. Dieser durch die Prämissen der „klassischen“ Eingriffsabwehr und durch das dogmatische (Gesamt)Konzept festgelegte Zugang zur Norm wird aufgehoben, wenn man die grundrechtlichen Bindungen auf Organisation und Verfahren der staatlichen Entscheidungsfindung erstreckt. Daher soll etwas näher verfolgt werden, welche inhaltlichen Überlegungen und welche dogmatischen Anforderungen mit dieser Entwicklung verbunden sind.

Auf allgemeiner Ebene lassen sich aus den inhaltlichen Erwägungen, aufgrund derer man die Grundrechtsnormen auf Organisation und Verfahren der staatlichen Entscheidungsfindung bezieht, zwei Gesichtspunkte hervorheben. Erstens werden der Prozeßcharakter der Entscheidungsfindung sowie der Einfluß, den Organisation und Verfahren auf die Ergebnisfindung und die Endentscheidung haben, herausgestellt.¹⁰⁸ Zweitens wird die Überlegung eingebracht, daß Entscheidungen, die Grundrechte einer Person betreffen, nicht in einem Verfahren gefunden werden sollen, das die Person selbst nicht als „Subjekt“ einbezieht.¹⁰⁹ Dogmatisch muß man, wenn man Rechtsbindungen aus den Freiheitsgrundrechten herleiten will, darlegen, daß und inwiefern zwischen Freiheitsgewährleistung und staatlicher Organisation bzw. staatlichem Verfahren überhaupt eine rechtlich relevante Beziehung besteht oder herstellbar ist, damit man dann auch begründen kann, welche Vorgaben jeweils herleitbar sind.

Die Grundlagen, aufgrund derer Normauslegungen über die traditionelle Eingriffsabwehr hinaus möglich werden, liefert die abstrakter angelegte Lesart des grundrechtlichen Gehalts. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung dient dies auch als Ausgangspunkt. Im Ansatz argumentiert das Gericht mit der „Ausstrahlungswirkung“, die ebenfalls für Regelungen von Organisation und Verfahren greife, so „daß Grundrechtsschutz weitgehend auch durch die Gestaltung von Verfahren zu bewirken ist und daß die Grundrechte demgemäß nicht nur das gesamte materielle, sondern auch das Verfahrensrecht beeinflussen, soweit dies für einen effektiven Grundrechtsschutz von Bedeutung ist.“¹¹⁰ Eine nähere Beziehung zwischen Freiheitsgewährleistung und staatlicher Organisation bzw. staatlichem Verfahren stellt das Gericht dadurch her, daß es beim „materiellen“ Grundrecht ansetzt und die Regelungen von Organisation und Verfahren darauf

107 Wenn man über das Übermaßverbot Verfahrenspositionen herleiten will, muß man voraussetzen, daß die staatliche Organisation und das Verfahren der Entscheidungsfindung überhaupt in die Betrachtung einzubeziehen sind. Im übrigen bestätigt sich insofern, daß dieses Prinzip bereits einen tendenziellen Systembruch enthält.

108 Vgl. aus der Literatur *Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, S. 137, Ls. 28; *Grimm*, Verfahrensfehler, S. 866 f.; *Dolderer*, Grundrechtsgehalte, S. 250 ff., 251: „Verschwimmen der Grenzen zwischen Prozeß und Produkt“. Allgemein *Wahl*, Verwaltungsverfahren, S. 160 ff.

109 Zum Beispiel ist die Entscheidung zum schweigenden Prüfungskandidaten nicht bloß im Sinne einer Vorwirkung des beeinträchtigenden Ergebnisses des Nichtbestehens der Prüfung gedacht, sondern vor allem als Verbot, den Kandidaten so zu behandeln, daß er ungewarnt mit einer Überraschungsentscheidung konfrontiert wird. Siehe BVerfGE 52, 380 (390 f.). Siehe auch BVerfGE 45, 297 (335); 53, 30 (77, 80 – Sondervotum –). Vgl. außerdem aus der Literatur *Denninger*, Staatliche Hilfe, Rn 27 ff., und allgemein zu diesem Gedanken *Wahl*, Verwaltungsverfahren, S. 161 f.

110 BVerfGE 53, 30 (65) m.w.N.

funktional bezieht: Regelungen (vor allem der Verfahren) dienen dazu, dem „Grundrecht zur Geltung zu verhelfen.“¹¹¹ Zur inhaltlichen Präzisierung wird im übrigen teilweise das Rechtsstaatsprinzip herangezogen und zu einem Grundsatz des fairen Verfahrens konkretisiert.¹¹²

Allerdings läßt sich schnell erkennen, daß es zu grundsätzlichen Schwierigkeiten führte, wenn man die normative Argumentation bei einer abstrakten Stütze oder einer unbestimmt belassenen Ausstrahlungswirkung beließe. Denn während die traditionelle Eingriffsabwehr über die dogmatische Konzeption Vorstrukturierungen und eine selektive Perspektive liefert, besitzt man, sobald man den Gehalt der Grundrechte abstrahiert und auf staatliche Entscheidungsprozesse erstrecken will, keine von vornherein feststehenden Bezugspunkte mehr, die angeben, in bezug worauf das Grundrecht überhaupt Maßstäbe enthält. Das fällt bereits dann als Problem auf, wenn es nur um das Erfordernis einer „grundrechtskonformen Auslegung und Handhabung des Verfahrensrechts“, also darum geht, „bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten des Verfahrensrechts diejenige zu wählen, die es ... ermöglicht, den Grundrechten Wirksamkeit zu verschaffen“¹¹³. Soll nicht jeder Verstoß gegen einfachrechtliche Verfahrensvorschriften eine Grundrechtsverletzung begründen, muß man präzise herleiten, welche Maßgaben das jeweils einschlägige Grundrecht enthält. Das Bundesverfassungsgericht stellt hier darauf ab, daß nur ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen, die in Erfüllung grundrechtlicher Maßgaben oder zur Sicherung des Grundrechts ergangen sind, zu einer Grundrechtsverletzung führen kann.¹¹⁴ Um die Ermittlung der grundrechtlichen Vorgaben, die zu erfüllen oder die erfüllt worden sind, kommt man damit nicht herum. Dieses Erfordernis stellt sich ohnehin spätestens dann in voller Schärfe, wenn der Schritt von der Verfahrenshandhabung zu Maßstäben für die gesetzliche Verfahrensgestaltung erfolgt. Dieser Schritt liegt bereits in der Annahme einer grundrechtlichen Determination begründet. Mit diesem Schritt wird dann deutlich erkennbar, daß man die Grundrechtsmaßgaben nicht unbestimmt als Ausstrahlungswirkung fassen kann, sondern sachbezogen spezifizieren muß. Denn anderenfalls würde tendenziell die gesamte Strukturierung von Organisation und Verfahren, die durch die gegebenen Regelungen geschaffen wird, aufgelöst.¹¹⁵ In der Idee, Organisation

111 BVerfGE 56, 216 (236). Siehe auch 53, 30 (75 – Sondervotum –).

112 Etwa BVerfGE 49, 220 (225); 60, 253 (295); 70, 297 (308 f.).

113 BVerfGE 49, 220 (235 und 243 – Sondervotum –).

114 Siehe BVerfGE 53, 30 (65 f.): „Eine solche Verletzung kommt aber dann in Betracht, wenn die Genehmigungsbehörde solche Verfahrensvorschriften außer acht läßt, die der Staat in Erfüllung seiner Pflicht zum Schutz der in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter erlassen hat.“ Ähnlich BVerfGE 56, 216 (242): „Zwar ist nicht jedem Fehler bei der Auslegung und der Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über das Asylverfahren eine verfassungsrechtliche Bedeutung beizumessen; verfassungsrechtlich relevant sind jedoch Verstöße gegen solche Regelungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers den Bestand des Asylrechts grundlegend sichern.“

115 Siehe zum Gerichtsverfahren den konsequenten Gedanken in BVerfGE 60, 253 (297), ob die Wirkung der Grundrechte auf das Verfahren es gebiete, „die allgemeinen gerichtlichen Verfahrensordnungen nach Maßgabe der jeweils in Rede stehenden subjektiven Rechte (einschließlich der Grundrechte) in ein aktionenrechtliches Verfahrensgeflecht aufzulösen.“ Dazu auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 19 Abs. IV, Rn 23; *dens.*, *Verwaltungsverfahren*, Rn 19. Vgl. dann auch BVerfGE 101, 106 (122): Aus den materiellen Grundrechten ergäben sich Anforderungen an das gerichtliche Verfahren nur dann, wenn es um besondere oder zusätzliche Maßgaben gehe, die gerade im Interesse

und Verfahren Einfluß auf die Entscheidungsfindung zuzusprechen, liegt bereits begründet, daß es grundsätzlich kaum Komponenten gibt, denen jede Relevanz abgesprochen werden kann.¹¹⁶ Das gilt vom Personaleinsatz über die Qualifikation des Personals über die Informationsermittlung und -auswertung bis hin zur Organisationsstruktur und zeitlichen Abfolge des Verfahrens. Schon insofern ergeben sich so viele verschiedene Gestaltungs- und Ablaufmöglichkeiten, daß sich kaum eine Konstellation denken läßt, für die in bestimmten Hinsichten nicht eine grundrechtsadäquatere Abarbeitung gefunden werden könnte. Berücksichtigt man dann noch Wechselwirkungen der Faktoren untereinander, entsteht eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten. Man hätte es mit einer weitgehend kontingenten Lage zu tun. Von daher überrascht es nicht, daß das Vorgehen des Gerichts, sobald die gesetzlichen Regelungen selbst grundrechtlichen Anforderungen unterstellt werden, durch das Bemühen um eine strukturierte Ausgangsbasis gekennzeichnet ist. Der Situation der Kontingenz und einer tendenziellen Durchdetermination der staatlichen Organisation und Verfahren sucht es mit Verweisen auf die Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung zu entgehen. Grundsätzlich haben sich „... konkrete Folgerungen für die Verfahrensgestaltung ... tunlichst im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens zu halten“.¹¹⁷ Im übrigen genüge eine Verfahrensregelung, „die geeignet ist, dem Grundrecht ... zur Geltung zu verhelfen“, oder es sollen aus den Grundrechten nur „elementare, rechtsstaatlich unverzichtbare Verfahrensankorderungen“ abzuleiten sein.¹¹⁸ Sowohl die Eignung als auch ein unerlässliches Minimum verweisen allerdings auf inhaltliche Maßgaben zurück, weil es sich um modale Kriterien handelt, die davon abhängen, welcher Gehalt ihnen vorgegeben wird.¹¹⁹ Im näheren hebt das Gericht schließlich auch wieder hervor, daß die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit „ihre Grenze in der speziellen Grundrechtsnorm“¹²⁰ finden soll. Die präzisere Konkretisierung des Grundrechtsgehalts und die Beantwortung der Frage, welchen Inhalt und welchen Umfang organisations- und verfahrensbezogene Individualrechte haben, lassen sich also nicht umgehen.

Gibt eine abstrakte Argumentation über die „Ausstrahlungswirkung“ oder über den

einer bestimmten Freiheitsgarantie erforderlich seien.

- 116 Vgl. dazu sowie zu den vermittelt zu konzipierenden Einflußbeziehungen des Organisationsrechts und weiterer organisatorischer Rahmenbedingungen auf die Anwendung des materiellen Rechts *Trute*, Funktionen, S. 258 f.
- 117 BVerfGE 70, 297 (309) – zu Art. 2 Abs. 2 GG und dem Rechtsstaatsprinzip bei einer gerichtlichen Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in der Psychiatrie; zuvor bereits zum Strafprozeß BVerfGE 57, 250 (276). Nachfolgend BVerfGE 86, 288 (317 ff.).
- 118 BVerfGE 56, 216 (236) und 60, 253 (295). Außerdem 73, 280 (296), die Verwirklichung der Grundrechte fordere eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung; das Verfahren (der Vergabe von Notarstellen) müsse gewährleisten, „daß tatsächlich von *allen* potentiellen Bewerbern derjenige gefunden wird, der am ehesten den gesetzten Anforderungen entspricht.“ (Hervorh.i.Orig.).
- 119 Deutlich etwa in BVerfGE 60, 253 (295), wo der Hervorhebung, daß sich aus den materiellen Grundrechten nur elementare, rechtsstaatlich unverzichtbare Verfahrensankorderungen ableiten ließen, sogleich die Ausführung folgt: „In diesem Sinne indes müssen sich jedenfalls verfahrensrechtliche Regelungen, die im Ergebnis zu einer Versagung der Anerkennung trotz politischer Verfolgung führen können, auch an Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG messen lassen.“ Damit ist man an den Ausgangspunkt eines Kreises zurückgelangt.
- 120 BVerfGE 56, 216 (236).

funktionalen Bezug des Verfahrens auf das „materielle“ Grundrecht zu wenig her, lohnt es sich, die verfassungsgerichtlichen Begründungen unter der Frage näher zu betrachten, warum welche Individualrechtsposition aus dem jeweils von der Abschlussscheidung berührten Grundrecht hergeleitet wird. Die konkrete Argumentation läßt sich gut anhand einer Entscheidung nachvollziehen, in der das Bundesverfassungsgericht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG herleitet, daß in einem gerichtlichen Zwangsversteigerungsverfahren die Entscheidung über den Zuschlag nicht im Versteigerungstermin, sondern in einem gesonderten späteren Verkündungstermin zu treffen ist, falls zwischen Grundstückswert und Meistgebot ein krasses Mißverhältnis besteht und der Schuldner im Versteigerungstermin nicht anwesend ist.¹²¹ Hinsichtlich der verfahrensabschließenden Entscheidung legt das Gericht zugrunde, daß die Zwangsversteigerung einen schwerwiegenden Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum des Schuldners darstellt. Diesem müsse zumindest die Möglichkeit erhalten bleiben, gegenüber einer unverhältnismäßigen Verschleuderung seines Grundvermögens um Rechtsschutz nachzusuchen. Zum Verfahren führt es dann aus:

„Ob zwischen Grundstückswert und Meistgebot ein krasses Mißverhältnis besteht, wird erst in dem Augenblick erkennbar, in dem das Gericht gemäß § 73 ZVG das letzte Gebot und den Schluß der Versteigerung verkündet. Frühestens zu diesem Zeitpunkt kann der Schuldner also durch einen Antrag auf Vollstreckungsschutz geltend machen, sein Grundstück werde weit unter Wert verschleudert. Andererseits endet diese Möglichkeit, sobald der Zuschlagsbeschluß verkündet ist. ... Die Befugnis, im Wege des Vollstreckungsschutzes einer Vermögensverschleuderung entgegenzutreten, kann sonach nur in der Zwischenspanne zwischen Abgabe des letzten Gebots und Erteilung des Zuschlags ausgeübt werden. Ist der Schuldner im Versteigerungstermin nicht anwesend oder vertreten, bleibt ihm diese Befugnis nur dann erhalten, wenn das Vollstreckungsgericht den Beschluß über den Zuschlag auf einen späteren Termin verschiebt.“¹²²

Das Gericht arbeitet also heraus, daß in einer bestimmten Phase des Verfahrens Wirkungen absehbar werden, die einen rigiden Eingriff in das mit der Abschlussscheidung betroffene Grundrecht bedeuteten. Da es dem Grundrechtsträger grundsätzlich zusteht, diesen Eingriff als übermäßig abzuwenden, muß sich – so die verfassungsgerichtliche Argumentation – aus dem Grundrecht auch ergeben, daß der Rechtsträger ein angemessenes Beteiligungs- und Einflußrecht an der Stelle des Verfahrens besitzt, an der die Wirkungen erkennbar werden und noch zu vermeiden sind. Es handelt sich demnach nicht um eine abstrakt entwickelbare Position. Faßt man die Argumentation allgemeiner, sollen bestimmte besondere Wirkungen, die für das mit der Endentscheidung betroffene Rechtsgut absehbar werden, durch Rechte des Betroffenen an genau dem Punkt des Verfahrens gesteuert werden, an dem die Wirkungen abzusehen und (noch) zu beeinflussen sind. Die zum Ausdruck kommende Konnexität zwischen dem von der Abschlussscheidung betroffenen Rechtsgut und der hergeleiteten Verfahrensrechtsstellung erklärt, warum das jeweils eingebundene Freiheitsrecht – und nicht Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 GG oder das Rechtsstaatsprinzip – die einschlägige Norm sein muß. Der vom Bundesverfassungsgericht gewählte Argumentationszusammenhang, der den Verlauf des

121 BVerfGE 46, 325.

122 BVerfGE 46, 325 (335 f.).

Verfahrens und die in einzelnen Abschnitten entstehenden Wirkungen im Hinblick auf das mit der Abschlußentscheidung betroffene Grundrecht aufschlüsselt, zeigt somit plausibel und konkret auf, warum sich aus dem jeweils involvierten Einzelgrundrecht welche Individualrechtsposition an welcher Stelle des Verfahrens ergibt.

In diesem Sinne lassen sich Rechtsbindungen und Individualrechte, die ein (auch) durch die Abschlußentscheidung berührtes Grundrecht hinsichtlich Organisation und Verfahren der Entscheidungsfindung hergibt, weder als isoliert herleitbare Positionen noch über eine unbestimmt belassene „Ausstrahlungswirkung“ der Freiheitsgrundrechte verstehen. Sie müssen *mittels eines Argumentationszusammenhanges* begründet werden, der eine *Beziehung* zwischen dem *Ablauf des Entscheidungsverfahrens*, insbesondere den hier entstehenden Wirkungen und Bindungen, der *Endentscheidung* und dem *Grundrecht, das mit der Entscheidungsfindung beeinträchtigt* wird, herstellt. Dadurch kann auch eine Koordination der rechtlichen Bindungen hinsichtlich des Entscheidungsprozesses einerseits und hinsichtlich der Sachentscheidung andererseits geleistet werden.¹²³ Welches verfahrensbezogene Individualrecht sich dem Einzelgrundrecht – und gerade dem Einzelgrundrecht – entnehmen läßt, ist infolgedessen nur auf einer *relativ sachnahen Stufe* bestimmbar und nicht abstrakt von vornherein festgelegt.¹²⁴ So sind in den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen die Einrichtung und Durchführung eines Verfahrens überhaupt¹²⁵, die Unterrichtung und Information Betroffener¹²⁶, die Beteiligung und die angemessene Möglichkeit von Stellungnahmen¹²⁷, die Verteilung von Darlegungs- und Beweislasten¹²⁸ und auch die Entscheidung durch die zuständige Behörde, wenn deren Zuständigkeit in besonderem Zusammenhang mit dem Grundrecht steht¹²⁹, als grundrechtsrelevante Komponenten herausgearbeitet worden.¹³⁰ Dabei handelt es sich aber weder um abschließend aufgelistete Gesichtspunkte noch gewinnt jede dieser Komponenten in jedem Verfahren gleichermaßen Grundrechtsrelevanz.

Will man aus den Grundrechtsnormen organisations- und verfahrensbezogene Maßgaben und Individualrechte entwickeln, werden somit *eigenständige inhaltliche Begründungen* und ein *dogmatisch umgeformter Zugang* erforderlich. Ausgehend von der je-

123 Da das gestufte Verhältnis zwischen sachlicher Endentscheidung und Verfahren bei der Grundrechtsrelevanz des Verfahrens erhalten bleibt, bleibt die Frage bedeutsam, welche Reaktion sich an Verstöße gegen grundrechtsrelevante Verfahrenspositionen knüpfen muß oder knüpfen darf. Dazu ausführlich *Lübbe-Wolff*, Stufen des Grundrechtsschutzes, passim; *Held*, Grundrechtsbezug, S. 193 ff.

124 Zur Notwendigkeit einer sachnahen und bereichsspezifischen Sicht siehe auch *Wahl*, Verwaltungsverfahren, S. 171 ff. Außerdem, dies vorrangig zur (einfach)gesetzlichen Ebene, *Schmidt-Aßmann*, Verfahrensgedanke, S. 30 f.

125 BVerfGE 53, 30 (78 – Sondervotum –); 60, 253 (295 f.); 73, 280 (296); 77, 170 (229).

126 BVerfGE 52, 380 (389 ff.); 73, 280 (296). Vgl. auch 49, 220 (227).

127 BVerfGE 53, 30 (66, 79 ff. – Sondervotum –); 77, 170 (229 f.); 99, 145 (162 ff.).

128 BVerfGE 89, 276 (289 ff.); 97, 169 (179); 99, 185 (198 ff.).

129 BVerfGE 56, 216 (242, 238) vor dem Hintergrund, daß es einer „zentralen Behörde mit sachverständigem Personal ... am ehesten möglich (ist), Behauptungen der Asylsuchenden über Vorgänge und Verhältnisse im Ausland zu überprüfen und aufzuklären.“

130 Siehe auch die – unterschiedlich weitreichenden – Überlegungen bei *Blümel*, Grundrechtsschutz, S. 36 ff.; *Hufen*, Heilung, S. 2162 f.; *Laubinger*, Grundrechtsschutz, S. 74 ff.; *Grimm*, Verfahrensfehler, S. 869 f.; *Denninger*, Staatliche Hilfe, Rn 26 ff.

weils einschlägigen Gewährleistung benötigt man eine normkonkretisierende Argumentation – oder genauer: einen regelmäßig mehrschrittigen Argumentationszusammenhang –, über die man von der Freiheitsgewährleistung her einen Bezug zu den Prozessen staatlicher Entscheidungsfindung herstellt. Der Grundrechtsgehalt ist – dies hier allerdings über eine die Bezugspunkte und Rechtsbindungen immer schon präzisierende Konkretisierung – so zu erstrecken, daß er quer über den Entscheidungsprozessen liegt.¹³¹ Dann lassen sich Rechte des Einzelnen entfalten und spezifizieren, die *im* jeweiligen Entscheidungsprozeß bestehen. Mit der konkretisierenden Argumentation wird dementsprechend begründet, daß die Gewährleistung „unmittelbare“ Rechtsbindungen für die staatliche Organisation sowie das staatliche Verfahren enthält und genuin organisations- und verfahrensbezogene Individualrechte vermitteln kann.¹³² Die individuelle Position läßt sich dann nur als normativ bestimmte und begrenzte Position denken. Das gilt um so mehr, als Organisation und Verfahren – anders als eine punktualisierbare Endentscheidung – regelmäßig nicht mehr allein das Individuum betreffen, sondern nur in mehrdimensionaler Perspektive faßbar sind. Von daher erschließt sich auch, daß man der Gesetzgebung eine Ausgestaltungskompetenz zuschreibt, aufgrund derer die individuelle Verfahrensrechtsstellung wegen der Rechte anderer und wegen sonstiger Belange von vornherein begrenzt sein kann.¹³³ Mit all dem zeigt sich auch hinsichtlich der Entwicklung grundrechtlicher Bindungen für die staatliche Organisation und die Verfahren der Entscheidungsfindung, daß die inhaltliche Erweiterung des Normgehalts neue dogmatische Anforderungen mit sich bringt und mit grundlegenden dogmatischen Umstellungen einhergeht.

V. Die Konkretisierung individueller Leistungsrechte

Nach den bisherigen Ausführungen können die Inhalte der Grundrechtsgewährleistungen aufgrund der Abstraktion des Normgehalts vielfältiger angelegt werden, indem man die objektivrechtlichen Aussagen mit Sinnbezügen anreichert, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausweisen. Es handelt sich bei den erörterten Linien nicht schlicht um

- 131 Vgl. auch bereits oben im Text dieses Punktes zur zweiten Konstellation der zu differenzierenden Fallgruppen.
- 132 Vgl. dazu auch *Hufen*, Heilung, S. 2164: Grundrechte wirkten „als funktionale und gleichwohl auf den Schutz des einzelnen bezogene Garantien in die Entscheidungs- und Wirkungsprozesse des politisch-administrativen Systems hinein“; sie lägen „dem staatlichen Verfahren nicht voraus und gewissermaßen gegenüber“, sondern gälten „innerhalb des Verfahrens“. Daher vermitteln sie dem Grundrechtshaber im Verfahren „originäre Grundrechtspositionen“. *Hufen* hebt zugleich den Sinn der Anknüpfung bei den Grundrechten – statt bei Art. 19 IV oder Art. 103 GG – hervor.
- 133 Siehe etwa BVerfGE 60, 253 (295 f.): Die Verwirklichung des Asylrechts sei nicht der alleinige Zweck des Asylverfahrens; neben der Abwehr unberechtigter Asylbegehren diene es auch bei begründeten Ansprüchen der Rechtssicherheit. Im Ergebnis wird die Zurechnung des Verschuldens eines Bevollmächtigten als verfassungsmäßig anerkannt. Außerdem BVerfGE 77, 170 (229 f.): Der Gestaltungsspielraum ermögliche es dem Gesetzgeber, widerstreitende öffentliche und private Belange und Interessen (hier die Geheimhaltung militärisch bedeutsamer Tatsachen) in Rechnung zu stellen. Vgl. zur gesetzgeberischen Konkretisierungskompetenz außerdem etwa v. *Mutius*, Grundrechtsschutz, S. 2157 ff.; *Krebs*, Kompensation, S. 115 f.; *Pietzcker*, Verwaltungsverfahren, S. 207 ff., bes. 209.

eindimensionale Ergänzungen, sondern um die Einführung verschiedener Ebenen und neuer Perspektiven in das Normverständnis. Daß der Individualschutz davon nicht unberührt bleiben kann, ist bereits angeführt worden. Die Individualrechtsebene soll im weiteren unter dem Leitfaden der Kategorien Leistung und Eingriff noch näher aufgegriffen werden. Das ist auch vor dem Hintergrund von Interesse, daß man an der Differenz von Leistung und Eingriff regelmäßig unterschiedliche dogmatische Vorgehensweisen festmacht. Die bisherigen Überlegungen lassen allerdings vermuten, daß die recht schroffe Differenzierung, die mit diesen Kategorien zum Teil verbunden wird, nicht gerechtfertigt ist.

Mit der Abstraktion des Grundrechtsgehalts werden neben der Verpflichtung, Eingriffe zu unterlassen, Verpflichtungen und Individualrechte begründbar, die sich auf eine *staatliche Leistung* im weiteren Sinne¹³⁴ richten. Der jeweilige Inhalt ist vielfältig. Er kann sich etwa als grundrechtsunmittelbares oder derivatives Leistungsrecht im engeren Sinne auf finanzielle Unterstützung oder einen Güter-Transfer beziehen. Er kann die Einrichtung und Ausgestaltung organisatorischer Strukturen oder von Verfahren betreffen. Er kann auf die staatliche Gewährleistung von Schutz bei Beeinträchtigungen durch Dritte gerichtet sein.¹³⁵ Daß bei dieser – uneinheitlich verwendeten – Terminologie Überschneidungen erkennbar sind, liegt daran, daß man mit den abstrahierten objektivrechtlichen Normaussagen ansetzt und bei deren Konkretisierung verschiedene Perspektiven und Bezugspunkte focussieren kann, die sich verflechten.

Vergleicht man die Begründbarkeit von Leistungsrechten mit der „klassischen“ Eingriffsabwehr, läßt sich eine Differenz der dogmatischen Herangehensweisen und Anforderungen deutlich herausarbeiten.¹³⁶ Im traditionellen Konzept der Eingriffsabwehr operiert man mit einer unbestimmt belassenen Freiheitssphäre und diese umrahmenden Freiheitsrechten, die diese Sphäre gegen staatliche Eingriffe schützen. Der Eingriff liegt dem Abwehranspruch prinzipiell voraus; er wird in einer bestimmten Form staatsseitig konkretisiert. Der Schwerpunkt liegt nicht auf dem Gewährleistungsinhalt, sondern auf dem – präzise zu fassenden – Eingriff, der als solcher eine abwehrfähige bzw. rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung darstellt. Der Anspruch auf Unterlassen ist begründet, wenn der Eingriff den – ursprünglich grundsätzlich rechtsstaatlich-, formalen¹³⁷ – verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht standhält, und hat dann im Unterlassen genau dieses Eingriffs sein definites verfassungsmäßiges Gegenteil. Ein Anspruch auf posi-

134 Zur Terminologie *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 65 IV 3 (S. 569 ff.), § 67 II 1 (S. 697 ff.).

135 Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung etwa: BVerfGE 33, 303 (330 ff.) – zu Teilhaberechten aus Art. 12 Abs. 1 GG –; 35, 79 (114 ff.); 85, 360 (382, 384); 95, 193 (209 ff.) – zu Teilhabeberechtigungen aus Art. 5 Abs. 3 GG; 75, 40 (61 ff.); 90, 107 (114 ff.) – zur Privatschulförderung –; 80, 124 (133 ff.) – zu den Bindungen bei staatlichen Maßnahmen zur Förderung der Presse –. Zu staatlichen Schutzpflichten vgl.: 39, 1 (36 ff.); 46, 160 (164 f.); 49, 89 (141 ff.); 53, 30 (57 ff.); 56, 54 (68 ff.); 57, 70 (99); 57, 250 (284 f.); 76, 1 (49 ff.); 77, 170 (229 f., 235 ff. – Sondervotum –); 77, 381 (402 ff.); 79, 174 (201 f.); 81, 242 (254 ff.); 84, 133 (146 f.); 85, 191 (212 f.); 87, 363 (386); 88, 203 (251 ff.); 92, 26 (46 f.); 93, 1 (16); 96, (63 ff.); 103, 89 (100 ff.); 105, 331 (346 ff.). Ein umfassender Überblick findet sich bei *Szczekalla*, Schutzpflichten, S. 92 ff.

136 Vgl. zum folgenden auch *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 40 ff.

137 Siehe oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A., mit Fn 23, daß das Übermaßverbot mit dem Ausbau des Verhältnismäßigkeits-Elements bereits eine gewisse Umorientierung erzwingt.

tive Leistung macht demgegenüber etwas geltend, was vom Staat zukünftig noch zu erbringen sein soll. Er wird zunächst lediglich durch das klägerische Begehren konkretisiert. Ob dieses Begehren grundrechtlich begründet ist, kann nur aus der Grundrechtsnorm ermittelt werden. Dies wird aber erschwert durch die regelmäßig schon textlich konstaterbare und mit der auf eine abstrakte Ebene geführten Interpretation der Gewährleistungen – ihrerseits Bedingung der Möglichkeit neuartiger Individualrechte – noch forcierte Unbestimmtheit und Prinzipienhaltigkeit der Norm. Man steht damit vor einem Problem, das im „klassischen“ Eingriffsabwehrdenken durch das dogmatische Konzept abgemildert wird, das das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip trägt.

Die Unsicherheiten lassen sich an drei Aspekten festmachen.¹³⁸ Der erste Punkt betrifft den grundsätzlichen *Inhalt* eines individuellen Leistungsrechts, wobei immer noch die Bestimmbarkeit auf unterschiedlichen Abstraktionsstufen hinzukommt (Recht auf Beteiligung – Recht auf Mitsprache in einem ganz bestimmten Gremium). Der zweite Punkt betrifft den *Umfang* einer im grundsätzlichen Inhalt anerkannten Position. Der dritte Punkt betrifft die *Maßnahmen*, die die Erfüllung einer Leistung bewirken. Die Aspekte sind ersichtlich interdependent. Für Grundrechtsnormen sind sie trotzdem gerade deshalb zu unterscheiden, weil sie wegen deren Offenheit nicht zusammenzufallen brauchen.

Es erscheint wie das Bemühen um eine dogmatische Parallelisierung des leistungrechtlichen Bereichs zum im Abwehrbereich eingesetzten Konstrukt der „prinzipiell unbegrenzten Freiheit“, wenn man die Unsicherheiten mit generalisierenden „formalen“ Strategien anzugehen versucht. Zum einen wird die Ansicht vertreten, Grundrechte gewährleisten in leistungrechtlicher Hinsicht lediglich einen „Minimalstandard“. Zum anderen wird eine Konzeption der Optimierung verfolgt.

Die Begrenzung des grundrechtlichen Individualschutzes auf eine *Position des Minimalstandards*¹³⁹ scheint auf den ersten Blick schon deshalb wenig weiterzuhelfen, weil eine „Mindestposition“ auf das Grundrecht zurückverweist und insofern bereits davon abhängt, welcher Gehalt diesem zukommt. Das grundrechtlich geforderte Minimum wird allerdings im näheren mit unterschiedlichen Begründungen auf einen scheinbar bestimmten Inhalt spezifiziert. Zum einen stellt man auf die Überlegung ab, daß der abwehrrechtliche Gehalt als Bewahranspruch gegen ein bestimmtes staatliches Verhalten, nämlich einen erfolgten oder beabsichtigten Eingriffsakt, gerichtet ist und daher im Unterlassen dieses Aktes ein definites verfassungsmäßiges Gegenteil besitzt, wohingegen es zur Erfüllung einer Leistungs- oder Schutzpflicht eine indefinite Vielfalt verfassungsmäßiger Alternativen gibt. Deshalb soll ein Leistungs- oder Schutzanspruch nur im Falle einer Verengung der Handlungsmöglichkeiten zu (Mindest)Maßnahmen bestehen. Zum ande-

138 Vgl. auch insgesamt Böckenförde, Die sozialen Grundrechte, S. 10 ff. Siehe bes. S. 13: „Die einzelnen Freiheitsgrundrechte, verstanden als soziale Leistungsansprüche, enthalten in sich kein Maß für den Umfang ihrer Gewährleistung.“

139 Vgl. etwa Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, S. 94, und im weiteren mit zahlreichen Beispielen unterschiedlicher Art, etwa dem Minimalstandard des Anspruchs auf soziale Hilfeleistung, S. 95 ff., positiver Schutzansprüche (hier: polizeiliches Einschreiten), S. 103 ff., grundrechtlicher Genehmigungabwehransprüche, S. 108 ff., oder des Anspruchs auf institutionelle Sicherung grundrechtlicher Freiheit, S. 117 ff. Übergreifend auch Grimm, Rückkehr, S. 238 ff. Zu Verfahrensrechten ders., Verfahrensfehler, S. 867, 869 f.; Dolde, Grundrechtsschutz, S. 70.

ren wird ein Anspruch (nur) im Bereich eines „Untermaßverbots“¹⁴⁰ angenommen. Die beiden unterschiedlichen Erwägungen verweisen schon auf das fundamentale Problem, das im Begriff der Mindestposition vorschnell überspielt werden könnte. Der Begriff symbolisiert, daß sich unter der Prämisse eines Minimalstandards konkrete staatliche Pflichten herauskristalisieren, die sich dann individualrechtlich erfassen und durchsetzen lassen. Tatsächlich ist das nicht unbedingt, vielleicht sogar regelmäßig nicht der Fall. Je kleiner der geforderte Schutzzumfang, desto größer können die Handlungsmöglichkeiten sein, um dieses Maß an Schutz zu realisieren, und umgekehrt verdichten sich Mindestmaßnahmen um so eher, je größer der Schutzzumfang angesetzt wird. Deshalb fällt etwa im Falle der Verbürgung von Schutz gegen Beeinträchtigungen Dritter eine Verengung zu ganz bestimmten Handlungspflichten nicht ohne weiteres mit einem Minimalinhalt und -umfang des Individualanspruchs zusammen. Stellt man dagegen auf einen Minimalinhalt und -umfang der Individualrechtsposition ab, ist gerade nicht gesichert, daß sich zugleich ganz bestimmte Handlungspflichten und Maßnahmen formulieren lassen. Auch stößt die Ansicht, daß Judikative und Exekutive einen Anspruch im Bereich eines „Untermaßverbots“ eigenständig umsetzen können¹⁴¹, zumindest dann auf Grenzen, wenn dessen Durchsetzung mit einer Beeinträchtigung der Rechte Dritter verbunden ist.¹⁴² Mit der Annahme einer bloßen „Mindestposition“ gewinnt man also kein Konzept, das aus dem Ansatz heraus eine inhaltliche Spezifizierung im erwünschten Sinne leisten könnte. Insoweit entfällt dann aber die Begründung, die die generalisierende Reduktion grundrechtlicher Verbürgungen auf einen Minimalstandard tragen soll. Man bleibt auf die Norm angewiesen, um zu ermitteln, welche Rechtsbindungen sich präzisieren lassen; ob diese Bindungen auf ein Minimum im inhaltlichen Sinne hinauslaufen oder nicht, ergibt sich aus der Norm und nicht als Prinzip.

Eine umgekehrte Strategie, nämlich die der Ausdehnung grundrechtlicher Verbürgungen in Richtung einer *Optimierung*, wird insbesondere für den Schutz bei Beeinträchtigungen Dritter vertreten. Grundrechtsgeboten sei umfassender, effektiver oder optimaler Schutz. Begründet wird dies damit, daß sich Schutzansprüche auf die Bewahrung (statt auf die Herstellung) eines Rechtsbestandes vor Minderung durch das Verhalten Dritter bezögen und insofern der Eingriffsabwehr ähnelten.¹⁴³ Auf die Wahrung des Grund-

140 Canaris, Grundrechte, S. 228, 245; Scherzberg, Grundrechtsschutz, S. 208 ff., 219 ff.; Ruffert, Vorang, S. 215 ff. Ähnlich auch Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, S. 94. Mit dem – veränderten – Bezugspunkt der Verpflichtung zu „wirksamem“ Schutz wird das Untermaßverbot etwa bei H.H. Klein, Grundrechtliche Schutzpflicht, S. 495, eingesetzt. In diesem Sinne findet es sich auch in BVerfGE 88, 203 (254). Jeweils kritisch zum Topos des „Untermaßverbots“ Hain, Gesetzgeber, S. 983 f., und Dietlein, Untermaßverbot, S. 132 ff.; Unruh, Dogmatik, S. 83 ff.; Gellermann, Grundrechte, S. 342 ff.

141 So Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, S. 97 (zum Existenzminimum): „Falls der Gesetzgeber keine hinreichenden Anspruchsregelungen trifft oder ein solches Gesetzesdefizit zumindest möglich erscheint, müssen die Gerichte ... über den grundrechtlichen Minimalstandard entscheiden.“ Ähnlich Grimm, Rückkehr, S. 239. Für Verfahrensbeteiligungen ders., Verfahrensfehler, S. 867 f., 869; Dolde, Grundrechtsschutz, S. 70. Vgl. auch einschränkend und mit Überlegungen zur richterrechtlichen Rechtsschöpfung Wahl, Abhängigkeit, S. 647 ff.

142 Das wird unter dem Stichwort „Schutzpflicht als Eingriffstitel“ behandelt. Vgl. Wahl/Masing, Schutz durch Eingriff, S. 553 ff.; Preu, Freiheitsgefährdung, S. 266 ff.; Dietlein, Lehre, S. 67 ff., 109 f.

143 Etwa Isensee, Sicherheit, S. 22; ders., Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 89, 93 ff. und zum Optimie-

rechts, dies durch positive staatliche Vorkehrungen, sind Leistungsrechte allerdings, sofern sie überhaupt grundrechtlich begründet werden können, sämtlich bezogen.¹⁴⁴ Gemeint ist bei einer Differenzierung von Schutzansprüchen und sonstigen Leistungsrechten auch nicht der Bezug auf das Grundrecht, sondern ein Bezug auf einen vorhandenen (Freiheits)Bestand, der grundrechtlich geschützt sein soll. Der Bezug auf einen vorhandenen Bestand entsteht im „klassischen“ Abwehrkonzept allerdings gerade *nicht* über den grundrechtlichen Schutzgegenstand selbst, sondern über die dogmatische Gesamtkonzeption und über den staatlichen Eingriff, der eine punktuelle Perspektive fixiert. In der fortlaufenden gesellschaftlichen Realität existieren Freiheitschancen und selbst Schutzgegenstände wie die körperliche Unversehrtheit demgegenüber nicht als fester, gleichsam aufsummierbarer Bestand.¹⁴⁵ Es wäre ein möglicherweise durch die Dogmatik der Abwehr staatlicher Eingriffe erzeugter Irrtum, wenn man meinte, Grundrechte schützten faktisch je Vorhandenes als Rechtsbestand. Wäre dies so, wäre die „Dreieckskonstellation“, mit der man Schutzverbürgungen Eingriffsabwehrrechten nahezubringen versucht, beliebig zu erzeugen. Tatsächlich steht bei Schutzbegehren erstens nicht fest, welche und wie weitgehend Entfaltungschancen gegen Minderungen zu schützen sind, und zweitens steht nicht fest, was als „Eingriff“ Dritter bezeichnet, wann also überhaupt bei einer Minderung vormals gegebener Chancen durch ein Verhalten Dritter staatlicher Schutz beansprucht werden kann. Das wird sofort erkennbar an der Überlegung, ob die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG Schutzansprüche gegen Beeinträchtigungen Dritter gewährt¹⁴⁶. Die Dreieckskonstellation ist daher in ihrer Begrenztheit keine quasi-ontische Gegebenheit, sondern eine – unter Umständen gar nicht passende¹⁴⁷ – Konstruktion, die voraussetzt, daß man schon eine Rechtsbeziehung zwischen Betroffenen, Staat und Drittem begründet hat und „zwischen bestimmten Geschehnissen und bestimmten Rechtssubjekten eine rechtliche Beziehung“¹⁴⁸ geschaffen ist. Die Frage, was auf welche Weise aufgrund der grundrechtlichen Verbürgung zu schützen ist, also die Ermittlung von Inhalt, Umfang und etwaigen staatlichen Verhaltenspflichten, stellt sich deshalb – ohne daß Eigenheiten je nach Art des Anspruchs negiert werden sol-

rungsgebot Rn 138, vgl. aber auch Rn 162 und 165, dann zur Subjektivierung: Rn 183 ff. Vgl. außerdem *Hermes*, Grundrecht, S. 118 ff.; *E. Klein*, Schutzpflicht, S. 1639. Diese Sicht ist nicht zu wechseln mit dem Ansatz, der Beeinträchtigungen Dritter als einen dem Staat zuzurechnenden Eingriff erfassen will, vgl. bereits oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.I. mit Fn 45.

144 Vgl. etwa BVerfGE 35, 79 (115 f.) – zu Teilhabeberechtigungen aus Art. 5 Abs. 3 GG – oder 75, 40 (62 ff.); 90, 107 (114 ff.) – zur Privatschulförderung –. Aus der Literatur: Zur Wissenschaftsfreiheit *Trute*, Forschung, S. 420 ff.; zur Privatschulförderung *Müller/Pieroth/Fohmann*, Leistungsrechte, passim. Gleichmaßen ist etwa die über materielle Unterstützung erfolgende Sicherung menschwürdiger Existenz auf die Wahrung der Menschenwürde oder grundlegender Chancen der Persönlichkeitsentfaltung bezogen.

145 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

146 Vgl. bejahend *Robbers*, Sicherheit, S. 195 ff., 199 ff.

147 So kann der Dreieckscharakter etwa in komplexen Planungs- und Genehmigungsverfahren inadäquat sein, wenn viele heterogene Interessen auszugleichen sind, die sich regelmäßig nicht in viele Dreiecke auflösen, sondern nur in einer Netzwerkfigur koordinieren lassen.

148 BVerwGE 54, 211 (221), zur Frage, ob die persönliche Entfaltungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG Rechte gegen die Ausweisung einer zunächst unter Landschaftsschutz stehenden Fläche als Gebiet baulicher und gewerblicher Nutzung begründet.

len – bei Schutzansprüchen im Grundsatz nicht anders und nicht einfacher als bei anderen Leistungsrechten auch. Das spiegelt sich dann auch – nicht überraschend – darin wider, daß über das dogmatische Vorgehen bei der inhaltlichen Spezifizierung von Schutzansprüchen keine Einigkeit besteht. Zum Teil setzt man den zur Integrität des Schutzgegenstandes erforderlichen Schutz in Symmetrie zum abwehrrechtlichen Gehalt umfassend an, so daß einem Gesetz, das etwa wegen der Rechte anderer hinter diesem Schutz zurückbleibt, schutzreduzierende und damit eingriffsähnliche Wirkung zugesprochen wird.¹⁴⁹ Zum Teil wird der Schutzzumfang mit immanenten Begrenzungen ermittelt, indem man sich unter anderem an einer verhältnismäßigen Zuordnung der in einer gegebenen Konstellation einschlägigen Rechtsgüter orientiert.¹⁵⁰ Unabhängig von der dogmatischen Konstruktion hat man damit zu kämpfen, daß eine Parallelisierung zum Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ gar nicht möglich ist und die Ermittlung von Inhalt und Umfang der Individualrechtsposition nicht dadurch erleichtert werden kann, daß man die Steigerung des Gewährleisteten ins Umfassende oder Optimierte unterstellt.

Es ergeben sich somit erhebliche Zweifel, ob man „formale“ Prinzipien nutzen kann, um sich die Bestimmung der Gewährleistungsinhalte und der individuellen Rechte zu erleichtern. Die Orientierung an einem Mindeststandard oder an einem Optimum macht nur dann Sinn, wenn sich aus diesen Formeln Aussagen ergeben, die über die Tatsache, daß Individualrechte nur in dem Inhalt und in dem Umfang herleitbar sind, in dem die Norm Rechtsbindungen hergibt, hinausgehen. Solche Aussagen könnten sich nur über eine dogmatische Konzeption ergeben, die aus mehr Komponenten als der Norm selbst besteht. In diesem Sinne lebt das im Eingriffsabwehrbereich eingesetzte Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ aus einer dogmatischen Gesamtkonzeption, deren Schwerpunkt gar nicht auf den Grundrechtssätzen selbst liegt. Die damit erreichte dogmatische Leistung ist deshalb nicht in Bereiche übersetzbar, in denen man bei der Konkretisierung der staatlichen Pflichten und individuellen Rechte auf die Aussagen der Grundrechtsgewährleistungen verwiesen wird.

Muß man sich auf die Norm konzentrieren, kann man Orientierungshilfen nur aus normtheoretischen Überlegungen gewinnen. Leistungsrechte oder Ansprüche auf ein bestimmtes staatliches Handeln lassen sich als subjektive Rechte auf die *objektivrechtlichen Aussagen* einer Grundrechtsnorm stützen, soweit diesen ein *individualschützender Charakter* zukommt. Zugleich müssen sich die grundrechtlichen Maßgaben, um gegebenenfalls individualrechtlich durchsetzbar zu sein, zu *konkreten staatsgerichteten Geboten verdichten*.¹⁵¹ Ob und inwieweit sich eine solche Verdichtung begründen läßt, hängt insbesondere vom Regelungsfeld ab, in bezug auf das inhaltliche Determinanten aus den Grundrechtsnormen entwickelt werden sollen. Indem der objektivrechtliche Gehalt über

149 Siehe etwa die Formulierung bei *Schwerdtfeger*, Grundrechtlicher Drittschutz, S. 9: „Bis zur Grenze des Art. 19 II GG kann der Schutzanspruch des Dritten über den Gesetzesvorbehalt des Art. 2 II 2 GG eingeschränkt werden.“ Siehe auch *E. Klein*, Schutzpflicht, S. 1638. Vgl. außerdem *Borowski*, Leistungsrechte, bes. S. 325 ff.

150 So etwa *Hermes*, Grundrecht, S. 240 ff.

151 Insoweit vgl. auch *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1136, und *H.H. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht, S. 496.

das traditionelle Verständnis hinausweisende, komplexe und unter Umständen auf mehreren Ebenen angelegte Sinnbezüge gewinnt, können spezifizierte Rechtsbindungen – wie bereits die Ausführungen zu den grundrechtlichen Bindungen staatlicher Organisation und Verfahren gezeigt haben¹⁵² – in sehr differenzierter Weise auf unterschiedlichen Ebenen und hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte ausarbeitbar sein. Insofern kann sich in bezug auf den Inhalt und Umfang von Leistungsrechten ein durchaus vielfältiges Bild ergeben.

Anschauliche Beispiele für die differenzierte Konkretisierung von Rechtsbindungen und leistungsrechtlicher Gehalte bieten *Maßstabsetzungen auf zweiter Stufe* in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. So unterstellt es staatliche Fördermaßnahmen für die Presse grundrechtlichen Vorgaben:

„Es ist ... anerkannt, daß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht nur ein subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die Pressefreiheit enthält, sondern auch als objektive Grundsatznorm die Freiheitlichkeit des Pressewesens insgesamt garantiert. ... In dieser Eigenschaft erlegt das Grundrecht dem Staat eine Schutzpflicht für die Presse auf und bindet ihn bei allen Maßnahmen, die er zur Förderung der Presse ergreift. Daraus folgt allerdings für den einzelnen Träger der Pressefreiheit noch kein grundrechtlicher Anspruch auf staatliche Förderung. Wenn sich der Staat jedoch, ohne verfassungsrechtlich dazu verpflichtet zu sein, zu Fördermaßnahmen für die Presse entschließt, ... verlangt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, daß jede Einflußnahme auf Inhalt und Gestaltung einzelner Presseerzeugnisse sowie Verzerrungen des publizistischen Wettbewerbs insgesamt vermieden werden. ... Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG begründet im Förderungsbereich für den Staat ... eine inhaltliche Neutralitätspflicht, die jede Differenzierung nach Meinungsinhalten verbietet. Dieser Neutralitätspflicht des Staates entspricht auf seiten des Trägers der Pressefreiheit ein subjektives Abwehrrecht gegen die mit staatlichen Fördermaßnahmen etwa verbundenen inhaltslenkenden Wirkungen sowie ein Anspruch auf Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb.“¹⁵³

Ähnlich werden aus der Rundfunkfreiheit Rechte der Anstalten auf Gewährleistung der Finanzierung ihrer Aufgabenerfüllung hergeleitet.

„Als Freiheitsrecht gewährt dieses Grundrecht seinem Träger grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Zuwendungen zur Ermöglichung der Grundrechtsausübung. ... Der Rundfunk bedarf ... einer gesetzlichen Ordnung, die sicherstellt, daß er den verfassungsrechtlich vorausgesetzten Dienst leistet. ... Bei der Ausgestaltung dieser Ordnung genießt der Gesetzgeber weitgehende Freiheit. Wenn er sich im Interesse der freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung aber entschließt, die Rundfunkveranstaltung ganz oder zum Teil öffentlichrechtlichen Anstalten anzuvertrauen, dann ist er von Verfassungen wegen nicht nur gehalten, deren grundrechtliche Freiheit zu respektieren. Er hat vielmehr auch die Pflicht, ihnen die zur Erfüllung der Aufgabe erforderlichen finanziellen Mittel zur Verfügung zu stellen. ... Dieser Pflicht des Gesetzgebers, die Finanzierung der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten zu gewährleisten, entspricht ein ebenfalls aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgendes Recht der Anstalten, die zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Mittel zu erhalten.“¹⁵⁴

152 Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Denninger*, Staatliche Hilfe, Rn 26 ff., zum Erfordernis inhaltlicher Begründung organisations- und verfahrensbezogener Individualrechte.

153 BVerfGE 80, 124 (133 f.).

154 BVerfGE 87, 181 (197 f.).

Gerade wenn die Norm in den Mittelpunkt rückt, drängt sich angesichts ihrer Konkretisierungsbedürftigkeit die Frage auf, wem die Kompetenz zur Konkretisierung zusteht. Dabei ist es zumindest kein fernliegender Gedanke, bei der Spezifizierung der Gewährleistungsinhalte neben rein inhaltlichen Begründungsmustern auch „funktionellrechtliche“ Argumente in Betracht ziehen. Dies wird zunehmend vorgeschlagen, um eine angemessene Verteilung der Entscheidungskompetenzen sicherzustellen. Dogmatisch kann dies dadurch abgestützt werden, daß man die Gesetzesvorbehalte als *Zuweisung einer Konkretisierungskompetenz* an die Gesetzgebung versteht.¹⁵⁵ Während eingreifende oder zu einem Eingriff ermächtigende Gesetze die grundrechtliche Gewährleistung durch Begrenzung spezifizieren, konkretisieren Gesetze, die Leistungsansprüche vermitteln, den grundrechtlichen Gehalt zu in Inhalt und Umfang bestimmten Rechten. Daher kann man daran denken, den sachlichen Gehalt der Grundrechtsnormen und die sich ergebenden Rechtsbindungen *funktionsspezifisch* aufzuarbeiten.¹⁵⁶ Wählt man einen solchen Ansatz, wirkt sich dies auf die subjektivrechtliche Durchsetzbarkeit der objektivrechtlichen Maßstäbe bzw. auf den grundrechtlichen Individualanspruch aus. Gegenüber der *Gesetzgebung* ergibt sich außerhalb bestimmbarer Handlungsaufträge¹⁵⁷ ein grundrechtlicher Anspruch auf Erlass oder auch auf Nachbesserung gesetzlicher Vorgaben nur unter begrenzten Voraussetzungen.¹⁵⁸ Wie oben schon angeschnitten, können dabei unter Umständen Konkretisierungsstufen unterschieden werden. Eine noch ganz undeterminierte Situation bietet für die Selektion von Anknüpfungspunkten und die Entwicklung von Kontrollmaßstäben kaum eine gesicherte Handhabe, so daß gegebenenfalls nur ein Regelungsbedarf als solcher konstatiert werden kann. Wenn sich bereits eine Sachkonstellation mit gesetzten Koordinaten und den jeweils involvierten Belangen herauskristallisiert hat, mag man eingehendere Maßstäbe begründen und einsetzen können. Soweit die gesetzgeberische Konkretisierungskompetenz reicht, erfaßt sie jedenfalls nicht nur die Frage, welche Maßnahmen zu treffen sind, sondern insbesondere auch die Entscheidung darüber, in welchem konkreten Inhalt und in welchem konkreten Umfang ein grundrechtlich thematisiertes Schutzgut gefördert oder geschützt wird. Das ist nicht anders als bei eingrenzenden bzw. zu Eingriffen ermächtigenden Regelungen auch und Resultat einer Entscheidung, die regelmäßig eine Vielzahl von Belangen zu berücksichtigen und

155 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

156 Vgl. für den Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren v. *Mutius*, Grundrechtsschutz, S. 2157 f. Siehe auch für Schutzpflichten – allerdings auf der Grundlage einer Mindestposition – *Wahl/Masing*, Schutz durch Eingriff, S. 559 f. Übergreifend und mit weitreichenden Thesen *Bender*, Befugnis, S. 253 ff., 270 ff.

157 Siehe etwa BVerfGE 25, 167 (179 ff.).

158 Siehe dazu BVerfGE 56, 54 (80 f.); 85, 191 (212 f.); 90, 107 (117); 92, 26 (46); BVerfG, NJW 1983, 2931 (2932), und NJW 87, 2287 (2287) – Kammerbeschlüsse –, jeweils mit der Kontrollformel, ob gänzliche Untätigkeit oder evidente Unzulänglichkeit getroffener Maßnahmen konstatiert werden muß. Vgl. weiter BVerfGE 88, 203 (254 ff., bes. 261 ff.), wo in ausdrücklicher Abgrenzung gegen die eben genannte Kontrollformel das „Untermaßverbot“ herangezogen und der Umfang des dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums von Faktoren verschiedener Art, in besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, von der Möglichkeit hinreichend sicherer Urteile und von der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter, abhängig gemacht wird.

zu koordinieren hat.¹⁵⁹ Im Hinblick auf *Exekutive und Judikative* ergeben sich dagegen nicht die gleichen Kriterien. Soweit eine gesetzliche Regelung nicht besteht und auch nicht erforderlich ist, mag eine Begrenzung verfassungsgestützter Ansprüche auf Maßnahmen, die in bestimmter Weise verdichtet sind, begründbar sein.¹⁶⁰ Sofern Gesetze jedoch die Grundrechtsgewährleistung in Inhalt, Umfang und Art der Maßnahmen individualbegünstigend konkretisieren, werden die grundrechtlich vermittelten Individualansprüche spezifiziert. Ein solches Gesetz bleibt einfaches Recht, aber die abstrakten grundrechtlichen Maßgaben sind in der einfachgesetzlichen Konkretisierung umgesetzt und aufgehoben. Vorbehaltlich exekutiver Einschätzungsprärogativen verletzt daher ein Verstoß gegen eine grundrechtskonkretisierende Norm zugleich das subjektive Grundrecht.¹⁶¹

Ein Beispiel explizit funktionsspezifischer Argumentation findet sich mittlerweile auch in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu Schutzansprüchen aus Art. 2 Abs. 2 GG:

„Dem Gesetzgeber kommt bei der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu, der auch Raum läßt, etwa konkurrierende öffentliche und private Interessen zu berücksichtigen, und den das Bundesverfassungsgericht zu beachten hat. Wenn der Gesetzgeber jedoch in Erfüllung seiner Schutzpflicht Regelungen trifft und damit Schutzmaßstäbe setzt, konkretisieren diese den Grundrechtsschutz. Wirkt sich die Schutzregelung unmittelbar auf die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Entscheidung aus, so kann in ihrer Außerachtlassung die Verkennung der Bedeutung und der Tragweite des Grundrechts liegen und danach die Entscheidung das geschützte Grundrecht selbst verletzen.“¹⁶²

All dies ist hier nicht ausführlich zu behandeln. Es soll lediglich die Anforderungen verdeutlichen, die mit der Änderung des Grundrechtsverständnisses und der erforderlichen Konzentration auf den Gewährleistungsinhalt einhergehen. Man ist darauf angewiesen, neue Formen der Konkretisierung und des dogmatischen Zugriffs zu finden. Wenn vieles ungesichert ist, so erscheint zumindest gesichert, daß die Prägnanz nicht mehr zu erreichen ist, die das bürgerlich-rechtsstaatliche Eingriffsabwehrkonzept in Anspruch nehmen kann, weil es – um den Preis eines rigiden Eingriffsbegriffs – die Aufschlüsselung des Gewährleistungsinhalts der Freiheitsrechte vernachlässigen kann oder weitergehend gerade zu vermeiden sucht. Man sollte nicht meinen, daß hier eine Rückkehr zur oder eine Präferenz für die Eingriffsdogmatik abhelfen könnte und deshalb angebracht

159 Vgl. nur BVerfGE 90, 107 (116 f.). Für den Grundrechtsschutz im Verwaltungsverfahren v. *Mutius*, Grundrechtsschutz, S. 2157 f.; *Pietzcker*, Verwaltungsverfahren, S. 209 f.

160 Siehe als Beispiel BVerfGE 77, 170 (234 ff.): Sondervotum mit der Ansicht, zu dem geforderten Mindeststandard zählten Informationen an die Landesregierung zur Ermöglichung koordinierter Katastrophenschutzmaßnahmen.

161 Vgl. dazu auch *H.H. Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht, S. 496.

162 BVerfGE 77, 381 (405). Als ähnliche Intention (und eben nicht als Zementierung ganz bestimmter Regelungen) sind die Ausführungen in BVerfGE 53, 30 (65 f.) und 56, 216 (242) zu verstehen. Mit diesem Ansatz nicht überein stimmt allerdings die des öfteren anzutreffende Formulierung, dem Gesetzgeber *wie der vollziehenden Gewalt* komme bei der Erfüllung der Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich zu (etwa BVerfGE 77, 170 (214 f.); Hervorh. von mir).

wäre. Daß die Eingriffsabwehr ein Gesamtkonzept darstellt und als dogmatische Konstruktion von den Änderungen des Grundrechtsverständnisses keineswegs unberührt bleibt, ist bereits angeschnitten worden. Abschließend soll den sich um den Eingriffsbegriff drehenden Umorientierungen kurz nachgegangen werden, um zu zeigen, daß die dogmatischen Probleme im abwehrrechtlichen Bereich sich insoweit von denen eines leistungrechtlichen Grundrechtsschutzes gar nicht mehr so krass unterscheiden.

C. Die Flexibilisierung des Eingriffsbegriffs

Da die Eingriffsabwehr dogmatisch ein in den Komponenten abgestimmtes Gesamtkonzept darstellt, wirken sich die Änderungen der Grundrechtsinterpretation auf das Eingriffsverständnis aus. Solange dem Eingriffsbegriff in Abgrenzung gegen möglichst unbestimmt belassene Freiheitsbereiche tragende dogmatische Bedeutung zukommt, ist man in seiner Bestimmtheit gefangen, da man nicht Schutzbereich und Eingriff gleichzeitig ins Unbestimmte fließen lassen kann. Die Umformung des Grundrechtsverständnisses, die mit einer Konzentration auf die grundrechtliche Gewährleistung einhergeht, ist daher die Bedingung der Möglichkeit dafür, daß der Grundrechtseingriff überhaupt als variabel denkbar wird und sich mit Blick auf dessen Funktion die Frage formulieren läßt, „welche staatlichen Maßnahmen überhaupt geeignet sind, die Schutzwirkungen der Freiheitsrechte auszulösen.“¹⁶³

Von dem feststehenden Eingriffsbegriff, den man mit der „klassischen“ Konzeption verbindet, hat man sich in der neueren Rechtsprechung und Literatur gelöst. Man ist sich grundsätzlich darüber einig, daß der grundrechtliche Schutz sich auch gegen anderweitige staatliche Vorgehensweisen richtet.¹⁶⁴ Dabei stützt man sich mit einer im engeren Sinne rechtsdogmatischen Argumentation darauf, daß sich aus dem Grundrechtstext eine derartige Beschränkung nicht ergibt. Art 1 Abs. 3 GG hält eine uneingeschränkte Bindung des Staates an die Grundrechte fest.¹⁶⁵ Die einzelnen Grundrechtsnormen regeln

¹⁶³ Grabitz, Freiheit, S. 24 f.

¹⁶⁴ Aus der Rechtsprechung etwa BVerfGE 46, 120 (137 f.); 61, 291 (308); 85, 386 (398 f.); 86, 122 (128); 93, 1 (17 ff.); 105, 252 (273); 105, 279 (299 ff.); BVerwGE 71, 183 (190 ff.); 75, 109 (115 f.); 82, 76 (79); 87, 37 (39 ff.); 90, 112 (118 ff.); 102, 304 (312 f.); BVerwG BayVBl 1994, 568 (570); BVerwG, NJW 1996, 3161 (3161 f.); BSGE 67, 251 (254 f.). Aus der Literatur vgl. *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, bes. S. 51 ff.; *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, bes. S. 50 ff., 81 ff.; *Isensee*, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 62 ff.; *Kirchhof*, Verwalten, S. 189 ff.; *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 100 ff.; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 130 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe, bes. S. 225 ff.; *Pietzcker*, „Grundrechtsbetroffenheit“, bes. S. 138 ff.; *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 233 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 239 ff.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Vorb. vor Art. 1 Rn 26 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Rdnr. 231 zu Art. 1 Abs. 3; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S. 1205 ff.); *Sachs*, in: *Stern*, Staatsrecht III/2, § 78 III 1 (S. 128 ff.); *Weber-Dürler*, Grundrechtseingriff, S. 74 ff., mit der Typologie S. 66 ff.

¹⁶⁵ Etwa *Stern*, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S. 1207); *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 108 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 264 f. Der Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 GG ist kein isoliertes Argument, weil die Reichweite der Bindung an die Grundrechte eben vom Gehalt der einzelnen Grundrechte abhängt. Auch wenn sich Aussagen somit nur bei gleichzeitigem Blick auf die Einzelgrundrechte ergeben, griffe es aber zu weit zu meinen, Art. 1 Abs. 3 GG sage nichts über die Frage aus, ob die Grundrechte Schutz vor faktischen Eingriffen bewirken könnten, so aber *Kunig*, in: *GGK* I, Art. 1 Rn 50.

Eingriffsformen zum Teil schon selbst in durchaus differenzierter Weise¹⁶⁶, und sie geben ansonsten weder systematisch noch bei historischer Analyse¹⁶⁷ einen bestimmten Eingriffsbegriff her.¹⁶⁸ Außerdem wird mit einer folgenorientierten und eher pragmatischen Argumentation das Erfordernis der Effektivität des Grundrechtsschutzes betont. Der Einsatz anders wirkender Steuerungsmethoden soll nicht dazu führen, daß der Grundrechtsschutz unterlaufen wird oder leerläuft.¹⁶⁹

Welches staatliche Vorgehen unter welchen Voraussetzungen der grundrechtlichen Determination unterliegt, ist allerdings alles andere als geklärt.¹⁷⁰ Häufig arbeitet man mit der Unterscheidung von „rechtlichen Beeinträchtigungen“ einerseits und „faktischen Beeinträchtigungen“ andererseits¹⁷¹ und versucht, Kriterien zu entwickeln, nach denen faktische Beeinträchtigungen grundrechtsrelevant sind. Auch wird der traditionelle Eingriff oft weiterhin als begriffliche Grundlage und als Leitkategorie angesehen. Der Grundrechtsschutz wird ausgedehnt, indem man die dem „klassischen“ Begriff zugeschriebenen Kriterien reduziert, flexibilisiert und modifiziert.

So begründet das Bundesverwaltungsgericht den Eingriffscharakter staatlicher Maßnahmen mit deren Finalität, ohne daß weitere Merkmale des „klassischen“ Eingriffs wie das der Adressierung der Maßnahme an den Betroffenen oder das der Rechtsaktqualität gegeben wären.¹⁷² „Die Zielrichtung des Verwaltungshandelns“, führt es aus, ist „ein tragendes Kriterium für die Annahme eines Grundrechtseingriffs“.¹⁷³ Auch in der Literatur gilt die Finalität häufig als hinreichendes Kriterium: Zählt die Einschränkung bestimmter Verhaltensmöglichkeiten, die einem Grundrecht unterfallen, zu den Zielen des staatlichen Vorgehens, soll auf jeden Fall ein Eingriff vorliegen.¹⁷⁴ In anderen Konstellationen

166 Vgl. *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 234 ff. Siehe auch *Gusy*, Verwaltung, S. 983, daß die Grundrechte (auch) eine Reihe von Schutzgütern verbürgen, welche nicht überwiegend durch staatliche Ge- oder Verbote beeinträchtigt werden können.

167 Vgl. dazu etwa *Koch*, Grundrechtsschutz, S. 23 ff.

168 Vgl. auch BVerfGE 105, 279 (300): Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben.“

169 *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 210 ff.; *W. Roth*, Faktische Eingriffe, S. 259 ff.; *Ossenbühl*, Umweltschutz, S. 16 f.; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 426.

170 Inwieweit die Glykol- und die Osho-Entscheidung des BVerfG – BVerfGE 105, 252 (264 ff.); 105, 279 (292 ff.) – zu einer einheitlicheren Linie führen werden, muß man angesichts des dort jeweils gewählten dogmatisch neuartigen Ansatzes abwarten. Zu diesen Entscheidungen *Albers*, Doctrinal System, passim; *Murswiek*, Bundesverfassungsgericht, S. 1 ff.; *C. Bumke*, Publikumsinformation, S. 3 ff., bes. S. 21 ff.

171 Vgl. dazu *Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 10 ff.; *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, S. 24 ff.; *dens.*, Bestimmung, S. 89 ff.

172 Siehe BVerfGE 71, 183 (193 f.); 75, 109 (115 f.); 82, 76 (79); 90, 112 (118 ff.); 102, 304 (312 f.).

173 BVerfGE 90, 112 (120).

174 Die Finalität als zentrales Kriterium ist frühzeitig von *Friauf*, Rolle der Grundrechte, S. 681 f., hervorgehoben worden. Vgl. weiter *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, S. 377; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 429 ff.; *dens.*, Grundrechte, S. 695 ff.; *Discher*, Mittelbarer Eingriff, S. 465; *Gusy*, Verwaltung, S. 983; *Huber*, Konkurrenzschutz, S. 233 f., 236 ff. (zumindest positives Zurechnungskriterium); *Kloepfer*, Informationen, S. 28 ff.; *Koch*, Grundrechtsschutz, S. 258 ff.; *Murswiek*, Warnungen, S. 1025; *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 202 ff.; *Sachs*, Informationsinterventionismus, S. 217 f.; *Spaeth*, Grundrechtseingriff, S. 150 ff., 167; *Weber-Dürler*, Grundrechtseingriff, S. 90. Siehe außerdem *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, S. 174 (verknüpft mit dem

tionen wird sie dagegen als nicht entscheidend angesehen. Das Bundesverfassungsgericht modifiziert sie bereits, wenn es einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG wegen der „objektiv berufsregelnden Tendenz“ bejaht.¹⁷⁵ Weiter geht die Formulierung, daß dieses Grundrecht auch „durch Vorschriften ohne berufsregelnde Zielrichtung berührt werden (kann), wenn sie infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet sind, die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen“.¹⁷⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hält den grundrechtlichen Schutz für unvollständig, „wenn an ihm nicht auch mit staatlicher Autorität vorgenommene Handlungen gemessen würden, die als nicht bezweckte, aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken.“¹⁷⁷ Ein Eingriff wird von beiden Gerichten in weiteren Fällen bejaht oder zumindest nicht von vornherein verneint, obwohl die Kriterien der Adressierung einer Maßnahme an den Betroffenen und damit verbunden die Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung, teilweise außerdem die Rechtsaktqualität und der rechtlich bewirkte Zwangscharakter fehlen.¹⁷⁸ Zuletzt ist das Bundesverfassungsgericht zu einem Eingriffsbegriff gelangt, der nicht mehr durch bestimmte Kriterien eingegrenzt ist.¹⁷⁹ Diese Lösung hat es allerdings mit einem spezifizierten, nicht zu einem allumfassenden Schutz führenden Gewährleistungsverständnis kombiniert und zugleich den Einsatzbereich des Gesetzesvorbehalts restringiert.¹⁸⁰ In der Literatur orientiert man sich im Falle nicht zielgerichteter Maßnahmen zum Teil an der Eingriffsintensität: Handelt es sich nicht um eine angestrebte oder in Kauf genommene Wirkung, soll eine Grundrechtsbeeinträchtigung nur bei erhöhter oder schwerer Betroffenheit gegeben sein.¹⁸¹ Diese Sicht ist aber keineswegs unumstritten oder auch nur gefestigt. Manchmal werden andere Mu-

Unmittelbarkeitskriterium); *Erichsen*, Handlungsfreiheit, Rn 84 (verknüpft mit dem Kriterium erhöhter Betroffenheitsintensität); *Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 284, 300 f. (verknüpft mit dem Gedanken des Regelungsersatzes).

- 175 Zu diesem Kriterium etwa BVerfGE 13, 181 (185 f.); 31, 8 (29); 49, 24 (47 f.); 70, 191 (214); 82, 209 (223 f.); 86, 28 (37); 95, 267 (302); 97, 228 (253); 98, 218 (258 f.); 106, 275 (299 ff.).
- 176 BVerfGE 61, 291 (308). Die zitierte Formulierung ist jedoch mit Vorsicht zu betrachten, denn in dieser Entscheidung ist nicht der *regelnde*, sondern der *berufsregelnde* Charakter der strittigen Bestimmungen das Problem. Einschlägig im obigen Sinne ist allerdings BVerfGE 46, 120 (137 f.).
- 177 BVerwGE 87, 37 (43 f.); vgl. auch BVerwG, NJW 1996, 3161 (3161 f.).
- 178 Siehe noch BVerfGE 13, 230 (232 f.); 38, 281 (303 f.). Vgl. auch BVerfGE 66, 39 (59 ff.). Außerdem etwa BVerwGE 32, 173 (178 f.); 44, 244 (246 ff.); 50, 282 (287 f.); 54, 211 (221 ff.); 66, 307 (308 ff.); BVerwG, NVwZ 1984, 514 (515).
- 179 BVerfGE 105, 105, 279 (300 f.) – Osho.
- 180 BVerfGE 105, 279 (293 ff.); zum spezifizierten Gewährleistungsverständnis vgl. auch BVerfGE 105, 252 (265 ff.) – Glykol. Die Glykol-Entscheidung wird verkürzt, wenn man darauf abstellt, daß das Gericht erst den Eingriff verneint hätte, so aber *Murswiek*, Bundesverfassungsgericht, S. 2 f.; *Dreier*, Grundrechtsdurchgriff, S. 135, 136.
- 181 Vgl. – teilweise mit Verfeinerungen – *Ramsauer*, Bestimmung, S. 104; *Stern*, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S. 1207); *A. Roth*, Drittbetroffenheit, S. 298 ff., 317 ff. (besondere Intensität als Voraussetzung für den Regelfall); *Di Fabio*, Risikoentscheidungen, S. 429 ff.; *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1136; *Sodan*, Leistungsausschlüsse, S. 205. Vgl. auch *Eckhoff*, Grundrechtseingriff, S. 243, 252 ff. (schutzbereichsabhängige Graduierung der Intensitätsanforderungen). Außerdem *Erichsen*, Handlungsfreiheit, Rn 80 (erhöhte Betroffenheitsintensität als notwendige Voraussetzung der Grundrechtsrelevanz faktischer Beeinträchtigungen). Das Erfordernis „erhöhter“ oder „schwerer“ Betroffenheit ist von den Ansichten zu unterscheiden, die (faktische) Bagatelbelastungen und Belästigungen vom Grundrechtsschutz ausnehmen wollen, etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 248 ff.

ster eingebracht, etwa die Zurechenbarkeit im Hinblick auf die Adäquanz des Kausalzusammenhanges zwischen Beeinträchtigung und staatlichem Vorgehen¹⁸²; manchmal werden zusätzliche Merkmale eingeführt, zum Beispiel das der Vorhersehbarkeit¹⁸³. Manchmal findet sich auch ein sehr weitgreifendes Eingriffsverständnis.¹⁸⁴ Zum Teil versucht man, die daraus resultierenden Konsequenzen durch Restriktionen beim Gesetzesvorbehalt aufzufangen.¹⁸⁵

Der Eingriffsbegriff weist demnach ersichtlich *keine dogmatische Eindeutigkeit* mehr auf. Das gilt um so mehr, als die Bedeutung des jeweiligen Merkmals mit der Änderung des Sinngefüges, aus dem sie sich erschließt, selbst changiert.¹⁸⁶ Unabhängig davon ist die Hervorhebung einzelner Kriterien nicht unbedingt überzeugend. Wenn man auf die Zielrichtung des staatlichen Vorgehens abstellt, bekommt man schnell Schwierigkeiten damit, daß das Ziel eines staatlichen Handelns nicht mehr durch einen Begriffszusammenhang – den des Eingriffs – festgelegt wird. Es muß mit Blick auf tatsächliche Konstellationen ermittelt werden und hängt dann von der gewählten Ebene und der gewählten Perspektive ab. Zugleich wird man die staatliche Maßnahme häufig nicht in einem bloß zweiseitigen Verhältnis zwischen Staat und Bürger, sondern erst in Dreiecksbeziehungen und regelmäßig erst in noch komplexeren Zusammenhängen erfassen können. In diesem Rahmen stehen andere Ziele als die Reduktion der geschützten Entfaltungsmöglichkeiten um bestimmter Allgemeininteressen willen im Vordergrund des staatlichen Vorgehens. Daher ist es nicht vernachlässigbar, wenn eine Beeinträchtigung erst über soziale Zusammenhänge vermittelt entsteht, beispielsweise über Preisbildungsmechanismen des Marktes oder über wissens- und rationalitätsgeprägte Verhaltensmechanismen Dritter. Es müßte dann genauer begründet werden, warum es auf die Zielrichtung des Handelns und nicht etwa auf die Vergleichbarkeit der Wirkungsmechanismen ankommen soll.¹⁸⁷ Immerhin ist der Staat erst dann gehindert, bestimmte Ziele mit bestimmten Mitteln zu verfolgen, wenn die grundrechtlichen Vorgaben dem entgegenstehen.¹⁸⁸ Der Blick auf die Zielrichtung des staatlichen Vorgehens kann deshalb die Erörterung der Frage, ob das Grundrecht gerade auch gegen ein solches Vorgehen schützt, nicht ersetzen. Ähnliche Einwände greifen beim Kriterium der Intensität der Betroffenheit. Wenn ein Grundrecht gegen ein staatliches Vorgehen keinen Schutz gewährt, greift der Schutz auch nicht dann und deswegen, weil die Belastung besonderes Gewicht hat. Zum Bei-

182 Z.B. Stern, Staatsrecht III/1, § 72 III 4 (S.1207).

183 Siehe etwa Isensee, Grundrecht als Abwehrrecht, Rn 67; Schulte, Informales Verwaltungshandeln, S. 518; Discher, Mittelbarer Eingriff, S. 465 f.; Cremer, Freiheitsgrundrechte, S. 159 ff. Vgl. auch Weber-Dürler, Grundrechtseingriff, S. 90 ff. Kritisch Eckhoff, Grundrechtseingriff, S. 246 ff.; W. Roth, Faktische Eingriffe, S. 141 ff.

184 Etwa bei Papier, Art. 12 GG, S. 805; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn 240, 246, H.H. Klein, Beginn, Rn 58.

185 Siehe Robbers, Behördliche Auskünfte, S. 86 ff. Kritisch zu solchen Lösungen z.B. Bethge, Grundrechtseingriff, S. 45 ff.; Kloepper, Informationen, S.31 f.

186 Näher Albers, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 235 f.

187 Vgl. auch Ramsauer, Bestimmung, S. 98. Kritik findet sich auch bei Lübke-Wolff, Rechtsprobleme, S. 2710. Vgl. außerdem Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, Vor Art. 1 Rn 86.

188 W. Roth, Faktische Eingriffe, S. 202.

spiel kann ein etwaiger Grundrechtsschutz gegen staatliche Warnungen vor Produkten nicht davon abhängen, welches Maß an Umsatzverlust die Warnung nach sich zieht. Anderenfalls wäre die Konsequenz, daß der Schutz um so eher gewährleistet wird, je schlechter das Produkt und je berechtigter und wirksamer die Warnung ist.¹⁸⁹

Insgesamt erscheint die Problembewältigung über die häufig zugrunde gelegte Differenzierung von rechtlichen und faktischen Beeinträchtigungen und über die darauf aufbauende Modifikation des traditionellen Eingriffs wenig tauglich. Der Begriff der rechtlichen Beeinträchtigung leitet schon sprachlich zur „Rechtsbeeinträchtigung“ hin und symbolisiert, daß es grundsätzlich der überkommene Eingriff als Rechtsakt ist, der zu einer Rechtsbeeinträchtigung führt. Der dem gegenübergestellte Begriff der faktischen Beeinträchtigung ist viel zu diffus, als daß er dogmatische Griffigkeit gewinnen könnte.¹⁹⁰ Eine solche Systematisierung leidet darunter, daß der feste Zusammenhang zwischen einer Grundrechtsbeeinträchtigung und der Form staatlichen Verhaltens, den die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption vorsieht, im Ansatz unterstellt bleibt. Wenn und da es darum geht, andere Formen staatlichen Vorgehens als Rechtsbeeinträchtigung rechtlich zu erfassen, muß dieser Zusammenhang aber gerade aufgelöst und reformuliert werden. Aus der dann entstehenden Perspektive gibt es auf seiten der gewährleisteten Individualrechtsposition nicht von vornherein entweder rechtliche oder faktische, sondern nur *Rechts-Beeinträchtigungen*.

Diese Überlegungen verweisen darauf, daß die Änderungen der Eingriffsbestimmung nicht isoliert, sondern *nur im Rahmen des Zusammenhanges zwischen grundrechtlichem Gewährleistungsbereich und Grundrechtsbeeinträchtigung* verstanden werden können. Grundrechtsverbürgung und Eingriff bilden schließlich ein dogmatisches Konzept aufeinander bezogener Komponenten. Von daher erschließt sich, daß es die abstrakter ansetzende Lesart des Gehalts der Grundrechtsgewährleistungen ist, die dazu zwingt und die es zugleich ermöglicht, die Beeinträchtigung in einer rechtlich geschützten Position und die diese Beeinträchtigung bewirkende staatliche Maßnahme zu entkoppeln. Diese Abstraktion führt von einer Determination (nur) einer ganz bestimmten staatlichen Verhaltensform hin zu Freiheitsgewährleistungen, aus denen die staatlichen Verpflichtungen noch zu ermitteln sind. Deshalb liegt die (oben bereits zugrunde gelegte) Annahme nahe, daß die Änderungen des Eingriffsverständnisses als stringente Auswirkung der gewandelten Grundrechtsinterpretation angesehen werden können. Nicht hinter allen, aber doch hinter einer Reihe von Konstellationen steht die Einführung von Sinnbezügen in die Normauslegung, die auf die Prämissen der überkommenen Eingriffsabwehrkonzeption durchgreifen. Wenn man den Gewährleistungsgehalt abstrakter versteht, sich durch diese Abstraktion aus dem traditionellen Eingriffsabwehrkonzept löst und bei der Konkretisierung der objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen neue Sinnbezüge einführt, im Hinblick auf die sich der „klassische“ Eingriff nicht mehr nahtlos als Rechtsbeeinträchtigung anschließen läßt, dann setzt dies den Eingriffsbegriff – wegen der abzu-

189 So der zutreffende Einwand bei *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 139.

190 Vgl. auch *Erichsen*, Staatsrecht, S. 57 f.: Tatbestand und Rechtsfolgen der faktischen Grundrechtsbeeinträchtigung seien bis heute weitgehend diffus geblieben.

stimmenden Dogmatik von Gewährleistung und Eingriff nachgerade zwingend – unter Änderungsdruck. Insofern kann man hier an die bisherigen Ausführungen anschließen und die Entwicklung des Eingriffsbegriffs aus einem übergreifenden Zusammenhang heraus nachvollziehen.

Die Zusammenhänge lassen sich zunächst veranschaulichen, indem man einige Konstellationen herausgreift. Man kann dabei feststellen, daß der Thematisierung „faktischer“ oder „mittelbarer“ Beeinträchtigungen eine Erweiterung des Blickfelds auf seiten des Gewährleistungsbereichs korrespondiert. Das räumliche bzw. natürliche Umfeld oder die soziale Umwelt individueller Entfaltung fließen in die Erwägungen ein. So betont das Bundesverwaltungsgericht für den Schutz des Grundeigentums, daß der „über die Abwehr unmittelbarer Eingriffe hinausreichende und insofern erweiterte Eigentumschutz ... seine Rechtfertigung darin (findet), daß das Grundeigentum nicht isoliert als ‚Fläche‘ ... gesehen werden darf, sondern daß es durch die umgebende ‚Situation‘ geprägt wird“¹⁹¹. Für die Berufsausübung und den Gewerbebetrieb eines Fischers wird im Rahmen der Normauslegung aktualisiert, daß sie von der ökologischen Basis des jeweiligen Fanggebiets abhängen, die durch eine staatlich genehmigte Einleitung von Schadstoffen zerstört werden kann.¹⁹² In ähnlicher Weise kann die Berufsausübung bedingen, daß die Leistungen auf dem Markt angeboten und von anderen nachgefragt werden können. Bringt man dies in die Freiheitsgewährleistung ein, lassen sich die Einflüsse und Begrenzungen der beruflichen Möglichkeiten herausstellen, die zum Beispiel durch die rechtliche Absicherung eines staatlichen Nachfragemonopols entstehen.¹⁹³ Läßt sich die Freiheit der Religionsausübung (unter anderem) als kommunikative Tätigkeit oder als Wirken in der sozialen Umwelt verstehen und läßt sich weitergehend auch das dort entstehende „Bild“ oder der „Ruf“ erfassen, wird von der Norm her problematisierbar, daß staatliche Stellen einer bestimmten Religion Sektencharakter zuschreiben und Dritten negative Informationen vermitteln.¹⁹⁴

Da es das veränderte Verständnis grundrechtlicher Verbürgungen ist, das eine Anpassung des Eingriffsbegriffs bedingt, verschiebt sich die Aufmerksamkeit – zumindest für den ersten Schritt – vom Eingriff auf den Gewährleistungsbereich. Darin liegt der zutreffende Kern der Ansicht, daß es jeweils darauf ankomme, ob die Grundrechtsnorm gerade gegen die in Streit stehenden Beeinträchtigungen Schutz gewährt.¹⁹⁵ Diese Frage ist dann jedoch *nicht in isolierter Betrachtung der Beeinträchtigungsmechanismen* zu beantworten. Statt dessen kommt es zunächst auf die *Konkretisierung des Gewährleistungsbereichs* an. Im weiteren würde der Sinn dieses Ansatzes jedenfalls bei den hier interessie-

191 BVerwGE 50, 282 (288).

192 BVerwGE 66, 307.

193 BVerfGE 46, 120.

194 Hierzu auch unter Rückgriff auf die Neutralitätspflicht des Staates: BVerfGE 105, 279; BVerfG, NJW 1989, 3269 – Kammerbeschuß –; vgl. näher *Albers*, Doctrinal System, Rn 35 f. Außerdem BVerwGE 82, 76; 90, 112. Zu ähnlichen Konstellationen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG BVerGE 105, 252; BVerwGE 71, 183; 87, 37.

195 *Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen, bes. S. 128 ff.; *ders.*, Bestimmung, S. 89 ff. Im Anschluß daran *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme, S. 2710 ff.; *Schulte*, Informales Verwaltungshandeln, S. 517. Siehe auch BVerwG, NVwZ 1984, 514 (515).

renden Konstellationen in seinem zentralen Punkt verkannt, falls man den Schutzgehalt erst wie gewohnt anlegte und dann „funktional“ mit Blick auf den jeweiligen Beeinträchtigungsmechanismus zu relativieren versuchte. Genau in dieser Weise geht man allerdings nicht selten vor. Etwa will man von den herkömmlichen Individualgütern aus mit Hilfe des Topos „Schutzzweck der Norm“ die Relevanz vermittelter Beeinträchtigungen bestimmen¹⁹⁶ oder einen „thematisch-konzeptionellen“ und einen „funktionalen“ Schutzgehalt unterscheiden¹⁹⁷.

Entscheidend ist dagegen die Überlegung, daß die *Konkretisierung der Gewährleistungsinhalte nicht den auf den „klassischen“ Eingriff abgestimmten Beschreibungsformen verhaftet* bleiben darf. So muß es erstens zu Schwierigkeiten führen, die grundrechtlichen Verbürgungen im Sinne einer *möglichst unbestimmt belassenen „Freiheitssphäre“* zu verstehen. Diese Vorstellung – die ganz dem traditionellen Grundrechtsverständnis entgegenkommt – lebt von einem bestimmten Eingriffsbegriff. Es kennzeichnet den „klassischen“ Eingriff, daß er aus sich heraus mit einer Individualisierung verbunden ist und dabei zugleich die Wirkungen, die als rechtlich relevant anerkannt werden, selektiert und begrenzt.¹⁹⁸ Eben diese dogmatisch erzeugte Selektivität und Begrenzung entfällt, wenn man die Gewährleistung als „Freiheitsraum“ umreißt und die Rechtsbeeinträchtigung im Sinne eines „Nachteils (in bezug auf diesen Freiheitsraum)“ faßt. Man wird auf die komplexen Wirkungszusammenhänge der Realität verwiesen. Wirkungszusammenhänge, die man allein über die Realität ermittelt, sind aber in Abhängigkeit von Ansatz und Perspektive so herstellbar, daß man eine staatliche Maßnahme regelmäßig irgendwie als Ursache eines bestimmten Effekts bezeichnen kann. Nahezu jede staatliche Maßnahme ließe sich dann in vielfältiger Weise als Grundrechtseingriff beschreiben. Das würde den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt, der einen der Schutzmechanismen darstellt, die sich an eine Grundrechtsbeeinträchtigung knüpfen, restlos überfordern.¹⁹⁹ Im übrigen blieben die Differenz von grundrechtlichen Determinanten und einfachem Recht sowie das grundrechtliche Individualrechtsschutzsystem (in Abgrenzung gegen ein System objektiver Rechtmäßigkeitskontrolle) nicht mehr gewahrt.²⁰⁰ Man kann also nicht beide Komponenten zugleich ins Unbestimmte führen.²⁰¹ Wird der Eingriffsbegriff variabel und versteht er sich nicht mehr allein aus sich heraus, muß im Gegenzug die Freiheitsgewährleistung an Bestimmtheit gewinnen.

196 Als Beispiel siehe BVerwGE 71, 183 (192 ff.).

197 *Sodan*, Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit, S. 860 ff.

198 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

199 Selbst wenn man den Einsatzbereich des Gesetzesvorbehalts restringierte, könnte dieses Problem nicht allein dadurch aufgefangen werden. Unabhängig davon ist eine solche Restriktion – vgl. dazu die Nw in Erster Teil Fn 96 – weniger überzeugend als andere Lösungen.

200 Vgl. auch *Pietzcker*, „Grundrechtsbetroffenheit“, S. 138 ff.; *Krebs*, Subjektiver Rechtsschutz, S. 205; *Scherzberg*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1129 ff., jeweils m.w.N.

201 Die grundrechtlichen Schutzmechanismen des Gesetzesvorbehalts und der weiteren vielfältigen verfassungsrechtlichen Bindungen des Gesetzgebers werden verschüttet, wenn man mit dem Begriff der „*verfassungsrechtlichen Rechtfertigung*“ arbeitet und damit im wesentlichen Abwägungsmechanismen verbindet. Vgl. etwa bei *Kahl*, Schutzbereich, bes. S. 167, 184 ff., der die Konsequenzen unbestimmt weiter Schutzbereiche bei gleichzeitig erweitertem Eingriffsbegriff deswegen unterschätzt.

Jedenfalls bei den hier herausgestellten Konstellationen greift zweitens eine inhaltliche Präzisierung der Grundrechtsgarantie zu kurz, die aus einer *ausschließlich auf das Individuum konzentrierten Perspektive* heraus erfolgt und Schutzgüter wie die der individuellen Selbstbestimmung oder der Entscheidungs- und Handlungsfreiheit im Sinne einer Willensautonomie in den Mittelpunkt rückt. Diese Gewährleistungskonkretisierungen gehen mit der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption einher, deren Einsatzfähigkeit auf der Ausblendung sozialer Zusammenhänge und Sinnbezüge beruht.²⁰² Sie werden dennoch regelmäßig gewählt. Zum Beispiel hebt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung über die Veröffentlichung einer Liste diethylenglykolhaltiger Weine die „freie unternehmerische Betätigung“ und „das Verhalten des Unternehmers im Wettbewerb“ als Schutzgüter des Art. 12 Abs. 1 GG hervor.²⁰³ Mit solchen Beschreibungen kann der jeweilige Beeinträchtigungsmechanismus aber nicht richtig erfaßt werden.²⁰⁴ Im genannten Beispiel ist das Gericht sofort dem Einwand ausgesetzt, daß das Verhalten als solches, hier also die Möglichkeit, Wein zu produzieren und auf dem Markt anzubieten, durch die Listenveröffentlichung gar nicht betroffen ist. Betroffen sind vielmehr zunächst das Image des Produkts und der Ruf oder das Bild des Unternehmens in den Augen der Verbraucher. Deren erwartbare Reaktionen betreffen dann weiter die Absatzchancen oder den Absatz der Produkte. Das mag sich letztlich auch auf die Ertragslage des Unternehmens und auf seine Möglichkeiten auswirken, zukünftig Wein zu produzieren und anzubieten. Die Beeinträchtigung durch das staatliche Vorgehen läßt sich also erst darstellen, wenn man den Wirkungsmechanismen in dem jeweils relevanten sozialen Kontext nachgeht und die Umweltbezüge und Umweltabhängigkeiten individueller Freiheit aufschlüsselt. Will man solche Beeinträchtigungen als Rechtsbeeinträchtigungen erfassen, kommt es darauf an, das jeweils relevante natürliche Umfeld oder die soziale Umwelt im Rahmen der Norminterpretation mitzudenken.

Eine zentrale Bedeutung kommt demnach der Frage zu, ob und in welcher Reichweite sich die Grundrechtsaussagen in ihrem individualschützenden Gehalt so konkretisieren lassen, daß ihre Sinnbezüge den sozialen Kontext einschließen, über den die in Streit stehende Maßnahme auch den Einzelnen trifft.²⁰⁵ Auf diese Weise könnten sich individuelle Positionen *in* dem jeweiligen Kontext ergeben. Die Eingriffsabwehr trifft sich an dieser Stelle mit den Grundrechtsinterpretationen, die überindividuelle Ebenen und soziale Zusammenhänge in das Normverständnis einbeziehen.²⁰⁶ Normativ bedarf es konkretisierender Argumentationen, über die erstens die Bezüge zum Kontext normorientiert entwickelt und zweitens die von der Norm geschützten Positionen des Einzelnen bestimmt

202 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

203 BVerwGE 87, 37 (39).

204 Daß diese Schutzgüter im zu entscheidenden Fall nicht richtig passen, bemerkt das Bundesverwaltungsgericht selbst, sobald es den Eingriff thematisiert. Es legt dann zugrunde, daß in die „Wettbewerbsposition“ des Unternehmens eingegriffen werde, und geht so vor, als bestünde zwischen dem „Verhalten im Wettbewerb“ und der „Wettbewerbsposition“ kein Unterschied, vgl. BVerwGE 87, 37 (39 f.).

205 Zum Ansatz bereits *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 237 ff. Vgl. weiter *Weber-Dürler*, Grundrechtseingriff, S. 82 ff.

206 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

werden. Die erforderliche problembezogene und präzise Auslegung der Gewährleistungsinhalte ermöglicht die Aufschlüsselung und die rechtlich differenzierende Betrachtung der vielfältigen Umweltbezüge, die über die Kriterien des Eingriffs allenfalls begrenzt und nur sehr unzulänglich geleistet werden könnten.

Die durch Kontextbezüge gekennzeichneten Freiheitspositionen unterscheiden sich, wie sich bereits in der Analyse der neuartigen Grundrechtsinterpretationen gezeigt hat²⁰⁷, sowohl inhaltlich als auch dogmatisch notwendig von den individualistischen Fassungen. *Inhaltlich* werden sie auf der Grundlage einer übergreifenden Perspektive beschrieben, so daß sie erst im Mitdenken des jeweiligen Kontexts ihren Gehalt und Sinn gewinnen. Regelmäßig kommt hier vor allem sozialen Strukturen und Prozessen, die durch die Beteiligung Dritter oder auch staatlicher Stellen gekennzeichnet sind, Bedeutung zu. *Dogmatisch* gibt man die Prämissen der traditionellen Eingriffsabwehr auf. Das hat weitreichende Folgen. Vor allem paßt das mit dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip verbundene Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ nicht mehr. Sofern die Individualrechtspositionen im Mitdenken sozialer Strukturen und Prozesse entwickelt werden, werden die mit der Sozialität notwendig verbundenen Bedingungen und Grenzen der individuellen Stellung von den Aussagen der Grundrechtsnorm erfaßt und normativ mitverarbeitet. Dementsprechend können dem Einzelnen immer nur *über die Normaussagen bestimmte und zugleich begrenzte Schutzpositionen* gewährleistet sein. Deren Inhalt und Grenzen sind von den – ihrerseits normativ zu bestimmenden – überindividuellen Zusammenhängen und den Positionen Dritter geprägt. Das ist aber weder mit Schutz einschränkungen über „immanente Grenzen“ zu verwechseln, bei denen man eine individualistisch gefaßte Position aufgrund der ebenfalls individualistisch beschriebenen Rechtsstellung Dritter von vornherein begrenzt, noch als bloße Ableitung aus einem dem Grundrecht unterlegten überindividuellen Ordnungsmodell anzulegen. Der individuelle Freiheitsschutz wird im Ansatz keineswegs eingeschränkt. Er wird im Gegenteil erweitert. Denn man entwickelt neue „soziale“ Rechtspositionen, die der Grundrechtsträger vorher so nicht gehabt hätte.²⁰⁸ Da man soziale Zusammenhänge und Prozesse betrachtet und ein komplexeres Bild als bei der gewohnten Eingriffsabwehr zugrunde legt, kann sich in einer zu beurteilenden Konstellation ein *Bündel unterschiedlicher Rechte* ergeben. Man steht nicht vor der Alternative, den grundrechtlichen Schutz entweder bedingungslos zu bejahen oder vollständig zu verneinen. Der Grundrechtsträger kann vielmehr im Rahmen der herauszuarbeitenden sozialen Beziehungen an bestimmten Punkten und in bestimmten Hinsichten geschützt, in anderen Hinsichten nicht geschützt sein.

Gelingt eine solche Entfaltung der Grundrechtsnorm, wird – das ist in diesem Zusammenhang entscheidend – eine Basis für eine nahtlos anschließbare Argumentation zur Grundrechtsbeeinträchtigung geschaffen. Denn eine auf die Beziehung oder den jeweiligen sozialen Kontext gerichtete staatliche Einwirkung kann dann („unmittelbar“) eben

207 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

208 Dies wird von Kahl, Schutzbereich, S. 184 ff., bes. S. 200, hinsichtlich bestimmter Felder übersehen. Zutreffend Hoffmann-Riem, Grundrechtsanwendung, S. 211, 216, mit dem Hinweis, daß die Eingriffsqualität etwa einer Datenspeicherung eine Erweiterung des Grundrechtsschutzes voraussetzt, wie sie erst das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mit sich gebracht hat.

diese Rechtsposition berühren.²⁰⁹ Man hat also nicht mehr mit einem Sprung zwischen Schutzbereich und Beeinträchtigungsmechanismus zu kämpfen.²¹⁰ Grundrechtspositionen und Grundrechtsbeeinträchtigungen werden durch eine konstellationsangepaßte Auslegung der Norm aufeinander abgestimmt, so wie sie auch in der „klassischen“ Eingriffsabwehr aufeinander abgestimmt sind.

Dies läßt sich an einigen Beispielen veranschaulichen. Teilweise ergibt sich eine kontextbezogene Schutzgehaltsbestimmung schon über die textlichen Aussagen der einschlägigen Norm. Zum Beispiel enthält der Begriff des „Geheimnisses“ in Art. 10 GG soziale Sinnverweise, denn ein Geheimnis ist ein Sachverhalt immer erst und nur in bezug auf das Wissen anderer. Indem das Grundrecht das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gewährleistet, sichert es den Grundrechtsträgern zu, daß staatliche Stellen die dem Schutz unterfallenden Mitteilungen oder Daten nicht lesen oder abhören und nicht verwerten. Aus dem Gewährleistungsinhalt folgt dann zwanglos und konsequent, daß „jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von kommunikativen Daten durch ... staatliche Stellen (ein) Grundrechtseingriff“²¹¹ ist, obwohl es sich erkennbar nicht um „klassische“ Eingriffe handelt. Den Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG wird man dahin verstehen können, daß die einzelnen Ehepartner oder Familienangehörigen gerade auch als Mitglied einer Gemeinschaft geschützt werden. Eine staatliche Maßnahme, die auf die jeweilige Beziehung zugreift, kann dann zugleich die in der Beziehung bestehende Position des Einzelnen tangieren. So ist ein bereits im Bundesgebiet lebender Ehepartner in seiner aus Art. 6 GG folgenden Rechtsposition betroffen, wenn dem anderen Ehepartner der Aufenthalt im Bundesgebiet, der das Zusammenleben ermöglichen soll, versagt wird. Das gilt, obwohl die staatliche Maßnahme gar nicht an ihn selbst, sondern an den anderen gerichtet ist, und nicht seine, sondern die aufenthaltsrechtliche Stellung des anderen regelt.²¹²

Bei anderen Grundrechtsnormen sind soziale Bezüge über eine konkretisierende Auslegung herzustellen. So wie das Recht auf freie Meinungsäußerung in der Wechselbeziehung zur individuellen und öffentlichen Meinungsbildung als sozialem Zusammenhang bestimmte Schutzzinhalte gewinnt, könnte man etwa auch Beziehungen zwischen der in Art. 12 GG genannten Berufsausübung und dem Markt als sozialem System entwickeln und soziale Positionen wie die Teilnahme und Teilhabe am Markt oder den Ruf eines Unternehmens normativ erfassen. Indem das Grundrecht die Berufsausübung als Grundla-

209 Siehe auch *Ramsauer*, Bestimmung, S. 105, mit dem auf den Schutzbereich verweisenden Kriterium der „Grundrechtsbezogenheit“ einer Beeinträchtigung: „Wirkt eine staatliche Maßnahme auf einen Grundrechtsträger in der Weise ein, daß zunächst dessen soziales, wirtschaftliches, lokales oder sonstiges Umfeld verändert wird und erst von dieser Veränderung Nachteile für die freiheitliche Betätigungsmöglichkeit ausgehen, dann kommt es für die Grundrechtsrelevanz dieser Maßnahme neben der Dichte der Erfolgsbeziehung und der Intensität auf die Grundrechtsbezogenheit der Beeinträchtigung an. In dem Umfange, in dem das Grundrecht seinen Träger auch gegen bestimmte staatlich veranlaßte Veränderungen des Umfeldes schützen soll, besteht auch eine Grundrechtsbezogenheit der staatlichen Maßnahme.“ Ähnlich *Bleckmann/Eckhoff*, Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff, S. 378.

210 Siehe dazu auch *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 148 ff.

211 BVerfGE 85, 386 (398). Weiter BVerfGE 100, 313 (366 f.).

212 Dazu BVerfGE 76, 1 (44 f.).

ge für den Erwerb des Lebensunterhalts schützt²¹³, erfaßt es (auch) soziales Handeln und die Rolle im Wettbewerb und am Markt. Läßt sich der Gewährleistungsinhalt in bestimmten Hinsichten zu einer Position der Teilnahme und Teilhabe am Markt spezifizieren, dann können auch marktbezogene staatliche Regelungen das Grundrecht beeinträchtigen. Bei der Konkretisierung der Rechtsposition hat man allerdings den sozialen Zusammenhang und die insoweit einschlägigen normativen Aussagen zu berücksichtigen, in dessen Rahmen sich die Verhaltens- und Kommunikationschancen des Grundrechtsträgers erst ergeben. So zeichnet sich der Markt dadurch aus, daß er durch zahlreiche Faktoren beeinflusst wird und stetig veränderte Bedingungen vorgibt. Positionen der Teilnahme am Markt ist diese Veränderlichkeit mitgegeben. Ihr Schutz richtet sich nicht darauf, den Grundrechtsträger vor den ihm nachteiligen Veränderungen der Rahmenbedingungen zu bewahren, die dem Markt eigen sind. Das gilt grundsätzlich sogar für staatlich herbeigeführte Veränderungen der Rahmenbedingungen, die dazu führen, daß sich für ein bis dahin absetzbares Produkt keine Abnehmer mehr finden.²¹⁴ Auch sind Markt und Wettbewerb, in deren Rahmen die Erwerbsmöglichkeiten ent- und bestehen, durch die Beteiligung von anderen Anbietern und von Nachfragern gekennzeichnet. Den am Wettbewerb beteiligten Konkurrenten gewährt Art. 12 GG, ohne daß dies die normative Verbürgung eines bestimmten Ordnungsmodells voraussetzte, jedenfalls gleiche Rechte. Hebt der Staat Beschränkungen der Wettbewerbschancen bestimmter Grundrechtsträger auf, mögen sich die beruflichen Erwerbsmöglichkeiten eines anderen Grundrechtsträgers zwar vermindern. Trotz dieser (faktischen) Beeinträchtigung bietet ihm das Grundrecht aber keinen Anspruch darauf, daß der Staat seine Maßnahme unterläßt.²¹⁵ Vermittelt der Staat anderen Marktteilnehmern nachteilige Informationen über ein Unternehmen oder über dessen Produkte, kann dies als Rechtsbeeinträchtigung problematisiert werden, soweit Art. 12 Abs. 1 GG dem Unternehmen Schutz hinsichtlich des eigenen Rufes oder des Images seiner Produkte in den Augen anderer gewährt. Bei der Konkretisierung eines solchen Schutzes muß man allerdings beachten, daß es eben nicht um die „unternehmerische Betätigungsfreiheit“ (also nicht um eine Handlungsfreiheit), sondern um Rechte hinsichtlich des staatlichen Vorgehens als Information anderer über das Unternehmen bzw. über die Unternehmensprodukte geht. Indem sich der Ruf oder das Image von Produkten in (überindividuellen) Kommunikationszusammenhängen bilden²¹⁶, sind sie dem Unternehmen nicht in einer Weise zuzuordnen, daß dieses über staatliche Stellungnahmen oder über die Informationen, die daraus resultieren und in den Ruf oder das Image einfließen, bestimmen könnte. Die Grundrechtsgewährleistung gibt somit kein individuelles Recht der ausschließlich eigenen Darstellung des Unternehmens oder der Produkte her, das gegen jede staatliche Stellungnahme oder gegen jede staatliche Information anderer Schutz bietet.²¹⁷

213 BVerfGE 81, 242 (254).

214 BVerfGE 98, 218 (259).

215 Dazu HessStGH, NVwZ 1983, S. 542 (543). Schon anders gelagert BVerwGE 65, 167 (169 ff.). Vgl. außerdem BVerfGE 34, 252 (256); 55, 261 (269). Zum Grundrechtseingriff bei Konkurrenznachteilen BVerfGE 82, 209 (222 ff.); 86, 28 (37 ff.).

216 Vgl. dazu auch *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 150 f. Instrukтив außerdem *Wolf*, Grundrechtseingriff, S. 348 ff.

217 Ausführlich dazu noch Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.

Daß die überindividuellen Bezüge zu berücksichtigen sind, heißt aber nicht, daß man gezwungen wäre, die individuellen Schutzpositionen aus einem überindividuellen Ordnungsmodell des Marktes abzuleiten, das Art. 12 Abs. 1 GG unterlegt wird.²¹⁸ Im Gegenteil liegt es nahe, komplexere Muster der Gewährleistungskonkretisierung zu entwickeln, die den Individualschutzcharakter der Grundrechte bewahren.²¹⁹

Im Rahmen der Konkretisierung der Schutzpositionen kann sich ähnlich wie bei funktionsgrundrechtlichen Interpretationen oder bei Leistungsrechten auch ein anderes – komplexeres – Verhältnis von Grundrecht und Gesetz ergeben. Denn vorhandene gesetzliche Regelungen, die in bestimmten Hinsichten bestimmte Vorgaben treffen, zählen zu den Faktoren, die die sozialen Bedingungen individueller Entfaltung mitbestimmen. Deshalb ist es richtig, wenn das Bundesverwaltungsgericht danach differenziert, ob eine Betätigung, die Anlaß staatlicher Informationen ist, erlaubt oder verboten ist.²²⁰ Es handelt sich dabei keineswegs um einen Grundrechtsschutz nach Maßgabe von Gesetzen, wie ein vorschneller Vorwurf lauten könnte.²²¹ Es geht vielmehr um eine Maßstabsentwicklung unter Berücksichtigung unterschiedlicher Ebenen. Verbietet der Staat eine bestimmte Verhaltensweise im Rahmen des Berufs, ist dieses Verbot an Art. 12 GG zu messen. Wenn das Verbot verfassungsmäßig ist, kann man es als rechtmäßige Grundrechtseinschränkung zugrundelegen und auf dieser Basis die staatliche Information über eine das Verbot verletzende Betätigung beurteilen.²²²

Diese Überlegungen mögen genügen. Sie sollen hier nur zeigen, daß die Flexibilisierung des Eingriffsbegriff auch im abwehrrechtlichen Bereich zu einer Konzentration auf den Gewährleistungsinhalt zwingt. Hinsichtlich der Ermittlung von Inhalt und Umfang der je einschlägigen Individualrechtsposition hat auch die Eingriffsabwehr eine Form und Kompliziertheit erreicht, die der Begründung grundrechtlicher Leistungsrechte gleichkommt. Grundrechtsdogmatisch wird der Eingriff der Gewährleistung *nachgeordnet*. Das heißt nicht, daß ihm keine eigenständige Bedeutung und keine eigenständigen Kriterien mehr zukommen. Seine Kriterien ergeben sich jedoch nicht daraus, daß der „klassische“ Eingriffsbegriff als Leitkategorie zu behandeln wäre. Sie sind vielmehr unter Berücksichtigung der Nachgeordnetheit und des daraus resultierenden Anpassungsbedarfs zu entwickeln. In diesem Rahmen ergeben sie sich aufgrund der Funktion, die der Eingriff grundrechtsdogmatisch erfüllt, und aufgrund damit zusammenhängender Anforderungen. Da ein als Eingriff qualifiziertes Verhalten die grundrechtlichen Schutzmechanismen sowie im Falle einer Rechtsverletzung grundrechtliche Reaktionsansprüche auslöst und den Staat insofern Bindungen unterwirft, müssen eine rechtliche Be-

218 In diese Richtung mit partiell zu kurz greifender Argumentation: BVerfGE 105, 252 (265 ff.); ähnlich in einer anderen Konstellation: BVerfGE 106, 275 (298 ff.). Erläuternd *Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung, S. 217 f. Kritisch zu diesem Punkt *Albers*, Doctrinal System, Rn 21 f.

219 Dazu noch Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.d.

220 BVerwGE 87, 37 (40 f.), mit der nachfolgenden Überlegung, daß die Feststellung, daß eine bestimmte berufliche Betätigung verboten ist, nicht von der Prüfung entbindet, welche Maßnahmen der Staat gegen diese Tätigkeit von Verfassungen und Gesetzes wegen ergreifen darf.

221 Etwa bei *Ibler*, Grundrechtseingriff, S. 148.

222 Siehe dazu auch die Maßstabsetzungen auf zweiter Stufe in den bereits in Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V. Fn 153 und 154 zitierten BVerfGE 80, 124 (133 f.); 87, 181 (197 f.).

ziehung zwischen Grundrechtsposition und staatlichem Vorgehen hergestellt und die rechtlich relevanten (Ein)Wirkungen bestimmt werden. Die Eingriffskomponente wird genau davon in bestimmtem Umfang entlastet, wenn man die Grundrechtsgewährleistungen (auch) kontextbezogen auslegt und darüber Aussagen zu Schutzgehalt und -reichweite gewinnt. Das Erfordernis von Zurechnungs- und Verantwortlichkeitskriterien bleibt unberührt. Freilich ist denkbar, daß man keinen einheitlichen Eingriffsbegriff mehr formulieren kann, sondern zu konstellationsbezogen verschiedenen Kriterien für das Vorliegen eines Eingriffs gelangt.²²³

D. Ergebnisse: Die Konzentration auf den Gewährleistungsinhalt

Die Erweiterungen grundrechtlicher Gehalte und ihre Folgen sollen an dieser Stelle nicht abschließend erörtert werden. Sie werden jeweils vertieft, wenn und soweit es für das Verständnis des Grundrechtsschutzes hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten erforderlich wird. Jedenfalls ist deutlich geworden, daß die dargelegten Erweiterungen keineswegs lediglich nebeneinander stehen. Sie versuchen, die an unterschiedlichen Punkten aufweisbaren Begrenzungen der traditionsorientierten Konzeption des Grundrechtsschutzes zu überwinden, und überlappen sich partiell, ergänzen sich oder setzen gegebenenfalls eine vorangegangene Erweiterung voraus. Hinweisen sei außerdem darauf, daß es die Konsequenz der Abstraktion der Grundrechtsnormen zu „objektivrechtlichen“ (Freiheits)Gewährleistungen ist, daß sich nicht nur andere und zusätzliche Inhalte erschließen, sondern daß sich auch eine Vorrangstellung bestimmter, also insbesondere abwehrrechtlich faßbarer Inhalte nicht begründen lassen wird. Ohnehin ist die Eingriffsabwehr ihrerseits in die Änderungen des Grundrechtsverständnisses eingeschlossen und längst nicht mehr das Sinngefüge, an dessen dogmatische Prägnanz gern erinnert wird.

Faßt man das Wesentliche zusammen, hat sich zunächst gezeigt, daß die „klassische“ *Eingriffsabwehrkonzeption* auf der Grenzlinie einer in einer bestimmten Form konstruierten und dann zugrunde gelegten *Unterscheidung von Gesellschaft und Staat* operiert. Im Rahmen der aufeinander abgestimmten Komponenten – Freiheitsgewährleistung, staatlicher Eingriff, Gesetzesvorbehalt – konzentriert sich der dogmatische Zugriff auf den „Eingriff“, der Freiheitssphäre und staatliche Regulierung relationiert, und auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die an die Verfassungsmäßigkeit eines Eingriffs gestellt werden. Solange der Eingriff begrifflich präzise gefaßt ist und dabei in sich selbst eine Individualisierung enthält, braucht die rechtlich garantierte individuelle „Freiheit“ nicht genau beschrieben zu werden. Dies entspricht den Intentionen: Freiheit soll nicht, jedenfalls nicht durch staatliche Instanzen, Definitionen oder Wertungen unterzogen werden. Passendes dogmatisches Korrelat ist das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, das Freiheit als prinzipiell unbegrenzt, die staatliche Einschränkung als prinzipiell begrenzt ansetzt. Die Konzeption hat ihre Folgen. Sie bezieht sich auf Freiheitschancen, die dem Staat vorausliegen, die sich also in der Gesellschaft herausbilden und

223 Vgl. auch die Erwägungen bei *Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 280.

dann als vorgefunden behandelt werden können. Sie setzt voraus, daß der soziale Kontext individueller Freiheit nicht zum grundrechtlich mitzuthematisierenden Problem wird. Die *originären Schutzgegenstände* abwehrrechtlicher Grundrechtspositionen kennzeichnet, daß sie *in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuweisbar* sind. Zu den zentralen Begriffen, mit denen die Schutzbereiche und -güter konkretisiert werden, zählen die Willensautonomie, die Selbstbestimmung, Entscheidungschancen und Verhaltensmöglichkeiten.

Genau diese begrenzte Perspektive, in der Freiheit entfaltet wird, ist der Anknüpfungspunkt zahlreicher *Neukonzeptionen*. Frühzeitig begreift das Bundesverfassungsgericht die Grundrechte als objektive Wertordnung und erreicht damit eine abstraktere Ebene als die Eingriffsabwehrbeziehung zwischen Bürger und Staat. Die Grundrechtssätze werden zu *Freiheitsgewährleistungen*, aus denen staatliche Pflichten in verschiedene Richtungen konkretisierbar sind. Diese Abstraktion ermöglicht eine *neue und differenziertere Handhabung des Verhältnisses von objektivrechtlichem Normgehalt und subjektiven Rechten*, die auf den objektiven Rechtssätzen beruhen. Damit werden die Voraussetzungen für grundlegend gewandelte Interpretationen der Grundrechtsverbürgungen geschaffen.

Eine zentrale Entwicklungslinie, die auf die Prämissen der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption durchgreift, zielt darauf, den *sozialen Kontext individueller Freiheit als Grundrechtsthema* einzuführen. Die grundrechtlichen Garantien werden inhaltlich mit weiterführenden Sinnbezügen angereichert, indem man bei der Auslegung der *objektivrechtlichen Aussagen* der Grundrechtsnormen *überindividuelle Ebenen* und die *sozialen Zusammenhänge* mitthematisiert, in denen sich individuelle Freiheit bildet und entfaltet. Je nach Gewährleistung kann man dies unmittelbar auf den Normtext stützen oder über normgeleitete Konkretisierungen zu begründen versuchen. Durch solche Norminterpretationen lassen sich auf übergeordneter Ebene neuartige Perspektiven und entsprechend neuartige Grundrechtsbindungen des Staates entwickeln. Zugleich schließt dessen Rolle unterschiedliche Funktionen ein. Grundrechtsdogmatisch wird man darauf verwiesen, die Gewährleistungsgehalte und Rechtsbindungen über die textlich umschriebenen Aussagen der Norm herzuleiten. Dabei kann man sich nicht mehr auf die Implikationen der traditionellen Eingriffsabwehr stützen, weil man deren Prämissen, nämlich insbesondere die individualistische Perspektive, mit der Einflechtung sozialer Bezüge in die Grundrechtsverbürgung aufhebt. Derartige Änderungen in der Auslegung des objektivrechtlichen Grundrechtsgehalts wirken sich notwendig auch auf den *Individualschutz* aus. Das betrifft zum einen den abwehrrechtlich erfaßbaren Bereich. Sofern in die Norminterpretation Sinnbezüge auf das Soziale einfließen, gewinnt man Sehweisen, im Rahmen derer man individuelle Freiheitspositionen von überindividuellen Ebenen her erfassen und beschreiben kann. Das modifiziert gewohnte Schutzgegenstände wie etwa die Verhaltensfreiheit. Es ermöglicht außerdem, Positionen und Rechte zu formulieren, die ihrer Struktur nach erst aus der Sozialität heraus verstehbar und begründbar sind. Bei solchen Positionen sind allerdings die Prämissen nicht gegeben, unter denen das dogmatische Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ einsatzfähig ist. Die Position ergibt sich immer nur als eine *über die objektivrechtlichen Aussagen der einschlägigen Gewährleistung vermittelte und über die Norm zugleich begrenzte Position*. Indem die Interpretation der

Gewährleistungen abstrakter und die Rolle des Staates unterschiedliche Funktionen einschließt, wird es zum anderen denkbar, über die Norm Rechte herzuleiten, die auf eine staatliche Leistung gerichtet sind.

Eine zweite Entwicklungslinie, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausweist, ist die *Herleitung von Grundrechtsbindungen für die staatliche Organisation und das staatliche Verfahren*. Grundrechtsnormen liegen schon im Ansatz quer über den staatlichen Entscheidungsprozessen, die den Einzelnen betreffen, wenn sie unabhängig von einer sachlichen Abschlußentscheidung als Maßstäbe eingesetzt werden, an denen bestimmte, mit den staatlichen Entscheidungsverfahren verbundene Wirkungen gemessen werden, die keinen „klassischen“ Eingriff darstellen. Etwas aufwendiger ist die Norminterpretation in den Fällen, in denen man dem mit einer sachlichen Abschlußentscheidung berührten Grundrecht Rechtsbindungen für die Organisation und das Verfahren der Entscheidungsfindung entnimmt. Zwischen Freiheitsgewährleistung und der staatlichen Organisation oder dem staatlichen Verfahren muß eine rechtliche Beziehung hergestellt werden. Dabei genügt es nicht, mit einer „Ausstrahlungswirkung“ der mit der Endentscheidung betroffenen Grundrechtsnorm zu argumentieren. Will man eine tendenzielle Auflösung der gesamten gegebenen Strukturierungen von Organisation und Verfahren, also eine weitgehend kontingente Situation vermeiden, benötigt man präzisere Angaben, in bezug worauf das Grundrecht überhaupt Maßstäbe enthält. Rechtsbindungen aus dem mit der Endentscheidung betroffenen Grundrecht lassen sich über eine engere rechtliche Verknüpfung von Endentscheidung und Organisation bzw. Verfahren der Entscheidungsfindung begründen, indem man den Verlauf des Verfahrens aufschlüsselt und dann darauf abstellt, daß Rechte des Betroffenen bestimmte Wirkungen, die für das mit der Endentscheidung betroffene Rechtsgut absehbar werden, an genau dem Punkt des Entscheidungsfindungsprozesses steuern sollen, an dem die Wirkungen abzusehen und (noch) zu beeinflussen sind. Damit ergibt sich ein *die Norm konkretisierender Argumentationszusammenhang*, der eine *Beziehung* zwischen der *Endentscheidung*, dem *Ablauf des Entscheidungsverfahrens*, insbesondere den darin entstehenden Wirkungen und Bindungen, und dem mit der Entscheidungsfindung *beeinträchtigten Grundrecht* herstellt. Insofern wird der Grundrechtsgehalt in immer schon spezifizierter Weise so erstreckt, daß er *quer über den Entscheidungsprozessen* liegt. Die organisations- und verfahrensbezogenen Rechte des Einzelnen werden über die jeweils einschlägige Norm vermittelt und sind immer nur als sachlich begrenzte Positionen begründbar.

Der *Individualschutz und die individuellen Rechte* bleiben, da sie auf den objektivrechtlichen Aussagen beruhen, von der veränderten Gewährleistungsinterpretation nicht unberührt. Zum einen werden Verpflichtungen und Individualrechte konkretisiert, die sich auf eine staatliche *Leistung* richten. Hinsichtlich derer inhaltlichen Präzisierung wird man auf die Aussagen der jeweiligen Grundrechtsnorm verwiesen. Teilweise orientiert man sich dabei – parallel zu dem im Eingriffsabwehrbereich eingesetzten Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ – an „formalen“ Prinzipien wie der Vorstellung eines Minimalstandards oder der eines Optimums, um die Bestimmung der Gewährleistungsinhalte und der individuellen Rechte zu erleichtern. Dies könnte aber nur dann greifen, wenn sich die Formeln auf eine dogmatische Konzeption stützen könnten, die aus mehr

Komponenten als der Norm selbst besteht. Die mit dem Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ erreichte dogmatische Leistung ist nicht transferierbar, weil sie aus einer dogmatischen Gesamtkonzeption resultiert, deren Schwerpunkt nicht auf den Grundrechtssätzen liegt. Muß man sich auf die Norm konzentrieren, kann man nur auf der normtheoretischen Überlegung aufbauen, daß sich die grundrechtlichen Maßgaben zu konkreten staatsgerichteten Geboten *verdichten* müssen, um gegebenenfalls individualrechtlich durchsetzbar zu sein. Im Ergebnis ist man darauf angewiesen, *neue und angemessene Argumentationsmuster zur Konkretisierung der Norm und deren individualschützenden Gehalts* zu entwickeln. Im näheren können sich spezifizierte Rechtsbindungen in differenzierter Weise auf unterschiedlichen Ebenen und hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte ergeben, so daß ein vielfältiges Bild leistungrechtlicher Gehalte und Positionen entsteht.

Zum anderen gerät der *Eingriffsbegriff* unter Änderungsdruck. Dies kann man zumindest zum Teil als Auswirkung der gewandelten Grundrechtsinterpretation begreifen, die Sinnbezüge in die Norm einführt, im Hinblick auf die sich der „klassische“ Eingriff nicht mehr nahtlos als Rechtsbeeinträchtigung anschließen läßt. Wegen des Zusammenhanges zwischen grundrechtlichem Gewährleistungsbereich und Grundrechtsbeeinträchtigung wäre es verfehlt, Lösungen über eine isolierte Betrachtung und Umformung der Eingriffskriterien zu suchen. Vielmehr muß die Aufmerksamkeit zunächst dem Gewährleistungsbereich gelten. Dabei darf man nicht den auf den „klassischen“ Eingriff abgestimmten Beschreibungsformen verhaftet bleiben. Es kommt – entsprechend der veränderten Interpretation der Gewährleistungen – vielmehr darauf an, ob und in welcher Reichweite sich die Grundrechtsaussagen in ihrem individualschützenden Gehalt so konkretisieren lassen, daß ihre Sinnbezüge den sozialen Kontext einschließen, über den die in Streit stehende Maßnahme auch den Einzelnen trifft. Eine solche Normauslegung schafft die Basis für eine nahtlos anschließbare Argumentation zur Grundrechtsbeeinträchtigung. Die jeweilige Schutzposition kann dann allerdings, da man sie aus überindividuellen Bezügen heraus zu verstehen hat, immer nur einen individuellen Anteil (an etwas Überindividuellem) umschreiben; sie ist deshalb eine über die Norm vermittelte und darüber immer auch begrenzte Position. Vor diesem Hintergrund wird erkennbar, daß sich – jedenfalls im hier diskutierten Spektrum – die dogmatischen Anforderungen des leistungrechtlichen und des abwehrrechtlichen Bereichs gar nicht so krass unterscheiden. Der zentrale Punkt ist insofern nicht die Frage, ob sich das Begehren des Einzelnen gegen einen Eingriff oder auf eine Leistung des Staates richtet. Der zentrale Punkt und die Schwierigkeiten liegen vielmehr in der Ermittlung dessen, ob die Grundrechtsnorm in ihrem individualschützenden Gehalt den Einzelnen gerade hinsichtlich des jeweiligen Begehrens schützt.

Im Ergebnis erzwingen die Änderungen des Grundrechtsverständnisses also eine *Konzentration auf die Aussagen der Gewährleistungen*. Der Schutzgehalt wird zum Kernelement dogmatischer Strukturierung; andere Komponenten werden in ihrem Bezug darauf neu zugeschnitten. Dabei ist absehbar, daß man bei problematischen Punkten in der Frage, was Grundrechte eigentlich schützen, von traditionellen Ausarbeitungen wenig Hilfe erwarten kann. Denn gerade diese Frage ist von der tiefgreifenden Neubestimmung

der Grundrechte betroffen: „Ihr Sinngehalt kann nicht mehr vom Eingriff her verstanden werden.“²²⁴ Daß die Umstellung auf den Gewährleistungsgehalt und auf normkonkretisierende Argumentationen, die notwendig mit Wertungen verbunden sind, die Grundrechtsdogmatik strapazieren, braucht nicht betont zu werden. Insbesondere die Auswirkungen auf die Kompetenzverteilung zwischen Judikative, Legislative und Exekutive sind Gegenstand einer breitgefächerten Diskussion über die Ausdehnung der Grundrechtsgehalte.²²⁵ In der Tat ist es ein zentrales und nur noch schwer zu lösendes Problem, wie das „Anything goes“ der Perspektiven und Konstruktionsmöglichkeiten, das mit dem Verweis auf komplexe Zusammenhänge unaufhaltsam in Gang gesetzt wird, dogmatisch handhabbare Formen gewinnen und mit rechtsstaatlichen Ausgestaltungen und Sicherungen in Einklang gebracht werden kann.

All dies soll eine erste Folie zur Annäherung an den Gegenstand bieten, um den es hier geht. Oben ist bereits angeklungen, daß der Umgang staatlicher Stellen oder, soweit die Drittwirkung greift, privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten als unmittelbares Bezugsobjekt grundrechtlichen Individualschutzes in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung erst mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingeführt wird. Man wird im folgenden sehen, daß ein solcher Schutz strukturelle Eigenarten besitzt, die die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik voraussetzen, die in den bisherigen Ausführungen umrissen worden ist. Der trotz der erkennbaren Bedeutung dieses Schutzgegenstandes relativ spät erfolgende Schritt, ihn der dogmatischen Aufarbeitung zuzumuten, wird dadurch erklärbar. Wie kaum ein anderer Gegenstand zeigt er Interdependenzen zu den originären Schutzgütern des gewohnten Eingriffsabwehrdenkens – zur Selbstbestimmung, zur Entscheidungsfreiheit, zur Verhaltensfreiheit –, wie kaum ein anderer Gegenstand symbolisiert er grundlegende Bedingungen derer Möglichkeit, und wie kaum ein anderer Gegenstand spricht er einen Gewährleistungsgehalt an, der die Leistungskraft des gewohnten Eingriffsabwehrdenkens weit übersteigt.

224 Forsthoff, Der introvertierte Rechtsstaat, S. 392 (dies zu den Konsequenzen, wenn Grundrechte den Charakter absoluter Wertsetzungen gewinnen).

225 Dazu etwa Wahl, Vorrang, S. 487; Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen; Simon, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rn 48 ff.; Böckenförde, Grundrechte, S. 24 ff.; Dreier, Dimensionen, S. 60 ff.; Scherzberg, Wertkonflikte, S. 356 ff. Siehe auch Kloepfer, Verfassungsausweitung, S. 199 ff., bes. S. 201 ff., zum wechselwirksam werdenden Verhältnis von Verfassungs- und Unterverfassungsrecht.

2. Kapitel:

Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten als Schutzdimension

Die Konstellationen, die im Rahmen des Topos „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ interessieren, sind für den überkommenen Grundrechtsschutz neuartig. Sie drehen sich nicht um die Freiheit der Gewinnung und Nutzung von Informationen, die sich – wenn auch nur begrenzt passend – als Verhaltensfreiheit einfangen läßt. Vielmehr geht es um den *grundrechtlichen Schutz einer Person in Bezug auf den Umgang des Staates* (oder – im Bereich der Drittwirkung – privater Dritter) *mit den Informationen und Daten, die auf die Person verweisen oder sie betreffen*.²²⁶ Gegenstand ist also die rechtliche Beziehung zwischen dieser Person und der staatlichen Stelle, die die jeweiligen Informationen gewinnt, nutzt und weitervermittelt oder die Daten erhebt und weiterverarbeitet.

Im folgenden werden zunächst die Grundlagen und die Charakteristika eines solchen Schutzes herausgearbeitet. Das soll helfen, den Sachbereich zu überblicken, die Schutzanforderungen zu verstehen und die Anforderungen an eine gegenstandsgerechte Grundrechtsdogmatik zu klären. Erst auf dieser Basis können Lösungsentwürfe beurteilt oder neu entwickelt werden. Zu Beginn werden Begriff und Kennzeichen der Information, insbesondere die wichtige Abgrenzung gegen Daten, sowie die Rolle der Medien, Techniken und Netze der Kommunikations- und Datenverarbeitung erörtert. Im Anschluß daran werden die Leitgedanken zum Regelungs- und Schutzbedarf systematisiert, die die Diskussionen zum „Daten“-schutz prägen. Abschließend geht es um die dogmatischen Aspekte einer grundrechtlichen Fundierung des Schutzes, die sich im Rahmen der Ausführungen dieses Teils der Arbeit aufzeigen lassen. Dabei wird deutlich werden, daß ein gegenstandsgerechtes Konzept des grundrechtlichen Schutzes im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten die Entwicklungen der Grundrechtsdogmatik, die im ersten Kapitel aufgeschlüsselt worden sind, voraussetzen und darauf aufbauen muß.

A. Zentrale Kennzeichen des Gegenstandes

I. Zum Begriff der Information

Die Ausarbeitung eines informationsbezogenen Grundrechtsschutzes setzt eine Klärung des Informationsbegriffs voraus. Dabei darf man sich keine schnell und knapp formulierbare Definition erhoffen. Es kommt im Gegenteil darauf an, die Gefahr voreiliger Kurzschlüssigkeit zu vermeiden. Der Begriff ist häufig mit einem verdinglichenden Ver-

²²⁶ Die Begriffe „Umgang mit Informationen und Daten“ und „Informations- und Datenverarbeitung“ sollen im folgenden als Oberbegriffe verwendet werden, die den Regelungsgegenstand umfassen.

ständnis, mit der Idee eines „Abbilds (der Realität)“ oder mit zu schlicht gestalteten Objektivitäts- und Wahrheitskonnotationen belastet.²²⁷ Zum Teil sucht man Hilfe in der plastischeren Vorstellung, die man von Daten hat. Informationen und Daten werden für Synonyme gehalten oder jedenfalls nur undeutlich unterschieden.²²⁸ Hier soll Information dagegen als Begriff konzipiert werden, der – soweit es um rechtliche Erkenntnisinteressen geht²²⁹ – auf der Ebene des Bewußtseins von Individuen oder auf der Ebene der Kommunikation²³⁰ anzusiedeln ist und sich deshalb erst erschließt, wenn man eine Reihe damit verbundener Implikationen mitdenkt.

Geht es um den grundrechtlichen Schutz einer Person hinsichtlich des sie betreffenden Umgangs des Staates oder privater Dritter mit Informationen, sind Gegenstand des Interesses nicht die Informationen der Person selbst, sondern immer die Informationen anderer. Deshalb wäre es verfehlt, im Ausgangspunkt von der Person her zu denken, von der die Informationen handeln oder die in sonstiger Weise betroffen ist. Informationen sind, auch falls sie Aussagen über eine Person vermitteln, nicht in einer Weise faßbar, als handele es sich um dieser Person gleichsam anhaftende Eigenschaften. Sie brauchen ferner nicht – auch nicht „letztlich“ – von dieser Person „abgegeben“ worden zu sein.²³¹ Sie bilden sich vielmehr im Ansatz losgelöst von dieser Person im Bewußtsein anderer oder in Kommunikationszusammenhängen. Im Ausgangspunkt muß man daher, sofern es um Individuen geht, auf den *Sich Informierenden* und, sofern es um Kommunikationsprozesse geht, auf das *Kommunikationsnetz* abstellen, in dem sich Informationen über jemanden oder über etwas bilden.

Das wird noch anschaulicher, wenn man sich die *vielfältigen Formen und Grundlagen*, durch die Informationen über eine Person gewonnen werden können, vor Augen führt.

- 227 Siehe etwa die Ausführung in BVerfGE 65, 1 (44): „Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann.“ Als Beispiel für viele außerdem *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 5: Information als die Beschreibung eines Sachverhaltes oder Tatbestandes in der Wirklichkeit; *Kloepfer*, Informationsrecht, Rn 50: Information als Abbild der sozialen Wirklichkeit.
- 228 Vgl. etwa *Woertge*, Prinzipien, S. 21 f.; *Hüsch*, Verwertungsverbote, S. 4; *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte, S. 12; *Kloepfer*, Informationsrecht, Rn 53 ff., bes. Rn 58. Diese Gleichsetzung beruht in der Regel auf der unzureichenden Gesetzesterminologie.
- 229 Der Begriff ist hochabstrakt faßbar und wird in zahlreichen Disziplinen, etwa der Kybernetik oder der Biologie, eingesetzt. Für rechtliche Zwecke ist es sinnvoll, sich schon an den konkreteren Ebenen zu orientieren, die im rechtlichen Zusammenhang relevant sind. Vgl. auch *Albers*, Information, S. 70, 76 f.; *T. Dreier*, Informationsrecht, S. 69. Zur Diskussion darum, ob es für den Begriff „Information“ ein einheitliches „Ur-Konzept“ geben kann, *Florida*, Information, S. 40 ff.
- 230 Unter Kommunikation soll hier die genuin sozial entstehende Synthese der Komponenten Mitteilung, Information und Verstehen verstanden werden. Vgl. *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 194 ff.; *dens.*, Kommunikation, S. 11 ff. Die Unterscheidung von Bewußtsein und Kommunikation ist wichtig, weil sich Kommunikationsprozesse und die hierin prozedierten Informationen in anderer Weise erschließen lassen als die Informationen, die sich im Bewußtsein von Personen bilden. Information ist nicht ausschließlich in den Köpfen von Menschen zu lokalisieren. Vgl. noch unten im Text dieses Punktes.
- 231 Siehe aber *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 11. Diese (Fehl)Vorstellung ist einer der Gründe für Mallmanns Konzeption eines informationellen Selbstbestimmungsrechts („Recht, über die Abgabe von Individualinformationen selbst bestimmen zu können, und zwar hauptsächlich im Hinblick auf den Inhalt der abgegebenen Individualinformation und den Empfänger“, vgl. ebda. S. 56). Vgl. noch näher Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.cc.

Derjenige, der sich informiert, kann die Informationen über die Wahrnehmung und Kommunikation gewinnen, die in Anwesenheit der Person im Rahmen einer Interaktion erfolgt. Er kann Informationen außerdem über eine – gegebenenfalls heimliche – reine (nicht kommunikationsergänzte) Observation oder Belauschung erlangen. Ganz losgelöst von einer irgendwie gearteten Beteiligung der Person können Informationen auf den Mitteilungen eines Dritten über die Person beruhen. Das schließt etwa das nicht mehr rückführbare Hörensagen und nicht zuletzt die freie Erfindung²³² ein. Insbesondere können Informationen schließlich datenvermittelt gewonnen werden.

Daten sind im allgemeinsten Sinne *Zeichen oder Zeichengebilde*, die auf einem *Daten-träger* (auch dies im allgemeinsten Sinne) *festgehalten* und in dieser vergegenständlichten Form unabhängig von der Sozialdimension angesprochen sind, in der sie dadurch Informationscharakter gewinnen, daß sie aufgenommen, interpretiert und als Wissen genutzt werden.²³³ Eine solche Abgrenzung von Daten und Informationen hat ihren Sinn darin, daß sich die Datenebene aufgrund der Verkörperung in eigenständiger Weise erfassen läßt. Man mag den Datenbegriff noch vom Begriff des Zeichens abheben, indem man ihn funktional auf Information bezieht, Daten also als „potentielle Informationen“ versteht.²³⁴ Doch darf dies nicht dazu führen, daß mit den Daten feststehende Bedeutungen verbunden werden und Daten als „Zeichen mit Bedeutungsgehalt“²³⁵ erscheinen. Der Informationsgehalt, den Mitteilungen oder Daten gewinnen, ist nicht als deren intrinsische Eigenschaft einzustufen²³⁶, nicht an Zeichen anzuklammern und auch nicht in isolierter Betrachtung der Zeichen festzustellen. Er wird durch interpretative Leistungen in sozialen Situationen immer erst erzeugt. Deshalb ist er von dem Kontext her zu entwickeln, in dem Daten zu Informationen werden. Indem der Begriff des Datums die (verselbständigbare) Zeichenebene, der Begriff der Information die soziale Ebene anspricht, müssen *Daten und Informationen strikt unterschieden* werden.

232 Das ist insbesondere im Medienbereich nicht selten genau das Problem. Ein weiteres Beispiel, das zugleich den Schutzbedarf des Betroffenen veranschaulicht, sind ausgedachte und falsche Anschuldigungen Dritter bei der Polizei oder der Staatsanwaltschaft.

233 Zur Begrifflichkeit siehe auch – mit einer Unterscheidung von Zeichen, Daten und Information – Sieber, Informationsrecht, S. 2572 f., sowie T. Dreier, Informationsrecht, S. 70; Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 17 f. Außerdem Grimmer, Informationsverbund, S. 73: Der Datenbegriff sei auf formale Zeichen zu beschränken, während die Information durch einen Sinnzusammenhang, in welchem Daten informativen Wert haben, zu kennzeichnen sei. Daneben Garstka, Grundbegriffe, S. 209 ff., dessen Ansatz von den obigen Ausführungen in einigen Hinsichten abweicht (insbesondere weil der Datenbegriff in Zuschneidung auf die Datenschutzdiskussion schon auf die pragmatische Bedeutung für den Empfänger zugespitzt und der Informationsbegriff mit Blick auf den pragmatischen Aspekt sogleich von einem nachfolgenden Entscheidungsprozeß her gedacht wird), der aber auch hervorhebt: „Daten ‚sind‘ damit keine Informationen; der Datenschutz betrifft vielmehr Daten, aus denen *Informationen gewonnen werden können*.“ (Hervorh.i.Orig.). Vgl. auch Bull, Grundprobleme, S. 26; Schmitt Glaeser, Privatsphäre, Rn 77.

234 Vgl. Sieber, Informationsrecht, S. 2572, dessen Begriffsdefinitionen allerdings in der Frage, ob die Bedeutung an Daten gebunden sein soll, nicht ganz deutlich sind.

235 So Zöllner, Informationsordnung, S. 18.

236 Vgl. – für Kommunikation – Ashby, Introduction, S. 124: „The information conveyed is not an intrinsic property of the individual message.“

Information handelt von Sinn. Da sich ein bestimmter Sinn nur durch Abgrenzung gegen etwas anderes ergibt – so etwas Beobachtetes in Abgrenzung gegen etwas Nicht-Beobachtetes, der Inhalt einer Mitteilung in Abgrenzung gegen etwas Nicht-Gemeintes, der Aussagegehalt eines Datums in Abgrenzung gegen etwas Nicht-Ausgesagtes – wird eine Information durch das *Merkmal der Selektivität* gekennzeichnet. Das wird, insbesondere in informationstheoretischem Zusammenhang, auch oft hervorgehoben: „...this word information in communication theory relates not so much to what you *do* say, as to what you *could* say. That is, information is a measure of one's freedom of choice when one selects a message.“²³⁷ Mit der einfachen Selektivität, die der Aussagegehalt einer Mitteilung oder eines Datums verkörpert, ist eine Information allerdings noch nicht hinreichend beschrieben. Gerade die modernen Datenverarbeitungstechniken veranschaulichen sehr plastisch, daß Daten unsichtbar auf Speichern gespeichert verschwinden und ohne Relevanz bleiben, wenn man sie nicht benötigt und abrufen. *Mitteilungen oder Daten* als solche machen noch *keine Informationen* aus.²³⁸ Sie müssen vielmehr aufgegriffen und über eine *Deutungs- und Rekonstruktionsleistung* verstanden werden.²³⁹ Selektivität kennzeichnet dabei sowohl den Inhalt, der mitgeteilt oder in Daten fixiert worden ist, als auch den Inhalt, der verstanden wird. Denn die Selektivität des Inhalts einer Mitteilung oder eines Datums muß im Verstehen als Selektion rekonstruiert werden: mit der Mitteilung ist dies und nicht etwas anderes gemeint, das Datum sagt dies und nichts anderes aus. Die verstehende Interpretation stellt, eben da Sinn und die damit einhergehende Selektivität zu handhaben sind, eine eigenständige Leistung dar, die allerdings an den Gehalt von etwas anderem anknüpft. Informationen werden demnach mit der verstehenden Deutungs- und Rekonstruktionsleistung erst vollendet, ohne daß sie deswegen unabhängig und vollständig losgelöst vom Inhalt einer Mitteilung oder von der Aussage eines Datums faßbar wären. Von Informationen kann nur dann die Rede sein, wenn der jeweils verstandene Sinngehalt nicht ausschließlich dem Verstehen zuzuschreiben ist (sich also nicht als bloße Einbildung darstellt). Eine im Gespräch mitgeteilte Information bezeichnet also weder lediglich das, was mitgeteilt, noch lediglich das, was verstanden wird, sondern das, was als Inhalt einer Mitteilung verstanden wird. Ebenso bezeichnet eine datenvermittelte Information weder allein eine isoliert vorgestellte Aussage eines Datums noch allein dessen Interpretation, sondern das, was als Aussage eines Datums interpretativ ermittelt wird. Damit der mit dem Verstehen entwickelte Sinngehalt als Information behandelt werden kann, muß er als Verstehen von etwas anderem auf das Beobachtete, auf den Mitteilungsinhalt oder auf den Aussagegehalt des Datums zurückzuführen sein. Auf diesem Hintergrund kann man Information als *Differenz zweier verknüpfter Diffe-*

237 So die berühmte Definition von *Weaver*, Recent Contributions, S. 8 f. (Hervorh. i.Orig.). Vgl. daneben zu Selektivität als Merkmal der Information *MacKay*, „Meaning“, bes. S. 85 ff.

238 Information als „Mitteilung von Tatbeständen“ zu beschreiben – so mit Blick auf das Alltagssprachliche Verständnis C. F. von *Weizsäcker*, *Sprache als Information*, S. 41 –, ist deshalb verkürzt.

239 Übergreifend C. F. v. *Weizsäcker*, *Materie, Energie, Information*, S. 351: „Information ist nur, was verstanden wird. ‚Verstehen‘ kann hier so objektiv gemeint sein, wie der Proteinerzeugungsmechanismus die DNS-Information ‚verstehet‘, indem er sie in Proteingestalten umsetzt.“ Mit Bezug auf den Menschen *Barlow*, *Wein*, S. 93. Im Kommunikationskontext *Luhmann*, *Soziale Systeme*, S. 193 ff.

renzen und näher als einen *Sinngehalt* begreifen, der als *Rekonstruktion einer anderen (Sinn-)Selektion* aufgebaut wird.²⁴⁰

Das mag zu abstrakt erscheinen, als daß es als brauchbare Grundlage dienen könnte. Schlichte Definitionen bringen aber nur scheinbar einen Gewinn. Wichtig ist, das Begriffsverständnis so anzulegen, daß man die Implikationen mitdenken kann, die der „Gegenstand“ Information mit sich bringt. Die beschriebene Sehweise hat den für das Verständnis von Information unverzichtbaren Vorteil, substantielle oder verdinglichende Konnotationen zu vermeiden.²⁴¹ Daß Sinn sowie die mit der Bestimmung von Sinngehalten handzuhabende Selektivität involviert sind und daß eine Deutungs- und Rekonstruktionsleistung notwendig ist, macht schon im Ansatz deutlich, daß man sich das Entstehen von Information nicht als Wiedergabemechanismus vorstellen darf, so als würde sich im Bewußtsein eines Sich Informierenden ein „Abbild der Realität“ widerspiegeln oder als würde der Sinngehalt einer Mitteilung von einem Mitteilenden auf den Empfänger „übertragen“. ²⁴² Sinn begründet einen Horizont vielfältiger Möglichkeiten, wie etwas erfaßt werden kann; etwas könnte daher immer auch anders sein oder anders gemeint sein, als man es versteht. Das gilt um so mehr, als insbesondere bei einer auf Daten beruhenden Information die Ursprungssituation, auf die der Informationsinhalt verweist, und die Informationssituation selbst räumlich und zeitlich weit auseinanderfallen können. Information entsteht daher aufgrund eigenständiger *Interpretations- und Zurechnungsmechanismen*. Wohl läßt sich die Richtigkeit des Verstandenen mit Hilfe von Überprüfungen kontrollieren, aber auch dabei kann der verstandene Inhalt immer nur mit Hilfe von Zurechnungs- und Zuschreibungsmechanismen auf etwas außerhalb des Verstehens Liegendes zurückgeführt und ihm eine Objektivitäts- oder Wahrheitsqualität zugewiesen werden. Insofern kann man auch nicht davon ausgehen, daß der Inhalt einer

240 Vgl. auch *Albers*, Information, S. 67 ff. Ich folge mit diesem Ansatz den informationstheoretischen Überlegungen von *Bateson*, Ökologie des Geistes, bes. S. 407 ff., 488 ff., 580 ff.; siehe auch *dens.*, Geist und Natur, S. 87, 118 ff., 123. Vgl. auch, im Anschluß an *Bateson*, *Luhmann*, Soziale Systeme, S. 68 f., 112, und – zu Information als Komponente der Kommunikation – S. 193 ff., sowie *dens.*, Organisation, S. 56 ff.

241 Zur Inadäquanz ontischer Beschreibungen siehe auch etwa *Vesting*, Wandel, S. 270.

242 Informationstheoretische Überlegungen, die aus dem Bereich der technikvermittelten Signalübertragung stammen, dürfen nicht unesehen übernommen werden. Sie werden nämlich von spezifischen Erkenntnisinteressen geprägt. Die Probleme der technikvermittelten Signalübertragung liegen darin, jede denkbare Mitteilung als Selektion codieren und sie an einem anderem Ort und zu anderer Zeit möglichst exakt rekonstruieren zu können. Da die Kommunikationssituationen, in denen Signale oder Daten aufgegriffen und umgesetzt werden, nicht bekannt sind, weiß man auch nicht, welche Möglichkeiten außerhalb einer syntaktisch exakten Reproduktion von Selektionen ein gelingendes Verstehen als Informationen herbeiführen könnten. Technisch gesehen darf es auf den Sinnhorizont einer Mitteilung gar nicht ankommen, weil eine Technik, die den „Sinn“ mitrepräsentieren wollte, nicht hinreichend leistungsfähig wäre. Vgl. dazu etwa *Shannon*, Mathematical Theory, S. 31: „The fundamental problem of communication is that of reproducing at one point either exactly or approximately a message selected at another point. Frequently the messages have meaning; that is they refer to or are correlated according to some system with certain physical or conceptual entities. These semantic aspects of communication are irrelevant to the engineering problem. The significant aspect is that the actual message is one selected from a set of possible messages. The system must be designed to operate for each possible selection, not just the one which will actually be chosen since this is unknown at the time of design.“ Ausführlich außerdem *Floridi*, Information, S. 46 ff.

Mitteilung oder der Aussagegehalt eines Datums immer gleichlautend verstanden wird. So brauchen die Sicht desjenigen, der etwas mitteilt oder über den ein Datum etwas aussagt, und die Interpretation eines anderen, der sich informiert, keineswegs zu korrespondieren, sondern können sich im Gegenteil wegen der je eigenen Perspektive ohne weiteres unterscheiden. Das heißt nicht, daß nicht auch bestimmten Sachverhalten, Aussagen oder Daten von verschiedenen Personen in verschiedenen Konstellationen die gleiche Bedeutung zugeschrieben werden mag. Ein gleichsinniges Verständnis ist aber nicht selbstverständlich gegeben oder gar als Eigenschaft von Daten oder von Informationen begreifbar. Es ist eine Frage sozialer Mechanismen (etwa Sprache und Sozialisation) und situativer Bedingungen, die eine Angleichung der Perspektiven ermöglichen können.²⁴³

Die Vielfalt von Möglichkeiten und die dadurch bedingte Offenheit bei der Bestimmung von Sinngehalten verweisen darauf, daß man zusätzliche Faktoren einführen und mitbedenken muß, damit man nachvollziehen kann, daß und wie trotzdem Informationen mit bestimmten Inhalten entstehen (können). Eine isolierte und punktuelle Betrachtung – etwa einer Mitteilung oder eines Datums auf der einen und des Empfängers auf der anderen Seite – genügt nicht. Die Deutungs- und Rekonstruktionsleistung, mit der sich Informationen bilden, erfolgt schließlich nicht freischwebend. Sie wird *im jeweiligen Wissens- und Interpretationskontext* und *in Abhängigkeit von den je situativen Interpretationsbedingungen* erbracht. Die Aufmerksamkeit muß sich daher immer auch auf den übergreifenden Kontext richten, in dessen Rahmen Mitteilungen oder Daten zu Informationen werden.

Zum einen werden die Inhalte entstehender Informationen von den jeweils relevanten *Erwartungsstrukturen* geprägt. Dazu zählt insbesondere das schon vorhandene Wissen. Erwartungen müssen, damit sie Einfluß entfalten, bei der Interpretation von Beobachtungen, Mitteilungen oder Daten aktualisiert werden. Regelmäßig wird nicht das gesamte Wissen, das zur Verfügung stehen könnte, in Anspruch genommen; zufällig und selektiv erinnert man sich an bestimmte Erfahrungen, die man jetzt zum Verstehen von etwas nutzt. Anhand des aktualisierten Wissens kann der Gehalt, der Mitteilungen oder Daten zugeschrieben werden soll, abgeschätzt und abgeglichen werden. Informationen wirken einerseits auf das Wissen ein, andererseits werden sie selbst auch mit Hilfe des Wissens gebildet. Als neue Ereignisse können sie das bisherige Wissen bestätigen und bewahren oder enttäuschen und ändern. Umgekehrt beeinflußt das Wissen die erforderlichen Deutungsleistungen und damit den Informationsgehalt, den etwas annimmt. Deshalb bewirkt nicht jede Information, die für gesichert gehaltene Vorstellungen irritiert, sofort Wissensänderungen; das bisherige Wissen kann sich auch dahin durchsetzen, daß man etwas wie gewohnt versteht, obwohl es anders ist als sonst, oder daß man etwas als Trugbild oder Mißverständnis einstuft.²⁴⁴ Der Einfluß von Erwartungen führt außerdem dazu, daß

243 Vgl. dazu auch Krippendorff, Bote, bes. S. 85 ff.

244 Im Mitleben des Wissens wird Information teilweise als „Reduktion von Ungewißheit“ beschrieben. Vgl. Wersig, Informationssoziologie, S. 44; dens., Kommunikative Revolution, S. 72 ff.; C. Mallmann, Datenschutz, S. 11 m.w.N. Das legt die Wirkungsweise von Information allerdings zu sehr fest. Informationen können irritierend wirken und insofern Ungewißheit erzeugen, vgl. auch T. Dreier, Informationsrecht, S. 70 (der allerdings seinerseits Strukturänderungen beim empfangenden

nicht nur beobachteten Vorkommnissen oder tatsächlichen Mitteilungen Informationsqualität zukommen kann. Informativ wirken können vielmehr auch das Ausbleiben einer erwarteten Beobachtung oder das Unterbleiben einer erwarteten Mitteilung.²⁴⁵ Das Ausbleiben eines Geschehens ist eine Information, wenn man dessen Eintritt erwartet hat und registriert, daß nichts passiert und daß man sich offenbar geirrt hat. Das Unterlassen einer Mitteilung gewinnt Informationsgehalt, wenn man erwartet, daß der andere eine bestimmte Gegebenheit, die man inzwischen anderweitig in Erfahrung gebracht hat, mitteilt und dann feststellen muß, daß der andere die Gegebenheit offenbar zu verschweigen wünscht (man kann dann nicht nur den anderen, sondern auch die Gegebenheit neu einschätzen). Erwartungen ermöglichen im übrigen das Auffüllen von Informationslücken mittels Unterstellungen. Unterstellungen erlauben es, so vorzugehen, als hätte man entsprechende Informationen, und beeinflussen darüber zugleich den Sinngehalt, den man anderen Angaben zuschreibt. Deshalb verbietet sich die Annahme, fehlende Angaben oder Daten hätten grundsätzlich keinerlei informatorische Effekte. Damit wird sofort deutlich, daß pauschale Strategien der Minimierung von Daten, wie sie in der Datenschutzdiskussion nicht selten verfolgt werden, zu kurzschlüssig angelegt sind.²⁴⁶

Erwartungen und ihre Aktualisierung werden im näheren auch von den in der jeweiligen sozialen Situation vorhandenen pragmatischen Interessen und Zwecken bestimmt. Der Rezipient von Mitteilungen oder Daten hat regelmäßige Wissens- sowie Handlungsinteressen und -ziele. Er wird aus der damit begründeten Perspektive heraus die Angaben interpretieren, als unbedeutsam oder bedeutsam einstufen und sein Verhalten entsprechend ausrichten. Auf diesen pragmatischen Aspekt wird im Rahmen des Verständnisses von Information häufig hingewiesen.²⁴⁷ Man darf ihn allerdings nicht zu eindimensional bestimmen. Angaben und Daten können aufbewahrt und später erneut aufgegriffen werden; sie sind flexibel für verschiedene Zwecke interpretier- und nutzbar; außerdem mögen sich Zwecksetzungen mit dem Sinngehalt entstehender Informationen neu bilden. Soweit es um Sinnerzeugung durch menschliche Denkleistungen geht, ist zu berücksichtigen, daß diese nicht vollständig zweckgesteuert, sondern in bestimmtem Umfang asso-

System als Begriffsmerkmal einer „Information“ ansieht). Man hat bei einer solchen Sicht außerdem Schwierigkeiten, in den Griff zu bekommen, daß Informationen nicht nur das Wissen beeinflussen, sondern selbst in ihrem Gehalt vom Wissen geprägt werden.

- 245 Vgl. *Bateson*, Geist und Natur, S. 137 f.: „... jedes Objekt, jedes Ereignis oder jeder Unterschied in der sogenannten ‚Außenwelt‘ (kann) eine Informationsquelle werden ..., sofern sie in einen Kreislauf aufgenommen werden, der über ein angemessenes Netzwerk aus flexiblem Material verfügt, in dem sie Veränderungen hervorbringen können.“ Außerdem S. 62 f.: „Der nicht geschriebene Brief, die nicht vorgebrachte Entschuldigung, das für die Katze nicht hingestellte Futter – all das kann eine hinreichende und wirkungsvolle Mitteilung sein, weil null *im Kontext* bedeutungsvoll sein kann; und es ist der Empfänger der Mitteilung, der den Kontext erzeugt.“ (Hervorh. i.Orig.). Im übrigen vgl. S. 124 f., dies zur Unterscheidung von Information und Energie.
- 246 Siehe auch den zutreffenden Hinweis bei *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 77, wegen der Konzentration auf die Privatsphärenproblematik sei aus dem Blick geraten, daß der Einzelne auch ein Interesse an vollständiger Information, also an ‚mehr‘ Daten, haben könne.
- 247 Etwa *Steinmüller* u.a., Grundfragen, S. 43; *Steinmüller*, Gegenstand, S. 118 f.; *ders.*, Informationstechnologie, S. 199 f.; *Garstka*, Theoretische Grundlagen, S. 13 und 15; *Grimmer*, Informationsverbund, S. 74; *Simitis*, Notwendigkeit und Voraussetzungen, S. 151.; *Druey*, Information, S. 8 ff.

ziativ und „chaotisch“ verlaufen. Die Kategorien „Information“ und „Interesse“ dürfen daher nicht schon im Ansatz zu eng miteinander verknüpelt werden.

Zum anderen verweisen Informationen in der Zeitdimension auf die *Prozesse*, in deren Rahmen sie sich bilden und weitergeführt werden. Ereignisse, die sofort wieder verschwinden, oder Mitteilungen, die zwar gehört, aber im weiteren nicht mehr beachtet werden, besitzen keine greifbare Relevanz. Informationen wirken, indem sie in irgendeiner Weise umgesetzt und so als Sinngehalte „aufgehoben“ werden.²⁴⁸ Das kann in vielfältiger Form geschehen. Informationen können als Anknüpfungspunkt zur Fortführung einer Kommunikation dienen, als Daten festgehalten werden oder das Wissen verändern. Sie können die Wahl und den Inhalt von Entscheidungen oder Handlungen prägen, indem sie die Auswahl aus Alternativen und die Festlegungen auf etwas Bestimmtes ermöglichen und absichern.²⁴⁹ Solange ein Prozeß fortläuft, knüpfen Sinnelemente aneinander an und sind im Zeitablauf in ihrem Gehalt veränderlich. Ist man unsicher, ob man eine Mitteilung so verstanden hat, wie sie vom anderen gemeint war, kann man nachfragen und sich gegebenenfalls korrigieren; der erste Eindruck, die erste Information wird wieder fallengelassen. In diesem Sinne „fließen“ Informationen im Verlauf von Prozessen. Deswegen wäre eine nur punktuelle und isolierende Betrachtung einzelner Elemente unzulänglich. Auch in der Zeitdimension bedarf es der Herstellung eines übergreifenden Kontexts und eines weiterreichenden Blickwinkels. Unterbrechungen der Informationsverarbeitungen, die theoretisch als unendlich denkbar sind, kann man durch die Abgrenzung sachlicher Sinnzusammenhänge und durch Einschnitte an bestimmten Stellen herstellen. So läßt sich ein bestimmter Punkt (in seinen kontextualen Sinnbezügen) festhalten. Ein solcher Schnitt kann zum Beispiel bei einer verfahrensabschließenden Entscheidung erfolgen, die einen bestimmten Gehalt bindend fixiert.

Das Erfordernis der Herstellung eines übergreifenden Kontexts und übergreifender Perspektiven bedeutet, daß man *Bezugsebenen* unterscheiden kann und unterscheiden muß. In Abhängigkeit vom Beobachtungsinteresse hat man sich von der Ebene der Personen zu lösen und auf die Ebene der Organisation oder der Gesellschaft abzustellen. Diese überindividuellen Bezugsebenen sind für die Beobachtung und Beurteilung staatlicher Vorgänge von erkennbarer Relevanz. Soweit man darauf abstellen muß, kommt es im Ansatz nicht auf die im Bewußtsein von Personen, sondern auf die in Kommunikationsnetzen gebildeten und umgesetzten Informationen an. Die Unterscheidbarkeit der Bezugsebenen liegt der rechtlichen Determination zugrunde. Gesteuert wird weniger die menschliche Denkleistung als die Sinnerzeugung in Kommunikations- und Entscheidungsprozessen. Das gilt selbst dann, wenn die Denkleistungen in bestimmten Hinsich-

248 Vgl. auch C.F. v. Weizsäcker, *Materie, Energie, Information*, S. 352 mit Erl. S. 352 ff.: „Information ist nur, was Information erzeugt. ... Information existiert nur, wenn und insofern Information erzeugt wird, also wenn und insofern Information fließt.“, sowie E. v. Weizsäcker, *Erstmaligkeit*, S. 102: „Wenn der Empfänger durch die Information nicht dazu angeregt wird, seinerseits informationell aktiv zu werden, zum Beispiel auch nur Strukturen aufzubauen, die später von Dritten gefunden werden können, dann ist die Information pragmatisch wertlos gewesen.“

249 Vgl. dazu etwa Steinbuch, *Wert von Informationen*, S. 581, sowie dens., *Informationsverarbeitung*, S. 2, mit der pragmatischen Frage nach der Leistung von Information und der Antwort, Information sei der Stoff, aus dem Entscheidungen gemacht werden können.

ten mitbedacht werden, sei es, daß die Kenntnismöglichkeiten von Personen wegen ihres den Verwendungszweck überschießenden Potentials eingeschränkt werden (so bei Durchsichts- oder Auswertungsvorbehalten), sei es, daß genau dieses Potential genutzt wird (zum Beispiel durch die Zulassung von Zweckänderungen für den Fall „bei Gelegenheit“ gewonnener Kenntnisse).

Indem man den übergreifenden Kontext und die Prozesse in die Betrachtung einbezieht, gewinnt man festere Bezugspunkte, die den Mitvollzug oder Prognosen der Gewinnung und Umsetzung von Informationen erleichtern. Das gilt insbesondere, weil Strukturen und Prozesse in bestimmten Hinsichten festgelegt sein können. Der Empfänger einer Angabe mag von vornherein feststehende Interessen haben oder festliegende Zwecke verfolgen. Je nachdem, wie man den Kontext umreißt, können organisatorische Strukturen und Prozesse herauszuarbeiten sein. Beim Staat geraten hier die Programmierungen der Entscheidungsabläufe und der Entscheidungsfindung, insbesondere die rechtlichen Strukturierungen der Aufgabenerledigung, in den Blick.²⁵⁰ Staatliche Stellen setzen Informationen unter anderem um, indem sie sie unter die Tatbestandsvoraussetzungen von Normen subsumieren, an die sich feststehende Rechtsfolgen knüpfen.²⁵¹ Im übergreifenden Kontext wird so abschätzbar, wie etwas als Information gehandhabt wird und welche Wirkungen zu erwarten sind.

Mit all dem läßt sich abschließend festhalten, daß alle ontischen oder verdinglichenden Vorstellungen an dem Gegenstand vorbeigriffen, um den es geht. Informationen sind weder ein „Abbild“ der Realität noch an Zeichen angeklammert noch die Übernahme gleichbleibend feststehender Sinngehalte im Rahmen eines Übertragungsvorgangs. Ihre Inhalte sind zum einen eine Frage des immer schon eingegrenzten Gehalts von etwas Wahrgenommenen, Mitteilungen oder Daten und zum zweiten eine Frage der Interpretation in dem Zusammenhang, in dem Wahrnehmungen, Mitteilungsinhalte oder Daten verstanden und zur Information werden. Gehalt und Wirkungsweise von Informationen kann man daher nur abschätzen, wenn man auch den Deutungs- und Wissenskontext herausarbeitet, in dem diese erzeugt werden und der dadurch seinerseits verändert werden kann, und wenn man die Prozeßdimension berücksichtigt.²⁵² Genau dies ist auch mit dem Hinweis gemeint, daß der Informationsgehalt, den Mitteilungen oder Daten gewinnen, nur mit Blick auf den Verwendungszusammenhang zu erschließen ist.²⁵³

250 Vgl. zur Programmierung staatlichen Handelns nur *Becker*, Öffentliche Verwaltung, S. 436 f., 449 ff., sowie zum Verhältnis von Entscheidungsprogrammen, Entscheidungsabläufen und Informationsverarbeitung bes. S. 421 ff., 462 ff.

251 Etwa *Becker*, Öffentliche Verwaltung, bes. S. 462 ff.; *Hüsch*, Verwertungsverbote, S. 5 f.

252 Vgl. auch *Weingart*, „Großtechnische Systeme“, S. 184; „Informationen haben nicht für alle Rezipienten dieselbe Bedeutung, sondern sie sind nur relational zu fassen, d.h. bezogen auf die Wirklichkeitssemantik und damit den Wissenskanon (Wissen, Werte, Meinungen) der Informationsrezipienten. Die Interpretationen der Informationen sind über die Handlungen, die sie wiederum orientieren, in einem rückgekoppelten Prozeß aufeinander bezogen. Die Relationalität der Deutungen erzeugt erst die ‚Bedeutung‘ einer Information in einer bestimmten Handlungssituation oder ihre Irrelevanz. Dieser wechselseitige Bezug und die implizierte Selektivität der Informationsverarbeitung kann mit dem Begriff des ‚Deutungskontexts‘ bezeichnet werden. Der Prozeßcharakter des Systems besteht somit auch in der fortwährenden Neukonstituierung der Deutungskontexte.“

253 Dazu noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. und Punkt B.II.5.b.dd.

II. Die Verflochtenheit von Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen

Auf dieser Basis kann das Verhältnis von Informationen und Daten präzisiert werden. In der hier zugrunde gelegten Terminologie sollen Daten gegen Informationen abgegrenzt werden, indem sie als Zeichen in einer bestimmten Form verkörpert oder vergegenständlicht sind.²⁵⁴ Diese Vergegenständlichung bietet dem rechtlichen Zugriff besondere Möglichkeiten. Im Datenbegriff werden also nicht gleich Begrenzungen, etwa auf die elektronische Datenverarbeitung, mitgedacht. Grundsätzlich bleibt bei diesem Verständnis zu beachten, daß es Prozesse der Informationsgewinnung und -umsetzung gibt, bei denen Daten als Zeichen keine Rolle spielen. Bei dem heutigen Stand der Entwicklung handelt es sich allerdings in den meisten der rechtlich zu beurteilenden Konstellationen um komplexe Vorgänge, die durch eine *Verflochtenheit von Informationsprozessen und Datenverarbeitung* gekennzeichnet sind.

Auf Datenebene kann man im Rahmen eines abgegrenzten Kontexts verschiedene Aspekte oder Phasen des Umgangs mit Daten unterscheiden. Folgt man hier der Terminologie des § 3 Abs. 3 – 6a BDSG²⁵⁵, können die Erhebung, die Speicherung, die Veränderung, die Übermittlung, die Nutzung, die Anonymisierung und Pseudonymisierung sowie die Sperrung und die Löschung differenziert werden.²⁵⁶ Mit ihrer Erhebung werden Angaben oder auch (schon vorhandene) Daten in einer immer schon auswählenden Weise beschafft und gehen in den jeweiligen Kontext ein. Eine Speicherung erfolgt bei einer Erfassung, Aufnahme oder Aufbewahrung auf einem Datenträger. Gespeicherte Daten werden einer Veränderung unterzogen, wenn sie im Ablauf des Bearbeitungsprozesses inhaltlich in dem Sinne umgestaltet werden, daß sich ihr informatorischer Aussagegehalt ändert. Das ist etwa bei ausdrücklichen Korrekturen oder bei einer Verknüpfung von Daten zu einem neuen Aussagegehalt der Fall. Die Übermittlung meint das Bekanntgeben von Daten an Dritte, sei es durch Weiterleitung in einen anderen Kontext, sei es durch Einsicht oder Abruf seitens des Empfängers. Die Nutzung von Daten verweist, da Daten als Informationen relevant sind, auf Information. Die Sperrung begrenzt die Nutzung von Daten im Hinblick auf bestimmte Zwecke; die Löschung beendet die Nutzungsmöglichkeiten, indem die Daten physikalisch vernichtet oder zumindest unzugänglich werden.

Die unterschiedenen Phasen lassen sich differenzieren, aber nicht gegeneinander isolieren. Als Aspekte oder Komponenten eines Verarbeitungszusammenhangs, der als Ein-

254 Siehe oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

255 Wie eine sinnvolle Abgrenzung der Aspekte oder Phasen aussehen sollte, ist im einzelnen umstritten. Zu Abgrenzungsvorschlägen etwa *Steinmüller* u.a., Grundfragen, S. 58; *Garstka*, Theoretische Grundlagen, S. 15 ff.; *Podlech*, Datenschutz, S. 48 f. Die Streitfragen sind im obigen Zusammenhang aber nicht von Bedeutung.

256 Die Speicherung, die Veränderung, die Übermittlung, die Sperrung und die Löschung werden in § 3 Abs. 4 BDSG unter den Begriff der „Verarbeitung“ zusammengefaßt. Die „automatisierte Verarbeitung“ schließt nach § 3 Abs. 2 BDSG zusätzlich die Erhebung und Nutzung ein. Zu Recht kritisch zur umständlichen und Mißverständnisse fördernden Begrifflichkeit *Schild*, Datenerhebung, Rn 32 ff., Rn 90 ff.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 67 f.

heit zu bestimmen und abzugrenzen ist²⁵⁷, verweisen sie aufeinander. Das bindende Glied liegt darin, daß Daten als potentielle Informationen dienen. Insofern richten sich die Erhebung, die Speicherung und die Veränderungen regelmäßig schon nach der vorgesehenen Nutzung der Daten als Informationen und baut umgekehrt die Nutzung auf der Datenbasis auf, die durch die Erhebung, Speicherung und Veränderung begründet wird. Die Betrachtung und Beurteilung des Umgangs mit Daten in einer einzelnen Phase wird somit erst auf dem Hintergrund des gesamten jeweils relevanten Verarbeitungszusammenhanges sinnvoll.

Damit kristallisiert sich die Verflochtenheit von Datenverarbeitungsprozeß und Informationsvorgängen heraus. Erlangte Informationen können bei einer bestimmten Stelle zu einem bestimmten Zeitpunkt in eine von der jeweiligen Technik abhängige Datenform gebracht und so gespeichert werden. Diese Daten können dann in prinzipiell beliebigen Konstellationen und über technisch relativ unbegrenzte Zeiträume hinweg immer wieder als Anknüpfungspunkt für Informationen dienen. Im Verhältnis der Daten zu den Informationen ist dabei – entsprechend den obigen Ausführungen – zu beachten, daß die Daten syntaktisch dieselben Zeichen oder Zeichengebilde bleiben können, während die an die Daten anknüpfenden Informationen erst mit der verstehenden Interpretation in der jeweiligen Situation erzeugt werden und einen variierenden Sinngehalt annehmen können. Die Informationen, die in der Erhebungssituation existieren und in Datenform festgehalten werden, und die Informationen, die zu einem späteren Zeitpunkt aus den abgerufenen Daten gebildet werden, sind also nicht wie ein ontisch feststehendes Element zu behandeln. Indem beide Informationssituationen durch die gemeinsame Datenbasis verbunden sind, lassen sie sich allerdings verknüpfen und vergleichen. Insofern mag man von einer „Speicherung“ oder auch einer „Veränderung“ von (eigentlich immer als aktuelles Ereignis neu entstehenden) Informationen sprechen. Das darf aber nicht dazu führen, daß die Verflochtenheit mit Datenverarbeitungsprozessen – einschließlich der damit einhergehenden Transformationserfordernisse – und die Kontext- und Perspektivenabhängigkeit von Information vernachlässigt wird. Werden Daten in einem bestimmten Verwendungszusammenhang abgerufen und zum Anknüpfungspunkt von Informationen, können die Informationen genutzt werden, indem man sie in Entscheidungen oder Handlungen umsetzt. Sie können natürlich auch mit weiteren – gegebenenfalls aus anderen Daten gewonnenen – Informationen abgeglichen, umgedeutet und erneut in Form von Daten mit nunmehr verändertem Aussagegehalt gespeichert werden. Im Ergebnis können ganz komplexe Abläufe und Netze einer Verwobenheit von Informationen und Daten entstehen.

257 Vorsorglich sei hervorgehoben, daß die Abgrenzung eines als Einheit zu behandelnden Verarbeitungszusammenhanges eine selbständige Abgrenzung nach bestimmten Kriterien (etwa nach dem sinnvollerweise zusammengehörenden Sachzusammenhang) ist; sie ist also nicht etwa mit den Daten gegeben. Gespeicherte Daten können in mehrere Verarbeitungszusammenhänge einfließen.

III. Die Rolle der Medien, Techniken und Netze

Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge werden im Kern durch die jeweils eingesetzten Medien, Techniken und Netze mitgeprägt. Ohne den Blick darauf ist der rechtliche Zugriff auf den Informations- und Datenbereich nicht zu verstehen. Die Techniken führen auch dazu, daß viele Beobachtungen und Beschreibungen sich nicht vorrangig auf die Informationen, sondern auf die Daten richten. Daten erhalten als Verobjektivierung und vor dem Hintergrund rechnergestützter vernetzter Datenverarbeitung die scheinbar zentrale Rolle. Zu adäquaten Beschreibungen gelangt man jedoch nur, wenn die Differenz von Informationen und Daten die Basis und Information das Kernelement bleibt. Damit bleibt zugleich der Verweis auf den sozialen Kontext erhalten, in den nicht nur der Umgang mit Informationen und Daten, sondern auch die Medien, Techniken und Netze eingebettet sind.

1. Charakteristika der Medien, Techniken und Netze

Medien der Kommunikation und Datenverarbeitung kann man je nach medialer Grundlage und Formenbildung unterscheiden. Herkömmlicherweise sind sie auch mit jeweils spezifischen Techniken verbunden. Sie bauen zwar, dies schon angesichts der historisch schrittweisen Entwicklung, aufeinander auf. Sie schaffen aber für die Konstitution von Information und Kommunikation jeweils eigene Bedingungen. Darüber hinaus wird ihr Einsatz auf der einen Seite von gesellschaftlichen Kontexten und Praktiken beeinflusst. Auf der anderen Seite verändern sie mit ihren Auswirkungen auf die Konstitution von Information und Kommunikation die Gesellschaft selbst.

Die *Schrift* bietet schon in der manuellen Technik ein komplexes Ausdrucks- und Beschreibungssystem²⁵⁸, das zur Differenzierung der schriftlich festgehaltenen Daten und der daraus gewonnenen Informationen führt. Diese Differenzierung wird durch die *Drucktechnik*, die als Buchdruck und Presse auf eine öffentlichkeits- und massenorientierte Textproduktion ausgerichtet ist, nochmals deutlich verstärkt.²⁵⁹ Schrift und Druck ermöglichen die Lösung von Kommunikationen aus der Situation der Interaktion unter Anwesenden. Kommunikation ist deshalb nicht mehr allein mit deren Kennzeichen zu beschreiben. Im Gegenteil entkoppelt bereits die manuelle Schrift, erst recht aber der Druck Mitteilung, Verstehen und Information als Komponenten der Kommunikation. Damit ändert sich die Konstitution von Kommunikation überhaupt.²⁶⁰ In der Zeitdimension werden deren Komponenten desynchronisiert. In der Sozialdimension müssen sich die Beteiligten in den unterschiedlichen Rollen des Mitteilenden und des Rezipienten generalisieren und typisieren. In der Sachdimension wird die Information in dem Sinne objektiviert, daß der Inhalt der Mitteilung und des Verstehens stärker von der Mitteilung und dem Verstehen selbst ge-

258 Ausführlicher und weiterführend *Elwert*, Schriftgebrauch, S. 238 ff.; *Giesecke*, Schriftsprache, bes. S. 265 ff., 280 ff.; *Ong*, Orality, S. 103 ff.; *Weingarten*, Verkabelung der Sprache, S. 18 f.

259 Zum Buchdruck *Giesecke*, Buchdruck, S. 200 ff., 306 ff.

260 Umfassend *Luhmann*, Gesellschaft, S. 249 ff., 291 ff.

trennt werden muß. Zugleich gewinnt sie Eigenständigkeit aufgrund der genuin geschaffenen Codierung und der Materialisierung von Mitteilungsinhalten zum Text.²⁶¹ Diese Materialisierung ermöglicht Speicherungen, Vernetzungen und neuartige Rekombinationen ursprünglich getrennter Wissens Elemente und die Verbreitung von Mitteilungsinhalten an nicht anwesende, unbekannte, irgendwann den Text rezipierende Adressaten. Schrift und Druck verändern die kommunikativen Anschlußmöglichkeiten²⁶², das gesellschaftliche „Gedächtnis“²⁶³ und stellen Kontroll- und Vergleichsmöglichkeiten her.²⁶⁴

Telefonische Kommunikationen werden über ein Netz und damit über räumliche Distanzen vermittelt und ermöglichen eine „interaktionsfreie Oralität“.²⁶⁵ In der Zeitdimension erinnern sie durch die turn-taking-Situation zwar an Interaktion.²⁶⁶ In der Sachdimension müssen aber auch bei Telekommunikationen die übermittelten Daten und die daraus gewonnenen Informationen unterschieden werden.²⁶⁷ Bei der Informationserzeugung sind nicht nur Wahrnehmungsmöglichkeiten außerhalb der Stimmintonation ausgeschlossen. Es gibt zudem ganz andere Bedingungen etwa hinsichtlich der Kommunikationsaufnahme und des -abbruchs. In der Sozialdimension stehen die miteinander kommunizierenden Beteiligten jedenfalls bei den überkommenen Formen fest. Allerdings führt die notwendige Datenübertragung über das Netz dazu, daß sich andere, dies gerade auch heimlich, in die Kommunikation einschalten können. Bereits mit den neuen technischen Mithör- und Aufzeichnungsmöglichkeiten wird sich die Struktur von Telefonkommunikationen deutlich wandeln.

Hörfunk und *Fernsehen* haben zu Beginn und immer noch ihre eigenen Techniken und Netze, durch die sie geprägt werden. In der Zeitdimension entsteht Flexibilität; Sendungen können unmittelbar als Life-Übertragung oder im nachhinein als Aufzeichnung ausgestrahlt werden. In der Sachdimension wird die Informationskomponente in Schrift, Ton und (Bewegt)Bild materialisiert, autonomisiert und für vielfältige kommunikative Anschlüsse bereitgehalten. Die kommunizierten Themen werden unter anderem wegen der ursprünglich begrenzten Kanalkapazitäten scharf selektiert und nach Sendezeit und -dauer sequenziert. In der Sozialdimension stützt sich die Kommunikation auf hoch abstrahierte

261 Vgl. *Elwert*, Schriftgebrauch, S. 251 ff., auch zur Reorganisation von Kommunikation und Wissen durch den Übergang zu auch schriftlicher Kommunikation; *Ong*, Orality, S. 103 ff.; *Weingarten*, Verkabelung der Sprache, S. 18 f.

262 *Giesecke*, Schriftsprache, S. 301: „Sie (die Kommunikationssituationen) haben zwar einen Anfang, aber das Ende ist offen.“

263 Vgl. *Weingarten*, Verkabelung der Sprache, S. 18 ff.; für den Vergleich von Oralität und Schriftkultur *Elwert*, Schriftgebrauch, S. 244 ff.

264 Das betont *Eisenstein*, Printing Press, etwa S. 685 ff.

265 „Secondary orality“, meint *Ong*, Orality, S. 136 f. Vgl. auch *Zijderveld*, Elektronische Interaktion ?, bes. S. 104 ff.

266 Zum Vergleich von Interaktion und Telefongespräch vgl. *Reid*, Comparing Telephone, passim.

267 Erst recht verdeutlichen Telekommunikationen die Differenz zum Datenträger, vgl. zur Leistung der Telegraphie *Kittler*, Telegrammstil, S. 364: „Weil, der an einem Ort zum sinnlichen Ausdruck gebrachte Gedanke an einem entfernten Ort wahrnehmbar wieder erzeugt wird, ohne daß der Transport eines Gegenstandes mit der Nachricht erfolgt“... implementiert erst die Telegraphie – im Unterschied zu Boten, Briefen und allen übrigen hergebrachten Nachrichtensystemen – Information als solche.“

Beteiligtenrollen.²⁶⁸ Als „Massenkommunikation“ ist sie durch spezifische Rezeptionsformen, aber auch durch eine standardisierte Produktion des Angebots gekennzeichnet.²⁶⁹ Massenkommunikation und Massenmedien verstärken die Differenzierung von Interaktion und Gesellschaft nochmals deutlich und bilden dann ihrerseits ein eigenes System mit eigenen Regeln.²⁷⁰

Heute spielen *elektronische Medien* und *Datenverarbeitungstechniken* eine herausragende und immer weiter zunehmende Rolle.²⁷¹ Diese Techniken kennzeichnet die umfassende Digitalisierung der zu speichernden und zu übertragenden Daten.²⁷² Zahlen, Texte, Töne und Bilder können in einheitlicher Weise dargestellt, verarbeitet, gespeichert, übertragen und abgelesen werden. Die digitale Form ermöglicht die Integration der Datenverarbeitung durch Rechner (Computertechnik) und der Datenübertragung (Nachrichtentechnik).²⁷³

Der Schwerpunkt dieser technischen Entwicklung lag zunächst auf der rechnergestützten Datenverarbeitung. Das ursprüngliche Konzept war das eines zentralen Großrechners, an den verschiedene Endgeräte angeschlossen sind, über die Daten in das strukturierte System eingegeben, dort verarbeitet und daraus abgerufen werden können.²⁷⁴ Dieses Modell ist durch die Entwicklung immer kleinerer und leistungsfähigerer Rechner hin zum Personal Computer überholt worden. Zudem gibt es mittlerweile zahlreiche mobile Datenverarbeitungsgeräte; nicht zuletzt wird das Handy zum Multifunktionsgerät. Das führt zu neuen Kombinationen zentraler und dezentraler Datenbestände.

Der Entwicklung rechnergestützter Datenverarbeitung folgt nunmehr eine umfassende und dabei komplex strukturierte *Vernetzung verschiedenster Rechner und Netzwerke*. Während es bei den herkömmlichen Medien noch spezielle Netze gibt, so das Telefonnetz oder Breitbandkabelnetze für den Rundfunk, können mit Hilfe technischer Standardisierungen Netze aufgebaut werden, die verschiedene Anlagen oder Endgeräte miteinander verknüpfen. Eine solche Vernetzung ermöglicht die Verknüpfung einer Vielzahl von Datenverarbeitungsanlagen (einschließlich mobiler Datenverarbeitungsgeräte und transportabler Speichermedien), den Direktabruf von Daten aller Art – etwa Texte, Zah-

268 Vgl. *Merten*, Kommunikationsmodell, S. 577 f.; *dens.*, Kommunikation, S. 147 ff., vgl. weiterführend auch *Luhmann*, Veränderungen, bes. S. 313 ff.

269 Vgl. dazu *Hoffmann-Riem/Vesting*, Ende der Massenkommunikation ?, S. 20 ff.

270 *Luhmann*, Realität, passim.

271 Vgl. zum Überblick über die neuen Techniken und zu deren Entwicklung *Conrads*, Datenkommunikation, bes. S. 193 ff.; *Kubicek/Rolf*, Mikropolis, S. 54 ff.; *Kübler*, Informationstechnik, S. 53 ff.; *Roßnagel/Wedde/Hammer/Pordes*, Verletzlichkeit, S. 27 ff.; *Scheller/Boden/Greenen/Kampermann*, Internet, S. 5 ff.; *Tanenbaum*, Computernetzwerke, S. 18 ff.

272 Vgl. *Conrads*, Datenkommunikation, S. 2 f.

273 Soweit die technische Entwicklung hervorgehoben wird, sieht man in dieser Integration eines der zentralen Charakteristika der „Informationsgesellschaft“. Vgl. etwa *Nora/Minc*, Informatisierung, S. 40 ff.; *Rolf*, Informatik, S. 99 ff.; *Kubicek/Rolf*, Mikropolis, S. 19 ff.; *Bell*, Social Framework, S. 175 f.

274 Ein Beispiel ist das INPOL-System in seiner traditionellen Form. Zum Überblick dazu *Küster*, Einsatz, S. 3 ff.; *Wiesel/Gerster*, INPOL, passim. Zur Reform *Rublack*, Inpol-neu, S. 437 ff., *Sehr*, INPOL-neu, S. 140.

len, Töne, Fest- und auch Bewegungsbilder – sowie die technisch unbegrenzte Dateneingabe in das Netz.

Das mittlerweile zentrale, globale Netz ist das *Internet*. Wie man es beschreibt, hängt von der gewählten Referenzebene ab. In physikalischer Hinsicht setzt es sich aus vielfältigen Übertragungsleitungen, Knotenrechnern und in gestufter Weise angeschlossenen Endgeräten zusammen. Das physikalische Netz zeichnet sich dadurch aus, daß es nicht auf spezielle Übertragungsleitungen oder auf eine insgesamt einheitliche Software angewiesen ist, sondern im Gegenteil unterschiedliche Mechanismen vernetzen kann. In technischer Sicht erfordert eine solche Vernetzung der Kommunikation und Datenverarbeitung die Definition einheitlicher technischer Standards (Protokolle). Aus dieser Perspektive bezeichnet man mit dem Begriff Internet die Sammlung technischer Standards, die diese vernetzte Kommunikation ermöglichen.²⁷⁵ Vor allem das Transmission Control Protocol (TCP), über das Nachrichten in kleine Datenpakete aufgeteilt und daraus wieder zusammengesetzt werden, und das Internet Protocol (IP), mit dessen Hilfe Datenpakete vom Absender über Knotenrechner zum Adressaten vermittelt werden, machen den Kern des Internet aus.²⁷⁶ Damit Datenpakete zwischen dem Rechner des Absenders und dem Rechner des Empfängers vermittelt werden können, wird jedem am Internet beteiligten Rechner eine – statische oder temporäre²⁷⁷ – Adresse zugeteilt, die als Rechneradresse aus einer Zahl, zwecks Erleichterung der Kommunikation aber auch aus einem nach dem Domain-Name-System gestuften Namen besteht.²⁷⁸ In organisatorischer Hinsicht gibt es zwar keine übergreifende Steuerungsinstanz, aber bestimmte institutionalisierte Formen der Organisation des Internet²⁷⁹, über die unter anderem die Verfahren der Entwicklung einheitlicher technischer Standards, also der Protokollentwicklung, oder die Domainvergabe sichergestellt werden. Zusammengefaßt kann man das Internet als das Set aller für sich betrachtet eigenständigen, aber untereinander verknüpften, nach einem einheitlichen Protokoll arbeitenden und in bestimmter Weise organisierten Netze und Rechner beschreiben.

Anders als bei den früheren Formen des Telefonnetzes oder des dem Rundfunk dienenden Breitbandkabelnetzes gestaltet sich das physikalische Netz, über das die Daten übertragen werden, wegen der Vereinheitlichung der technischen Standards nicht mehr dienstespezifisch. Im Internet werden eine Reihe verschiedener Dienste bereitgestellt.²⁸⁰ Dazu gehören vor allem die Electronic Mail (E-Mail)²⁸¹ und das World Wide Web (WWW). Das World Wide Web zeichnet sich dadurch aus, daß es – gestützt auf das

275 Vgl. Mayer, Internet, S. 31.

276 Ausführlicher Scheller/Boden/Greenen/Kampermann, Internet, S. 23 ff.; Tanenbaum, Computernetzwerke, S. 543 ff.; Germann, Gefahrenabwehr, S. 57 ff.; Sievers, Schutz, S. 41 ff.

277 Vgl. etwa Köhntopp / Köhntopp, Datenspuren, S. 248.

278 Scheller/Boden/Greenen/Kampermann, Internet, S. 25 ff.

279 Vgl. Werle, Innovationspotenziale, S. 141 ff., mit Ausführungen dazu, daß die institutionellen Bedingungen für die Entwicklung des Internet eine entscheidende Rolle gespielt haben und spielen.

280 Überblicke bei Germann, Gefahrenabwehr, S. 70 ff.; Mayer, Internet, S. 34 ff., jeweils m.w.N.

281 Dazu ausführlicher Tanenbaum, Computernetzwerke, S. 662 ff.; Scheller/Boden/Greenen/Kampermann, Internet, S. 71 ff.

Anwendungsprotokoll HyperText Transfer Protocol (HTTP) und auf die Beschreibungssprache HyperText Markup Language (HTML) – auf einer einheitlichen Oberfläche die Darstellung beliebiger Daten, nämlich Texte, Bilder, Graphiken, Video, Audio oder Bewegtbilder und Animationen ermöglicht. HyperText-Modelle vernetzen Daten jenseits einer linearen Abfolge, indem in einem bestimmten Text eine Sprungmarke (Hyperlink oder Link) zu anderen Texten oder Darstellungen gesetzt wird. Jeder Nutzer kann in unkomplizierter Weise eigene Seiten ins Netz stellen.

Soweit die Netze eine weitere Standardisierung erreichen, sind Multimedia-Formen realisierbar. Grundsätzlich kann das Internet Telefon, Hörfunk und Fernsehen integrieren. Mit einer weitergehenden Integration werden neue Formen des Rundfunks entstehen, weil Sendungen z.B. mit Links ausgestattet oder unmittelbare Reaktions- und Einflußmöglichkeiten für Rezipienten geschaffen werden können.²⁸²

Das Internet selbst ist inzwischen ein zwar technisch einheitliches, auf dieser Basis aber komplex strukturiertes Netz. Es sind zahlreiche gesonderte Netze angeschlossen, die zwar die Funktionsweisen des Internet übernehmen, Zugänge zum Internet haben, aber durch Firewalls in bestimmten Hinsichten abgeschottet sind. Dahinter stehen Unternehmen, die mit Hilfe von Internet und Intranets zum einen ihre internen Kommunikations- und Organisationsstrukturen novellieren, zum anderen nach außen etwa den elektronischen Handel realisieren wollen. Auf seiten des Staates werden in Form des „e-government“ ähnliche Modelle erprobt.²⁸³ „Vernetzung“ heißt somit keineswegs, daß alles miteinander zusammenhängt. Es entstehen im Gegenteil neue Strukturen von Zugänglichkeit und Abschottung.

Im Ergebnis ist die rechnergesteuerte und dann vernetzte Kommunikation und Datenverarbeitung durch eine abstrakte Gestaltung der Technik gekennzeichnet. Sie nimmt entsprechend vielfältige Formen an. Sie wird allerdings immer über Leitungen, Rechner oder Netze vermittelt, so daß es sich nie um Interaktionen handelt, selbst wenn manche Formen daran erinnern. Das wird mehr als deutlich, wenn man sich die Gestaltungs- und Manipulationsmöglichkeiten vergegenwärtigt, die bis zum Aufbau einer „virtuellen“ Identität reichen, die von der realen Person deutlich abweicht.²⁸⁴ Die Konstitution von Kommunikation ändert sich wiederum grundlegend. Das gilt, obwohl es die Kommunikation ist, die sich ändert und die noch von vielfältigen anderen Gesichtspunkten abhängt als von der Technik, so daß diese wiederum in soziale Praktiken integriert werden muß und von ihnen mitgeformt und ermöglicht wird.²⁸⁵ Die Involvation rechnergesteuerter Datenspeicherung,

282 Zurückhaltend und differenzierend zur These einer baldigen Konvergenz *Hoffmann-Riem/Vesting*, Ende der Massenkommunikation ?, S. 12 ff.

283 Dazu etwa *Holznagel/Krahn/Werthmann*, Electronic Government, S. 1477 ff.

284 Dazu – auch übergreifend – etwa *Mitchell*, Ökonomie der Präsenz, S. 28 ff.; *Poster*, Elektronische Identitäten, S. 147 ff.

285 Darauf weist etwa *Trute*, Impact, S. 132, zutreffend hin. Im Ergebnis hat man mit komplexen Wechselwirkungen zu tun. Vgl. auch aus anderer Perspektive die Diskussion zur „Technisierung der Lebenswelt“, hier etwa *Reese* u.a., Gefahren, S. 62 ff.; *Mettler-Meibom*, Soziale Kosten, S. 53 ff.; *Rammert*, Informatisierung, S. 18 ff.; *Weingarten*, Typisierungen technisierter Kommunikation, passim; *dens.*, Verkabelung der Sprache, passim; *Kübler*, Telematisierung, passim; jeweils m.w.N. Übergreifend auch *Mitcham*, Information Technology, bes. S. 331 ff.

-verarbeitung und -übertragung in die Kommunikation führt zu einer enormen Steigerung der Komplexität in zeitlicher, sachlicher und sozialer Hinsicht. Daten stehen beliebig lange für kommunikative Anschlüsse bereit, und kommunizierte Informationen können in weitreichendem Umfang immer wieder neu festgehalten werden. Je nach Potential der Rechnerarchitekturen und der Software involvieren Computerprogramme die Sachdimension kommunikativen Sinns.²⁸⁶ Das führt dazu, daß man teilweise nur noch Mensch/Maschine-Schnittstellen oder – weiterreichend – Kommunikationen zwischen Computern registriert. Auch führt die Hypertextualität, die das World Wide Web kennzeichnet, zu neuen Kommunikationsmustern jenseits der Linearität und Eindimensionalität.²⁸⁷ In der Sozialdimension werden Sender und Empfänger in unter Umständen weitreichendem Umfang entkoppelt; die Rollen sind zudem nicht mehr so festgelegt. Die vernetzte Kommunikation ändert erneut die Kultur und das gesellschaftliche „Gedächtnis“. Sie löst die gemeinsame Kommunikationsbasis, die die Massenmedien eine gewisse Zeitspanne lang erzeugt haben, jedenfalls in bestimmtem Umfang auf.²⁸⁸ Sie ist zudem Faktor und Motor des Verschwindens des Nationalstaates.

2. Auswirkungen auf den Umgang mit Informationen und Daten

Der Blick auf die Medien, Techniken und Netze zeigt die Vielfältigkeit, mit der man es beim Umgang mit Informationen und Daten zu tun hat, indem diese ein grundlegendes Element von Kommunikationen sind. Er verdeutlicht erneut, daß man den Kontext mitbeobachten oder antizipieren muß, in dem Informationen gebildet werden. Je nach Kontext ist dies nur mit mehr oder weniger weitreichenden Abstraktionen, Typisierungen und Selektionen möglich. Auch wenn dies ein übergreifend geltender Ausgangspunkt ist, gehen Medien, Techniken und Netze mit jeweils eigenständigen Bedingungen und Gefährdungen einher. Sie wirken sich vielfältig auf den Umgang mit Informationen und Daten aus. Zunächst prägen sie die Art und Beschaffenheit der Datenbasis. Schon deswegen wirken sie sich zugleich auf die Gewinnung und Handhabung von Informationen aus, die auf der Datenbasis beruhen. Weitere Auswirkungen entstehen dadurch, daß sie die sozialen Bedingungen des Umgangs mit Informationen und Daten beeinflussen. Techniken sind immer in soziale Zusammenhänge eingebettet; dadurch werden ihr Einsatz und ihre Anwendung geformt, und umgekehrt zeitigen sie auch Folgen in den sozialen Abläufen.²⁸⁹

286 Vgl. *Luhmann*, Gesellschaft, S. 310. Weitreichend und anregend für Rechnernetzwerke *Vesting*, Internet, S. 178 ff.

287 Siehe *Bolter*, Internet, S. 42 ff.; *Sandbothe*, Interaktivität, bes. S. 68 ff.; *Nickl*, Web Sites, S. 389 ff. Mit Differenzierungen und Hinweisen auf die „Lesbarkeits“-probleme *Wingert*, Lust, S. 112 ff.

288 Ähnlich *Schoch*, Informationsordnung, S. 177. Differenziert *Trute*, Impact, S. 139 ff., mit dem Hinweis, daß das Internet die Funktionen der Massenmedien nicht übernehmen kann. Außerdem *Kubicek*, Internet, S. 213 ff.

289 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1. Verbreitet wird hier der Begriff des „soziotechnischen Systems“ eingeführt, siehe etwa *Roßnagell/Wedde/Hammer/Pordesch*, Digitalisierung, S. 34 ff. Zur Konsequenz für Analysen *Bull*, Recht der Informationsbeziehungen S. 152.

Der Einfluß auf die *Art und Beschaffenheit der Datenbasis* läßt sich anhand der verschiedenen Phasen der Datenverarbeitung verdeutlichen. Bei der *Datenspeicherung* hängen zunächst die Quantität der Daten, die in zugriffsbereiter Form gespeichert werden können, und auch die theoretisch denkbare Speicherdauer von den jeweils eingesetzten Medien, Techniken und Netzen ab. Insbesondere die rechnergestützte vernetzte Datenverarbeitung hat hier Kapazitäten, die die herkömmlichen Möglichkeiten weit überschreiten. Müssen Sachverhalte oder Geschehnisse erst noch in Zeichengestalt niedergelegt werden, bedingt die Speicherung außerdem die Wahl der Form der Verkörperung und die Transformation erlangter Informationen in ein immer schon vorgegebenes System der Codierung. Die schriftliche Protokollierung eines Gesprächs kann einerseits die gesprochenen Beiträge in ihrem Verlauf wörtlich wiedergeben; sie erfaßt andererseits nicht die für das Verständnis unter Umständen sehr wichtige Intonation, Gestik und Mimik. Videoaufnahmen zeichnen Bewegtbilder auf, erfassen aber ihrerseits immer nur einen Ausschnitt aus einem Gesamtgeschehen.²⁹⁰ Die rechnergestützte Datenverarbeitung erfordert die Orientierung an dem jeweils implementierten Programm. Sinngehalte müssen schon bei der Eingabe in einer durch das Programm determinierten Weise in Daten umgeformt werden. Je nach vorgesehenem Verarbeitungsprozeß und eingesetztem Verarbeitungsprogramm ist dies mit einem mehr oder minder hohen Selektionsgrad und einer Lösung von den vielfältigen Sinnbezügen des Erhebungszusammenhangs verbunden. Das tritt noch deutlicher hervor, wenn man die programmgeleitete Weiterverarbeitung mitberücksichtigt.²⁹¹ Auf *Datenveränderungen* wirken sich die Medien, Techniken und Netze vor allem dann besonders aus, wenn Daten im Rahmen rechner- und netzgestützter Verarbeitungsprozesse automatisch verändert werden. Wie weitreichend und wie tiefgreifend die Einwirkungen solcher Verarbeitungsprozesse sein können, hängt vom Potential der Rechner- und Netzarchitekturen und von den Fähigkeiten der Software ab. Die Einwirkungen werden sich daher verstärken, je mehr es gelingt, Expertensysteme und Systeme der „künstlichen Intelligenz“ aufzubauen, die nicht nach vorgegebenen Algorithmen arbeiten.²⁹² Zwischen der Eingabe und dem Abruf von Daten können somit Verarbeitungsprozesse eingeschaltet sein, deren Einfluß für den Rezipienten nicht mehr ohne weiteres abschätzbar ist, da rechner- und netzgestützte Abläufe nicht so überschaubar sind wie beispielsweise eine Akte. Für *Datenübermittlungen* ist, solange Daten in Akten oder auf Tonbändern festgehalten und bei einer bestimmten Stelle geführt werden,

290 Die technisch bedingte Selektivität ist sowohl in der Diskussion um die Videoüberwachung als auch bei der Frage, ob Zeugenaussagen in Form einer Videoaufnahme in den Strafprozeß eingeführt werden dürfen, ein zentraler Punkt.

291 Siehe *Januschek*, Technisierung der Kommunikation, S. 128: „Ein Programm, das von sich aus eingegebene Daten kombiniert und so neue ‚Informationen‘ erzeugt, wäre ja gar nicht denkbar, wenn für dieses Kombinieren nicht systematisch von den Motiven der Eingabe der zu kombinierenden Daten abstrahiert werden könnte. ... die Informationen werden hier eben nicht mehr in der Form entnommen, in der sie eingegeben worden sind; die Spuren, die allenfalls auf den Kontext der Eingabe schließen lassen könnten, sind durch den programminternen Weiterverarbeitungsprozeß gelöscht.“ (Hervorh.i.Orig.).

292 Vgl. *Schubert/Krebsbach-Gnath*, Chancen und Risiken, S. 12 ff. Außerdem *Lazaratos*, Rechtliche Auswirkungen, S. 44 ff.

eine gesonderte Aktivität erforderlich. Dagegen erlauben die modernen Techniken mit der Digitalisierung von Daten, der Herstellung eines einheitlichen Netzes sowie der Integration von Datenübertragung und computergestützter Datenverarbeitung Übermittlungsformen wie den automatischen Datenabgleich oder online-Verbindungen, die den jederzeitigen und unkontrollierten Abruf der von der einen Stelle erfaßten Daten durch eine andere angeschlossene Stelle zulassen. Die *Datennutzung* wird nicht nur durch die prinzipiell zur Verfügung stehende Datenbasis, sondern auch durch die jeweils eröffneten Zugriffsmöglichkeiten geprägt. Nicht sämtliche gespeicherten Daten werden genutzt. In vernetzten Systemen steuern (Such)Programme die Zugriffs- und Auffindungsmöglichkeiten, so daß eine programmabhängige Selektivität entsteht. Die jeweils verwendeten Medien, Techniken und Netze gehen insgesamt mit unterschiedlich gestaltbaren Zugangs- und Nutzungsformen sowie mit je spezifischen Mißbrauchsgefahren einher.

Ihr Einfluß auf den *Umgang mit Informationen* und auf *dessen soziale Bedingungen* macht deutlich, daß die Interaktionssituation (als Kommunikation unter Anwesenden) nicht mehr das zentrale Leitbild für die Beschreibung von Kommunikation und Information sein kann.²⁹³ Auch die Situationen datenvermittelter Informationserzeugung und -umsetzung lassen sich mit Blick auf die jeweiligen Medien, Techniken und Netze sowie auf die damit einhergehenden sozialen Bedingungen noch vielfältig differenzieren.

Wenn Informationen rein datenvermittelt gewonnen werden, entfallen die Chancen der Wahrnehmung von Auftreten, Mimik und Gestik²⁹⁴ sowie das Wechselspiel gegenseitiger Einflußnahme etwa über unmittelbare Nachfrage- und Korrekturmöglichkeiten, die die Informationsgewinnung in einer Interaktion auszeichnen. In zeitlicher Hinsicht werden zeitlich differierende Ereignisse und Situationen in der Information verbunden, nämlich die Situation der Entstehung der dann als Datum gespeicherten Information auf der einen und die Situation der aus dem abgerufenen Datum gebildeten Information auf der anderen Seite. Diese Situationen lassen sich auch in sozialer Hinsicht als jeweils unterschiedliche Sinnkontexte mit jeweils unterschiedlichen Beteiligten differenzieren. In welcher Weise und in welchem Umfang verschiedene Ereignisse und Situationen verbunden und in einem Informationsvorgang aktualisiert werden können, hängt von den Kapazitäten der Techniken und Netze ab. Für die rechnergestützte vernetzte Datenverarbeitung zeichnet man hier das Szenario einer zeitlich unbegrenzten Speicherdauer bei umfassender Sammlung von Daten sowie eines unbegrenzten und unkontrollierbaren Flusses festgehaltener Daten in beliebige soziale Kontexte.²⁹⁵ In sachlicher Hinsicht werden die Daten zur Informationsbasis, auf die der Sich Informierende angewiesen

293 Zu kurz an dieser Stelle *Druey*, Kommunikation, S. 77 ff.

294 Zur Informationsgewinnung und -ergänzung durch mitlaufende Wahrnehmung *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, S. 53 ff. Außerdem *Goffman*, Verhalten, passim; *Luhmann*, Kommunikation, S. 12; *Giesecke*, Schriftsprache, S. 282 ff.

295 Etwa *Rolf*, Informatik, S. 118 (Hervorh.i.Orig.): „...das Ergebnis ist die *einheitlich zusammenwirkende Kommunikationsmaschine* ... Das Netz selbst speichert, vermittelt, verarbeitet und kontrolliert, es ist andererseits vom Teilnehmer nicht kontrollierbar.“

ist.²⁹⁶ Gerade da Informationen mit Hilfe von Daten aufgebaut werden müssen, werden Einzeldaten in der Regel nicht isoliert interpretiert, sondern mit Hilfe weiterer Daten verstanden. Je weitgehender Daten aus ihrem ursprünglichen Sinnkontext gelöst sind, desto eher muß man, wenn man die Daten verstehen will, den Kontextverlust ausgleichen, indem man Zusatzdaten abrufen und das aktualisierte Wissen erweitert. Dieser Zwang zur Extension der Datenbasis wird vor allem für die rechnergestützte Datenverarbeitung hervorgehoben: „Die (ihrerseits notwendige) Lösung der Information vom Kontext (verstärkt) die Tendenz zur Speicherung von immer mehr Einzelinformationen.“²⁹⁷ Aufgrund der Angewiesenheit auf Daten werden aber auch Erwartungen in besonderer Weise relevant. Sie steuern das Verstehen der Daten. In weitem Umfang können erwartungsgestützte Unterstellungen erforderlich werden, damit man Lücken der Datenbasis füllen kann. Die Problematik rechnergestützter vernetzter Datensammlungen würde daher insgesamt verkürzt, wenn man allein deren zeitliche und inhaltliche Reichweite hervorhebe, also darauf abstelle, wie umfassend Daten namentlich über Personen gespeichert und abgerufen werden können. Zentrale Probleme liegen vielmehr auch in einer sachlich unangemessenen Selektivität oder in einer relativen Intransparenz, die sich auf die Gewinnung der Informationen, auf nachfolgende Entscheidungen und auf die Rollen der Beteiligten auswirken.²⁹⁸

Insgesamt weisen die jeweiligen Medien, Techniken und Netze je eigenständige Bedingungen für den Umgang mit Informationen und Daten auf. Sie stehen freilich in bestimmten Kontexten nicht unbedingt isoliert nebeneinander. Zum einen nehmen die rechnergestützten Datenverarbeitungstechniken und Netze zahlreiche überkommene Formen der Kommunikation und Datenverarbeitung in sich auf und führen dabei zu Modifikationen und Veränderungen.²⁹⁹ Zum zweiten werden in einem bestimmten Kontext, in dem Informationen gewonnen und umgesetzt werden, häufig oder sogar in der Regel mehrere Techniken kombiniert genutzt. Daß rechnergestützte Datenverarbeitungssysteme eingesetzt werden, schließt beispielsweise die gleichzeitige Aktenführung nicht aus. Die Akten werden dann allerdings nicht mehr in rein traditioneller Weise, sondern in Einbeziehung der rechnergestützten Datenverarbeitung geführt und dadurch in ihrer Leistungsfähigkeit erhöht.³⁰⁰

296 „Yet words are alone in a text.“, heißt es bei *Ong*, *Orality*, S. 101. Daher muß bereits bei der Umwandlung erlangter Informationen in Daten und bei der Zusammensetzung der Datenbasis antezipiert werden, daß die Daten zu einem anderen Zeitpunkt, an einem anderen Ort und in einem anderen Kontext aufgreifbar sein und „richtig“ verstanden werden müssen. Vgl. *Giesecke*, *Schriftsprache*, S. 283; *Ong*, *Orality*, S. 101 ff.

297 *Bull*, Informationsgesellschaft, S. 13.

298 Dazu übergreifender und ausführlich *Solove*, *Privacy*, S. 1393 ff., der darlegt, daß die Problematik nicht allein mit der „Big-Brother“-Metapher, sondern nur mit zusätzlichen Metaphern erfaßt wird, die *Solove* mit Blick auf Franz Kafkas „Der Prozeß“ entwickelt.

299 Zu Änderungen in den Fernsprechkdiensten und damit verbundenen rechtlichen Fragen vgl. nur *Roßnagel*, *Recht auf (tele-)kommunikative Selbstbestimmung*, *passim*.

300 Zur kombinierenden Nutzung der Techniken und zum Entstehen „integrierter Kommunikationssysteme“ vgl. *Kühler*, *Informationstechnik*, S. 62 ff.; *Scholz/Pitschas*, *Informationstechnik*, S. 498 f.; *Seibel*, *Entwicklung*, S. 328; *Eberle*, *Öffentliche Verwaltung*, S. 460 ff., 464 ff.; *Simitis*, in: ders.

Gegenüber einer Interaktion, an der die Person, über die Informationen entstehen, beteiligt ist und in der sie daraus resultierende Einflüßchancen hat (die allerdings weder notwendig Steuerungschancen sind noch notwendig für „richtige“ Informationen sorgen), zeigen alle Formen datenvermittelter Informationsgewinnung jeweils Eigenheiten, die unter Umständen einen besonderen Schutzbedarf anzeigen. Sicher tritt dabei, wie eben jeweils angeschnitten, die rechnergestützte vernetzte Datenverarbeitung erkennbar hervor. Deren Möglichkeiten und Gefahren mögen insofern Anlaß besonderer Aufmerksamkeit sein. Dabei darf man aber nicht übersehen, daß technische Aspekte und technische Möglichkeiten in rechtlicher Hinsicht wegen ihrer sozialen Wirkungen interessieren und daß die rechtliche Beurteilung nicht von technischen, sondern von rechtlichen Maßstäben abhängt. Ohnehin gibt es gerade bei der rechnergestützten Datenverarbeitung vielfältige technische Ausgestaltungsmöglichkeiten, die den Umgang mit Daten und Informationen und damit auch die rechtliche Beurteilung beeinflussen. Man sollte auch nicht meinen, dabei ein in jeder Hinsicht gesteigertes Gefährdungspotential vorzufinden. So können rechnergestützte Systeme eine Datenübermittlung von einer Behörde an eine andere unter Aussonderung der von der anfordernden Stelle nicht benötigten Daten erleichtern, während Akten nicht selten vollständig übersandt werden (oder worden sind), weil die Behörde eine Aussonderung für unzumutbar hält oder weil eine Aussonderung technisch nicht möglich ist. Und ein Auskunftsanspruch über die einen selbst betreffenden Daten mag sich bei Rechnerdateien leichter realisieren lassen als bei Akten.³⁰¹ Deshalb wäre es in rechtlicher Hinsicht verfehlt, pauschal nach der eingesetzten Technik der Datenverarbeitung zu differenzieren³⁰² statt sich an den jeweils im und aus dem Umgang mit Informationen entstehenden Folgen zu orientieren und diese auf ihre rechtliche Relevanz hin zu untersuchen.³⁰³

B. Die rechtliche Determination des Umgangs mit Informationen und Daten

I. Die Ausdifferenzierung der Informations- und Datenverarbeitungsprozesse

Die Entwicklung der Datenverarbeitungstechniken, insbesondere die rapide Fortentwicklung und Verbreitung der rechnergestützten Datenverarbeitung, ist einer der Anlässe für die seit Beginn der 70er Jahre verstärkte Diskussion um den rechtlichen Schutz von Personen in bezug auf den sie betreffenden Umgang anderer mit Informationen und Daten. Vor allem bestimmte staatliche Projekte der Institutionalisierung von Datenbanken ha-

(Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 1 Rn 69, mit dem Bsp. automatisierter Aktenverweisungssysteme.

301 Dazu siehe etwa die Regelung des § 19 Abs. 1 S. 3 BDSG.

302 Siehe noch unten Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.1.2., zur Diskussion, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur „unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung“ greift.

303 In diesem Sinne z. B. *Bull*, Grundprobleme, S. 32 ff.; *ders.*, Informationsrecht, S. 290: Das konstituierende Element des Informationsrechts liege nicht in der eingesetzten Technik, sondern in dem Gegenstand „Information“. Siehe außerdem *Werckmeister*, Informationsrecht, S. 108 ff.; *T. Dreier*, Informationsrecht, S. 67 f.

ben damals die Aufmerksamkeit geweckt.³⁰⁴ Heute kristallisiert sich die Debatte im Begriff der „Informationsgesellschaft“ als neuer Selbstbeschreibung der Gesellschaft.³⁰⁵

Indem die modernen Medien, Techniken und Netze eine Umformung von Informationen in Daten bedingen, deren Speicherung und Verarbeitung ermöglichen und dabei von ihren Kapazitäten her umfassende Sammlungen und Speicherungen, schnelle Zugriffe sowie problemlose Übermittlungen in beliebige Kontexte zulassen, veranschaulichen sie in plastischer Weise die „Herauslösung und Verselbständigung von Informationsvorgängen und -sachverhalten aus dem unmittelbaren Handlungszusammenhang“³⁰⁶. Der Einsatz der Techniken und Netze verweist dabei auf gesellschaftliche Veränderungen, in denen er seine soziale Grundlage hat. Dazu zählen allgemein etwa die zunehmende Ausdifferenzierung sozialer Zusammenhänge aus überschaubaren „lebensweltlichen“ Bezügen, die zunehmende Spezialisierung sozialer Kontakte oder die zunehmende Notwendigkeit, Raum und Zeit in den jeweiligen Kommunikationsnetzen nach eigenen Kriterien zu organisieren. Im privaten Sektor läßt sich die Differenzierung von Informations- und Handlungsvorgängen mit Blick auf den E-Commerce verdeutlichen. Im staatlichen Sektor sind neue staatliche Aufgaben mit spezifischem Informationsbedarf entstanden, zum Beispiel die Gefahrenprävention. Auch haben die wachsende Quantität der Aufgaben und die zunehmende Kompliziertheit der Aufgabenerledigung einen Rationalisierungsdruck erzeugt, der die Aufmerksamkeit auf die exekutiven Informationsvorgänge gelenkt hat. Verwaltungsentscheidungen erscheinen als Produkte von Entscheidungsverfahren, die sich in informationeller Hinsicht als Prozesse der Beschaffung, Erzeugung, Verarbeitung und Umsetzung von Informationen und Daten beschreiben lassen.³⁰⁷

Die verflochtenen Prozesse der Informationsgewinnung und -umsetzung und der Datenverarbeitung kristallisieren sich daher immer deutlicher als selbständig beschreibbare Ebene heraus. Gleichzeitig gehen die modernen Medien, Techniken und Netze mit vielschichtigen Regelungserfordernissen einher. Der Umgang mit Informationen und Daten

304 Vgl. etwa *Simitis*, Chancen und Gefahren, S. 674 ff.; *Steinmüller* u.a., Grundfragen, S. 36 ff.; *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 12 ff.; *Egloff/Schimmel*, Magna Charta, S. 125; *Schwan*, Datenschutz, S. 120 ff.; *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 241 ff.; *Heußner*, Funktion des Datenschutzes, S. 174 ff.; *Sasse*, Sinn und Unsinn, S. 12 ff.; *P.J. Müller*, Gefährdung, S. 81 ff.; *Podlech*, Verfassungsrechtliche Probleme, S. 150 ff.; *Benda*, Privatsphäre, S. 24 ff.

305 Zum Begriff *Bell*, Social Framework, S. 163 ff.; *Miles /Rush /Turner /Bessant*, Information Horizons, 1988, passim; *Lyon*, „Information Society“, S. 577 ff.; *Deutscher Bundestag* (Hrsg.), Informationsgesellschaft, passim; sowie die Beiträge in *Gill* (ed), Information Society, passim; *Tauss/Kollbeck/Mönikes* (Hrsg.), Informationsgesellschaft, passim. Zur Einordnung des Begriffs *Albers*, Information, S. 61 f.

306 *Werckmeister*, Informationsrecht, S. 99, im Zusammenhang mit der Frage, wie man das Informationsrecht als eigenes Regelungsgebiet abgrenzen kann. Ähnlich *Egloff/Schimmel*, Magna Charta, S. 126. Vgl. auch *Lazaratos*, Rechtliche Auswirkungen, S. 50, 53 f.

307 Im Zusammenhang mit den Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken etwa *Seibel*, Entwicklung, S. 326 f.; *Lazaratos*, Rechtliche Auswirkungen, S. 53 f.; *Scholz/Pitschas*, Informationstechnik, S. 498 ff., bes. 503. Umfassender *Pitschas*, Informationsordnung, S. 228 ff.; *Voßkuhle*, Wandel, S. 365 ff.

wird somit zunehmend und über die immer schon vorhandenen informationsrechtlichen Regelungen hinaus als eigenständiger Gegenstand des Rechts begriffen.³⁰⁸

II. Regelungsdimensionen im Informations- und Datenbereich

Regelungsprobleme im Bereich des Umgangs mit Informationen und Daten sind immer in vielfältigen Hinsichten und auf verschiedenen Ebenen konstatiert worden.³⁰⁹ Die Diskussion gestaltete sich aber zunächst sehr kompakt. Die einzelnen Problemfelder haben sich erst im Verlauf der Diskussion in der erforderlichen Weise differenziert.³¹⁰ Mit der rechnergestützten vernetzten Kommunikation und Datenverarbeitung treten die Dimensionen des Informationsrechts weiter hervor. Bereits die Informations- und Datenebene selbst wirft eine Vielzahl eigenständiger Fragen auf. Indem sie in Kommunikations- und Handlungszusammenhänge eingebettet ist, erfordert ihre Regelung eine Abstimmung mit anderweitigen Vorgaben; es entstehen Regelungsanforderungen auch wegen dieser Koordinationserfordernisse, und der Novellierungsbedarf geht unter Umständen über die Informations- und Datenebene hinaus.³¹¹

So wirft das Internet in bisher ungewohnter Weise „klassische“ datenschutzrechtliche Fragen, zum Beispiel hinsichtlich der Zulässigkeit von Persönlichkeitsprofilen zwecks gezielter Werbung, aber auch ganz neuartige Fragen auf, hier zum Beispiel die Sicherstellung der Authentizität angesichts der Manipulierbarkeit der Daten. Bei bestimmten Gesichtspunkten mag der Rückgriff auf bestehende Bestimmungen genügen, die durch das neue Anwendungsfeld dann allerdings angereichert werden können. Etwa sind die Streitigkeiten um die Inanspruchnahme und Nutzung von Domain-Namen im wesentlichen über das Namens- und Markenrecht abgearbeitet worden.³¹² Manche Fragen sind zwar als Probleme des Rechts bekannt, aber neu – und dies gegebenenfalls mit Folgen für bisherige Denk- und Regelungsmuster – zu lösen, zum Beispiel die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Providern oder die Regulierung der Marktmacht bei Netzbetreibern und Internet-Diensten.³¹³ Insofern ist es auch die Vernetzung, die endgültig deutlich

308 Insgesamt etwa *Simitis*, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Einleitung Rn 5 ff.; *Bull*, Informationsrecht, S. 288; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht, S. 237; *Albers*, Information, S. 62 ff.

309 Siehe etwa *Bull*, Thesen, passim; *T. Dreier*, Informationsrecht, S. 71 ff. Vgl. auch die Überlegungen zur Heterogenität der Fragestellungen bei *Vesting*, „Informationsordnung“, S. 222 ff.

310 Zu Beginn der Diskussion hat man beispielsweise Fragen des Individualdatenschutzes und Fragen der Informationsbeziehungen zwischen Parlament und Exekutive in enger Verknüpfung diskutiert und dann auch mit ähnlichen Begriffen (etwa: „Informationsgleichgewicht“) behandelt. Das spiegelt sich z.T. noch in den Datenschutzgesetzen wider, vgl. etwa § 1 Ziff. 2 HessDSG. Siehe nur *Steinmüller* u.a., Grundfragen, S. 88. Auch wenn sich natürlich Zusammenhänge herstellen lassen, darf man diese für den Entwurf rechtlicher Regelungen nicht zu eng anlegen. (Wohl zu) Enge Verbindungen sieht *Simitis*, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Einleitung Rn 21 f.

311 *Albers*, Information, S. 86 ff.

312 Siehe dazu *Erd*, Domainvergabe, S. 112 ff. m.N. aus der Rspr.

313 Vgl. insgesamt auch einerseits *Hoeren*, Internet, S. 2849 ff., mit der – in dieser Form überspitzten – These, das Internet schaffe keine neuen Rechtsprobleme; und andererseits *Mayer*, Recht, S. 1785 ff.; *Roßnagel*, Internet, S. 68 f.

macht, daß man den Bezugspunkt spezifizieren muß, unter dem man den Regelungsbereich betrachtet.

Dementsprechend gibt es *vielfältige Regelungsdimensionen*, die man voneinander unterscheiden muß. Zahlreiche Gesichtspunkte sind nicht im Hinblick auf einzelne Personen, sondern auf der Ebene der Gesellschaft oder der Organisation zu erfassen.³¹⁴ Dazu gehört die – europarechtlich geprägte³¹⁵ – Regulierung der Netze und Dienste³¹⁶, die Art. 87 f Abs. 1 GG dem Bund in Form einer Infrastrukturgewährleistungsverantwortung (auch) unter informationsrechtlichen Aspekten aufgibt.³¹⁷ Neben anderen, zum Beispiel wettbewerbsrechtlichen Perspektiven kann die Regulierung dementsprechend aus informationsrechtlicher Sicht beobachtet werden. Auf Netzebene geht es in der gegenwärtigen Lage vor allem um den offenen, chancengleichen und angemessen gestalteten Zugang zu Netzen.³¹⁸ Nach dem Marktmodell soll dadurch mittelbar eine Anbieter- und Informationsvielfalt auf der Ebene der Dienste entstehen. Komplementär gewährleistet Art. 87 f GG einen Universaldienst.³¹⁹ Zu regeln sind zudem Rahmenbedingungen etwa zur Verantwortlichkeit; teilweise erfordern die Dienste aber auch – ähnlich wie bei Presse und Rundfunk – inhaltsbezogene Maßgaben, wie sie zum Beispiel in Sorgfaltsanforderungen oder Gegendarstellungspflichten festgehalten sind. Die Regulierung der Informations- und Kommunikationsdienste ergänzt und verändert die Rundfunkordnung.³²⁰ Das Internet gliedert sich in diesen Komplex ein, soweit es eine Plattform für verschiedene Dienste bietet.

Regelungsanforderungen entstehen darüber hinaus vor allem deswegen, weil die institutionellen Sicherungen bisheriger Kommunikationsformen und ihre rechtlichen Wirkungen für die elektronischen Netze neu gestaltet werden müssen.³²¹ Unter anderem müssen – angesichts der Eigenarten „virtueller“ Identität – die Authentizität und Verbindlichkeit von Erklärungen gesichert werden. Als ein wesentliches Institut, das dies leisten soll, ist die – mittlerweile auch gemeinschaftsrechtlich geprägte – digitale Signatur eingeführt worden.³²² Die damit zusammenhängenden Gesichtspunkte überschneiden sich bereits mit dem Schutz personenbezogener Informationen und Daten. Sie haben

314 Frühzeitig erörtert worden sind soziale Risiken des Technikeinsatzes im Hinblick auf die Verletzlichkeit der gesellschaftlichen Kommunikation und Wissenshandhabung, die durch die sich verstärkende Abhängigkeit von technischen Funktionsbedingungen entsteht. Siehe etwa *Steinmüller* u. a., Grundfragen, S. 71 ff. Außerdem *Schlink*, Bewältigung, S. 242 ff.; *Sieber*, Informationsrecht, S. 2571; *Roßnagel/Weddel/Hammer/Pordes*, Verletzlichkeit, bes. S. 69 ff.

315 *Hoffmann-Riem*, Telekommunikationsrecht, S. 125 ff.

316 Einen kompakten Überblick im Vergleich zu amerikanischen Ansätzen bietet *Windthorst*, Regulierungsansätze, S. 281 ff., 340 ff.

317 *Schoch*, Informationsordnung, S. 198 f.

318 *Trute*, Informationsordnung, S. 224 ff.; *Hoffmann-Riem*, Telekommunikationsrecht, S. 131 ff.; *Hoffmann-Riem/Eifert*, Telekommunikations- und Medienrecht, S. 504 ff.

319 Ausführlich dazu *Windthorst*, Universaldienst, S. 262 ff.

320 *Ebsen*, Rahmenbedingungen, S. 1050; *Schoch*, Rolle, S. 92 ff.

321 *Trute*, Informationsrecht, S. 337 ff.

322 Siehe die Regelungen des Signaturgesetzes. Dazu *Roßnagel*, Signaturen, S. 1817 ff. Ausführlich ders., in: ders. (Hrsg.), Recht, Einl. SigG Rn 1 ff. Zum Konzept und zu den Hintergründen der digitalen Signatur außerdem *Bizer*, Beweissicherheit, S. 143 ff.

aber – etwa als Frage der Rahmenbedingungen von Verträgen oder rechtsverbindlichen Erklärungen – einen anderen Akzent.³²³

Auf der Ebene von Organisationen können diese als informationsverarbeitende Systeme, Informationen also als Ressource von Handlungen und Entscheidungen angesehen werden.³²⁴ Daraus läßt sich folgern, in welcher fundamentalen Weise der Umgang mit Informationen und Daten Gegenstand rechtlicher Regelungen werden kann. Das gilt insbesondere für die öffentliche Verwaltung als rechtlich konstituiertem System. Hier sind die Bemühungen einzuordnen, die Strukturen eines allgemeinen Informationsverwaltungsrechts zu erarbeiten.³²⁵ Es kann jedoch nicht lediglich darum gehen, verschiedene, für die Behörden relevante informationsrechtliche Stränge – Datenschutz, Öffentlichkeitsarbeit³²⁶ oder Datenzugang – in einem harmonisierten Konzept zusammenzuführen. Information muß vielmehr als grundlegende Kategorie mit der Folge rechtlich erfaßt werden, daß es eines übergreifenden, mit den Regelungen über Handlungen, Entscheidungen, Verfahren³²⁷ oder Organisation³²⁸ abgestimmten Konzepts bedarf.³²⁹ Dabei kann die informationsrechtliche Perspektive eine Rekonstruktion oder eine Novellierung traditioneller Regelungsmuster auslösen.³³⁰ Ohnehin erfordert die Vernetzung der Verwaltung Organisations- und Verfahrensstrukturen, die darauf eingestellt sind.³³¹ Umgekehrt ergeben sich aber auch Anforderungen an die Integration informationsrechtlicher Regelungen und an die Abstimmung mit der sachbezogen geregelten Handlungs-, Entscheidungs-, Verfahrens- und Organisationsebene.

323 Zur Sicht der elektronischen Signatur als Bedingung der Möglichkeit von e-commerce und e-government *Roßnagel*, Signaturen, S. 1826. Zur zögerlichen und teilweise auch nicht unkomplizierten Einführung im Verwaltungsrecht und in der Praxis *Eifert/Schreiber*, Signatur, S. 342 ff.

324 *Luhmann*, Organisation, S. 56 ff.; *Albers*, Information, S. 75 f.

325 *Pitschas*, Informationsordnung, bes. S. 279 ff.; *Scherzberg*, Verwaltung, S. 196 ff.; *Roßnagel*, Möglichkeiten, S. 264 ff., *Voßkuhle*, Wandel, S. 355 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht, S. 236 ff.; *ders.*, Informationsgesellschaft, S. 405 ff.

326 Zur staatlichen Öffentlichkeitsarbeit im Internet *Eifert*, Verwaltungskommunikation, bes. S. 139 ff.

327 Vgl. dazu, insbesondere auch zu den traditionellen Informations- und Beteiligungsrechten im Verwaltungsverfahren *Kugelman*, Rechtsstellung, S. 231 ff., 295 ff. Siehe außerdem *Pitschas*, Verantwortlichkeit, S. 639 ff.; *ders.*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 144 f.

328 Zum Einfluß der (sozialen) Organisation und – darüber vermittelt – des Organisationsrechts auf Entscheidungen, Handlungen und Kommunikationen siehe nur *Trute*, Funktionen, S. 255 ff.

329 *Albers*, Information, bes. S. 86 ff.

330 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht, S. 239 f., bes. S. 240: „Das Informationsverwaltungsrecht zu einem neuen Grundlagenteil des Verwaltungsrechts zu machen, zielt ... nicht auf eine schlichte Ergänzung als vielmehr auf immanente Umformung und veränderte Zuordnung der überkommenen Systemteile“.

331 *Holznagel/Krahn/Werthmann*, Electronic Government, S. 1477 ff.; *Boehme-Neßler*, Electronic Government, S. 374 ff.; *Groß*, Verwaltung, S. 159 ff.; *ders.*, Informatisierung, S. 400 ff. Vgl. zu den Wechselbeziehungen zwischen der Reform der Kommunikations- und Organisationsstrukturen der Verwaltung und den Informationsprozessen außerdem *Reinermann*, Verwaltung, S. 1 ff.; *Kilian / Wind*, Verwaltung, S. 499 ff.; *Mehlich*, Verwaltungsorganisation, S. 385 ff.; *Scherzberg*, Verwaltung, S. 203 ff.

Zu den wichtigen Regelungsdimensionen gehört außerdem der allgemeine Zugang zu Daten.³³² Für Unterlagen und Dokumente der öffentlichen Verwaltung ist er vor allem europarechtlich veranlaßt worden, zum Beispiel durch die Umweltinformationsrichtlinie.³³³ Ursprünglich wurde dieser Strang weitgehend unabhängig vom klassischen Datenschutz thematisiert. Inzwischen werden unter dem Stichwort Transparenz Parallelen gesehen, und man ist bemüht, die Regelungskonzeptionen zu koordinieren.³³⁴ Trotz struktureller Parallelen, die man unter bestimmten Aspekten herausstellen kann, haben die Idee des allgemeinen Datenzugangs und die des Datenschutzes aber keine einheitliche Wurzel.³³⁵

Wegen der Vielfalt der Regelungsdimensionen im Bereich des Umgangs mit Informationen und Daten, die man unter verschiedenen Bezugspunkten ausarbeiten muß, und wegen der jeweils notwendigen Koordinationen mit der sachlichen Ebene und den anderweitig bereits vorhandenen Regelungsstrukturen wäre es verfehlt, informations- und datenrechtliche Regelungen mit dem Konzept einer „Informationsordnung“ zu erfassen.³³⁶ Der Begriff der „Informationsordnung“ impliziert eine Einheit informations- und datenrechtlicher Normen, die es nicht geben kann und deren Konzeption reduktionistisch wirkte. Er grenzt diese Normen zu sehr von den sachbezogenen Regelungszusammenhängen ab, mit denen sie – gleichgültig, ob sie bereichsspezifisch gestaltet sind oder Querschnittscharakter haben – koordiniert und in die sie integriert werden müssen. Zwar sind informations- und datenrechtliche Normen, soweit Koordinationserfordernisse bestehen, auch untereinander abzustimmen. In bestimmtem Umfang sind systembildende Dogmatiken möglich. Das hat allerdings mit einer „Informationsordnung“ nichts zu tun.³³⁷

So vielfältig wie die Regelungsdimensionen sind die Rechtsstellungen einzelner Personen. Soweit jene allein auf Gesellschafts- oder Organisationsebene anzusiedeln sind, entstehen häufig zwar mittelbare Auswirkungen auf Personen. Diese Wirkungen werden aber nicht als ein gerade individueller Schutzbedarf eingefangen. Eine im engeren Sinne individuelle Betroffenheit wird bei dem Umgang mit Informationen und Daten thematisiert, die in ihrem Sinngehalt auf einzelne Personen verweisen. Wegen der näheren Be-

332 Übergreifend dazu *Scherzberg*, Öffentlichkeit, S. 228 ff., 289 ff.; *Rossen-Stadtfeld*, Kontrollfunktion, S. 118 ff.; *Sokol*, Informationszugang und Datenschutz, Rn 1 ff.; *Masing*, Transparente Verwaltung, S. 377 ff.; *Albers*, Grundlagen, S. 31 ff.; *Gurlit*, Konturen, bes. S. 1129 ff.; *Schubert*, Recht, S. 400 ff.; *Kugelman*, Rechtsstellung, S. 190 ff.

333 Dazu *Scherzberg*, Zugang, S. 48 ff.; Zur Umsetzung (mit jeweils unterschiedlichen Perspektiven und Ergebnissen): *Scherzberg*, Freedom, S. 733 ff.; *Theuer*, Zugang, S. 326 ff.; *Reinhardt*, Umweltinformation, S. 163 ff.; *König*, Umweltinformationsgesetz, S. 48 ff.

334 Etwa *Sokol*, Datenschutz, S. 380 f.; *dies.*, Informationszugang, S. 40 ff.; *Tinnefeld*, Teilhabe, S. 138 f.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garsika*, Modernisierung, S. 255. Vgl. auch *Burkert*, Informationszugang, S. 126 f. Siehe außerdem zum Verhältnis neuer und klassischer Informationsrechte *Raabe/Helle-Meyer*, Informationsfreiheit, S. 641 ff.

335 Zu besonderen Konflikten zwischen Datenzugang und Datenschutz *Masing*, Transparente Verwaltung, S. 399 ff.; *Albers*, Grundlagen, S. 47 f.

336 Anders etwa *Kloepfer*, Informationsrecht, S. 23 f., 118 ff.; *Pitschas*, Technologien, S. 31 f., 36; *Roßnagel/Pfitzmann/Garsika*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 38 f.

337 Ausführlicher bereits *Albers*, Information, S. 78 ff., 82 ff.

züge zum Einzelnen lassen sich hier normative Orientierungsmaßstäbe entwickeln, die die Schutzbedürftigkeit einer bestimmten Person herausstellen.

III. Individueller Schutz im Hinblick auf den Umgang anderer mit personenbezogenen Informationen und Daten

Der Schutz einzelner Personen hinsichtlich des Umgangs mit den sie betreffenden Informationen und Daten behandelt einen spezifischen Aspekt und insofern (nur) eine bestimmte Regelungsdimension. Heute kommt insoweit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Form, wie es das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil hergeleitet hat, die zentrale Bedeutung zu. Danach haben die Grundrechtsträger die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung ihrer persönlichen Daten zu bestimmen.³³⁸ Die Datenschutzdiskussion, die dieser Entscheidung vorangegangen ist, hatte darauf wesentlichen Einfluß. Sie prägt zudem zahlreiche der mittlerweile etablierten Denk- und Regelungsmuster. Die Datenschutzdiskussion, die dieser Entscheidung nachfolgte, hat sich zunächst darauf konzentriert, die Umsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in einzelne Regelungsbereiche zu begleiten. Vor allem die Unzufriedenheit mit den Ergebnissen der Vergesetzlichung und die Beobachtung des Internet waren schließlich Anlaß einer neuen Debatte.

An dieser Stelle geht es nicht um eine umfassende Erörterung des „Daten“schutzes. Insbesondere werden das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und sonstige rechtliche Regelungen noch nicht näher behandelt. Im Zusammenhang der Überlegungen dieses Kapitels ist das Ziel vielmehr ein Überblick über die allgemeine Diskussion mit dem Erkenntnisinteresse, wie mit welcher Begründung welche Regelungs- und Schutzanforderungen herausgearbeitet werden und welche Leitgedanken dabei tragend sind. Die vielfältigen Überlegungen werden entsprechend systematisiert. Das wird nicht nur helfen, mittlerweile etablierte Denk- und Regelungsmuster mit ihren Hintergründen und Limitationen besser zu verstehen, sondern auch Grundlagen und Anregungen für Neukonzeptionen bieten. Wegen der zentralen Rolle des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, seiner eigenen Genese und des von ihm wiederum ausgehenden Einflusses sind die ihm vorangegangenen Diskussionen um den Datenschutz und die ihm nachfolgenden Diskussionen zu unterscheiden.

1. Leitgedanken im Rahmen der Entwicklung des Datenschutzes

Bei den Regelungserfordernissen, die in der frühen Diskussion um den Datenschutz herausgearbeitet worden sind, kann man drei zentrale Linien unterscheiden. Die erste Linie befaßt sich mit der *rechtlichen Steuerung der Gewinnung und Umsetzung von Informationen und der Verarbeitung von Daten*. Der zweite Strang zielt auf das Wissen einer

338 BVerfGE 65, 1 (43).

Person um den Umgang mit den sie betreffenden Informationen und Daten. In der dritten Hinsicht geht es um die *Einflußchancen*, die den Betroffenen zustehen sollen.

Zunächst ist hinsichtlich der ersten Linie von Interesse, in bezug worauf welche Maßgaben mit welchen Begründungen entwickelt werden. Eine systematische Aufbereitung erfordert vorab einige strukturierende Überlegungen. Gegenstand der angestrebten Regelungen sind die Gewinnung und weitere Umsetzung von Informationen sowie die Datenverarbeitung durch staatliche Stellen oder private Dritte. Bei einem solchen Gegenstand können die Inhalte der ausarbeitbaren Maßgaben breitgefächert angelegt und darin außerdem mit mehr argumentativen Anknüpfungspunkten begründet werden als Determinanten, deren Gegenstand die Sicherung individueller Autonomie gegen bestimmte Eingriffe ist. Denn in sachlicher Hinsicht ist zwischen der Ebene des Umgangs mit Informationen und der Ebene der Datenverarbeitung zu unterscheiden. In der Zeitdimension erfaßt man nicht nur punktuelle Ereignisse, sondern fortlaufende Prozesse. In sozialer Hinsicht kann man die Maßgaben auf den jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext sowie dann auf die jeweilige Konfliktsituation zuschneiden und entsprechend differenziert fassen. Indem man auf die über die Informationen begründeten sozialen Beziehungen rekurriert, kann man die Sinngehalte der Informationen hervorheben und – damit zusammenhängend – zugleich ein weitreichendes Spektrum von Wirkungsmechanismen erschließen, die mit der Information oder dem Wissen verbunden sind. Vom Grundraaster her ergibt sich also bereits ein aufgefächertes Bild.

In welcher Weise die sich bei diesem Grundraaster ergebenden Aspekte herangezogen werden und welche Argumentationsmuster einfließen, weist in der Diskussion um den Datenschutz keine einheitlichen Züge auf. Die Ebene der Daten und die Ebene der Informationen werden – insbesondere wegen unzureichender Begriffsbestimmungen – häufig nicht hinreichend auseinandergehalten. Regelmäßig wird dagegen herausgestellt, daß die fortlaufenden Prozesse des Umgangs mit Informationen und Daten in ihren unterschiedlichen Aspekten oder Phasen Steuerungsgegenstand sind: „Der zu regelnde *Sachverhalt* ist die öffentliche Informationsverarbeitung in ihren einzelnen Schritten.“³³⁹ Ohne weiteres ist auch ersichtlich, daß die einzelnen Schritte zwar interdependent sind,

339 Steinmüller/Lutterbeck/C. Mallmann/Harbort/Kolb/Schneider, Grundfragen, S. 92 (Hervorh. i. Orig.) sowie dann S. 93 ff. Dieses Gutachten legt zugrunde, daß die technische Ebene der Datenverarbeitung und die soziale Ebene des Umgangs mit Information zu unterscheiden sind (siehe etwa S. 57); im Ergebnis wird die Differenzierung aber nicht deutlich genug realisiert. Zur Kritik siehe *Werckmeister*, Informationsrecht, S. 98, 101, 108 f.: Regelungsgegenstand seien nicht die Phasen der Datenverarbeitung, sondern der Umgang von Menschen mit Informationen. „Dies macht eine Umsetzung technischer Begriffe in rechtliche notwendig. Statt Erfassung, Ermittlung, Speicherung, Veränderung oder Verarbeitung, Übermittlung, Löschung und Sperrung von Daten müssen unter juristischem Aspekt geregelt werden die Erzeugung, der Erwerb, der Besitz und Gebrauch sowie die Veräußerung von Informationen.“ (S. 108 f.). Siehe außerdem *Egloff/Schimmel*, Magna Charta, S. 127 ff. Vgl. dann auch *Steinmüller*, Informationsrecht, S. 2: Es sei eine Abkehr von einer isoliert datenverarbeitungsorientierten Betrachtungsweise überfällig. Zum Verhältnis von Datenverarbeitung und Informationshandhabung nach der Konzeption dieser Arbeit – beide Ebenen sind Regelungsgegenstand, die Datenerhebung und -verarbeitung allerdings (nur) in ihrem Bezug auf die Informationsebene – siehe insbesondere noch sogleich Erster Teil, 2. Kapitel Punkt C.V.

aber in Berücksichtigung dessen noch jeweils eigenständige Probleme stellen³⁴⁰, so daß man eine darauf abgestimmte Lösung benötigt. Die Aspekte oder Phasen werden daher in differenzierender Form behandelt, und man versucht, phasenspezifische Vorgaben zu entwerfen. Inhaltlich geht es dabei – neben der positiven Steuerung, die insbesondere auf die Richtigkeit der Daten, daraus gewonnener Informationen sowie darauf aufbauender Entscheidungen und Handlungen zielt³⁴¹ – um Bindungen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind. (Bestimmte) Daten sollen nicht erhoben, gespeichert, verändert, übermittelt oder genutzt, (bestimmte) Informationen nicht gewonnen, festgehalten, umgesetzt oder weitervermittelt werden: „Der Kern aller Datenschutzregelung ist ... kalkuliertes Nichtwissen.“³⁴² Welchen näheren Inhalt die so ausgerichteten Vorgaben haben und ob dieser Inhalt in Abhängigkeit vom jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext entwickelt wird, hängt davon ab, wie man den Schutzbedarf des Betroffenen bestimmt und wie man den Schutz konzipiert.

Trifft man hier eine grobe Abgrenzung, finden sich zum einen Argumentationsmuster, die die Verfügung über Informationen und Wissen als *Machtpotential* beschreiben, das Beeinträchtigungen der Individuen bewirken könne. „Der Besitz von Individualinformationen ermöglicht es ... der Verwaltung, den Betroffenen entweder gar nicht erst zum Handeln kommen zu lassen oder seinen Handlungsspielraum von vornherein entscheidend einzuschränken. Die Verfügungsmöglichkeit über Individualinformationen ist somit potentielle Einschränkung der Persönlichkeitsentfaltung ...“³⁴³ Hintergrund der Argumentation sind übergreifende Informationssysteme, die mit Hilfe der rechnergestützten Datenverarbeitung aufgebaut werden: „... durch die Transparenz des Personenmodells (= der Individualinformationen im Informationssystem) wird der Verhaltensspielraum des einzelnen eingeschränkt“³⁴⁴. Aus rechtlicher Perspektive sollen den Einzelnen Bestimmungsbefugnisse hinsichtlich der auf sie verweisenden Informationen zustehen, so daß sich Maßgaben für den Umgang mit Informationen herleiten lassen. Das ist der *literarische Ursprung des informationellen Selbstbestimmungsrechts*.³⁴⁵ Bei einem solchen

340 Siehe dazu bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

341 Dazu noch unten im Text dieses Punktes.

342 So *Simitis*, Notwendigkeit und Voraussetzungen, S. 154. Vgl. außerdem *dens.*, in: *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, Einl. Rn 29: „Den Datenschutzbestimmungen fällt insofern die Aufgabe zu, den Kommunikationsprozeß gezielt zu unterbrechen und den Umfang der rechtlich jeweils zulässigen Verarbeitung vom konkreten Verarbeitungszweck her und in Kenntnis der möglichen Konsequenzen für den Betroffenen festzulegen.“

343 *Steinmüller/Lutterbeck/C. Mallmann/Harborn/Kolb/Schneider*, Grundfragen, S. 85.

344 Siehe *Steinmüller/Lutterbeck/C. Mallmann/Harborn/Kolb/Schneider*, Grundfragen, S. 39 ff., 88, 96 f. Vgl. auch *dens.*, Datenverkehrsrecht, S. 52 ff., bes. 52: „Informationen sind als Modelle Bereitstellung von möglicher Machtausübung über die abgebildeten Objekte für die Zwecke sozialer Subjekte („Systemherrschaft“), und zwar in beiden Erscheinungsformen der Information: als angehäuften Wissen und als Entscheidungsprozeß. Informationssysteme werden dann in dieser Sicht zur Organisation ihrer automationsunterstützten Bereitstellung in quasiindustrieller Kapazität, sei es zur Vermarktung der ‚Ware Information‘, sei es als massenhaftes Hilfsmittel bei der Verbreitung staatlicher oder kommerzieller Entscheidungen und Handlungen.“ Mit komplexeren Ausführungen dazu *ders.*, Informationstechnologie, S. 189 ff.

345 Siehe *Steinmüller / Lutterbeck / C. Mallmann / Harborn / Kolb / Schneider*, Grundfragen, bes. S. 88: „Selbstbestimmungsrecht des Bürgers über sein informationelles Personenmodell“ bzw. „Selbstbe-

Ansatz rücken die Verarbeitungsverläufe mit ihren unterschiedlichen Phasen in den Mittelpunkt.³⁴⁶ Die Prozesse der Informations- und Datenverarbeitung werden tendenziell vollständig determiniert, und sämtlichen Determinanten wird zugleich individualschützender Charakter zugesprochen, ohne daß es noch näherer Begründungen zum Individualschutz bedarf.

Zum anderen gibt es Argumentationen, die sich an der *Konfliktsituation* und am jeweiligen *Wissens- und Verwendungskontext* orientieren.³⁴⁷ Es ist kein Zufall, daß Daten und Informationen hier in der Regel deutlich unterschieden werden. Zumindest die dem Individualschutz dienende Determination des Umgangs mit Daten und Informationen kann bei diesem Vorgehen kontextspezifisch und punktuell gestaltet werden. Man kann differenzieren, ob etwa die aufgabenbezogene Begrenzung der Datensammlung und -speicherung, die vollständige Ausgrenzung bestimmter Gegebenheiten aus dem Wissen staatlicher Stellen oder privater Dritter, die Begrenzung der Zeitdauer von Kenntnissen oder nur die Verhinderung bestimmter Nutzungen zu regeln ist. Ein solcher Ansatz bedingt, daß die notwendigen individualschützenden Maßgaben in einer konkreten Argumentationsführung material begründet werden.

Als Argumentationsmuster, auf die ein spezifizierter Schutzbedarf des Betroffenen gestützt wird, dienen zunächst Wertvorstellungen, bei denen man die Selbstverständlichkeit des Schutzbedarfs in Anspruch nimmt. Zum Beispiel wird – auf dem Hintergrund der Kapazitäten der rechnergestützten Datenverarbeitung zur umfassenden Sammlung, schnellen Übermittlung und Zusammenführung von Daten – die Verhinderung von „gläsernen Menschen“ als ein zentrales Thema benannt.³⁴⁸ Eine wesentliche Rolle spielen im übrigen Argumentationsmuster, die sich im Laufe der Zeit normativ verfestigt haben. So ist die frühzeitige Anerkennung des Verbots der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen und des Anspruchs auf Achtung der Privatsphäre in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁴⁹ ein Grund, warum diese Topoi auch in der allgemeinen Diskussion

stimmungsrecht (des einzelnen), welche Individualinformationen er unter welchen Umständen an wen abgibt“. Vgl. auch C. Mallmann, Datenschutz, S. 54 ff., mit Akzent auf der Selbstdarstellung. Vgl. näher auch noch Zweiter Teil, 3. Kapitel Punkt B.II.5.b.cc.

346 Sehr deutlich etwa in der Ausführung bei Steinmüller u.a., Grundfragen, S. 57: „Die Phasen der Informationsverarbeitung führen zu den Topoi, den Problemkreisen und Schutzbereichen des DSchRechts. Denn die IV muß ‚begleitend‘ in allen Stadien des Prozesses auf mögliche Gefahren untersucht werden, soll der DSch umfassend und nicht lückenhaft sein.“ (Hervorh.i.Orig.).

347 Etwa Simitis, Notwendigkeit und Voraussetzungen, S. 154: „Der Weg ... führt notwendigerweise über eine funktionale Analyse der Daten und ihrer Verwendungszusammenhänge. ... Weil der Verwendungszusammenhang stets im Mittelpunkt steht, kann sich das rechtliche Instrumentarium am konkreten Konflikt orientieren und differenzierend reagieren. Genauer: Welche Maßnahme aus der Palette von Sammlungs-, Speicherungs- und Weitergabeverboten ausgewählt wird und in welcher Kombination, folgt nicht aus einer ebenso abstrakten wie allgemeinen Reflexion über die verschiedenen Daten und ihre Bedeutung, sondern richtet sich ausschließlich nach situationsgebundenen Kriterien.“ Siehe auch dens., in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, Einl. Rn 28 ff. Außerdem O. Mallmann, Zielfunktionen, bes. S. 30; Werckmeister, Informationsrecht, S. 109 ff.; Egloff/Schimmel, Magna Charta, S. 129 ff.

348 Etwa Bieber, Datenschutz, S. 13 ff.

349 BVerfGE 27, 1 (6 ff.).

des Datenschutzes besondere Aufmerksamkeit genießen.³⁵⁰ Manchmal begnügt man sich dann mit Hinweisen auf die gegebene normative Anerkennung; manchmal nutzt man die Begriffe – insbesondere das Paradigma der „Privatsphäre“ –, um darauf ganz eigenständige Schutzkonzeptionen aufzubauen.³⁵¹ Die weiterführenden Argumentationsmuster, mit denen ein Schutzbedarf des Betroffenen begründet wird, stützen sich vor allem auf die Stellung des Einzelnen im sozialen Zusammenhang und auf soziale Wirkungsmechanismen.

Die Wirkungsmechanismen, an die man anknüpfen kann, sind im Ansatz breitgefächert, weil man auf soziale Beziehungen und soziale Zusammenhänge abhebt. In der Datenschutzdiskussion hat man sich frühzeitig davon gelöst, nur die Rechtswirkungen von Regelungen für rechtsrelevant zu halten. Etwa wird mit Blick auf die informierte Person oder Stelle hervorgehoben, daß Informationen Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten eröffnen, die vorher nicht bestanden haben. Da dies für sich genommen zur Begründung eines Schutzbedarfs der Person, auf die die Informationen verweisen, nicht ausreicht, liegt der Kern der Argumentationen in der Präzisierung und in den Bewertungen dieses Effekts. In ziemlich unbestimmter Weise³⁵² wird hier des öfteren auf eine dem anderen mit dem Wissen über Personen verschaffte Macht oder auf Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten verwiesen.³⁵³ Mit Blick auf Datenbanken und Dossiers werden negative Effekte der Aufhebung von Sichtbarkeitsschranken beschrieben.³⁵⁴ Häufig angeführt werden erwartbare Stigmatisierungen oder Negativeinschätzungen einer Person, etwa bei der Kenntnis von Vorstrafen, von Verschuldungen oder von Krankheiten, die man anhand als schutzwürdig angesehener Interessen des Betroffenen – die Chance der Resozialisierung oder allgemeiner die Chance sozialer Anerkennung und die Chance einer Diskontinuität der Biographie, die Nichtausgrenzung im Falle von Krankheiten – als unerwünscht einstuft.³⁵⁵ Als Problem gilt auch die Gefahr des Unterlaufens von Rechten, indem andere auf Rechtswahrnehmungen mit Sanktionen reagieren. Stehen jemandem Rechte zu, soll rechtlich – zumindest bei systematischen Gefahren – mitgesichert werden, daß deren Wahrnehmung nicht zu Nachteilen führt.³⁵⁶ Wenn die Perspektive auf den Betroffenen konzentriert wird, knüpft man auch an subjektive Empfindungen an. Dazu zählen die Befindlichkeit in Fällen der Mißachtung des Bedürfnisses

350 Zur Argumentation mit dem Persönlichkeitsprofil sowie der Privatsphäre vgl. etwa *Heußner*, Funktion des Datenschutzes, S. 175; *Schweizer*, Grundlagen, S. 32 und 33; *Simitis*, Notwendigkeit und Voraussetzungen, S. 143 ff.; *Pedrazzini*, Grundsätze, S. 60.

351 Zur Privatsphäre noch ausführlich Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.

352 Kritisch zum Pauschalverweis auf Macht auch *Zöllner*, Daten- und Informationsschutz, S. 28; *ders.*, Informationsordnung, S. 23 f.

353 *Werckmeister*, Informationsrecht, S. 106 f.; *Schwan*, Datenschutz, S. 123 f.; *Woertge*, Prinzipien, S. 27 f.

354 So *P.J. Müller*, Gefährdung, S. 81 ff.; *ders.*, Soziale Kontrolle, S. 141 ff., bes. 145 ff.

355 Vgl. z.B. *Schweizer*, Grundlagen, S. 29 f.; *Egloff/Schimmel*, Magna Charta, S. 129 ff.

356 *Heußner*, Funktion des Datenschutzes, S. 175 f., mit Blick auf die Registrierung der Wahrnehmung politischer Grundrechte. Als Beispiel aus dem privaten Bereich werden etwa Dossiers von Vermieterorganisationen über „querulatorische“ Mieter genannt, vgl. *Bieber*, Datenschutz, S. 17.

nach Rückzug, Intimität und unbeobachteten Nähebeziehungen³⁵⁷, Bloßstellungs- und Schamgefühle (die weniger die „objektiven“ Wirkungen beispielsweise einer Stigmatisierung als die Effekte hinsichtlich des persönlichen Selbstwertgefühls ansprechen) oder der Verlust von Unbefangenheit im Umgang mit anderen³⁵⁸. Zusätzlich werden vor allem die Wirkungen auf die Entscheidungsautonomie und auf das individuelle Verhalten herausgerückt, die durch die Erwartungen des Wissens anderer um etwas entstehen. Verhalten wird nicht als willensgeprägt, sondern als sozial konstituiert beschrieben, indem es an Erwartungserwartungen orientiert ist.³⁵⁹ In diesem Sinne kann die Erwartung des Wissens anderer zu Selbstregulationen des eigenen Verhaltens führen, die als unerwünscht beurteilt werden können.³⁶⁰ Ein zentrales Thema in der Diskussion ist hier die erwartungsvermittelte Einschüchterung und Reduktion politischen Engagements – das grundrechtlich geschützt ist – durch die Tätigkeit des Verfassungsschutzes.³⁶¹

Wenn man aufgrund solcher Wirkungsmechanismen Regelungserfordernisse herausarbeiten will, sind die Wirkungen nicht selbst unmittelbar Gegenstand der angestrebten Regelung. Es handelt sich schließlich um breitgefächerte Effekte, die über soziale Mechanismen und Zusammenhänge eintreten und die in isoliert-direktem Zugriff gar nicht rechtlich regelbar sind. Die Wirkungen lassen sich als empirisch erfahrbare und daher typischerweise erwartbare Folgen einstufen, die in dem Fall hervorgerufen werden, in dem bestimmte Informationen von Dritten oder von staatlichen Stellen gewonnen und umgesetzt werden. Die Prognose der Wirkungen legt den Schutzbedarf dar und fungiert insofern (nur) als Komponente der Argumentation, mit der man Determinanten für den Umgang mit Informationen und Daten erarbeiten will. Bestimmte Informationen sollen aus dem Wissen anderer ausgegrenzt oder in der Nutzung gesteuert werden, damit die unerwünschten Wirkungen vermieden werden. Es geht also um die Entwicklung von Maßgaben, die die Ursache nachteiliger Folgen – den in bestimmter Weise erfolgenden Umgang mit Informationen und Daten – so determinieren, daß die unerwünschten Wirkungen nicht entstehen. In der Diskussion wird allerdings oft nicht hinreichend beachtet, daß die Argumentation bei präziser Nachzeichnung „eigentlich“ aus mehreren Schritten besteht, die aufeinander aufbauen und inhaltlich untereinander zu vermitteln sind. Im häufigsten Kurzschluß, der an dieser Stelle zu finden ist, wird das Argument der Beeinträchtigungen der Entscheidungsautonomie und der Verhaltensfreiheit durch die Erwartung des Wissens anderer hervorgerückt und daraus gefolgert, daß der Inhalt der Maßga-

357 Siehe insbes. *Simitis*, in: *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, Einl. Rn 23 ff.; *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 45 ff.

358 Etwa *Schweizer*, Grundlagen, S. 29 f.

359 *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 245: „Wenn der einzelne sich persönlich in seinem Verhalten beobachtet und registriert weiß, wird er sich mehr oder weniger bewußt darauf einstellen und sich den von ihm erwarteten Erwartungen anpassen.“

360 Siehe neben dem eben genannten Nachweis *Podlech*, Aufgaben, S. 34 f. mit Hinw. auf BVerfGE 39, 334 (356 f.); *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 52 ff.; *Griese*, Notwendigkeit, S. 41 f.

361 Dazu z.B. *Denninger*, Verfassungstreue, S. 27 ff., 35 ff. Eine nähere Darlegung mit Blick auf die USA findet sich *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 55 ff., bes. 60 ff. Außerdem etwa *Podlech*, Aufgaben, S. 32 ff.; *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 247 f.; *Schatzschneider*, Ermittlungstätigkeit, S. 112 ff.

ben, mit denen der Umgang mit Informationen und Daten zu determinieren ist, als Entscheidungsautonomie des Einzelnen beschrieben werden könne.³⁶² Obwohl die Argumentation im Ansatz material orientiert und komplex angelegt ist, gleicht sie sich damit im Ergebnis den Argumentationsmustern an, die den Einzelnen Bestimmungsbefugnisse hinsichtlich der auf sie verweisenden Informationen zuerkennen.

Neben den im wesentlichen auf ein Unterlassen gerichteten Vorgaben werden Anforderungen entwickelt, die ihrem Inhalt nach im wesentlichen auf die Richtigkeit der Informationen zielen, die aus Daten gewonnen werden. Es handelt sich dabei um eine „positive“ Steuerung, die nicht negativ – etwa in das Gebot, keine unrichtigen Informationen oder Daten festzuhalten und zu verwenden – umformulierbar ist. Denn das Schutzinteresse der Personen, die der Umgang mit Informationen betrifft, richtet sich nicht immer auf eine Ausgrenzung von Gegebenheiten aus dem Wissen anderer. Es kann auch – zum Beispiel bei der Erwartung staatlicher Leistungen – darauf zielen, daß andere richtig informiert sind und richtige Entscheidungen treffen. Gegenstand der Maßgaben sind wiederum die Abläufe der Datenerhebung und -verarbeitung, insbesondere die Erhebung, Erfassung und weitere Verarbeitung sowie die Verknüpfung und Zusammenstellung von Daten sowie die Gewinnung von Informationen aus Daten. Die Maßgaben setzen phasenspezifisch an und werden im näheren von den Maßstäben der Richtigkeit im engeren Sinne, der Aktualität, der Vollständigkeit und der Kontextgebundenheit von Daten geprägt.³⁶³

Angesichts dessen, daß es schon immer auch falsche Informationen gegeben hat, kann man fragen, warum rechtliche Determinanten gefordert werden, die die Richtigkeit der Informationen gewährleisten. Der Hintergrund liegt zunächst bei den Fehlerquellen und Gefahren, die hinsichtlich der Datenbasis vor allem bei den rechnergestützten Datenverarbeitungstechniken gesehen werden. Wegen der Speicherkapazität von Computern und der damit möglicherweise initiierten „Sammelmentalität“ könnten Daten zur Verfügung gestellt werden, die veraltet sind und zu fehlerhaften Informationen führen. Die Vollständigkeit von Daten, die die Verfügbarkeit aller für eine Entscheidung relevanten Aspekte bezeichnet³⁶⁴, kann dadurch gefährdet sein, daß vorgegebene Datenverarbeitungsprogramme Vorstrukturierungen, Standardisierungen und in der Regel auch eine Komprimierung von Aussagegehalten erfordern. Man mag daran denken, daß die von einer Auskunft verwendete Datenbasis nur aufnimmt und hergibt, daß jemand Zahlungsverpflichtungen nicht nachgekommen ist, aber nicht auch, warum die Pflichten nicht erfüllt wurden, weil die Gründe für die Nichterfüllung einer Zahlungsverpflichtung vielfältiger sind als die reduzierte Tatsache der Nichterfüllung und sich deshalb nicht ohne weiteres

362 Undeutlich etwa *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 246.

363 Ausführlicher *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 70 ff., auch mit dem Hinweis darauf, daß das vorhandene Konfliktpotential auf den ersten Blick gering zu sein scheine; die scheinbare Interessenkoinzidenz löse sich freilich auf, wenn man Kostengesichtspunkte berücksichtige (S. 76). Siehe außerdem etwa *Bull*, Angst vor dem Computer, S. 41 ff., bes. 43 ff., 82; *Schweizer*, Grundlagen, S. 29 und 33; *Simitis*, in: *Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*, Einl. Rn 26 und 31; *Seidel*, Datenbanken, S. 121 ff.

364 Vgl. *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 76, auch mit dem Hinweis, daß es sich um einen Wertungsbegriff handelt.

in einer effizienzsichernden Weise standardisieren lassen.³⁶⁵ Entscheidungen könnten auf diese Weise entindividualisiert werden, auch wenn individuelle Aspekte von Belang wären. Gerade die rechnergestützte Datenverarbeitung kann im übrigen dazu führen, daß Daten aus ihrem ursprünglichen Zusammenhang gelöst werden und in einen eigendynamischen Verwendungsprozeß eingehen, der den Aussagegehalt in einer Weise verändert, daß die aus den Daten gewonnenen Informationen verzerrt oder verfälscht erscheinen. Die Bedeutung des Kontexts, den man benötigt, um Aussagegehalte „richtig“ zu verstehen, könnte untergehen oder keine hinreichende Berücksichtigung finden.³⁶⁶

Daß man die Richtigkeit von Daten und der daraus gewonnenen Informationen verstärkt problematisiert, hängt außerdem mit veränderten Entscheidungsstrukturen zusammen, die wiederum auf gesellschaftlichem Wandel beruhen. Daten sind mit zunehmender Häufigkeit die ausschließliche oder die zentrale Basis der gebildeten Informationen.³⁶⁷ Mit der rechnergestützten Datenverarbeitung, automatisierten Mitteilungen und der Integration von Netzen werden Daten – auch falsche Daten – zudem schneller verteilt. Die falschen Daten werden dann nicht nur einer, sondern zahlreichen Entscheidungen zugrunde gelegt, ohne daß man dies kontrollieren, geschweige denn in allen Fällen korrigieren könnte. Zugleich wächst – dies trifft sich mit den obigen Überlegungen zum Schutzbedarf – die Aufmerksamkeit hinsichtlich der irreversiblen Folgen für die Person, die die Daten und die daraus gewonnenen Informationen betreffen.³⁶⁸

Zu dieser ersten Linie tritt eine zweite hinzu. Hier thematisiert man die *Herstellung angemessener Transparenz* und die *Gewährleistung des Wissens einer Person* über den Umgang anderer mit den sie betreffenden Informationen und Daten. Die Person soll wissen, wer oder welche Stelle welche Angaben über sie kennt und zu welchen Zwecken das Wissen eingesetzt wird.³⁶⁹ Das wird mit mehreren interdependenten Argumentationssträngen begründet. Soweit es um den Staat geht, akzentuiert man hier erstens das Erfordernis der Transparenz der staatlichen Datenverarbeitung als Konkretisierung demo-

365 Vgl. O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 77. Man mag sich hier daran erinnern, daß die Datensammlung und das Auskunftsverhalten der Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung (SCHUFA) ein zentrales Thema der öffentlichen Diskussion gewesen sind.

366 Dazu Simitis, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Einleitung Rn 10: „Weshalb jemand krank war, warum er zu bestimmten Zeiten an seinem Arbeitsplatz nicht erschienen ist, wieso er sich geweigert hat, die Raten für das von ihm gekaufte Fernsehgerät weiterzubezahlen, oder welches genau die Gründe für die sich auf ihn beziehenden Vermerke in den polizeilichen Akten gewesen sind, tritt mehr und mehr in den Hintergrund. Übrig bleibt nur der Hinweis auf die Erkrankung, die Fehlzeiten, die Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtungen und die polizeiliche Registrierung. Fast jede dieser Angaben kann aber sehr schnell dazu verleiten, Schlüsse zu ziehen, die es dem Betroffenen beträchtlich erschweren könnten, sich etwa beruflich zu verbessern oder überhaupt den von ihm gewünschten Arbeitsplatz zu bekommen.“ Vgl. auch Griesse, Notwendigkeit, S. 38 ff.; Seidel, Datenbanken, S. 122 ff.

367 Vgl. Simitis, Chancen und Gefahren, S. 676; O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 71.

368 Simitis, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Einleitung Rn 9: „... fehlerhafte Angaben (kommen) ... ein ganz anderes Gewicht ... Die Automatisierung akzeleriert die Proliferation der Fehlinformationen und setzt damit die Betroffenen der Gefahr einer wirtschaftlichen, sozialen oder politischen Diskriminierung in einem bis dahin schwerlich, wenn überhaupt möglichen Umfang aus.“

369 Schweizer, Grundlagen, S. 32 f.; Heußner, Funktion des Datenschutzes, S. 175; Dammann, Transparenz, S. 81 ff.; Simitis, Chancen und Gefahren, S. 676 und 681; Pedrazzini, Grundsätze, S. 67 f.

kratischer und rechtsstaatlicher Grundsätze, und zieht es dabei zugleich hinsichtlich des individuellen Schutzes der Person heran, die von dem jeweiligen staatlichen Umgang mit Informationen und Daten näher betroffen ist.³⁷⁰ Zweitens werden gegenstandsbedingte Begründungszusammenhänge aufgezeigt, die zwischen den zu regelnden Schutzpositionen des Einzelnen bestehen. Da sich die von anderen vorgenommene Verarbeitung von Daten sowie die Gewinnung und Verwendung von Informationen losgelöst von der zu schützenden Person vollzieht, müssen „den einzelnen Möglichkeiten zur Verfügung stehen ..., um den Gang der Verarbeitung seiner Individualinformationen verfolgen und bei rechtlichen und technischen Mängeln einschreiten zu können.“³⁷¹ Die Kenntnis des Betroffenen ist insofern das Zwischenglied zwischen der Steuerung der objektiven Verarbeitungsabläufe auf der einen und den dem Betroffenen zugesprochenen Einflüssen auf der anderen Seite. Drittens weist man auf die Stellung des Einzelnen als Subjekt hin, die bedinge, daß dieser nicht bloßes Objekt des Umgangs mit den ihn betreffenden Informationen und Daten sein dürfe.³⁷² Viertens wird hervorgehoben, daß nachteilige Wirkungen auf die Befindlichkeit und erwartungsvermittelte Verhaltensanpassungen nicht nur bei tatsächlich vorhandenem Wissen anderer und dem eigenen Wissen darum entstehen können, sondern auch bei bloß befürchtigtem Wissen oder bei Unsicherheiten hinsichtlich des Wissens anderer.³⁷³ Dieses Argument verweist – mit einem neuen Akzent – nochmals auf die Begründungszusammenhänge zwischen den Regelungen und Positionen, die zum Schutz des Einzelnen herausgearbeitet werden.

Die näheren Bestimmungen, die vorgeschlagen wurden, damit die Ziele angemessener Transparenz und angemessenen individuellen Wissens erreicht werden, sind mehrstufig angelegt und haben unterschiedliche Ansatzpunkte. Das beruht im wesentlichen darauf, daß die Prozesse des Umgangs mit Informationen und Daten breitgefächert sind und sich zugleich losgelöst von der zu schützenden Person vollziehen. So würde es wenig nützen, wenn man sich auf einen Auskunftsanspruch beschränkte, weil dessen Geltendmachung schon einen bestimmten Kenntnisstand voraussetzt. Die Vorschläge richten sich daher regelmäßig auf ein Bündel von Normen und Rechten, die im Zusammenwirken greifen sollen. Eine allgemeine Kenntnisbasis sollen Veröffentlichungs- und Registervorschriften schaffen.³⁷⁴ Der individuellen Kenntnis dienen insbesondere Benachrichtigungen oder regelmäßige Übersichten über die gespeicherten Daten, bei denen die staatlichen Stellen oder private Dritte von sich aus zu Mitteilungen verpflichtet sind³⁷⁵, und Einsichts- und Auskunftsrechte, die an die Motivation und an Aktivitäten des Betroffenen

370 Vgl. *Dammann*, Transparenz, S. 81 ff.

371 *Steinmüller* u.a., Grundfragen, S. 123. Außerdem etwa *Simitis*, Chancen und Gefahren, S. 681; *Pedrazzini*, Grundsätze, S. 67 f.; *Schwan*, Amtsgeheimnis, S. 39 ff. (mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie).

372 Etwa *Schweizer*, Grundlagen, S. 32.

373 *Podlech*, Aufgaben, S. 32 f., 34 f.; *ders.*, Individualdatenschutz, S. 452 f., 454 f.; *Griese*, Notwendigkeit, S. 42; *Woertge*, Prinzipien, S. 59.

374 Vgl. *Dammann*, Transparenz, S. 81 ff.; *Pedrazzini*, Grundsätze, S. 68; *Kamlah*, Datenschutz, S. 207 (zur amerikanischen Diskussion).

375 *Simitis*, Chancen und Gefahren, S. 681; *Kamlah*, Datenschutz, S. 208 (zur amerikanischen Diskussion).

anknüpfen³⁷⁶. Daneben werden Maßgaben für den Umgang mit Informationen und Daten gefordert, die die Kenntnismöglichkeiten des Betroffenen sichern. Dazu zählt etwa die Protokollierung von Datenübermittlungen an andere, damit der Betroffene den Datenfluß nachvollziehen und sich gegebenenfalls auch an die Stellen wenden kann, die Daten erhalten haben.³⁷⁷ Im übrigen sollen institutionalisierte Fremdkontrollen durch eine unabhängige Instanz unter anderem dem Schutz und den Kenntnischancen der Personen dienen, die die Informationen und Daten betreffen.³⁷⁸

Die dritte Linie betrifft die *Einflußmöglichkeiten*, die der betroffenen Person zukommen sollen. Sie sind Korrelat individualschützender Maßgaben. Sofern Bestimmungen dem individuellen Schutz dienen, soll ihre Einhaltung auch vom Einzelnen durchgesetzt werden können. Man formuliert hier gesonderte Ansprüche, die im Falle einer Rechtsverletzung entstehen, so Berichtigungsansprüche oder Löschungsansprüche.³⁷⁹ Der Berichtigungsanspruch wird noch weiter aufgefächert, weil es – entsprechend den Richtigkeitsmängeln, die Daten mit Blick auf die aus ihnen gewonnenen Informationen aufweisen können – Korrekturbedürfnisse unterschiedlicher Art geben kann. Daten, die falsch sind, sollen berichtigt werden; Daten, die unvollständig sind, sollen ergänzt werden; Daten, die Bewertungen enthalten, sollen gegebenenfalls Darstellungen des Betroffenen beigefügt werden.³⁸⁰ In diesem und darüber hinaus in eigenständigem Sinne wird ein „positiver“ Einfluß auf das Wissen anderer thematisiert, der Chancen des Einzelnen umfaßt, Informationen im Wege eigener Darlegungen und Stellungnahmen einzubringen.³⁸¹

Im Ergebnis ist bereits die frühe Diskussion um den Datenschutz vielfältig. Sie wird von der Technik ihrer Zeit – den Großrechenanlagen – beeinflusst, aber keineswegs vollständig dadurch geprägt. Die Schutzkonzeptionen bleiben allerdings teilweise blaß oder werden nur mit Beispielen erläutert. Zum einen geht es um eine Steuerung des Umgangs mit Informationen und Daten. In der Zeitdimension wird nach den verschiedenen Aspekten und Phasen unterschieden, weil sich jeweils eigenständige Maßgaben ergeben können. In sozialer Hinsicht orientiert man sich teilweise – dies ist abhängig von der Konkretisierung der Schutzerfordernisse – am jeweiligen (Verwendungs)Kontext und der Konfliktsituation, um Maßgaben zu entwickeln, die an die jeweiligen Informationsinhalte und die damit erwartbaren Wirkungen angepaßt sind. Man zielt zum einen auf eine „negative“ Steuerung, durch die bestimmte Sachverhalte aus dem Wissen des Staates

376 Steinmüller u.a., Grundfragen, S. 123 f.; Kamlah, Datenschutz, S. 206 f. (zur amerikanischen Diskussion).

377 Simitis, Chancen und Gefahren, S. 681; Kamlah, Datenschutz, S. 209 f. (zur amerikanischen Diskussion). Die Forderung nach einer Protokollierung steht insbesondere auch im Zusammenhang mit der Gefahr der nicht mehr kontrollierbaren Verbreitung unrichtiger Daten, die oben im Text bereits genannt worden ist.

378 Dazu etwa Simitis, Chancen und Gefahren, S. 681 ff.

379 Vgl. Steinmüller u.a., Grundfragen, S. 123 ff.; Simitis, Chancen und Gefahren, S. 681; Kamlah, Datenschutz, S. 208 f. (zur amerikanischen Diskussion).

380 Näher Kamlah, Datenschutz, S. 208 f. (zur amerikanischen Diskussion).

381 Vgl. Zöllner, Daten- und Informationsschutz, S. 67 f., dies zum Recht des Arbeitnehmers auf Beifügung von Erklärungen zum Inhalt der Personalakte. Zöllner hebt zutreffend hervor, daß solche Rechte eine „gegenüber der Berichtigung ergänzende und weitergehende Bedeutung“ haben.

oder dritter Personen ganz ausgegrenzt, in der Verfügbarkeitsdauer begrenzt oder nicht in bestimmter Weise oder nicht zu bestimmten Zwecken genutzt werden sollen. In positivem Sinne soll die Richtigkeit von Informationen und der darauf aufbauenden Entscheidungen gesichert werden. Zum anderen geht es um die Herstellung von Transparenz für die Person, die der Umgang mit Informationen und Daten betrifft. Darüber hinaus sollen deren Einflußchancen gesichert werden. Insgesamt wird ein breitgefächertes Spektrum von Determinations- und Schutzerfordernissen aufgezeigt.

2. Informationelle Selbstbestimmung als leitender Topos

Die im Kern in den siebziger Jahren entwickelten Überlegungen zum Schutz einzelner Personen hinsichtlich des sie betreffenden Umgangs mit Informationen und Daten sind zunächst in die Datenschutzgesetze eingeflossen. Auf verfassungsrechtlicher Ebene hat sie sodann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingefangen. In der „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“³⁸², spiegelt sich das literarisch entwickelte informationelle Selbstbestimmungsrecht wider. Ein genauerer Blick zeigt aber, daß damit das Spektrum der Determinations- und Schutzerfordernisse, das die Diskussion um den Datenschutz aufgezeigt hat, deutlich verkürzt wird.

Unabhängig davon hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Datenschutz aus seinem rechtlichen Nischendasein herausgeholt und die Grundlage der weiteren Diskussion hergegeben. Diese hat sich zunächst darauf konzentriert, dessen Umsetzung in einzelne Regelungsbereiche und nachfolgend die Umsetzung der Datenschutzrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft³⁸³ zu begleiten. Mittlerweile werden bestimmte Folgen, vor allem die weitreichende Vergesetzlichung des Umgangs mit Informationen und Daten, zwar als „dysfunktional“ kritisiert.³⁸⁴ „Informationelle Selbstbestimmung“ ist dennoch der leitende Topos geworden, mit dem man die Schutzziele und -bedürfnisse beschreibt.³⁸⁵

Allerdings haben gesellschaftliche und technische Entwicklungen neue Impulse geliefert. Die Selbstbeschreibung der Gesellschaft als „Informationsgesellschaft“³⁸⁶ verweist darauf, welch grundlegender Charakter der Informationskategorie zukommt. Sie verdeut-

382 BVerfGE 65, 1 (43).

383 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG Nr. L 281/31. Ausführlich dazu Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.

384 Hoffmann-Riem, Informationelle Selbstbestimmung, S. 514 ff.; Kloepper, Technologien, S. 72 ff.; Trute, Schutz, S. 825 f.; Bull, Anlaß, S. 148 ff.

385 Vgl. etwa Hoffmann-Riem, Datenschutzrecht, S. 12: Die Grundkonstruktion, daß der Einzelne grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten bestimmen können müsse, solle nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Siehe außerdem Roßnagel / Pfitzmann / Garstka, Modernisierung, S. 256, mit Hinweis darauf, die informationelle Selbstbestimmung sei aus allen Kommunikationsgrundrechten abzuleiten und werde durch das Telekommunikationsgeheimnis des Art. 10 GG ergänzt.

386 Vgl. oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.I. mit Fn 305.

licht damit zugleich die Regelungsdimensionen im Informations- und Datenbereich. In ähnlicher Weise fördert die technische Entwicklung hin zu kleinen Rechnern und zur Vernetzung die Erkenntnis, daß die Ebene des Umgangs mit Informationen und Daten nicht als ein besonderer Bereich angesehen werden kann, den man aufgrund der Datenverarbeitungstechnik isolieren könnte. Sie ist vielmehr in die jeweiligen sozialen Zusammenhänge und in die Kommunikationsnetze eingewebt. Dementsprechend muß ihre Determination zwar einerseits eigenständig betrachtet, andererseits mit den sachlichen Regelungsgebieten zumindest koordiniert, wenn nicht sogar in sie eingebettet werden. Zugleich gibt es auch auf der Informations- und Datenebene unterschiedliche Regelungsdimensionen und unterschiedliche Perspektiven, aufgrund derer Regelungsanforderungen formuliert werden oder an die Regelungen anknüpfen. All dies verändert auch den Blick auf den Schutz einzelner Personen hinsichtlich der personenbezogenen Informationen und Daten. Er muß in ein übergreifendes Konzept eingegliedert werden.³⁸⁷

Die Entwicklung eines solchen übergreifenden Konzepts und die erforderliche Koordination der Regelungsdimensionen stehen allerdings erst in ihren Anfängen. Vielfach bleibt die Diskussion um den „Daten“schutz einzelner Personen durch die überkommenen Argumentationsfiguren und durch die schon vorhandenen Muster geprägt, die durch rechtliche Vorgaben geschaffen worden sind. Vor dem Hintergrund der technischen Entwicklung, der Vernetzung und zudem der Privatisierung traditionell hoheitlicher Aufgaben rücken dabei Gefährdungen durch andere Private stärker in den Vordergrund.³⁸⁸ Die technische Entwicklung erweitert freilich auch die staatlichen Möglichkeiten, zum Beispiel hinsichtlich der Realisierbarkeit eines umfassenden Datenpools aller staatlichen Stellen durch eine Vernetzung statt durch eine Großrechenanlage. Zudem entstehen Verflechtungen sowie neue staatliche Zugriffsformen auf die Datenbestände Privater.³⁸⁹ Auf dieser allgemeinen Basis konzentriert sich die Aufmerksamkeit der Diskussion in der Regel auf bestimmte Themen, die dann Anlaß weiterer Überlegungen sind.

Bemüht man sich um eine weiterführende Systematisierung, bietet sich wiederum die Unterscheidung der zentralen Linien an, mit denen sich auch die frühe Datenschutzdiskussion erfassen läßt. Sie betreffen erstens die Determination des Umgangs mit Informationen und Daten, zweitens die Gewährleistung des Wissens der Person, die die Informationen und die Daten betreffen, und drittens die Sicherstellung derer Einflußchancen. Diese Linien kann man auch in der aktuellen Diskussion differenzieren. Sie gestalten sich allerdings komplexer als früher. Insbesondere werden die Ebene einer unmittelbaren Regulierung der Verarbeitungsabläufe und die abstraktere Ebene einer Steuerung der System- und der Technikgestaltung unterschieden. Das ist vor allem eine Reaktion auf die technischen Entwicklungen, namentlich auf das Internet.

387 Albers, Information, S. 77 ff.; Trute, Schutz, S. 824 ff.; Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 146 ff.

388 Hoffmann-Riem, Datenschutzrecht, S. 687 ff.; Kloepfer, Technologien, S. 94 ff.; Roßnagel/Bizer, Multimediadienste, S. 210 f.; Boehme-Neßler, Datenschutz, bes. S. 221 ff.; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 23 ff.

389 Statt vieler Kutscha, Datenschutz, S. 157.

Zahlreiche Erörterungen beschäftigen sich damit, wie der Datenschutz mit Blick auf die *Anforderungen des Internet* zu gestalten ist. Insbesondere im Bereich der ersten Linie, der Determination der Informations- und Datenverarbeitung, wird der Schutzbedarf der Personen, auf die die Informationen und Daten verweisen, jedoch eher eklektizistisch als in Form eines umfassenden Konzepts beschrieben. Dafür wird man einen spezifischen Grund vermuten dürfen: Die früheren Entwürfe konnten als Steuerungsgegenstand die fortlaufenden Prozesse des Umgangs mit Informationen und Daten in ihren unterschiedlichen Phasen herausstellen, weil es sich dabei im Modell des Großrechners um relativ abgrenz- und überschaubare Abläufe handelte. Das ist beim Internet nicht mehr der Fall. Deswegen werden zwar durchaus bestimmte Phasen – etwa die Erhebung, die Speicherung, die Nutzung von Daten – unterschieden und je spezifische Determinationsanforderungen formuliert. Die Vorstellung, daß die Informations- und Datenverarbeitungsprozesse mit ihren Phasen eine abgrenzbare *Einheit* darstellen, ist aber in der Regel verschwunden.

Dies berücksichtigt finden sich viele Paradigmen wieder, die aus der frühen Datenschutzdiskussion bekannt sind. Das gilt insbesondere für das „Persönlichkeitsprofil“.³⁹⁰ Die alte Vision hatte die Herstellung von Persönlichkeitsprofilen vor allem im Zusammenhang der – gegebenenfalls mit Hilfe einer Personenkennziffer erfolgenden – Zusammenführung des staatlichen Wissens über eine Person in rechnergestützten Datenbanksystemen thematisiert. Die faktische Entwicklung hat diese Vision eingeholt, dies freilich nicht in Form einer umfassenden Datenbank, sondern insbesondere im Kontext des Internet.³⁹¹ In offenen Netzen können spezielle Programme personenbezogene Daten sammeln und zu umfassenden Profilen zusammenführen. Begrenzte Profile sind etwa als Bewegungsprofile beim Handy oder als Zahlungsverkehrsprofile bei Kredit- oder ec-Karten möglich. Das individuelle Verhalten im Internet kann, da die digitale Kommunikation und Datenverarbeitung immer in irgendeiner Form gespeichert und jedem am Netz beteiligten Rechner eine Adresse zugeteilt wird³⁹², theoretisch umfassend beobachtet und dokumentiert werden. Für die verschiedenen Netzteilnehmer bestehen insoweit verschiedene Möglichkeiten.³⁹³ So kann der Access Provider, der über seinen Rechner den Zugang zum Netz vermittelt, darüber und über zusätzliche technische Mechanismen umfassenden Einblick nehmen und zudem die Rechneradresse ohne weiteres einer bestimmten Person zuordnen.³⁹⁴ Die Dienste sind in der Lage, aus den Bestands- und Verbindungsdaten, die ihnen für Abrechnungen zur Verfügung stehen, sowie aus den weite-

390 Etwa *Simitis*, Virtuelle Präsenz, S. 104; *Sokol*, Recht, S. 138 f.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung, S. 260; *Bizer*, Datenschutzrecht, S. 569 f.

391 Mit Blick auf die USA *R. Grimm/Roßnagel*, Datenschutz, S. 446 f. Siehe außerdem *Schaar*, Persönlichkeitsprofile, S. 383 ff.; *Boehme-Neßler*, Datenschutz, S. 217 ff. *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 24 f., 27, 117 ff.

392 Vgl. oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.1.

393 Ausführlich *Köhntopp / Köhntopp*, Datenspuren, S. 250 ff.

394 *Golembiewski*, Anonymität, S. 109; *Köhntopp / Köhntopp*, Datenspuren, S. 251 ff.; *Röger*, Internet, S. 209.

ren Nutzungsdaten Nutzungsprofile zu erstellen.³⁹⁵ Darüber hinaus können Interessenten im World Wide Web mit Hilfe von Suchmaschinen Profile aufbauen, indem die Rechneradresse herausgesucht und im Netz verfolgt wird. Das ist freilich nur dann relativ problemlos zu verwirklichen, wenn entweder keine temporäre, sondern eine statische IP-Adresse zugeteilt wird, oder wenn zusätzliche Identifikationsmöglichkeiten bestehen. Weitergehend können auf der Festplatte des Rechners der betroffenen Person „Cookies“, also kleine Programme, hinterlegt werden, die unter bestimmten Voraussetzungen aktiviert werden und dem Hinterleger Informationen über das Nutzungsverhalten der Person vermitteln³⁹⁶, ohne daß die Daten wegen der regelmäßig temporären IP-Adressvergabe notwendig personenbezogen zuordbar wären.³⁹⁷ Form und Reichweite der Persönlichkeits- und Nutzungsprofile sind somit unterschiedlich. Das besagt freilich noch nichts über ihre Aussagekraft. Diese hängt nämlich auch vom Zweck ab. Werden die Profile, wie es der Regelfall ist, für gezielte Werbung genutzt, die der betroffenen Person über die Werbeflächen auf dem Bildschirm zugesandt wird, reichen begrenzte Informationen aus, selbst wenn die den Rechner nutzende Person nicht erkennbar ist. Der Schutzbedarf hinsichtlich der Herstellung solcher Persönlichkeits- oder Nutzungsprofile wird (immer noch) unter Hinweis auf die Macht oder die Möglichkeiten der Überwachung und unerwünschter Einflußnahmen beschrieben, die das vermittelte Wissen über die Person anderen verschafft.³⁹⁸ Manchmal werden auch das Ausgeliefertsein, der Objektstatus und die mangelnden Partizipations- und Einflußmöglichkeiten der Betroffenen hervorgehoben.³⁹⁹

Die Beobachtbarkeit der Netzkommunikation, die Möglichkeiten der Speicherung und Verarbeitung der „Datenspuren“ gilt freilich nicht nur unter dem Blickwinkel der Herstellbarkeit von Persönlichkeitsprofilen, sondern auch mit Blick auf einzelne Kommunikationen. Das ist besonders prägnant, soweit das Internet Funktionen übernimmt, die früher Briefen oder dem Telefon zukamen, also den ihrerseits durch das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (verfassungs)rechtlich geschützten Kommunikationsformen. Unverschlüsselte e-mails sind während der Übertragung im Netz prinzipiell von anderen Netzteilnehmern lesbar.⁴⁰⁰ Vor und nach der Übermittlung besteht bei den Servern die Möglichkeit, e-mails einzusehen. Aber auch die Inanspruchnahme bestimmter Dienste,

395 *Rasmussen*, Datenschutz, S. 37 f.; *R. Grimm*, Datenverarbeitung, S. 44 ff., 55 ff.; *Golembiewski*, Anonymität, S. 108 ff. Zu ähnlichen Fragen bei den Datenbeständen großer Unternehmen *Büllesbach*, Data Warehouses, S. 12.

396 Dazu *Hillenbrand-Beck/Greif*, Datengewinnung, S. 390 f.; *Sokol*, Recht, S. 143; *Wichert*, Web-Cookies, S. 273 ff.; *Idhe*, Cookies, S. 413 f.; *Wiese*, Spuren, S. 13 f.

397 *Wichert*, Web-Cookies, S. 275; *Bizer*, Web-Cookies, S. 278.

398 Siehe etwa *Sokol*, Recht, S. 137 ff. Anders zu Nutzungsprofilen *Vesting*, Internet, S. 167 ff., der darauf hinweist, daß diese Profile auch im Interesse der Nutzer selbst liegen können, allerdings (zu Unrecht) meint, „das Internet“ weise dem Nutzer selbst eine zentrale Rolle bei der Erstellung und Pflege von Nutzerprofilen zu und mache jedenfalls die Annahme unplausibel, Daten könnten zu „Persönlichkeitsprofilen“ zusammengefügt werden, deren Richtigkeit und Verwendung sich der Kontrolle des Nutzers entziehen könnten (S. 169).

399 *Solove*, Privacy, bes. S. 1419 ff.

400 *Tanenbaum*, Computernetzwerke, S. 682; *Möller*, Regulierung, S. 267 f.

Warenbestellungen einschließlich der Eingabe der Kreditkartennummer oder nicht-öffentliche Kommunikationen könnten beobachtet, dokumentiert und vielfältig ausgewertet werden. Die Schutzerfordernisse der jeweiligen Personen werden hier aufgefächert: Die Kommunikationen sollen gegen unerwünschte Kenntnisaufnahmen abgeschottet sowie vertraulich gestaltet werden können. Sie sollen dadurch überschaubar bleiben. Die Inanspruchnahme der Dienste soll – wie in der „Offline-Welt“ im Grundsatz auch – in einer relativ anonymen Weise möglich sein.⁴⁰¹

Darüber hinaus werden die Richtigkeit der Informationen und Daten sowie die Datensicherheit sowohl auf Netz- als auch auf Diensteebene als zentrale Themen herausgestellt. Im Vergleich zur frühen Diskussion hat sich das Spektrum der Überlegungen zu diesem Punkt wesentlich erweitert. Die Fehlerquellen, die rechnergestützte Datenverarbeitungstechniken hinsichtlich der Vollständigkeit, Aktualität oder Kontextbezogenheit der Datenbasis in sich bergen, bestehen immer noch, gestalten sich aber anders. Das liegt unter anderem an der erheblich gesteigerten Komplexität der Verarbeitungsprogramme, die die Abhängigkeit der Dateneingabe und -verarbeitung vom Programm verkleinert, sowie an der Dezentralisierung und Vernetzung. Die Fehlerquellen werden damit aber nicht etwa in linearer Weise geringer, sondern vielfältiger. Der Schutzbedarf, der hinsichtlich der Richtigkeit der Informationen und Daten besteht, ist gewachsen, weil die Technik sehr viel weitergehend als früher in die Kommunikationen und Entscheidungsverfahren integriert ist. Hinzu kommt auf einer Vorstufe die vielfältige Manipulierbarkeit der Daten insbesondere bei der Kommunikation im Netz. Technisch ist etwa die Rechneradresse manipulierbar.⁴⁰² Bei e-mails besteht das Risiko des Zugriffs durch Dritte ebenso wie das Risiko, daß sie unter falschem Namen versendet werden, ohne daß dem Empfänger dies erkennbar wird, weil der jeweilige Absender nicht sicher authentifizierbar ist. Insgesamt wird auch zum Schutz der beteiligten Personen eine komplexe Sicherungsinfrastruktur erforderlich, die bestimmte Mindeststandards zur Richtigkeit und Sicherheit der Daten oder hinsichtlich der Authentizität der beteiligten Personen gewährleistet.

Bei all diesen Aspekten geht es im Kern darum, aufgrund der herausgearbeiteten Schutzerfordernisse *Determinanten* zu entwickeln, die die *Gewinnung und Verwendung von Informationen* oder die *Erhebung, Speicherung und Nutzung von Daten steuern*. Neben den Determinanten, die sich darauf richten, daß bestimmte Vorgänge unterbleiben, stehen wiederum „positive“ Vorgaben, die nicht negativ umformulierbar sind: Eine e-mail soll nicht gar nicht, sondern von dem gewählten Adressaten mit ihrem authentischen Inhalt als Botschaft des sicher identifizierbaren Absenders gelesen werden können. Die Vorstellung einer umfassenden Determination der einzelnen Schritte der Informations- und Datenverarbeitung erscheint freilich bereits angesichts der technischen Entwicklung obsolet. Statt dessen verweisen die Integration der Technik in die Kommunikation und die dadurch bedingten Grenzen einer allein rechtlichen Steuerung auf die Ein-

401 Vgl. z.B. Fedderath/Pfitzmann, Gliederung, S. 704 ff.

402 Germann, Gefahrenabwehr, S. 62, 63.

beziehung der *Technik* in die Lösung der herausgearbeiteten Schutzerfordernisse.⁴⁰³ Wegen der technischen Entwicklung sind viele der thematisierten Aspekte nämlich mit Hilfe der technischen Gestaltung der Hard- und vor allem der Software auf der Ebene der Systemgestaltung, durch den Einbau von Optionen in die Programme und durch technische Sicherungsmechanismen zu lösen. Etwa kann die Implementation von cookies (mittlerweile) über die Software unterbunden werden. E-mails können mit Verschlüsselungstechniken gesichert werden.⁴⁰⁴ Systeme können so gestaltet werden, daß bestimmte Daten, anders als bei einer alternativen Gestaltung, nicht benötigt werden.⁴⁰⁵ Auch bestehen zahlreiche Möglichkeiten der Anonymisierung oder Pseudonymisierung.⁴⁰⁶ Die Authentizität kann mit Instrumenten wie der digitalen Signatur sichergestellt werden, die somit auch aus der Perspektive des Schutzes individueller Personen relevant ist.

Vor diesem Hintergrund wird die Ergänzung der rechtlichen Regulierung der Informations- und Datenverarbeitung um ein Technik- und ein (weiterreichendes) Systemgestaltungsrecht gefordert.⁴⁰⁷ Die Technik- und die Systemgestaltung betreffen auf einer abstrakteren Ebene das Vorfeld der dann in ihrem Rahmen und unter ihren Bedingungen laufenden konkreten Informations- und Datenverarbeitungen. Die Technikgestaltung erfaßt die Genese, die Auswahl, den Einsatz und die Konfiguration von Datenverarbeitungsnetzwerken, -anlagen und -programmen oder Speichermedien. Der Begriff der Systemgestaltung bleibt oft diffus; im Kern ist das breite Feld der Aufgabenorganisation und der Entscheidungs- und Verarbeitungsverfahren unter Einbeziehung der eingesetzten Techniken gemeint, die innerhalb eines abgrenzbaren Systems oder Teilsystems herausgearbeitet werden können.⁴⁰⁸ Die darauf zugeschnittenen rechtlichen Regelungen sollen erreichen, daß Risiken mit Hilfe der Gestaltung der Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken und der übergreifenden Systemkonzeptionen gesteuert und reduziert werden. Techniken und Systeme sollen so gestaltet werden, daß Datenschutzanforderungen zum einen bereits im Vorfeld ansetzen können und daß deren Realisierung zum anderen nicht auf technische oder systemische Hindernisse stößt. Die rechtliche Steuerung

403 Roßnagel, Datennetze, S. 29; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung, S. 254.

404 Zu den Möglichkeiten Tanenbaum, Computernetzwerke, S. 682 ff.; R. Grimm, Datenverarbeitung, S. 88 ff.

405 Pfitzmann, Datenschutz, S. 19 f.; Köhntopp, Datenschutz, S. 56 ff.

406 R. Grimm, Datenverarbeitung, S. 96 ff., Krause, Tools, S. 158 ff.; Möller, Regulierung, S. 268; Sokol, Recht, S. 141; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung, S. 255, 259, 260. Außerdem Roßnagel/Scholz, Datenschutz, S. 721 ff.

407 Bizer, Datenschutz, S. 46 ff.; Köhntopp, Datenschutz, S. 56 ff.; Hoffmann-Riem, Grundrecht, S. 22 ff.; Kloepper, Technologien, S. 99 ff.; ders., Informationsgesetzbuch, S. 246; Roßnagel, Allianz, S. 23 ff.; Trute, Schutz, S. 827 f.; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 25 f., 35 f., 39 f.

408 Vgl. Dix, Konzepte, Rn 1 ff., bes. 12 ff.; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 39 f. m.w.N. Zu den Wurzeln gehört der Begriff des Systemdatenschutzes bei Podlech, Individualdatenschutz, S. 451 ff. Podlech versteht darunter in einem sehr breiten Sinne „die Menge der Rechtsregeln, die Vorgänge der Informationserhebung oder der Informationsverarbeitung unabhängig davon, ob im Einzelfall Interessen der Betroffenen berührt sind oder nicht, rechtlich so ordnen, daß die Gesamtheit der rechtlich geregelten Informationsvorgänge keine sozialschädlichen Folgen herbeiführen“ (S. 452).

dieser Ebene erfordert eine Reihe neuer Instrumente. Erwünschte Technik- oder Systementwicklungen können beispielsweise durch Instrumente wie ein Datenschutz-Audit oder eine Zertifikation datenschutzgerechter Produkte gefördert werden.⁴⁰⁹

Auch die Regelungserfordernisse, die im Bereich der zweiten und dritten Linie, den individuellen *Kenntnis- und Einflußchancen*, thematisiert werden, werden eher erweitert als zurückgenommen. Die Notwendigkeit, Kenntnismöglichkeiten der jeweils betroffenen Personen im Hinblick auf den Umgang mit den sie betreffenden Informationen und Daten zu gewährleisten, wird unter Verweis auf die Selbstbestimmungsidee und mit den Zusammenhängen zwischen den zu regelnden Schutzpositionen begründet. Über die dadurch bedingten Regelungserfordernisse hinaus wird aber deutlicher, daß punktuelle (Akteneinsichts- oder Auskunfts-)Ansprüche nicht ausreichen. Zunächst und zugleich ist eine Transparenz der übergreifenden Verarbeitungszusammenhänge und -strukturen erforderlich.⁴¹⁰ Auch die Einflußmöglichkeiten, die dem Betroffenen zukommen sollen, gehen über die Funktion als Korrelat individualschützender Maßgaben, etwa über Berichtigungsansprüche oder Löschungsansprüche, hinaus. Zum einen soll unter dem Aspekt der Selbstbestimmung in weitergehendem Umfang als bislang die Beteiligung des Betroffenen gesichert werden. Nicht allein abstrakte Konfliktlösungsmuster, sondern die betroffenen Personen selbst sollen – im Sinne eines „Selbstdatenschutzes“ – Art und Umfang der Verarbeitung sie betreffender Daten in den konkreten Konstellationen nach Maßgabe ihrer Präferenzen und Entscheidungen regulieren.⁴¹¹ Zum anderen richtet sich die Aufmerksamkeit angesichts der begrenzten Regulierungs- und Schutzmöglichkeiten auf die Gewährleistung eines „Selbstdatenschutzes“ über die Technikgestaltung.⁴¹² Dazu gehören etwa die Ermöglichung anonymer Kommunikation, die Nutzung von Pseudonymen im Rechtsverkehr oder die Einsatzfähigkeit und Benutzungsfreundlichkeit von Verschlüsselungstechnologien.⁴¹³

Der Fokus, den das Internet liefert, wäre freilich verkürzt. In Wirklichkeit hat sich die Diskussion um den Datenschutz diversifiziert. Sie wird auch und vor allem *bereichsspezifisch* geführt. In diesem Rahmen wird der Schutzbedarf dann auch teilweise spezifiziert. Im Arbeitsrecht reichen die Überlegungen zum Ausgleich der Rechtspositionen in den Rechtsverhältnissen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern vom klassischen Thema des Fragerechts des Arbeitgebers über die mittlerweile ausgefeilten Personalinformationssysteme bis hin zur Telefondatenerfassung und Videoüberwachung.⁴¹⁴ Im Sozialrecht steht hinter dem Datenschutz unter anderem der Schutz vor Stigmatisierungen

409 Garstka, Notwendigkeit, S. 988; Roßnagel, Datenschutzaudit, in: Handbuch Datenschutzrecht, Rn 1 ff.

410 Trute, Informationsordnung, S. 261; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung, S. 257 f., 261 f.; Köhntopp, Datenschutz, S. 63.

411 Siehe etwa Garstka, Selbstdatenschutz, bes. S. 169 ff.; Roßnagel, Konzepte, Rn 1 ff., bes. Rn 35 ff.; Schrader, Selbstdatenschutz, S. 206 ff.

412 Ausführlich dazu Hansen/Krause, Selbstdatenschutz, S. 127 ff.

413 Roßnagel, Datenetze, S. 29; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung, S. 260 f.; dies., Modernisierung des Datenschutzes, S. 40 ff.; Golembiewski, Anonymität, S. 113 f.

414 Siehe etwa Däubler, Arbeitnehmerdatenschutz, S. 110 ff., bes. S. 116 ff.; Büllsbach, Datenschutz, Rn 2 ff.; Rieß, Datenschutz, Rn 1 ff.

und die Sicherung der Bedingungen der Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sozialleistungen. Streitigkeiten drehen sich weniger darum als um die Schutzerfordernisse im Detail und deren Ausgleich mit den Belangen funktionsfähiger Sozialleistungs- und Sozialversicherungssysteme oder anderweitigen öffentlichen Belangen.⁴¹⁵ Der Datenschutz im Ausländerrecht zielt unter anderem auf die Verhinderung ungerechtfertigter Diskriminierungen.⁴¹⁶ Im Polizeirecht weiten die neuen Aufgaben der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge den Kreis der Personen, die von polizeilichen Maßnahmen betroffen sind, deutlich aus. Die daraus resultierenden Schutzerfordernisse werden in der Auseinandersetzung um die vielfältigen Ermittlungsmaßnahmen, um die Speicher- und Zweckänderungsmöglichkeiten, um die Unterrichts- und Auskunftsansprüche sowie um die Kontrollmechanismen thematisiert.⁴¹⁷ Auch das Datenschutzrecht in den Telekommunikations- und Teledienstefeldern, das beispielsweise die datenschutzrechtlichen Pflichten von Access Providern regelt, stellt mit seinem Bezug auf relativ überschaubare Vertrags- und Rechtsverhältnisse bereichsspezifisches Datenschutzrecht dar. Indem die zu regelnden Rechtsverhältnisse durch Überschaubarkeit und weitere Besonderheiten geprägt sind, können Regelungen, die in diesem Bereich passen mögen, keineswegs ohne weiteres als allgemeines Leitmodell dienen.⁴¹⁸

In der bereichsspezifischen Diskussion wird deutlich, daß Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten in die jeweiligen Kommunikations- und Handlungszusammenhänge einzubetten sind.⁴¹⁹ Der Schutzbedarf ist mit Blick darauf herauszuarbeiten. Technische Aspekte sind dem im Grundsatz nachgeschaltet. Die bereichsspezifischen Diskussionen zeigen, daß die auf das Internet oder sonstige Techniken wie Chipkarten zentrierte Sicht ihrerseits reduziert ist und überkommene Stränge nicht ablösen kann. Sie muß diese als ein weiteres Teilelement ergänzen.

Die durch die technische Entwicklung geprägte Diskussion und die bereichsspezifischen Perspektiven laufen bislang allerdings weitgehend unverbunden nebeneinander her. Sie werden nicht systematisch zu einem einheitlichen Konzept zusammengeführt, das dann wiederum mit den anderen Regelungsdimensionen im Informations- und Datenbereich, vor allem aber auch mit den vorhandenen sachlichen Regelungsstrukturen zusammengeführt werden könnte. Der Grundlagencharakter der Informationskategorie wird noch nicht wirklich realisiert. Die Schutzerfordernisse werden in manchen Hinsich-

415 Vgl. dazu etwa *Hartleb*, Sinn, S. 9 ff.; *Binne*, Recht, S. 97 ff.; *Beckmann*, Schutz, bes. S. 38 ff., *Hilderink*, Datenschutz, bes. S. 34 ff., 127 ff.; *Stähler*, Aspekte, bes. S. 69 ff., 105 ff.; v. *Petersdorff*, Datenschutz, Rn 1 ff.; *Rasmussen*, Sozialversicherung, Rn 1 ff.

416 Dazu z.B. *Weichert*, Datenschutz, Rn 1 ff. Siehe auch VG Köln, NVwZ-RR 2003, S. 676 (677 ff.).

417 Umfassend dazu *Albers*, Determination, bes. S. 97 ff., 209 ff. Siehe außerdem *Bäumler*, Polizei, Rn 1 ff.; *Trute*, Erosion, S. 407 ff.; *ders.*, Gefahr, S. 514 ff.; *Schulze-Fielitz*, Leistungsgrenzen, S. 410 ff., bes. S. 427 ff.; *Zöller*, Informationssysteme, S. 77 ff.; und die Beiträge in *Bäumler* (Hrsg.), Polizei und Datenschutz, passim.

418 Das gilt entgegen weit verbreiteter Auffassungen. Anders etwa *Pitschas*, Technologien, S. 18. Vgl. auch den Vorschlag einer Integration in das BDSG und einer Vereinheitlichung auf hohem Schutzniveau bei *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 13, 44. Kritisch dazu wiederum *Koenig/Neumann*, Ende, S. 6 ff.

419 *Albers*, Information, S. 86 ff.

ten näher herausgearbeitet und erkennbar, oft aber auch mit Hinweis auf die informationelle Selbstbestimmung beschrieben. Diese lebt dabei freilich nicht selten von der Assoziationskraft des Begriffs.

C. Herausforderungen für die Grundrechtsdogmatik

In der Diskussion um den Datenschutz hat es angesichts des jeweils herausgestellten Schutzbedarfs immer zahlreiche Bemühungen gegeben, gerade auch in den Grundrechtsgewährleistungen einen Schutz in bezug auf den Umgang staatlicher Stellen oder privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten zu verankern. Ob und in welcher Form sich ein solcher Schutz herleiten läßt, wird ausführliche Erörterungen erfordern. Im Rahmen dieses Kapitels sollen vorab einige grundlegende Gesichtspunkte herausgearbeitet werden, die sich bereits aus dem Gegenstand sowie aus den Unterschieden zwischen den gewohnten Schutzgütern und einem informations- und datenbezogenen Schutz ergeben. Bezugspunkt der Überlegungen ist im wesentlichen das traditionelle Eingriffsabwehrmodell, dem in der Grundrechtsdogmatik meist noch eine zentrale Rolle zugeschrieben wird. Manche Erkenntnisse sind aber auch auf die Grundrechtswirkungen in Rechtsverhältnissen zwischen Privaten übertragbar. Die dogmatischen Vorüberlegungen verdeutlichen die neuartigen Anforderungen an den grundrechtsdogmatischen Zugang.

I. Die (grund)rechtliche Konstitution der individuellen Positionen

Das überkommene Grundrechtsverständnis ist dadurch gekennzeichnet, daß die grundrechtlich verbürgte Freiheit grundsätzlich als dem Staat vorgegeben gesehen und der Schutz eines sozial vorhandenen oder sich bildenden realen Freiheitsbestandes gewährleistet wird. Grundrechte umrahmen als Freiheitsrechte Freiräume und Freiheitschancen und sichern sie abwehrrechtlich gegen rechtsverletzende staatliche Eingriffe. Die durch die Dogmatik begründete Perspektive bedingt Schutzgegenstände, die in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuweisbar sind. Die Schutzbereichsbeschreibungen erschließen so vor allem die individuelle Selbstbestimmung im Sinne einer Willensautonomie, die Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit, persönliche Eigenschaften und verräumlichend gefaßte Freiheitssphären, die man dem Einzelnen zuweist.⁴²⁰

Den „Gegenstand“ Information erfaßte man demgegenüber nicht, wenn man sich auf die Person konzentrierte und von der Person her dächte, auf die Informationen in ihrem Sinngehalt verweisen. Auch soweit Informationen personenbezogen sind, haften sie der Person nicht wie Eigenschaften an. Sie stellen einen Sinngehalt dar, der sich im Bewußtsein eines sich Informierenden oder in Kommunikationsprozessen über Deutungsleistungen bildet, die an Wahrnehmungen, Mitteilungsinhalte oder Daten anknüpfen. Selbst in

420 Näher oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

den Fällen, in denen Informationen auf ein Mitteilungshandeln der Person, über die sie etwas aussagen, zurückzuführen sind, werden sie also erst mit dem Verstehen vollendet und sind immer auch die Leistung des Rezipienten oder des Kommunikationsnetzes. Informationen über jemanden können außerdem in von der jeweiligen Person ganz unabhängigen Zusammenhängen entstehen, indem sie auf Beobachtungen, auf Mitteilungen Dritter oder auf erfaßten, gespeicherten und abgerufenen Daten beruhen. Auch die Prozesse weiterer Umsetzungen von Informationen geschehen als Vorgänge, die von der Person losgelöst sind.⁴²¹

Entwickelt man aus den Grundrechtsverbürgungen Determinanten für die Informations- und Datenverarbeitung staatlicher Stellen (oder – im Rahmen der Drittwirkung – privater Dritter), dann fungieren die Grundrechte nicht als rechtliche Sicherung einer „natürlichen“ Freiheit oder real schon vorhandener Chancen. Vielmehr wird die betroffene Person in wesentlichen Hinsichten in bezug auf Geschehnisse außerhalb ihres de facto gegebenen Einfluß- und Kenntnisbereichs geschützt.⁴²² Daß die Informationshandhabung anderer von der betroffenen Person faktisch nicht „beherrschbar“ ist, hindert nun keineswegs daran, in Rechtsvorschriften rechtlich begründete Einflußmöglichkeiten verankert zu sehen.⁴²³ Das ist hinsichtlich einfachgesetzlicher Regelungen evident. Auch auf Grundrechtsebene ist nicht schon von vornherein, etwa wegen der verfassungsrechtlichen Qualität der Rechtssätze, ausgeschlossen, daß sich derartige Garantien und Rechte herleiten lassen. Im Falle derer Begründbarkeit hat man es allerdings mit *grundrechtlich konstituierten Positionen* zu tun. Das heißt, daß die Einflußchancen des Einzelnen auf staatlichen – genauer: verfassungsrechtlichen – Normierungsleistungen beruhen.⁴²⁴

II. Die veränderte Inbezugnahme des Staates

Ein grundrechtlicher Individualschutz, der auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten gerichtet ist, die in den staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozessen gebildet und umgesetzt werden, zielt in einer ganz neuartigen Weise auf die staatliche Tätigkeit. Die Zielrichtung selbst besteht – unabhängig vom Verbürgungsinhalt – insofern bei jeder Grundrechtsverbürgung, als diese Rechtsbindungen für das staatliche Vorgehen erzeugt: „Wo eine rechtliche Bindung normiert ist, ist das Handeln des anderen im Sinne einer Fremddetermination begrenzt.“⁴²⁵ Dem traditionellen Grund-

421 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

422 Vgl. auch *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 85: „Datenschutz richtet sich ... nicht unmittelbar auf Störungsfreiheit von Eigenaktivitäten, sondern auf die Abwehr von Fremdaktivitäten im Persönlichkeitsbereich.“

423 Siehe aber die Argumentation bei *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 89 f., 93, 94 f., 96, 108 (im Zusammenhang mit dem Recht auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten; dazu noch Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.). Differenzierter *Krause*, Grundrechtliche Grenzen, S. 4.

424 Vgl. zu konstituierten Rechtspositionen bereits oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A. Vgl. außerdem *Lübbe-Wolff*, Grundrechte, S. 73 (zum Begriff) und 75 ff. (dies zur Frage der Einbeziehung einfachgesetzlich konstituierter Rechtspositionen in den Schutzbereich der Grundrechte).

425 *Stern*, Staatsrecht III/1, § 73 II 1 (S. 1263).

rechtsverständnis liegt jedoch eine Unterscheidung von Gesellschaft und Staat zugrunde, die in einer ganz bestimmten Form als Abgrenzung von Funktions- und Entscheidungssphären konzipiert ist. Der grundrechtliche Schutz ist auf der Grenzlinie der abgegrenzten Sphären angesiedelt, indem Freiheitsrechte individuelle Autonomiebereiche umrahmen und gegen staatliche Eingriffe sichern. Die grundrechtsdogmatische Konzeption führt dazu, daß die Rechtswirkungen der Grundrechte punktuell und begrenzt sind. Sie erlaubt zugleich ein Ordnungsmuster von Schutzbereich, Eingriff und Schranken, das mit einer linear laufenden Beobachtung erst des individuellen oder gesellschaftlichen Bereichs im Rahmen der Rechtsgewährleistung und dann des staatlichen Vorgehens im Rahmen des Eingriffs und dessen gesetzlicher Rechtfertigung abgearbeitet werden kann.⁴²⁶

Gewährleistungen und Rechte, die sich auf den staatlichen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten richten, orientieren sich demgegenüber an den Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen, die – auch wenn sie bestimmte Personen betreffen – im jeweiligen staatlichen Wissens- und Deutungskontext sowie in den staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozessen erzeugt werden. Man kann daher den Gewährleistungsgehalt und die Individualrechtspositionen nicht formulieren, ohne den Staat schon im Ansatz mitzudenken. Soweit es um die Drittwirkung geht, gilt dies gleichermaßen für private Dritte und wäre auch hier strukturell neu.

Wie weitgehend man im Falle des Staates den vormalis staats„internen“ Bereich erschließen muß, hängt davon ab, Garantien und Rechte welchen Inhalts die Grundrechtsnormen hergeben. Will man phasenspezifische Maßgaben entwickeln⁴²⁷, müssen die grundrechtlichen Bindungen quer über den staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozessen, in denen Daten verarbeitet und Informationen gebildet werden, angelegt werden können, so daß man die Verfahrensschritte im erforderlichen Umfang mitverfolgen und nachzeichnen muß. Kommt es weiter darauf an, welchen Sinngehalt die entstehenden Informationen haben und welche Wirkungen damit verbunden sind⁴²⁸, kommt man nicht ohne eine Aufschlüsselung und Abschätzung des jeweils relevanten Kontexts und der vorgesehenen Verarbeitungsabläufe in dem Umfang aus, in dem es zur Ermittlung der entstehenden Informationsinhalte und der erwartbaren Wirkungen nötig ist.⁴²⁹ In beiden Hinsichten würde die Konzeption des grundrechtlichen Schutzes voraussetzen, daß man einen immer schon strukturierten staatlichen Kontext zugrunde legen und zugleich in das laufende staatliche Vorgehen Rechtsbindungen einweben kann.⁴³⁰

426 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

427 Siehe Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.

428 Siehe Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III., hier zur teilweise gegebenen Orientierung an der konkreten Konfliktsituation und am jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext.

429 Vgl. auch Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

430 Siehe auch *Podlech*, AK-GG, Art. 2 Abs. 1, Rn 77, mit dem Hinweis, daß Universalität (jeder Sachverhalt kann unüberschaubar viele Informationen erzeugen) und Struktur (Prägung durch Informationsgegenstand, Informationsverwender und Verwendungskontext) der Kategorie Information die reguläre Verwendung der Regelungstechnik von Gewährleistung und Gewährleistungsschranke ausschließen.

Unabhängig von der sich näher ergebenden Ausgestaltung läßt sich die Differenzierung des individuellen und des staatlichen Bereichs jedenfalls nicht in der verräumlichenden Schweise gegeneinander abgegrenzter Sphären konzipieren, die das traditionelle Grundrechtsverständnis prägt. Weder die Beschreibung der individuellen Freiheit noch die Beschreibung des staatlichen Bereichs kann in gewohnter Manier erfolgen. Die grundlegende Folie, auf der grundrechtsdogmatische Muster aufbauen, nämlich die *Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, ist also *anders anzulegen*. Damit liegt die Reichweite der Anpassungserfordernisse, die ein auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ausgerichteter Schutz stellt, auf der Hand.

III. Umbau von Begriff und Rolle des „klassischen“ Grundrechtseingriffs

Der individuelle Freiheitsbereich und das staatliche Vorgehen werden im „klassischen“ Grundrechtsverständnis über die Figur des Eingriffs relationiert. Dessen Kriterien ergeben ein abgestimmtes Sinngefüge, das sich in das abwehrrechtliche Konzept einfügt. Entsprechend greifen und passen sie im Hinblick auf die Schutzgüter, die dieses Konzept bedingt. Indem Eingriffsakte an die individuelle Motivation anknüpfen und diese herzustellen suchen, dies in der Regel mit Hilfe von Zwang(sandrohungen), ist der Eingriffsbegriff vornehmlich auf eine Willens-, Entscheidungs- oder Verhaltensreglementierung zugeschnitten.⁴³¹

Bezieht man grundrechtliche Verbürgungen auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten, handelt es sich bei dem zu erfassenden staatlichen Vorgehen nicht um Rechtsakte, mit deren Hilfe den Adressaten Reglementierungen auferlegt würden. Greift man die Überlegungen zum Schutzbedarf auf, sind mehrere Linien zu thematisieren. Die erste Linie zielt darauf, daß (bestimmte) Informationen nicht gewonnen, umgesetzt oder weitervermittelt werden oder daß (bestimmte) Daten nicht erhoben, gespeichert, verändert, übermittelt oder genutzt werden. Die Frage nach der grundrechtlichen Verankerung dreht sich insoweit darum, ob die Grundrechte zum Schutz der Person, die der staatliche Umgang mit Informationen und Daten betrifft, staatliche Stellen verpflichten, die Gewinnung oder weitere Handhabung von Informationen oder die Erhebung, Speicherung, Weiterleitung oder Nutzung von Daten zu unterlassen. Dem Gegenstand nach vollziehen sich unter Umständen schon Erhebungen, jedenfalls aber weitere Verarbeitungen von Daten losgelöst von der betroffenen Person. Informationen können, sie müssen aber nicht an ein Mitteilungshandeln der Person anknüpfen⁴³² und beruhen im übrigen auf staatlichen Deutungsleistungen. Betrachtet man die Wirkungen, die mit der Gewinnung und den Umsetzungen von Informationen verbunden sind, handelt es sich nicht um die Rechtswirkungen einer Regelung (dies – jedenfalls „unmittelbar“ – selbst in den Fällen

431 Vgl. oben Erster Teil, I. Kapitel, Punkt A.

432 Es sei im Vorgriff darauf hingewiesen, daß man häufig an dieser Stelle mit dem „klassischen“ Eingriffsbegriff arbeiten zu können meint, weil man nicht hinreichend zwischen dem Mitteilungshandeln einer Person und der an den Mitteilungsinhalt anknüpfenden Information des Staates unterscheidet. Siehe noch z.B. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2., und Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.b.

nicht, in denen Informationen zu dem Wissen führen, daß die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm erfüllt sind, und darüber den Erlaß einer Regelung ermöglichen). Der klassische Eingriffsbegriff ist also bereits bei den auf ein Unterlassen gerichteten Bindungen ersichtlich inadäquat. Das gilt erst recht, wenn man noch die (nicht negativ umformulierbare) positive Steuerung des staatlichen Vorgehens in den Blick nimmt, die auf die Richtigkeit der Daten und Informationen abzielt. Auch die weiteren Linien, die in den Überlegungen zum Schutzbedarf thematisiert werden, nämlich die Sicherstellung der Transparenz der Informations- und Datenverarbeitung, die Entwicklung rechtlicher Vorgaben zur System- und Technikgestaltung und die Gewährleistung von Kenntnis- und Einflußchancen betroffener Personen, lassen sich mit dem auf die Abwehr „klassischer“ Eingriffe gerichteten Grundrechtsverständnis nicht einfangen.

Man kann daher kein Konzept grundrechtlichen Schutzes zugrunde legen, das auf den überkommenen Eingriff aufbaut und diesem die zentrale dogmatische Rolle zuweist. Die dogmatische Entwicklung hat auch schon dahin geführt, daß man die Grundrechtsnormen nicht mehr so versteht, daß sie nur auf „klassische“ Eingriffe Bezug nehmen. Folgt man der abstrakter ansetzenden Interpretation des normativen Aussagegehalts, gewährleisten die Grundrechtsnormen ihrem Regelungsansatz nach eine jeweils sachlich spezifizierte Freiheit und sind in ihren Rechtsbindungen nicht auf eine bestimmte Form staatlichen Handelns begrenzt.⁴³³ Eine solche Interpretation bedeutet zugleich, daß man nicht mehr vom Eingriff her denken kann. Der Eingriff ist dem Gewährleistungsgehalt nachzuordnen. Geht es um neue Sinnbezüge und um neue Beeinträchtigungsmechanismen, muß dies bei dessen Auslegung aufgegriffen werden; man darf nicht den traditionellen Schutzgütern verhaftet bleiben. Anderenfalls hätte man mit einem Sprung zwischen Schutzbereich und Beeinträchtigungsmechanismus zu kämpfen, der nur schwer zu bewältigen ist.⁴³⁴

Wird die Frage aufgeworfen, ob die Grundrechte staatliche Stellen zur Unterlassung einer Gewinnung oder Umsetzung von Informationen bzw. einer Erhebung, Speicherung, Nutzung oder Weiterleitung von Daten verpflichten, ist dies also erstens nicht so zu behandeln, daß man vom Eingriff her denkt und ansetzt. Denn es machte einerseits keinen Sinn, den klassischen Eingriff als Leitkategorie zu verstehen und zu versuchen, dessen Kriterien zu reduzieren oder neu zu ordnen. Andererseits darf man sich nicht etwa an faktischen Vorgängen – zum Beispiel an den verschiedenen Phasen der Datenverarbeitung – orientieren, die man als bestimmte staatliche Handlungsformen beschreiben zu können meint. Der Eingriff ist kein Begriff, der tatsächliche Phänomene nachzeichnete. Er ist ein grundrechtsdogmatischer Topos mit der Funktion, die Schutzwirkungen der Grundrechtsnormen auszulösen. Zweitens sind Überlegungen zur grundrechtlichen Verankerung des Schutzes nicht so anzugehen, daß man von den traditionellen Beschreibungen der Gewährleistungsbereiche ausgeht und etwa darüber nachdenkt, ob die staatliche Informationshandhabung als „faktische“ Beeinträchtigung der individuellen Verhaltensfreiheit eingestuft werden kann. Ein solcher Zugriff würde das Problem einer gebroche-

433 Ausführlicher Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.

434 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C.

nen Beziehung zwischen Rechtsgut und Rechtsbeeinträchtigung aufwerfen. Man besäße zudem – das hängt unmittelbar mit der gebrochenen Beziehung zusammen – einen nur unzureichenden normativen Rückhalt für die Entwicklung von Maßgaben, die die staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge determinieren. Im Ansatz ist daher präzise zu prüfen, ob sich die Grundrechte in ihrem individualschützenden Gehalt nicht so konkretisieren lassen, daß sie Garantien und Rechte im Hinblick auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten einschließen. Überlegungen zur Bestimmung der Grundrechtsbeeinträchtigungen sind dann nicht überflüssig, aber nahtlos anschließbar. Kann man den Gewährleistungsgehalt entsprechend erstrecken, drängt sich die Entwicklung eines Beeinträchtigungsverständnisses auf, das auf einen informations- und datenbezogenen Normgehalt so abgestimmt ist, wie schließlich auch der „klassische“ Eingriff und die traditionellen Schutzgüter aufeinander abgestimmt sind.

Mit der veränderten Gewährleistungsinterpretation hat sich nicht nur der feste Bezug auf den Eingriff und die von vornherein festgelegte Eingriffsfigur aufgelöst. Man entnimmt den Grundrechten auch bestimmte staatliche Handlungspflichten und Leistungsrechte. In den obigen Ausführungen hat sich gezeigt, daß man sich auch dabei auf den Gehalt der Grundrechtsnormen und auf dessen Konkretisierung konzentrieren muß. Damit man bestimmte Handlungspflichten und korrespondierende Individualrechte herleiten kann, ist eine Verdichtung der grundrechtlichen Aussagen zu konkreten staatsgerichteten Geboten erforderlich. Ihr Gehalt ist nicht grundsätzlich auf einen Minimalstandard reduziert. Funktionellrechtliche Argumente sowie eine Differenzierung zwischen Gesetzgebung und Exekutive können die Ermittlung eines spezifizierten Normgehalts unterstützen.⁴³⁵

Dieser Strang der dogmatischen Entwicklung verweist darauf, daß sich auch die „positive“ Steuerung des staatlichen Vorgehens zwecks Richtigkeit der Informationen und Daten, die übergeordnete System- und Technikgestaltung, die Gewährleistung von Transparenz oder Kenntnis- und Einflußchancen betroffener Personen grundrechtlich erfassen lassen. Das ist mit Blick auf den Gegenstand von besonderer Bedeutung. Nur bei oberflächlicher Betrachtung könnte man es für unproblematisch halten zu meinen, daß derartige Aspekte eben nicht grundrechtlich fundiert, sondern lediglich als Forderung an die Gesetzgebung zu begründen sind. Damit würden die Schutzziele und die gegenstandsbedingten Begründungszusammenhänge, die zwischen einzelnen Positionen bestehen, verkannt. Die Schutzinteressen betroffener Personen richten sich nicht nur auf die Ausgrenzung von Gegebenheiten aus der staatlichen Kenntnis, sondern auch auf richtiges Wissen sowie auf einen staatlichen Informationsstand, in den eigene Darstellungen der Betroffenen eingeflossen sind. Da sich der Umgang mit Daten und Informationen außerhalb des de facto gegebenen Kenntnis- und Einflußbereichs vollzieht, macht es auch wenig Sinn, (Individual)Rechte herzuleiten, die auf diesen Umgang bezogen sind, wenn nicht zugleich die Transparenz der staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge für die Betroffenen in einer angemessenen Weise gesichert ist. Hinzu kommt, daß die Sicherung des individuellen Wissens nicht einfach nur der bloßen

435 Vgl. Erster Teil, I. Kapitel, Punkt B.V.

Kenntnis, sondern auch der Verhinderung erwartungsvermittelter – hier: auf Unsicherheit beruhender – Wirkungen hinsichtlich der individuellen Entfaltung dient, die normativ unerwünscht sind. Auch insoweit ist es für einen effektiven Schutz entscheidend, ein Zusammenwirken der Steuerung der objektiven Verarbeitungsvorgänge und der Gewährleistung individueller Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten zu erreichen.

Daher wird nur ein Bündel informations- und datenbezogener Garantien und Rechte, dessen einzelne Positionen sinnvoll ineinander greifen, dem Schutzbedarf gerecht. Ob es sich herleiten läßt, hängt vom Gewährleistungsgehalt der Grundrechtsnormen ab.

IV. Die Anforderungen an die Begründung der Garantien und Rechte

Bei einer Gewährleistungskonkretisierung, die auf die Entwicklung von Maßgaben für den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten zielt, muß man als Ausgangsbasis voraussetzen, daß Grundrechtssätze objektivrechtliche Normen sind, deren Regelungsgehalt in einer Verknüpfung bestimmter inhaltlicher Thematisierungen mit einer Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Freiheits- oder Unverletzlichkeitsverbürgung besteht.⁴³⁶ Dieses veränderte Verständnis führt dazu, daß die rechtliche Beziehung zwischen der jeweils gewährleisteten Freiheit und dem staatlichen Vorgehen, die in der traditionellen Eingriffsabwehr in einer abgestimmten Dogmatik von Freiheitsverbürgungen und staatlichem Eingriff aufgehoben ist, explizit hergestellt werden muß. Grundrechtsbindungen sind nur von den Normen her – und nicht mehr im Rückgriff auf eine bestimmte dogmatische Konzeption – zu begründen.

Aus der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption ist man gewohnt, den Schutzgehalt der Grundrechte in Schutzgegenstände zu konkretisieren, die man aus einer auf das Individuum konzentrierten Perspektive heraus entwirft und dem Einzelnen in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts zuordnen kann. Dazu zählt insbesondere das, was als eigenes Potential erscheint, so insbesondere Entscheidungs- und Handlungschancen, sowie das, was als Eigenschaft oder als Eigenbereich dem Einzelnen zugewiesen werden kann. Es läßt sich schnell feststellen, daß Informationen, die ihrem Sinngehalt nach auf den Einzelnen verweisen, hier nicht eingeschlossen sind.

Das hat Gründe darin, daß man mit einem strukturell anderen „Gegenstand“ zu tun hat, der andere Sinnbezüge erfordert als die traditionellen Schutzgüter. Da die Informationen Sinngehalte sind, die wohl an etwas anknüpfen und auf etwas anderes verweisen, aber erst mit den Verstehens- und Interpretationsleistungen vollendet werden, sind die Sich Informierenden nicht nur bei der Umsetzung, sondern schon bei der Gewinnung von Informationen strukturell involviert. Das heißt nicht, daß man eine Perspektive einzunehmen hat, die die Sich Informierenden in punktueller und isolierender Weise in das Zentrum der Betrachtung rückt. Die Sinngehalte, die als Informationen entstehen, erschließen sich nur mit einem Vorgehen, bei dem man herausarbeitet, wie sich je einfließende Aussageinhalte von Mitteilungen oder Daten in dem Deutungs- und Wissenskontext dar-

436 Vgl. insbesondere Erster Teil, I. Kapitel, Punkt B.II.

stellen, in den die verstehenden Interpretationsleistungen eingebettet sind.⁴³⁷ Man benötigt also *überindividuelle und übergreifende Sinnbezüge*, um den „Gegenstand“ Information überhaupt erfassen zu können. Ein etwaiger grundrechtlicher Schutz des Einzelnen in bezug auf den ihn betreffenden Umgang staatlicher Stellen oder privater Dritter mit Informationen ist daher nicht aus einer auf das Individuum konzentrierten Sicht heraus formulierbar; er weist schon in seinem Gehalt immer zwingend über das Individuum hinaus.

Daß die Sich Informierenden oder die sich informierende Stelle strukturell eingebunden sind, heißt zugleich, daß Informationen, die den Einzelnen betreffen, diesem nicht wie ein Eigenbereich zugeordnet werden können.⁴³⁸ Sie lassen sich auch nicht etwa aufspalten in einen Teil, den man der einen, und einen Teil, den man der anderen Seite zuordnen könnte. Information ist vielmehr eine Einheit, nämlich „ein“ – nicht als isoliertes Element, sondern nur in kontextualen Bezügen greifbarer – Sinngehalt, der als solcher nicht spaltbar ist. Man griffe deshalb an Regelungsziel und -gegenstand vorbei, wenn man zur Beschreibung des Schutzgehalts Mitteilungsinhalte oder Daten als Informationsbasis und das (Handlungs)Potential des Einzelnen hervorhebe, zu reden oder zu schweigen bzw. Unterlagen herauszugeben oder nicht.⁴³⁹ Sämtliche Vorstellungen, die mit individualistisch gefärbten Zuordnungsmustern zu arbeiten versuchen, gehen fehl.⁴⁴⁰ Mit den Perspektiven und in den Beschreibungsformen der traditionellen Dogmatik sind

437 Ausführlich oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

438 Zur Frage, ob sie dem Sich Informierenden – zumal wenn es sich um einen Privaten handelt – derart zugeordnet werden können, siehe sogleich Erster Teil, Fn 440. Der urheberrechtliche Schutz, der sich keineswegs nur auf personenbezogene Informationen und Daten bezieht, ist ein ganz anderer Bereich, der nicht von Informationen, sondern von Verfügungsrechten her konzipiert wird, die aus bestimmten Gründen anerkannt werden und sich auch auf Daten sowie auf typisierte und antezipte Informationen oder Wissensbestandteile erstrecken können. Zur Reformdiskussion etwa *Hoeren*, Urheberrecht, S. 3 ff. Allgemeiner zu Zuordnungskriterien *ders.*, Information, S. 7 *ff.

439 Solche Ausweichstrategien finden sich oft, vgl. noch z.B. Vierter Teil, 9. Kapitel, B.I.1. oder 2.a. Eine Orientierung am Handlungspotential des Individuums ist, um dies vorsorglich herauszustellen, strikt zu unterscheiden von einem Vorgehen, das Rechte des Einzelnen auf Ausgrenzung bestimmter Sachverhalte aus der staatlichen Kenntnis (also informationsorientierte Rechte) herleitet und von daher Handlungspflichten (die Pflicht zur Auskunftserteilung) verneint.

440 Die Ausgeschlossenheit einer individualistischen Zuordnung gilt in radikalerem Sinne als in dem Umfang, in dem sie konstatiert wird, wenn sie konstatiert wird. Vgl. *Dammann*, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 10 Rn 30 a: „Die Information ist dabei von vornherein mehreren Beteiligten zugeordnet: dem Betroffenen ebenso wie demjenigen, der Informationen gibt, und demjenigen, der sie aufnimmt.“ Siehe außerdem *Zöllner*, Informationsordnung, S. 22 f.; *Deusch*, Heimliche Erhebung, S. 83 f. Solange man mit Zuordnungsvorstellungen arbeitet, scheitert man an einer überzeugenden Antwort auf die Frage, wem Informationen denn nun zuzuordnen sind. Der Streit, ob es derjenige ist, auf den eine Information verweist (These des informationellen Selbstbestimmungsrechts), oder derjenige, der Informationen über jemanden gewinnt (vgl. im Ansatz etwa *Dammann*, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 10 Rn 30 a: „Bei der Zuordnung rechtlicher Verfügungspositionen ist zu beachten, daß die Information ein geistiges Modell der Realität ist. Daraus ergibt sich zuerst eine Zuordnung zu den Kommunikationspartnern.“), ist nicht lösbar. Statt dessen muß man sehen, daß Rechte hinsichtlich Informationen aus der jeweiligen sozialen Beziehung heraus unter Berücksichtigung der (rechtlich konzipierten) Positionen der Beteiligten in dieser Beziehung zu entwickeln und Informationen dabei weder der einen noch der anderen Seite „zuzuordnen“ sind. Das wird insbesondere in den Überlegungen zur Drittwirkung häufig verkannt.

Rechtspositionen des Einzelnen, die sich auf den Umgang staatlicher Stellen oder privater Dritter mit Informationen beziehen, nicht faßbar.

Das schließt die Möglichkeit der Konkretisierung solcher Garantien und Rechte nicht gleich aus. Die abstrakter ansetzende Interpretation des Normgehalts der Grundrechte ist schließlich gerade dahingehend genutzt worden, auch im Rahmen der Gewährleistungsbeschreibungen Sinnbezüge einzubringen, die über die traditionelle Sicht hinausführen. In der ersten Hinsicht flicht man in die objektivrechtlichen Aussagen soziale Zusammenhänge ein und kann dann (Rechts)Positionen entwickeln, deren Sinn sich erst und gerade im Mitdenken der Umwelt und insofern als individuelle Position im Rahmen sozialer Beziehungen erschließt. In der zweiten Hinsicht greift man auf den vormals staats„internen“ Bereich aus und entwickelt organisations- und verfahrensbezogene Garantien und Rechte. Der Grundrechtsgehalt wird so erstreckt, daß sich Rechtsbindungen ergeben, die gleichsam quer über den staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsverfahren liegen. In beiden Hinsichten haben die obigen Ausführungen zugleich gezeigt, daß so veränderte Gewährleistungsinterpretationen mit eigenständigen Anforderungen an den dogmatischen Zugriff und an die Begründung einhergehen. Die jeweiligen Garantien und Rechte können immer nur als über die Norm begründete und darüber auch begrenzte Bindungen oder Schutzpositionen angelegt werden.⁴⁴¹

Stellt man Parallelen zu diesen Strängen der Entwicklung des Grundrechtsverständnisses her, ist grundrechtsdogmatisch zu überlegen, ob der jeweils sachlich spezifizierte freiheitsschützende Gehalt der Grundrechtsnormen Sinnbezüge hergibt, die die Stellung des Einzelnen im Hinblick darauf thematisieren, daß staatliche Stellen oder (in Drittwirkungskonstellationen) private Dritte Informationen über sie gewinnen und umsetzen oder personenbezogene Daten verarbeiten. Das erfordert, daß man – wie bei der Einflechtung des sozialen Kontexts in die Bestimmung des Normgehalts – normorientiert überindividuelle Perspektiven sowie Bezüge zu den übergreifenden Zusammenhängen, im Rahmen derer die Informationen erzeugt und folgenreich umgesetzt werden, entwickelt und zugleich die von der Norm vorgesehene Position des Einzelnen in dem jeweils herausgearbeiteten Zusammenhang bestimmt. Erst so läßt sich nachvollziehen und begründen, wieso dem Einzelnen eigentlich Rechte zustehen sollen, die den Umgang anderer mit Informationen und Daten binden. Das ergänzt sich mit der obigen Überlegung, daß sich solche Rechtspositionen, soweit sie gegenüber dem Staat bestehen, in ihrem Sinn erst verstehen und konkretisieren lassen, wenn man den Staat als das Kommunikationsnetz, in dem sich die Informationen bilden, mitdenkt.⁴⁴² Zugleich wird deutlich, daß und warum man mit derartigen Rechten – wie bei den organisations- und verfahrensbezogenen Positionen – in den vormals staats„internen“ Bereich hineingreift.⁴⁴³ Grundrechtsbindungen,

441 Zu allem ausführlicher Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III. und IV.

442 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.I.

443 Vgl. – auch die Parallele des auf den staatlichen Umgang mit Daten und Informationen gerichteten Grundrechtsschutzes und der organisations- und verfahrensbezogenen Grundrechtswirkungen verdeutlichend – *Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung*, S. 593: „Die Reichweite subjektiver Rechte und der Rechtskreis potentiell Betroffener haben sich zunehmend in den Binnenbereich hinein erweitert. ... Die administrative Speicherung und Übermittlung sowie sonstige Verwendung personenbezogener

die die staatsseitig laufende Gewinnung und weitere Handhabung von Informationen und Daten determinieren, sind in die staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozesse eingewebt.

Aus all dem folgt, daß man bei der Konkretisierung von Garantien und Rechten, die sich auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten beziehen, nicht übersehen darf, daß man mit einem ganz anderen Gegenstand und ganz anders ausgerichteten Rechtsbindungen umzugehen hat, als es bei der überkommenen Eingriffsabwehr und den traditionellen Individualgütern der Fall ist. Man kann nicht mit Mustern individualistischer Zuordnung arbeiten. Die Annahme einer „Ausstrahlungswirkung“ der in gewohntem Sinne interpretierten Gewährleistungsgehalte auf staatliche Informationsvorgänge produzierte nicht bewältigbare Schwierigkeiten. Das Konstrukt „prinzipiell unbegrenzter Freiheit“ greift nicht, weil die Prämissen, unter denen es einsatzfähig ist, nicht gegeben sind. Man benötigt eine eigenständige Begründung von der jeweils einschlägigen Norm her. Da überindividuelle Bezüge – sei es im Hinblick auf den Staat, sei es im Hinblick auf andere Private – herzustellen und die (Rechts)Positionen des Einzelnen als Positionen in einer sozialen Beziehung oder in einem bestimmten sozialen Kontext einzustufen sind, ist angesichts der textlichen Fassung der Grundrechtsnormen absehbar, daß mehrschrittige und wertende Argumentationszusammenhänge erforderlich werden. Zugleich werden die Rechtspositionen über die Norm inhaltlich bestimmt und sind insofern – unabhängig vom näheren Inhalt – immer auch begrenzt. Das stimmt damit überein, daß es sich um Positionen handelt, die auf verfassungsrechtlichen Normierungsleistungen beruhen, also grundrechtlich konstituiert sind.⁴⁴⁴

Wenn man von einer solchen Basis ausgehen kann, wird die dogmatische Differenz zwischen Rechten, die auf die Unterlassung einer Gewinnung oder Nutzung von Informationen und Daten zielen, und Rechten, die einer Person Kenntnis- und Einflußchancen hinsichtlich des Umgangs mit den sie betreffenden Informationen und Daten vermitteln, abgemildert. Keines der Rechte kann die Selbstverständlichkeit beanspruchen, die man bei der „natürlichen“ Freiheit in Anspruch nimmt. Jede etwaige Position ist von den Aussagen der Norm her zu begründen, und es kommt darauf an, ob deren individual-schützender Gehalt das in Frage stehende Recht hergibt. Zugleich besteht die Grenze zwischen individueller und staatlicher Sphäre im Informationsbereich nicht mehr in der Form, auf der das traditionelle Grundrechtsverständnis aufbaut. Deshalb steht auch die Unterscheidung staatlichen Unterlassens (einer Beeinträchtigung der individuellen Chancen) und staatlichen Tuns (als Leistung zur Unterstützung der individuellen Chancen) nicht mehr in dem Bezugsfeld, in dem sie als schroffe Unterscheidung gehandhabt werden kann. Rechte einer Person hinsichtlich des sie betreffenden staatlichen Umgangs mit Informationen und Daten bauen auf einer Grundlage auf, bei dem beide Beteiligte als in einem sozialen Kontext verbunden zu denken sind. Daher sind Rechte, die auf die Beschränkung des staatlichen Wissens zielen, und Rechte auf eigenes Wissen über das

(und anderer) Daten wird durch subjektiv-öffentliche Rechte auf dem grundrechtlichen Fundament der informationellen Selbstbestimmung des einzelnen dirigiert.“ Außerdem *Kloepfer*, Datenschutz, S. 22 ff.

444 Dazu oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.I.

staatliche Wissen jedenfalls nicht mit der Rigidität unterscheidbar, mit der man Rechte auf Unterlassen und Rechte auf Leistungen grundrechtsdogmatisch zu differenzieren pflegt. Diese Überlegungen legen wiederum nahe, daß die Grundrechtsgewährleistungen ein Bündel informationsbezogener Garantien und Rechte hergeben, das verschiedene und zugleich ineinandergreifende Positionen umfaßt.

V. Die rechtliche Relevanz der Unterscheidung von Informationen und Daten

Die Diskussion um die Schutzerfordernisse im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ist durch die Entwicklung der Datenverarbeitungstechniken veranlaßt worden, und man hat als Gegenstand der erforderlichen Regelungen zumindest auch die Ebene der Daten sowie die Datenverarbeitung herausgerückt. Auf dem Hintergrund der Unterscheidung von Informationen und Daten kann man sich dann fragen, wie deren Verhältnis unter rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist und wo der Ansatzpunkt rechtlicher Vorgaben zu liegen hat.⁴⁴⁵ Eine Klärung dessen ist auch für die Konkretisierung grundrechtlicher Gehalte unentbehrlich.

Mit der Herauslösung von Informationsvorgängen aus überschaubaren Interaktionen und unmittelbaren Handlungszusammenhängen entsteht eine Verflochtenheit der Gewinnung und Umsetzung von Informationen einerseits und der Verarbeitung von Daten andererseits. Die Ausdifferenzierung von Kommunikationsnetzen in relativer Unabhängigkeit von Raum und Zeit oder der Aufbau von Organisationen wären ohne die Fixierung von Aussagegehalten in Daten nicht denkbar. Daten werden zu einer zentralen Basis von Informationen. Dabei ist die Datenebene wegen der Verkörperung und wegen eigendynamischer Verarbeitungsprozesse gegenüber der Informationsebene in gewissem Umfang verselbständigt. Deshalb kann sie dem rechtlichen Zugriff eigenständige Ansatzpunkte liefern. Welche Ebene dann Gegenstand rechtlicher Maßgaben ist, hängt von den Regelungszielen und -erfordernissen ab.

Bestimmte Probleme liegen insofern auf der Ebene der Daten, als sie die Beschaffenheit der Daten in ihrer Funktion als Basis von Informationen betreffen. Art und Beschaffenheit der Datenbasis werden durch die jeweils eingesetzten Medien, Techniken und Netze der Kommunikation und Datenverarbeitung geprägt. Die Techniken und Netze bedingen eine bestimmte Form der Codierung, sind unter Umständen mit einer nur lückenhaften Aufnahme von Daten verbunden und können zu nicht mehr kontrollierbaren Mischungen veralteter und aktueller Daten oder zu aussageverfälschenden Datenveränderungen führen. Nicht nur, aber auch wegen technischer Einflüsse können die Richtigkeit im engeren Sinne, die Aktualität, die Vollständigkeit oder die Kontextgebundenheit der Daten in besonderer Weise gefährdet sein.⁴⁴⁶ Mängel auf dieser Ebene schlagen auf die Richtigkeit der aus den Daten gewonnenen Informationen durch. Rechtliche Vorga-

445 Vgl. dazu auch *Fiedler*, Informationsrecht, S. 10 ff. Siehe außerdem *Schimmel*, Informationsrecht, S. 131 ff., und *dens.*, Datenschutz, S. 145 ff. (hier mit einer Angleichung des Datenschutzes an das Informationsrecht).

446 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III. und B.III. 1. und 2.

ben zur Lösung dieser Probleme können der Beschaffenheit der Datenbasis und der Datenverarbeitung unter Berücksichtigung des Einflusses der Techniken gelten. Hinter entsprechenden Maßgaben steht allerdings der (potentielle) informatorische Sinngehalt und die Sicherung der Richtigkeit der auf den Daten beruhenden Informationen. Das zeigt sich schon daran, daß sich in einer rein datenbezogenen Beurteilung gar nicht beantworten läßt, ob Daten richtig, aktuell sowie vollständig sind und ob der Kontext, den man zum richtigen Verständnis benötigt, gewahrt ist. Es ergibt sich zudem daraus, daß die Richtigkeit von Daten nur deshalb rechtlich relevant ist, weil aus den Daten Informationen gewonnen werden. Auch unter rechtlichen Gesichtspunkten muß man hier also mit der Unterscheidung von Daten und Informationen umgehen.

Weitere normative Erfordernisse betreffen die Ebene der Informationen und des Wissens. Staatliche Stellen oder private Dritte sollen bestimmte Kenntnisse nicht erlangen, nicht länger als eine bestimmte Zeitspanne festhalten oder nicht in bestimmter Weise nutzen; die Betroffenen sollen bestimmte Sachverhalte aus dem Wissen anderer ausgrenzen oder bestimmte Verwendungsweisen verhindern dürfen. Berücksichtigt man die Verflochtenheit der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge, wird allerdings deutlich, daß sowohl die Informations- als auch die Datenebene Gegenstand einschlägiger (Grund)Rechtsbindungen sein müssen. So können Aussagegehalte, die nicht zum Gegenstand staatlicher Information werden sollen, in Unterlagen oder als Daten auf Datenträgern festgehalten sein. Neben dem Unterlassen der Informationsgewinnung müssen rechtliche Determinanten dann auch das Unterlassen der Datenerhebung betreffen. Erlangte Informationen können in Daten umgeformt und als Daten gespeichert werden, die zu einem späteren Zeitpunkt in einem anderen Zusammenhang abgerufen und zur Basis von Informationen werden. Sollen diese Informationen nicht mehr zu diesem Zeitpunkt oder nicht in diesem Zusammenhang gebildet werden, geht es auch darum, die Dauer der Speicherung der Daten oder den Zugriff auf die Daten in bestimmten Kontexten zu verhindern. Gespeicherte Daten können verknüpft werden und in dieser Verknüpfung Informationen oder ein bestimmtes Bild – etwa ein Persönlichkeitsprofil – ergeben. Zielen normative Vorgaben darauf, daß dieses Bild nicht entsteht, ist auch die Verknüpfung der Daten zu erfassen. Informationen können einer staatlichen Stelle durch eine andere staatliche Stelle vermittelt werden, indem diese Daten(träger) übermittelt und jene aus den Daten Informationen gewinnt. Sind diese Informationen normativ unerwünscht – entweder weil die übermittelnde Stelle zur Geheimniswahrung verpflichtet sein oder weil die empfangende Stelle die Kenntnisse nicht erlangen soll –, müssen auch Datenübermittlung und Datenerhalt in die auf eine Verhinderung der Wissensvermittlung zielenden Maßgaben eingeschlossen sein.

Indem Daten Informationsmedium sind, stellt die Datenebene also auch dann, wenn es „eigentlich“ um die Informationsebene geht, einen Bezugspunkt rechtlicher Maßgaben dar. Hinzu kommt der Aspekt, daß Informationen nur über die Beobachtung der im jeweiligen Kontext laufenden Prozesse der Umsetzung – in der Fortführung einer Kommunikation, in der Umformung in Daten, in der Umsetzung in Entscheidungen und

Handlungen – greifbar sind⁴⁴⁷ und rechtliche Bestimmungen unter Umständen unauffällig unterlaufen werden können. Insbesondere da die Informationserzeugung in Organisationen und auch bei Personen im wesentlichen über datenfixierte Aussagegehalte läuft, bietet die Steuerung der Datenebene eine gewisse Gewähr für das Greifen der rechtlichen Determination. Sollen bestimmte Sinngehalte aus dem Wissen anderer ausgegrenzt werden, mögen Verbote der Erfassung und Speicherung oder Pflichten zur Löschung von Daten dafür sorgen, daß das unerwünschte Wissen tatsächlich nicht entsteht oder jedenfalls nicht dauerhaft perpetuiert wird. Gibt es Übermittlungssperren, sollte man darauf vertrauen können, daß Daten nicht unkontrolliert weiterfließen und Dritten in unabsehbbarer Weise Informationen verschaffen. Hat man Auskunftsansprüche, schließen diese mit der Auskunft über die Daten, die der staatlichen Stelle oder dem anderen Privaten zur Verfügung stehen, ein versachlichtes Informationsmedium ein, so daß man nicht an das Wissen einzelner Personen und außerdem nicht allein an die Wahrhaftigkeit desjenigen gehalten ist, der Informationen über einen selbst nutzt. „Daten“-schutz eignet sich daneben für organisationsinterne Kontrollen und Fremdkontrollen.

Die Steuerung der Datenebene kann dabei aber immer nur eine Komponente der Maßgaben sein, nur mit Blick auf den Informationswert der Daten erfolgen und ist der Steuerung der Informationsebene nachgeordnet. Man kann sich dementsprechend nicht auf die Determination der Datenebene beschränken. Bestehen Rechte auf Ausgrenzung von Wissen, würde es wenig helfen, die Datenerhebung zu unterbinden oder die Löschung von Daten vorzusehen, wenn nicht auch informationsorientierte Sicherungen – Verbote der Gewinnung oder weiteren Verwertung von Informationen (deren Verletzung etwa im Erlaß und in der Begründung von Entscheidungen erkennbar werden kann) – eingeschlossen sind. Und der Auskunftsanspruch kann die Funktion, dem Betroffenen Transparenz über das über ihn gegebene Wissen und die damit möglicherweise verbundenen Folgen zu verschaffen, nicht erfüllen, wenn er sich lediglich auf die Daten, nicht aber auch auf den Deutungskontext und auf die vorgesehenen Verwendungsmöglichkeiten bezieht.

Will man einen sinnvollen Schutz der Einzelnen entwickeln, darf man sich also nicht ausschließlich an der Ebene der Daten und der Datenverarbeitung orientieren. Eine solche Gefahr mag in der allgemeinen Diskussion schon deswegen bestehen, weil die Differenz zwischen Informationen und Daten häufig nicht genügend herausgearbeitet wird. Sie liegt auf dem Hintergrund der bisherigen Ausführungen aber auch deshalb nahe, weil man mit den Daten als gegenständlich verkörperten Zeichen oder Zeichengebilden einen scheinbar objektivierbaren Gegenstand hat, der sich der gewohnten Dogmatik nicht so evident entzieht wie Information. Es läßt sich auch feststellen, daß sich des öfteren Strukturierungsvorschläge finden, die die zu entwickelnden Individualrechte rein an Daten ausrichten; dies wird am deutlichsten in der expliziten Formulierung eines „Rechts am Datum“ erkennbar.⁴⁴⁸ Man greift damit zu einem objektbezogenen Zugang, der ähn-

447 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

448 Zum „Recht am Datum“ frühzeitig *Meister*, Datenschutz, S. 114 ff. *Meister* entwickelt, auch wenn er dieses Recht als Konstruktion zur Umsetzung des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes versteht und

lich wie der Gegenstandsbezug eines „dinglichen“ Rechts, wie dem Eigentumsrecht im Sinne des § 903 BGB, gestaltet ist. Ein solcher Zugang scheitert zwar nicht schon daran, daß man der Vorstellung von Rechten an Daten parallel zur Kritik an der Vorstellung dinglicher Rechte entgegenhalten könnte, daß rechtliche Beziehungen nur zwischen Personen existierten.⁴⁴⁹ Die rechtliche Zuordnung eines Gegenstandes zu einer Person und gegenstandsbezogen formulierte Rechte haben eine bestimmte Funktion, die gerade in der Abstraktion liegt, die Erwartungssicherheit in bezug auf die eigene Rechtsstellung schafft, obwohl die Personen, mit denen man in eine Rechtsbeziehung verwickelt (werden) wird, unbestimmt und unabschätzbar sind.⁴⁵⁰ Die mit dieser Art der Konstruktion erreichten Wirkungen wären mit der Beschreibung als eine „brennpunktartige Bündelung von Rechtspflichten“⁴⁵¹ jedenfalls dann nicht hinreichend erfaßt, wenn man die Bündelung für auflösbar hielte. Auf diesem Hintergrund setzt das verdinglichende Begreifen eines Rechts dann aber auch umgekehrt die Möglichkeit einer Vergegenständlichung voraus, die nicht ganz in interpersonal zu fassende Rechte/Pflichten-Relationen diffundiert. Genau diese Möglichkeit besteht bei der hier interessierenden Determination des Umgangs mit Informationen und Daten nicht. Unabhängig von der Antwort auf die Frage, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen Daten als Zeichen oder Zeichengebilde überhaupt ein geeigneter Gegenstand rechtlicher Zuordnungen sein können, sind Daten nicht aus sich heraus von Wert. Datenorientierte Rechte ergeben nur im Mitdenken der Informationsebene und der mit den Informationen verbundenen sozialen Beziehungen einen Sinn. Die normativen Ziele werden deshalb gerade verfehlt, wenn man Daten in den Mittelpunkt rückt und meint, man habe es im Regelungsbereich mit objektivierbaren Gegenständen zu tun. Von daher ist es in jeder Hinsicht zutreffend, wenn hervorgehoben wird, daß eigentumsanaloge Denkweisen – und hier dann insbesondere die

ausdrücklich gegen das Eigentumsrecht abgrenzt (siehe S. 101 ff.), vor dem Hintergrund der EDV und der dabei verselbständigten Daten eine gegenständig angelegte Verfügungsperspektive (siehe bes. S. 117 ff.). Eigentumsähnliche Vorstellung sind außerdem vor allem in der amerikanischen Diskussion entwickelt worden. Siehe die – kritische – Darstellung bei O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 29 f. Zur im Volkszählungsurteil gewählten Fassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung siehe noch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A., hier bes. Punkt A.I.2.

449 Siehe etwa Rupp, Grundfragen, S. 166 ff., 224 f.

450 „Der ‚rechtstechnische Kunstgriff‘ beim Eigentumsschutz besteht ... darin, daß zwar jeweils nur eine *Teilfreiheit*, nämlich die durch die Innehabung des jeweiligen Gegenstandes vermittelte, verbürgt wird, daß es sich aber um eine *vergegenständlichte* Teilfreiheit, die erkennbar und greifbar ist, handelt... Wegen dieses Gegenstandsbezugs geht es beim Eigentum darum, daß Zivilpersonen verbindlich über die Ziele entscheiden dürfen, welche mit eigenem oder fremdem Verhalten angestrebt werden, dessen Objekte wirtschaftliche Güter sind. Eigentum ist also als Mensch-Objekt-Beziehung gebaut, die rechtlich als Kompetenz von Zivilpersonen zu objektbezogenem Entscheiden gefaßt wird. Als Recht beschränkt sich Eigentum nicht auf die ‚Sachherrschaft‘ im Sinne einer Beziehung zwischen Mensch und Sache, sondern gewinnt Bedeutung nur insoweit, als andere Personen den Zugang zum Eigentumsobjekt begehren. Über die Eingrenzung auf den Objektbezug gewinnt die private Entscheidungskompetenz ihren Sozialbezug: sie wird für alle anderen Zivilpersonen wie für die öffentliche Gewalt verbindlich.“, so Degen, Pressefreiheit, S. 279 f. (Hervorh.i.Orig.) m.w.H. Vgl. auch Wendt, Eigentum, S. 64 ff., bes. 67. Ausführlich zum dinglichen Recht außerdem Niehues, Verwaltungssachenrecht, S. 248 ff.

451 Rupp, Grundfragen, S. 225.

Idee von Verfügungsrechten über Daten – für die rechtliche Steuerung des Informationsbereichs inadäquat sind.⁴⁵²

Der Gehalt eines auf Information gerichteten Schutzes wird somit dadurch noch komplexer, daß man Bezugsebenen zu unterscheiden hat. Zwischen der *Ebene der Informationen* und der *Ebene der Daten* muß differenziert werden. Die Datenebene ist allerdings auf die Informationsebene bezogen und nur unter Berücksichtigung dieses Bezuges als eigenständiger Regelungsgegenstand faßbar. In diesem Rahmen kann man dann noch Aspekte oder Regelungserfordernisse einbringen, die auf die spezifischen Gefahren der jeweiligen Medien, Techniken und Netze reagieren.

D. Ergebnisse: Die Eigenständigkeit einer gegenstandsgerechten Grundrechtsdogmatik

Informationen sind *Sinnelemente*, die sich mit einer verstehenden *Deutungs- und Rekonstruktionsleistung* bilden und dabei – als Verstehen von etwas anderem – auf etwas Beobachtetes, auf Mitteilungsinhalte oder auf Daten rückführbar sind. Ihre Entstehung wird, da Sinn und die damit verbundene Selektivität im Spiel sind, nicht von Wiedergabemechanismen, sondern von Interpretations- und Zurechnungsvorgängen geprägt. Sie lassen sich daher weder in substantiellen oder verdinglichenden Kategorien noch als isoliertes Element beschreiben. Die Deutungsleistung, mit der sich Informationen bilden, wird im jeweiligen *Wissens- und Interpretationskontext* erbracht. Hier sind *Erwartungsstrukturen*, insbesondere das schon vorhandene Wissen und pragmatische Interessen, und die *Prozesse* der Umsetzung von Informationen zu berücksichtigen. Damit man Gehalt und Wirkungsweise von Informationen abschätzen kann, muß man also herausarbeiten, wie sich die Aussageinhalte von Mitteilungen oder Daten in den jeweils relevanten Wissenszusammenhängen und Prozessen darstellen. Mitvollzug und Prognosen werden dadurch erleichtert, daß Strukturen und Prozesse in bestimmten Hinsichten festgelegt sein können. Indem Informationen perspektiven- und kontextabhängige Sinngehalte bezeichnen, ist eine strikte *Unterscheidung von Daten und Informationen* erforderlich. Daten sind Zeichen oder Zeichengebilde, die auf einem Datenträger festgehalten, insofern vergegenständlicht und in eigenständiger Weise faßbar sind.

452 Nachhaltig Simitis, Datenschutz, S. 497 ff.; ders., Informationelle Selbstbestimmung, S. 400; ders., Gedächtnisverlust, S. 1491 f. Außerdem auch Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 10 Rn 30 ff., bes. 30 a; O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 29 f.; Bull, Angst vor dem Computer, S. 81 f.; Podlech, Aufgaben, S. 28 f., 31 f.; Hase, Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“, S. 40 ff.; Rogall, Moderne Fahndungsmethoden, S. 11 m.w.N.; Brossette, Wert der Wahrheit, S. 216 f.; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 83 f., 130 f.; Hoffmann-Riem, Datenschutz, S. 781 f.; Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 19, 21, 22. Allgemeiner Sieber, Informationsrecht, S. 2572 f., ders., Mißbrauch, S. 644 f.; und Peitsch, Informationsbeschaffung, S. 127. Anders Kilian, Rekonzeptualisierung, S. 154 ff. (mit einer unzureichenden Unterscheidung von Informationen und Daten). Übergreifend ist hier allerdings noch zu unterscheiden, ob eigentumsanaloge Verfügungsrechte allein als dogmatisches Muster (in Übertragung der traditionellen Dogmatik) oder weitergehend als Umsetzung einer inhaltlichen Steuerungsidee (Kommerzialisierung als Instrument einer angemessenen Steuerung) eingesetzt werden sollen. Zu solchen Überlegungen und zu den Schwächen der Kommerzialisierungsidee Solove, Privacy, S. 1445 ff.

Medien, Techniken und Netze der Kommunikation und Datenverarbeitung prägen zunächst die Art und Beschaffenheit der Datenbasis im Verlauf der Datenverarbeitungsphasen. Von der jeweils eingesetzten Technik sowie von Umfang und Form der Vernetzung hängen die Menge der zugriffsbereit speicherbaren Daten und die denkbare Speicherdauer ab. Die Technik bedingt die Einpassung von Aussagegehalten in eine schon vorgegebene Form und in das übergeordnete System der Codierung. Sie kann automatische Prozesse der Veränderung von Daten und – insbesondere bei Vernetzungen – automatische Weiterleitungen in andere Kontexte ermöglichen. Die Phasen des Umgangs mit Daten sind dabei nicht isoliert, sondern als Aspekte oder Komponenten eines (abzugrenzenden) Verarbeitungszusammenhangs zu betrachten, dessen bindendes Glied darin liegt, daß die Daten als potentielle Basis von Informationen dienen. Daher läßt sich eine Verflochtenheit zwischen der Datenverarbeitung und dem Umgang mit Informationen herausarbeiten. Die Medien, Techniken und Netze der Kommunikation und Datenverarbeitung wirken sich dementsprechend auch auf die Informationen aus, die auf den Daten beruhen. Darüber hinaus beeinflussen sie die sozialen Bedingungen der Erzeugung und Handhabung von Informationen.

Der *rechtliche Schutz* von Personen hinsichtlich des *Umgangs staatlicher Stellen oder privater Dritter mit den personenbezogenen Informationen und Daten* stellt einen besonderen Bezugspunkt dar, der gegen andere Regelungsdimensionen im Informations- und Datenbereich abgegrenzt werden muß. Allein dazu werden in der Diskussion aber bereits *vielfältige Regelungserfordernisse* thematisiert. Man kann sie in verschiedene Linien systematisieren. Die erste Linie befaßt sich mit der Steuerung der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge. Ziel ist zum einen eine „negative“ – ausgrenzende oder hindernde – Steuerung der Gewinnung und Umsetzung von Informationen oder der Verarbeitung von Daten. In der Zeitdimension wird dabei nach den verschiedenen Aspekten und Phasen unterschieden, weil sich jeweils eigenständige Maßgaben ergeben können. In sozialer Hinsicht entwickelt man die normativen Bindungen teilweise in Abhängigkeit vom jeweiligen (Verwendungs)Kontext und stimmt sie auf die jeweiligen Informationsinhalte, auf die damit erwartbaren Wirkungen sowie auf die gesamte Konfliktsituation ab. Im Ergebnis sollen bestimmte Sachverhalte aus dem Wissen des Staates oder dritter Personen ganz ausgegrenzt, in der Verfügbarkeitsdauer begrenzt oder nicht in bestimmter Weise bzw. nicht zu bestimmten Zwecken genutzt werden. Daneben werden Bindungen im Sinne einer „positiven“ Steuerung entwickelt, die im wesentlichen auf die Richtigkeit der Informationen zielen, die aus Daten gewonnen werden, und insofern auch die Beschaffenheit der Datenbasis determinieren. Beide Gesichtspunkte werden um Überlegungen zu Anforderungen an die Technik- und Systemgestaltung ergänzt. Die zweite Linie zielt darauf, daß den betroffenen Personen Kenntnismöglichkeiten zu gewährleisten sind. Dahinter stehen Überlegungen zur Selbstbestimmung und zur Subjektstellung der Person sowie zu den nachteiligen Wirkungen, die bereits durch Ungewißheiten und Verunsicherungen erzeugt werden. Außerdem stellen die individuellen Kenntnisse eine notwendige Klammer zwischen der individualschützenden Steuerung der objektiven Abläufe des Umgangs mit Informationen und Daten auf der einen Seite und den anerkannten Einflußchancen auf der anderen Seite dar. In der dritten Linie geht es um die Einfluß-

chancen, die den Betroffenen zustehen sollen. Die einzelnen Linien hängen zusammen und führen zu einem Geflecht von Maßgaben und Rechtspositionen. Die Umsetzung der thematisierten Regelungs- und Schutzerfordernisse ist nur mit Hilfe eines differenzierten Regelungsinstrumentariums möglich. Hinzu kommt, daß informations- und datenbezogene Regelungen einerseits einen eigenständigen Gehalt aufweisen, andererseits auf eine Abstimmung mit anderweitigen Regelungsdimensionen angewiesen sind.

Sofern man aus den *Grundrechtsverbürgungen* individualschützende Maßgaben und subjektive Rechte hinsichtlich des Umgangs staatlicher Stellen (oder im Rahmen der Drittwirkung auch privater Dritter) mit personenbezogenen Informationen und Daten herleiten will, muß man mit *Anforderungen an den dogmatischen Zugang* rechnen, die die Lösung von der überkommenen Eingriffsabwehrdogmatik erfordern. Unabhängig davon, ob die Ausgrenzung bestimmter Sinngehalte aus dem staatlichen Wissen oder Kenntnis- und Auskunftsrechte des Einzelnen in Frage stehen, hat man es mit *grundrechtlich konstituierten individuellen Positionen* zu tun. Orientieren sich einschlägige Maßgaben an den Informationen, die der Staat im jeweiligen staatlichen Wissens- und Deutungskontext bzw. in den staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozessen gewinnt und umsetzt, kann die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft nicht mehr in der Form gegeneinander abgegrenzter Entscheidungssphären konzipiert werden, auf der die traditionelle Grundrechtsdogmatik aufbaut. Der Staat wird vielmehr in einer neuartigen Weise in Bezug genommen.

Da Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge nicht dem überkommenen Eingriffsbegriff unterfallen, muß man zugrunde legen, daß sich der Gehalt der Grundrechtsnormen nicht auf die objektivrechtliche Begründung subjektiver Rechte auf Abwehr „klassischer“ Eingriffe beschränkt. Anzuknüpfen ist an die abstrakter ansetzende Interpretation, nach der die Grundrechte *objektivrechtliche Freiheitsgewährleistungen* sind, aus denen man die staatlichen Verpflichtungen und individuellen Rechte noch zu konkretisieren hat. Damit wird ein Geflecht verschiedenartiger Positionen denkbar, die auf staatliches Unterlassen ebenso wie auf bestimmte staatliche Handlungen gerichtet sind. Die Aufmerksamkeit muß sich somit auf den Gewährleistungsgehalt der Normen und auf dessen Konkretisierung verschieben. Da es im Informationsbereich um neue Sinnbezüge und um eigenständige Beeinträchtigungsmechanismen geht, darf man nicht den Schutzgütern verhaftet bleiben, die mit dem traditionellen Grundrechtsverständnis einhergehen. Im Ansatz ist danach zu fragen, ob und inwiefern sich die Grundrechte in ihrem individualschützenden Gehalt so konkretisieren lassen, daß sie Garantien und Rechte im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten hergeben.

Im Vergleich zu den traditionellen Schutzgegenständen, die in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuordbar sind, weist Information *gegenstandsbedingte Eigenarten* auf. Nicht nur sind die sich Informierenden strukturell involviert; man benötigt darüber hinaus übergreifende Bezüge, weil sich Informationen als Sinngehalte durch Interpretationsleistungen in dem Deutungs- und Wissenskontext bilden, in den die Aussageinhalte von Mitteilungen oder Daten einfließen. Informationen sind deshalb *nicht in individualistisch gefärbte Zuordnungsmuster* einzufangen. Entsprechend sind Rechtspositionen des Einzelnen, die sich auf den Umgang staatlicher Stellen

oder privater Dritter mit Informationen beziehen, *nicht mit den Perspektiven und nicht in den Beschreibungsformen der traditionellen Dogmatik* faßbar. Parallelen kann man aber zu den Strängen der Grundrechtsinterpretation ziehen, die in die Auslegung der objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen soziale Zusammenhänge einflechten oder Garantien und Rechte in bezug auf die staatliche Organisation und staatliche Verfahren herleiten. Danach können normorientiert überindividuelle Perspektiven sowie Bezüge zu übergreifenden Zusammenhängen hergestellt und darauf aufbauende Positionen des Einzelnen in dem jeweils herausgearbeiteten Kontext oder Verfahren entwickelt werden. Entsprechend könnten sich Grundrechtsbindungen konkretisieren lassen, die die staatsseitig laufenden Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge determinieren und in die staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozesse eingewebt sind. Dabei ist absehbar, daß mehrschrittige und wertende Argumentationszusammenhänge erforderlich werden. Indem etwaige Rechtspositionen über den individualschützenden Gehalt der einschlägigen Norm inhaltlich bestimmt werden, sind sie – unabhängig vom näheren Inhalt – immer auch begrenzt. Von der Norm aus sind Rechte unterschiedlichen Inhalts denkbar, also insbesondere Ansprüche auf Unterlassung und Ansprüche auf eine bestimmte Leistung. Da die Grenze zwischen Gesellschaft und Staat im Informationsbereich nicht in der überkommenen Form zu konzipieren ist, stehen Unterlassen und positives Handeln nicht mehr in dem Bezugsfeld, in dem man sie dogmatisch strikt unterscheiden kann. Die Grundrechtsgewährleistungen könnten demnach ein *Bündel informationsbezogener Garantien und Rechte* begründen, das *verschiedene und zugleich ineinandergreifende Positionen* umfaßt.

Der Gehalt der zu konkretisierenden Rechtsbindungen wird des weiteren dadurch geprägt, daß auch unter rechtlichen Aspekten die *Unterscheidung von Informationen und Daten* zu beachten ist. Indem es sich bei dem heutigen Stand der Entwicklung in den meisten der rechtlich zu beurteilenden Konstellationen um komplexe Vorgänge handelt, die durch eine Verflochtenheit von Informationsprozessen und Datenverarbeitung gekennzeichnet sind, zeichnet sich eine adäquate rechtliche Determination durch einen doppelten – auf Informationen und auf Daten Bezug nehmenden – Ansatz aus. Dabei hat die Informationsebene im Zentrum des Schutzes zu stehen. Die Datenebene ist darauf bezogen, aber unter Berücksichtigung dieses Bezuges als eigenständiger Regelungsgegenstand faßbar. Hier kann dann auch der Regelungsbedarf thematisiert werden, der aufgrund der je spezifischen Gefahren der jeweiligen Medien, Techniken und Netze der Kommunikation und Datenverarbeitung entsteht.

In den folgenden Ausführungen wird es um die nähere Analyse der Entwicklung des Grundrechtsschutzes im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten gehen, die in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mündet. Die Aufarbeitung erfolgt im Kontext der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, weil dabei die im wesentlichen interessierenden Aspekte behandelt werden können. Die Rechtsprechung soll allerdings nicht lediglich dargestellt, sondern unter Einbeziehung der Literatur erschlossen und mit Hilfe der hier bereits dargelegten Überlegungen nachvollzogen sowie kritisch überprüft werden.

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 ausreichend 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 *ders.*, 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, reicht 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 Schutzidee 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 einzustufen⁶⁰. 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/Schweinoch, 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 Verwaltungsvollzugs 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 wirkt 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 Ausgangsentscheidungen

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 Beliebig 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, I. 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 Schutzinhalt 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 bejaht 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 Kompatbegriff 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 Schutzzinhalte.

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“ konflikträchtig 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) Wesensgehaltgewährleistung 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*, Abhörentscheidung, 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 Zeugnispflicht 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 Zeugnispflicht 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 Verknüpfung 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 „Schutzzirkel“ 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 Kenntnisaufnahme 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.I.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 Presseverlagsges 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 beeinträchtigte 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 erfaßt 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 muß. Vgl. außerdem BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1989, 1789 (1789).

318 BVerfGE 56, 37. Zu dieser Entscheidung mit Überlegungen zu ihren Auswirkungen in anderen Rechtsgebieten *Stürner*, 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 (Kammerbeschuß) 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 handlungsstatt 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 Persönlichkeitsschutz 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 Persönlichkeitsschutzes 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*, Persönlichkeitsschutz, 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 (Kammerbeschluß) 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 (Kammerbeschluß) NJW 1989, 1789 (1789 f.) – Fremddarstellung als Selbstdarstellung; BVerfG (Kammerbeschluß) 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 (begrenzbaren) 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.

4. Kapitel:

Weiterentwicklungen und Bruchlinien

Die dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung³⁶³ erwecken auf den ersten Blick den Eindruck, als schlossen sie sich sämtlich nahtlos an die vorangegangene Rechtsprechung an. Freilich charakterisiert es die Rechtsprechung des Gerichts, daß es sich zunehmend auf sich selbst bezieht und den Anschluß an die eigene Rechtsprechung zu wahren versucht.³⁶⁴ Selbst eine Entscheidung, die Novellierungen bringt, weist diese nicht unbedingt als kenntlich gemachte und begründete Abweichungen aus, sondern stellt sie unter Umständen als Fortführung der bisherigen Rechtsprechung hin.³⁶⁵ Auch beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung besteht teilweise eine nur scheinbare Kontinuität.

Auf den zweiten Blick enthält die Rechtsprechung eine ganze Reihe interessanter Neuerungen. Immerhin muß sie sich in neuen Fällen mit einigen Problemen auseinandersetzen. So konnte man damit rechnen, daß das Gericht schnell zu klären haben würde, ob und inwiefern die „informationelle Selbstbestimmung“ nur in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG oder auch in anderen Grundrechten verankert ist. Ebenso war zu erwarten, daß es das Verhältnis zum Privatsphärenschutz und zum Persönlichkeitsrecht würde klären müssen. Des weiteren stand das Gericht unter mehreren Gesichtspunkten vor der Erkenntnis, daß ein traditionell-abwehrrechtliches Verständnis zu Schwierigkeiten führt.

363 Dazu insbes. BVerfG (Kammerbeschlüsse), NJW 1987, 1689 (1689); NJW 1987, 2219 (2219); NJW 1987, 2805 (2805 ff.); NJW 1988, 959 (959 ff.); NJW 1988, 961 (961 f.); NJW 1988, 962 (962 ff.); NJW 1989, 707 (707) – zur Volkszählung 1987; BVerfGE 67, 100 (142 ff.); 76, 363 (388); 77, 1 (46 ff.) – Untersuchungsausschüsse; BVerfGE 77, 121 (124 f.) und BVerfG (Kammerbeschuß), DVBl. 1990, 1041 (1042 f.) – Veröffentlichung von Angaben aus Einwendungen im Planfeststellungsverfahren; BVerfG (Kammerbeschuß), DVBl. 1988, 530 (530 f.) – Sicherheitsüberprüfung bei Beamten; BVerfGE 78, 77 (84 ff.) – öffentliche Bekanntmachung der Entmündigung; BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1988, S. 3009 (3009 f.) – Schuldnerverzeichnis; BVerfG (Kammerbeschuß), CR 1989, S. 827 (827 f.) – Auskunftspflicht der Presse gegenüber der Steuerfahndung; BVerfGE 80, 367 (373 ff.) – Tagebuch; 81, 70 (95 f.) – Aufzeichnungspflicht bei Mietwagen; BVerfG (Kammerbeschuß), StrafV 1991, 556 (556 f.) – Eintragung ins Zentralregister; BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1991, 2952 (2953) – Mikroverfilmung von Patientendaten; BVerfGE 84, 192 (194 ff.) – Offenbarung der Entmündigung; 84, 239 (279 ff.) – Kapitalertragssteuer; BVerfG (Kammerbeschuß), DVBl. 1993, 601 (602) – MeldeG; BVerfGE 89, 69 (82 ff.) – medizinisch-psychologisches Gutachten; 92, 191 (197 ff.) – Personalienkontrolle; 96, 171 (181, 184 ff.) – Stasi-Fragebogen; BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1996, 771 (772 ff.) – Blutuntersuchung; BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1997, 1633 (1633 f.) – Rechnungshofkontrolle; BVerfG (Kammerbeschuß), DVBl. 2001, 275 (275 ff.) – Auskunftsanspruch; BVerfG (Kammerbeschuß), BVerfGE 103, 21 (32 ff.) – DNA-Identitätsgesetz; BVerfG (Kammerbeschuß), DVBl. 2001, 1057 (1058 ff.) – Polizeiliche Datenerhebung.

364 Zu den vielfältigen Gründe dafür zählen Konsistenzanforderungen, ohne die die Akzeptanz und Überzeugungskraft leiden würden, der Zwang zur Selektion des für eine Entscheidung herangezogenen Materials, die Erleichterung der Konsensfindung im Senat oder gegebenenfalls auch das Bemühen, eine Anrufung des Plenums zu vermeiden. Vgl. dazu auch *Albers*, Bundesverfassungsgericht, S. 204.

365 Deutlich z.B. in BVerfGE 93, 352 (358 ff.).

Außerdem war es gezwungen, die Ausführungen des Volkszählungsurteils zu konkretisieren. Überwiegend stellt es sich dabei darauf ein, daß keine isolierte Betrachtung von Daten zu erfolgen hat, sondern daß die Informationsinhalte, die die Daten in gegebenen oder denkbaren Verwendungszusammenhängen gewinnen, und die damit verbundenen Wirkungen zu erschließen sind. Nicht zuletzt zeigen sich in der weiteren Rechtsprechung auch Unsicherheiten. Vor dem Hintergrund der bisherigen Analyse sind deren Gründe schnell auszumachen.

A. Die normative Verankerung informationeller Selbstbestimmung

I. Spezielle Freiheitsgewährleistungen als Anknüpfungspunkt

Das Bundesverfassungsgericht verankert den grundrechtlichen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten in der überwiegenden Zahl der Entscheidungen in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Feststellung wird dadurch relativiert, daß in den meisten dieser Entscheidungen ein anderes Grundrecht nicht in Betracht kommt.³⁶⁶ Eine ausdrückliche Erörterung des Anwendungsbereichs findet sich kaum. Nur im Schuldnerverzeichnis-Beschluß wird der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Abgrenzung zur Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG oder des Art. 2 Abs. 1 GG damit begründet, daß der Bezug der in Streit stehenden Information zum Bereich gewerblicher Betätigung ihren persönlichkeitsrechtlichen Gehalt nicht entfallen lasse und kein Grund dafür ersichtlich sei, die den Gewerbetreibenden im Wirtschaftsleben betreffenden personenbezogenen Daten einem prinzipiell abgeschwächten Schutz zu unterstellen.³⁶⁷

In einigen Entscheidungen wird allerdings angedeutet, daß die speziellen Freiheitsgewährleistungen relevant sein könnten. Das Gericht arbeitet dies jedoch nicht aus. Es bleibt im Gegenteil beim Maßstab diffus. Im Brokdorf-Beschluß heißt es knapp und beiläufig, daß die Veränderung des staatsfreien unreglementierten Charakters von Demonstrationen durch exzessive Observationen und Registrierungen mit verfassungsrechtlichen Anforderungen unvereinbar wäre. Die Frage des Maßstabs – Art. 8 Abs. 1 GG und/oder Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – wird dabei nicht näher behandelt.³⁶⁸ In zwei Entscheidungen des Zweiten Senats, in denen unter anderem Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eine Rolle spielen, wird der „grundrechtlich verbürgte Datenschutz“ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 14 GG zugeordnet.³⁶⁹

366 Lediglich in der insgesamt mißglückten (zweiten) Tagebuch-Entscheidung, BVerfGE 80, 367, wäre die Gewissensfreiheit einschlägig gewesen, vgl. noch Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt C.II.2.

367 BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1988, 3009 (3009). Hinter der Annahme eines „prinzipiell abgeschwächten Schutzes“ steht die nicht unbedingt begründete Annahme einer im Vergleich zum Persönlichkeitsrecht weitergehenden Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit.

368 BVerfGE 69, 315 (349).

369 BVerfGE 67, 100 (142); 84, 239 (279).

In mehreren Hinsichten führt dann aber das Urteil zu dem durch das Verbrechenbekämpfungsgesetz geänderten G 10³⁷⁰ deutlich weiter. Das Gericht überprüft darin die Befugnisse des Bundesnachrichtendienstes zur Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs, zur Auswertung der Aufzeichnungen, zur Berichterstattung an die Bundesregierung und zur Übermittlung erlangter Daten an andere Behörden, die Befugnisse dieser Behörden zur Auswertung der übermittelten Daten, die Vorschriften zur Vernichtung erlangter Daten sowie die Regelung der Mitteilungspflichten gegenüber Betroffenen. Als Prüfungsmaßstab zieht es vor allem das in Art. 10 GG geschützte Fernmeldegeheimnis heran. Eine Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, die zumindest teilweise denkbar wäre³⁷¹, schließt es aus.³⁷² Art. 10 GG enthalte eine spezielle Garantie.³⁷³

Art. 10 Abs. 1 GG schützt – das ist auch der gesicherte Stand der vorherigen Rechtsprechung³⁷⁴ – mit der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses die Inhalte und die näheren Umstände³⁷⁵ der über die Fernmeldetechnik vermittelten Kommunikationen vor dem staatlichen Zugriff. Hinter dem Schutz des Grundrechts steht, daß die davon erfaßten Kommunikationen wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf Kommunikationstechniken oder auf Leistungen Dritter angewiesen und deswegen den Zugriffen staatlicher Stellen, vor allem auch heimlichen Zugriffen, in besonderer Weise ausgesetzt sind.³⁷⁶ Mit der grundrechtlichen Verbürgung soll – so führt das Gericht aus – vermieden werden, daß die Kommunikation mittels Fernmeldeanlagen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, daß sich staatliche Stellen einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen. Indem das Grundrecht die einzelnen Kommunikationsvorgänge grundsätzlich dem staatlichen Zugriff entzieht, will es zugleich die Bedingungen einer freien Telekommunikation überhaupt aufrechterhalten.³⁷⁷

Diese Ausführungen enthalten in zweifacher Hinsicht Neues. Zum einen löst das Gericht Art. 10 GG aus dem Paradigma der Privatsphäre. Bis dahin hatte es deren Schutz

370 BVerfGE 100, 313. Zur „strategischen Kontrolle“ *Arndt*, Die „strategische Kontrolle“, S. 107 ff.; *ders.*, Fernmeldekontrolle, S. 169 ff.

371 Sie wurde in der einstweiligen Anordnung zu diesem Verfahren noch thematisiert, siehe BVerfGE 93, 183 (187).

372 Die erste Entscheidung zur „strategischen“ Kontrolle des Bundesnachrichtendienstes hat, obwohl sie durch den Ersten Senat kurze Zeit nach dem Volkszählungsurteil getroffen worden ist, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gar nicht erwähnt, sondern das Fernmeldegeheimnis gegen die freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG abgegrenzt, vgl. BVerfGE 67, 157 (171).

373 BVerfGE 100, 313 (358); im Anschluß daran BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 104. Entsprechend für Art. 13 Abs. 1 GG BVerfGE 109, 279 (325 f.).

374 BVerfGE 67, 157 (172); 85, 386 (396).

375 Dazu näher BVerfGE 107, 299 (314, 319 f.).

376 Vgl. BVerfGE 85, 386 (396); 106, 28 (36); ähnlich *Badura*, BK, Art. 10 Rn 1 ff.; *Gusy*, Grundrecht, S. 89 f.

377 Im Anschluß an BVerfGE 100, 313 (159), siehe auch BVerfGE 107, 299 (313).

umstandslos als Schutzziel des Grundrechts herausgestellt.³⁷⁸ Dahinter stehen zwei Gesichtspunkte. Lange Zeit war das Recht auf Achtung der Privatsphäre mit seiner hochabstrakten Fassung der zentrale Anknüpfungspunkt eines grundrechtlichen Schutzes vor Wissensinteressen anderer. Außerdem gibt es einige Ähnlichkeiten in den dogmatischen Mustern: So wie sich der Schutz des Rechts auf Achtung der Privatsphäre auf die Kommunikationsbeiträge oder Daten erstreckt, die in einer der Privatsphäre zugeordneten Situation entstanden sind³⁷⁹, schützt das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis die Kommunikationsbeiträge und Daten, die in medienvermittelten Kommunikationen entstehen. Allerdings ist die hochabstrakte Fassung des Schutzes der „Privatsphäre“, mit der ganz abstrakt ein von einem staatlichen Zugriff unbeeinträchtigter, vor staatlicher Kenntnis geschützter Bereich bezeichnet wird, material weitgehend nichtssagend und konkretisierungsbedürftig, sobald die Schutzgehalte präziser benannt oder gewichtet werden müssen.³⁸⁰ Ohne eine präzise Beschreibung kommt das Gericht bei der Beurteilung der dem Bundesnachrichtendienst und den Empfangsbehörden eingeräumten Befugnisse nicht aus. Darüber hinaus hebt es hervor, daß es bei Art. 10 GG nicht darauf ankommt, ob die Kommunikationen einen privaten oder einen anderen, etwa geschäftlichen oder politischen, Inhalt haben.³⁸¹ Damit vermittelt dieser weniger einen Privatsphären- als vielmehr einen Kommunikationsschutz. Ist die Privatsphäre als zentraler Anknüpfungspunkt des informations- und datenbezogenen Schutzes ohnehin bereits durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgelöst, akzentuiert das Gericht nunmehr auch das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis neu: Im Mittelpunkt der Verbürgung steht die *Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation*.

Zum anderen grenzt das Gericht den Schutzgehalt des Art. 10 GG aber auch gegen die Gestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ab.³⁸² Das gilt, obwohl es mehrfach auf die Parallelen hinsichtlich der Schutzziele und -wirkungen hinweist. Jenes Grundrecht schützt nicht etwa – wie eine vollständig gleichgerichtete Gestaltung es nahegelegt hätte – die „Selbstbestimmung über Informationen“ oder die „Verfügungsbefugnis über Informationen, die übermittelte Kommunikationsvorgänge betreffen“.³⁸³ Das Gericht konkretisiert die „Unverletzlichkeit“ des Fernmelde-„geheimnisses“ vielmehr mit Hilfe einer folgenorientierten Argumentation. Dabei legt es zugrunde, daß die Teilnehmer einer Kommunikation ihre jeweiligen Kommunikationspartner bei der Aufnahme einer Kommunikationsbeziehung und hinsichtlich der Kommunikationsinhalte auswählen und sich aufeinander einstellen. Wenn sie wüßten oder damit rechnen müßten, daß staatliche Stellen zwangsweise oder heimlich an der Kommunikation teilhaben, würde die Kommunikation unter Umständen vermieden, reduziert oder anderweitig verän-

378 BVerfGE 67, 157 (171); 85, 386 (395 f.).

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

380 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.a.

381 BVerfGE 100, 313 (358).

382 Insoweit zu kurz *Gusy*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 55 f.

383 So *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 10 Rn 15 f.

dert.³⁸⁴ Die freie Telekommunikation wird aber gerade verbürgt. Daher schützt das Grundrecht des Art. 10 GG bestimmte Bedingungen der über die aufgezählten Kommunikationstechniken vermittelten Kommunikation zwischen den Grundrechtsträgern sowie die Grundrechtsträger als Kommunikationsteilnehmer. Bedingung der Möglichkeit einer freien und unbefangenen Brief- und Telekommunikation sind deren Geheimnisqualität und damit auch deren Transparenz für die Teilnehmer. Art. 10 GG schützt die „verdateten“ Kommunikationsbeiträge und -umstände nicht im Sinne einer eigentumsanalogen Bestimmungsbefugnis, sondern im Sinne eines *material begründeten Freiheitsschutzes*.

Während die bis dahin gängige Sicht des Art. 10 GG aufgrund eines zu eng angelegten Privatsphärenmodells über einen Schutz gegen die staatliche Kenntnisnahme meist nicht hinausgekommen³⁸⁵, ist es nach dieser Bestimmung des grundrechtlichen Schutzkonzepts konsequent, die *Schutzwirkungen* auch auf den Umgang mit Informationen und Daten zu beziehen, der einer staatlichen Kenntnisnahme geschützter Kommunikationsvorgänge nachfolgt. Das Bundesverfassungsgericht hatte zuvor über diesen Punkt noch nicht eindeutig entschieden.³⁸⁶ Nunmehr erstreckt es Art. 10 GG auf die sich anschließenden Informations- und Datenverarbeitungsprozesse, auf die Verwendung erlangter Kenntnisse, auf die Übermittlung erlangter Daten an andere staatliche Stellen und auf deren weitere Verarbeitungen.³⁸⁷ Es argumentiert, die geschützte freie Telekommunikation leide nicht allein wegen der bloßen staatlichen Kenntnisnahme, sondern gerade auch dann, wenn die erlangten Kenntnisse in den staatlichen Zusammenhängen nachteilig verwertet oder wenn die Daten in einen weiteren, unter Umständen sogar mit schwererwiegenden Folgen für die Betroffenen verbundenen Verwendungszusammenhang überführt würden.³⁸⁸ Die Ausdehnung des Gewährleistungsbereichs ist vor allem auch mit Blick auf einen weiteren Punkt zwingend: Das Gericht bezeichnet – unter Hinweis auf die Ausführungen des Volkszählungsurteils zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung – die Festlegung der Verwendungszwecke und die Zweckbindung als besondere Anforderungen, die Art. 10 GG an den Gesetzgeber richtet.³⁸⁹ Die erste Anforderung legt nahe, die zweite erfordert, daß die Verwendung sowie der ihr vorangegangene Verarbeitungsprozeß oder die Übermittlung den Bindungen des Art. 10 GG unterliegen. Wo dessen Schutzwirkungen angesichts des Charakteristikums enden, daß Datenverarbeitungs-, Informations- und

384 Vgl. dazu auch *Derleder*, Mitwisser, S. 262 ff.

385 Statt vieler *Krüger/Pagenkopf*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 10 Rn 29; *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 68. Anders allerdings etwa *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 10 Rn 15 f.; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 10 Rn 60; *Bizer*, AK-GG, Art. 10 Rn 44.

386 Eine Ausdehnung der Schutzwirkungen wird nahegelegt von BVerfGE 67, 157 (182) und 85, 386 (398 f.). Jedoch sind in den Briefkontroll-Entscheidungen – BVerfGE 33, 1 (11 ff.); 35, 35 (39 f.); 42, 234 (236 f.); 57, 170 (177 ff.); 90, 255 (259 ff.) – das Anhalten des Briefes oder seine strafgerichtliche Verwertung nicht an Art. 10 GG gemessen worden. Vgl. dazu noch sogleich Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.1.

387 Siehe dann auch BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 153.

388 BVerfGE 100, 313 (359, 360).

389 BVerfGE 100, 313 (314 <LS 4>; 359 f.). Vgl. bereits das Sondervotum des Richters *Hirsch*, BVerfGE 57, 170 (194 ff.).

Entscheidungsprozesse tendenziell unendlich aneinanderknüpfen und die Informationsgrundlagen sich dabei immer mehr verändern können³⁹⁰, brauchte das Gericht in der zu entscheidenden Konstellation nicht zu problematisieren.

Damit erstreckt sich Art. 10 GG ebenso auf die *staats„internen“ Prozesse der Informations- und Datenverarbeitung* wie das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der Staat wird anders in Bezug genommen als im traditionellen Eingriffsabwehrkonzept. Indem der Schutzgehalt des Art. 10 GG aber gerade nicht als Bestimmungsbefugnis hinsichtlich der Informationen und Daten, sondern als ein bestimmte Maßgaben setzender Freiheitsschutz beschrieben wird, handelt sich das Gericht nicht das Problem der Determinationsreichweite und -tiefe ein, das die Schutzgehaltsfassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aufwirft.³⁹¹ Trotz oder gerade mit der *anderen Gestaltung des Schutzkonzepts* werden Art. 10 GG in seinem Anwendungsbereich die Schutzfunktionen zugewiesen, die ansonsten dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung obliegen.

Noch in einem weiteren Punkt führt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über bisherige Ausarbeitungen hinaus. Einige Beschwerdeführer hatten eine Verletzung nicht nur des Fernmeldegeheimnisses, sondern auch der Pressefreiheit geltend gemacht. Ist Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG neben Art. 10 GG noch einschlägig? Bis dahin hatte das Gericht das Verhältnis zwischen diesem Grundrecht und anderen Freiheitsgewährleistungen nie deutlich herausgearbeitet.³⁹² Nun führt es aus, daß der auf die prinzipielle Geheimnisqualität der Kommunikation bezogene Schutz des Art. 10 GG durch weitere Grundrechtsgarantien ergänzt werden könne, die wegen des Inhalts und des Kontexts einer Kommunikation oder im Hinblick auf die beeinträchtigenden Folgen der Verwendung erlangter Kenntnisse in neuen Verwendungszusammenhängen einschlägig seien. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleiste – hier kann das Gericht an frühere Entscheidungen anknüpfen – die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse und Informanten³⁹³ sowie die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit³⁹⁴. Dessen Schutz könne allerdings erst nach der staatlichen Kenntnisnahme der mittels Fernmeldeüberwachung erlangten Daten und Informationen einsetzen. Vorher fehle es dem Bundesnachrichtendienst angesichts der ungezielten Erfassung an der Möglichkeit festzustellen, daß es sich um pressebezogene Kommunikationen handele, und folglich auch an der Möglichkeit, die spezifischen Schutzwirkungen der Pressefreiheit zu beachten. Bei der Speicherung, Verwertung und Weitergabe von Daten und Informationen ist die Pressefreiheit aber zu berücksichtigen.³⁹⁵

390 Greift die Schutzwirkung beispielsweise noch für eine Entscheidung, die an eine strafgerichtliche Entscheidung anknüpft, die unter anderem auf eine Telefonüberwachung gestützt ist?

391 Dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. und B.IV.3.

392 Vgl. einerseits BVerfGE 30, 1 (32); 67, 157 (182); 85, 386 (398 f.); andererseits BVerfGE 33, 1 (11 ff.); 35, 35 (39 f.); 42, 234 (236 f.); 57, 170 (177 ff.; siehe aber auch die Sondervoten *Hirsch*: 182 <194 ff.> und *Wand*: 204 <219>); 90, 255 (259 ff.).

393 BVerfGE 20, 162 (176, 187 ff.); 50, 234 (240); 77, 65 (74 f.).

394 BVerfGE 66, 116 (130 ff.).

395 In entsprechendem Sinne dann bereits für die Erhebung – im zu entscheidenden Fall von Verbin-

Vergegenwärtigt man sich die Interpretation des Art. 10 GG, liegt die vom Gericht gewählte Lösung nahe. Aus dem Grundrecht wird, anders als aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, kein scheinbar allumfassender Schutz hergeleitet. Art. 10 GG entfaltet eine (prozeß)übergreifende Schutzwirkung, indem er eine grundsätzliche Bindung der Informations- und Datenverarbeitung an die Verwendungszwecke verlangt, hinsichtlich derer die staatliche Erfassung und Kenntnisnahme der geschützten Fernmeldekommunikationen verfassungsrechtlich legitimiert worden ist. Darüber hinaus gewährleistet er prozeßübergreifend die grundsätzliche Geheimnisqualität der ihm unterfallenden Kommunikationen. Diese inhaltliche Maßgabe bleibt jedoch notwendig weitgehend abstrakt. Art. 10 GG schützt eben nicht die „Vertraulichkeit der Kommunikation“ im Sinne einer inhaltlich zu bestimmenden Privatsphäre. Daß es sich um Kommunikationen handelt, die über bestimmte Techniken vermittelt werden, gibt für die Intensität des Schutzes der Kommunikationsinhalte wenig her. Damit drängt sich auf, daß die *einzelnen Freiheitsgewährleistungen* mit ihren näheren inhaltlichen Maßgaben *verstärkend hinzutreten*, sobald die Kommunikationsinhalte bekannt sind und ein darauf gerichteter Schutz greifen kann. Ihnen kommen freilich ihrerseits (nur) bestimmte Schutzwirkungen zu. Deswegen treten sie auch keineswegs als allein greifende Vorgaben an die Stelle des Art. 10 GG.

Diese Lösung gilt nicht allein hinsichtlich der Pressefreiheit. Das Gericht selbst stellt einen abstrakteren Einleitungssatz voraus, der sämtliche Freiheitsgewährleistungen einschließt, die Schutzwirkungen hinsichtlich des staatlichen Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten entfalten könnten. Als Anknüpfungspunkte dafür nennt es *den Inhalt und den Kontext einer Kommunikation* oder *die beeinträchtigenden Folgen* der Verwendung erlangter Kenntnisse in neuen Verwendungszusammenhängen. Es geht somit davon aus, daß sich mit Hilfe dieser Anknüpfungspunkte auch aus anderen Freiheitsgewährleistungen ein informations- und datenbezogener Schutz herleiten läßt.

Im Ergebnis verfolgt das Bundesverfassungsgericht ein Konzept, bei dem mehrere Grundrechte mit spezifischen Schutzwirkungen den Umgang mit Informationen und Daten binden. Die Ausführungen zu den Schutzziele und Schutzzinhalten sowie die Argumentation zur näheren Begründung des Schutzes sind auch für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG aufschlußreich. Das gilt um so mehr, als das Gericht Art. 10 GG ausdrücklich als demgegenüber spezielle Garantie bezeichnet und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zumindest so handhabt.

II. Das Verhältnis zum Recht auf Achtung der Privatsphäre und zum Persönlichkeitsrecht

Nach seiner Genese ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Weiterentwicklung des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und des Persönlichkeitsrechts. Seiner Konzeption nach ist es ein abstrakterer Ansatz, der die bis dahin vorhandenen Stränge

ungsdaten der Mobiltelefone von Journalisten – BVerfGE 107, 299 (329 ff.). Entsprechend für Art. 13 Abs. 1 GG BVerfGE 109, 279 (326 f.).

des Persönlichkeitsschutzes in sich aufnehmen könnte, soweit es um den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten geht.³⁹⁶ Deswegen ist es für das Verständnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung von besonderem Interesse, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form das Bundesverfassungsgericht noch auf das Recht auf Achtung der Privatsphäre und auf das Persönlichkeitsrecht zurückgreift.

1. Neue Muster des Schutzes der Privatsphäre

Der Schutz der Privatsphäre als Gewährleistungsinhalt des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG taucht in der nachfolgenden Rechtsprechung bald wieder auf. Einen besonderen Anlaß, darauf zurückzugreifen, bietet die Inanspruchnahme grundrechtlichen Schutzes gegen die Verwertung tagebuchähnlicher Aufzeichnungen im Strafverfahren, mit der sich die (zweite) Tagebuchentscheidung zu befassen hatte.³⁹⁷ Das Bundesverfassungsgericht beschreibt den Prüfungsmaßstab hier allerdings nur knapp. Die dabei gewählte Mischung aus allgemeinem Persönlichkeitsrecht, Passagen des Volkszählungsurteils und früheren Ausführungen zum Recht auf Achtung der Privatsphäre belegt, wie ungesichert das Verhältnis zwischen diesen Elementen noch ist. Statt weiterzuführen fällt die Entscheidung insgesamt hinter den (eigentlich) erreichten dogmatischen Stand zurück.³⁹⁸ Einen Anlaß zum Rückgriff auf das Paradigma der Privatsphäre liefert auch eine Verfassungsbeschwerde gegen die Aufforderung zur Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens zum Nachweis der Fahreignung.³⁹⁹ Der dazu ergangene Beschluß des Bundesverfassungsgerichts ordnet den Schutz vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu. An das Privatsphären-Paradigma knüpft es mit den Bemerkungen an, dieser Schutz sei um so intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stünden, die als unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beanspruche. Daher seien die bei dem psychologischen Teil der Untersuchung ermittelten Befunde zum Charakter des Betroffenen stärker geschützt als die rein medizinischen Feststellungen.⁴⁰⁰ Das scheint die Erkenntnis des Volkszählungsurteils zu verfehlen, daß Privatheit nicht als Eigenschaft

396 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.IV.2. Siehe auch aus der Literatur *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 30, 40 ff., 76 ff., der das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit einem Selbstdarstellungsrecht gleichsetzt. Außerdem *Störmer*, Verwertbarkeit, S. 18, das informationelle Selbstbestimmungsrecht sei ein Oberbegriff. Schließlich *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, die in der ersten Zeit nach dem Volkszählungsurteil ausgeführt haben: „Soweit sie mit Informationen zu tun haben, sind somit die Einzelverbürgungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu Aspekten des informationellen Selbstbestimmungsrechts geworden.“ (1. Aufl., Rn 432); und inzwischen das Verhältnis neu bestimmen: „Das informationelle Selbstbestimmungsrecht hat die speziellen Rechte nicht verdrängt; es ist deren Auffangrecht geworden.“ (20. Aufl., Rn 377).

397 BVerfGE 80, 367. Als Vorinstanz BGHSt 34, 397.

398 Dazu noch sogleich Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt C.II.2.

399 BVerfGE 89, 69.

400 BVerfGE 89, 69 (82 ff.).

von Daten begriffen und ihnen deshalb nicht in isolierter Betrachtung zugeschrieben werden kann.⁴⁰¹ Allerdings bleibt der Kontext, in dem die Daten erhoben und verwendet werden, nämlich die Gutachtenanfertigung zwecks Ermittlung der Fahreignung, im folgenden nicht außer acht. Auch werden die Ausführungen der weiteren Entscheidungsfindung nicht zugrunde gelegt, denn sie spielen dort keine Rolle mehr. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre wird des weiteren in einem Beschluß herangezogen, in dem die Beschwerdeführerin verurteilt worden war, ihrer nichtehelichen Tochter die Identität des Vaters zu offenbaren.⁴⁰² Es wird hier dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht untergeordnet und neben die – mit Hinweis auf das Volkszählungsurteil angeführte – Befugnis des Einzelnen gestellt, grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, inwieweit und gegenüber wem persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Das wird nicht näher begründet, und man darf darin eine Aneinanderreihung früherer Entscheidungspassagen, aber keine präzise Bestimmung des Verhältnisses der jeweiligen Anwendungsbereiche zueinander vermuten.

Gründlicher erörtert hat das Bundesverfassungsgericht den Schutz der Privatsphäre in einer Entscheidung, die sich mit einer Verurteilung wegen Beleidigung von Strafvollzugsbeamten befaßt.⁴⁰³ Dieser Verurteilung lagen Äußerungen in einem Brief zugrunde, den die Beschwerdeführerin an ihren in Strafhaft sitzenden Bruder gerichtet hatte. Das Gericht hielt die Verfassungsbeschwerde aufgrund einer Verletzung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht für begründet. Anknüpfungspunkt sei die Meinungsfreiheit, weil sich die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Würdigung von Äußerungen und die Zulässigkeit von Beschränkungen aus diesem Grundrecht ergäben. Da es sich um eine Äußerung in der von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Privatsphäre handele, trete dieses Grundrecht jedoch ergänzend hinzu.

Der so bestimmte Prüfungsmaßstab enthält einige Implikationen. Im zu entscheidenden Fall kennzeichnet ein Brief die Kommunikation als vertrauliche Situation zwischen Geschwistern. Als Prüfungsmaßstab wäre demnach auch die – ihrerseits als verletzt gerügte⁴⁰⁴ – Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses in Betracht gekommen. Daß das Gericht Art. 10 GG jedoch nicht (auch noch) heranzieht, liegt daran, daß es bereits wegen der Verletzung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit i.V.m. dem Persönlichkeitsrecht zur Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Entscheidungen gelangt. In der Phase der Verwendung der brieflichen Aufzeichnungen oder der daraus erlangten Informationen greifen diese Normen neben Art. 10 GG. Diesem könnte man zwar Maßgaben zur Frage der Zweckbindung und der Zulässigkeit von Zweckänderungen entnehmen, die durchaus erörterungswürdig gewesen wären. Im übrigen geben Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im zu entscheidenden Fall aber mehr her. Der Zugriff des Gerichts ist also, vergleicht man ihn mit der (späteren) Entscheidung zur Überwa-

401 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2., Punkt B.II.5.b.dd.

402 BVerfGE 96, 56 (61).

403 BVerfGE 90, 255.

404 BVerfGE 90, 255 (258).

chung der Fernmeldeverkehrsbeziehungen durch den Bundesnachrichtendienst, konsistent.⁴⁰⁵

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt unter diesen Umständen als Prüfungsmaßstab nicht in Betracht. Der durch es vermittelte Schutz wird hier durch Art. 10 GG gewährleistet. Dieser übernimmt, wie die Entscheidung zum Bundesnachrichtendienst ausführen wird, in seinem Anwendungsbereich die entsprechenden Schutzwirkungen. Dann aber können wiederum Rückschlüsse für das Verhältnis zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem Recht auf Achtung der Privatsphäre gezogen werden: Die Verbürgung der Privatsphäre wird als inhaltliche Schutzidee nicht obsolet. Sie ist ihrerseits aber weder in ihrem Inhalt noch in ihrer Reichweite geeignet, die normativen Gehalte des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (wieder) zu ersetzen oder an seine Stelle zu treten.

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre spielt in dieser Entscheidung nicht nur als Prüfungsmaßstab eine maßgebliche Rolle. Es wird darüber hinaus aus seiner Genese, nämlich von der Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, gelöst. Das Gericht begründet es *eigenständig über den Schutz der Persönlichkeitsentfaltung*:

„Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Zu den Bedingungen der Persönlichkeitsentfaltung gehört es, daß der Einzelne einen Raum besitzt, in dem er unbeobachtet sich selbst überlassen ist oder mit Personen seines besonderen Vertrauens ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Sanktionen verkehren kann. Aus der Bedeutung einer solchen Rückzugsmöglichkeit für die Persönlichkeitsentfaltung folgt, daß der Schutz des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auch die Privatsphäre umfaßt ...“⁴⁰⁶

Ausführlich geht das Gericht darauf ein, daß hier eine Kommunikation und ein Kommunikationsbeitrag nicht nur durch die Meinungsfreiheit, sondern in ihrer Vertraulichkeit auch durch die Privatsphäre geschützt werden. Diese schützt die Kommunikation somit gerade in Aspekten, die die Garantie der Meinungsfreiheit allein nicht hergäbe. Hinter dem Schutz steht insbesondere die Funktion, die die Kommunikation als Ausdruck der Persönlichkeit und Bedingung ihrer Entfaltung erfüllt. Äußerungen gegenüber Familienangehörigen und Vertrauenspersonen dienen dem rückhaltlosen Ausdruck eigener Emotionen, der Offenbarung geheimer Wünsche oder Ängste, der freimütigen Kundgabe des eigenen Urteils über Verhältnisse und Personen oder der entlastenden Selbstdarstellung. Sie könnten aber auch Familienmitgliedern oder anderen Vertrauten in einer Persönlichkeitskrise oder Existenzbedrohung Hilfe bieten und so zur seelischen Stabilisierung oder gesellschaftlichen Integrationsfähigkeit beitragen. Solche Äußerungen bedingten eine besondere Vertraulichkeit und damit eine Abschottung gegen die Kenntnisnahme anderer. Angesichts ihrer Schutzwürdigkeit werden sie genau darin durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt.

Es ist dann konsequent, daß der Schutz des Rechts auf Achtung der Privatsphäre nicht verloren geht, wenn sich der Staat aufgrund verfassungsmäßiger gesetzlicher Grundlagen

405 Vgl. die Ausführungen in Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.I.

406 BVerfGE 90, 255 (260).

zu bestimmten Zwecken Kenntnis von den Äußerungen verschaffen durfte und verschafft hat. Unabhängig davon, ob nicht bereits die Maßgaben des Art. 10 GG Zweckänderungen zugunsten einer Strafverfolgung wegen Beleidigung ausschließen, greifen bei der Verwendung erlangter Kenntnisse somit die Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Ob eine Beleidigung vorliegt, ist daher nach den Grundsätzen zu beurteilen, die auch sonst für vertrauliche Äußerungen im Familienkreis gelten.⁴⁰⁷ Die zu bestimmten Zwecken zulässige und insofern nicht nur zufällige staatliche Kenntnisnahme der Äußerungen ändert daran nichts.⁴⁰⁸

Auch im Caroline-Urteil⁴⁰⁹ wird das Recht auf Achtung der Privatsphäre in einen neuen Kontext gestellt und mit neuen Mustern aufgefüllt. Die Beschwerdeführerin, Prinzessin Caroline von Monaco, hatte sich gegen die Veröffentlichung von Fotografien aus ihrem Alltags- und Privatleben in verschiedenen Zeitschriften gewandt. Das Bundesverfassungsgericht setzt mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als Prüfungsmaßstab an. Diesem ordnet es das Recht am eigenen Bild und die Garantie der Privatsphäre als Konkretisierungen unter. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird, obwohl es sich bei den Fotografien durchaus um „personenbezogene Daten“ handelt, nicht erwähnt. Den entsprechenden Schutz übernimmt das Recht am eigenen Bild. Es zählt im Kontext des Persönlichkeitsrechts ebenfalls zu den genetischen Grundlagen jenes Rechts. In der Sicht des Gerichts ist es aber offenbar nicht darin aufgegangen, sondern bleibt eine spezielle Garantie. Das Gericht formuliert dessen Schutzgehalt nunmehr neu und sichert dessen Herleitung in neuartiger Weise ab: Es gewährleistet dem Einzelnen keine umfassende Verfügungsbefugnis, sondern Einfluß- und Entscheidungsmöglichkeiten, soweit es um die Anfertigung und Verwendung von Fotografien oder Aufzeichnungen seiner Person durch andere geht.⁴¹⁰ Insofern deckt es auch nur bestimmte Schutzaspekte ab. Es bleibt Raum für das Recht auf Achtung der Privatsphäre.

Auch den Schutz der Privatsphäre bestimmt das Gericht in neuer Form. Vor allem spezifiziert es ihn über die abstrakt belassene „sphärenbezogene Abwehrformel“⁴¹¹ hinaus. Er umfaßt zum einen Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als „privat“ eingestuft werden, weil ihre öffentliche Erörterung als unschicklich gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst. Das Gericht nennt dafür Beispiele aus seiner früheren Rechtsprechung: Auseinandersetzungen mit sich selbst in Tagebüchern, vertrauliche Kommunikationen unter Eheleuten, Sexualität, abweichendes Verhalten oder Krankheiten.⁴¹² Daran schließt sich eine Begründung für den Schutz an: Fehlte es an einem Schutz vor der Kenntniserlangung anderer, wären Gewissensauseinandersetzungen, unbefangene Kommunikatio-

407 Das BVerfG weist darauf hin, daß die strafrechtliche Judikatur und Literatur dort eine „beleidigungsfreie Sphäre“ anerkennen, ausf. m.N. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Vorbem §§ 185 ff. Rn 9 ff.

408 Anders, aber zu kurzschlüssig in diesem Punkt BVerfGE 57, 170 (204, 212 – Sondervotum *Wand* –).

409 BVerfGE 101, 361. Vgl. dazu auch EGMR (*Caroline v. Hannover*), Urteil vom 24. Juni 2004, Application no. 59320/00, abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

410 Vgl. sogleich Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.b.bb.

411 Siehe oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.dd. mit Fn 282.

nen unter Nahestehenden, die sexuelle Entfaltung oder die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe beeinträchtigt oder unmöglich, obwohl es sich um grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen handelt. Neben den in dieser Weise inhaltlich bestimmten Schutz tritt zum anderen der Schutz eines räumlich und zeitlich bestimmten Rückzugsbereichs. Dieser Bereich ist weniger mit dem Blick auf Informationsinhalte als mit Hilfe der Funktion zu bestimmen, die er erfüllt. Der Einzelne soll die Möglichkeit haben, sich zu entspannen oder auch sich gehen zu lassen. Auch zu diesem Schutzaspekt liefert das Gericht eine Begründung: Bestünden solche Rückzugsbereiche nicht mehr, käme es zu psychischen Überforderungen, weil man ständig darauf achten müßte, wie man auf andere wirkt und ob man sich richtig verhält. Es fehlten die Phasen des Zu-sich-selbst-Kommens und des Ausgleichs, die für die Persönlichkeitsentfaltung notwendig sind und deren Fehlen sie nachhaltig beeinträchtigt. Die Erwägungen zur „privacy“, die schon zu Zeiten der Mikrozensus-Entscheidung Gegenstand der Diskussion gewesen sind, dort aber nicht argumentativ aufgegriffen wurden⁴¹³, finden sich nunmehr als Argumentation zur inhaltlichen Begründung des Schutzes der Privatsphäre. Wegen des Bezugs auf die Entfaltung der Persönlichkeit darf der Rückzugsbereich nicht auf den bis dahin meist allein anerkannten häuslichen Bereich begrenzt werden.⁴¹⁴ Allerdings ist er zugleich gegen Sphären abzugrenzen, die der breiten öffentlichen Beobachtung zugänglich sind.⁴¹⁵

Was bedeutet diese Entwicklung für das Recht auf Achtung der Privatsphäre? Und wie stellt sich dessen Verhältnis zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar? Den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ist zu entnehmen, daß das Recht auf Achtung der Privatsphäre als Gegenstand grundrechtlichen Schutzes nicht aufgegeben wird. Das Verhältnis zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist dagegen weniger deutlich. Die (zweite) Tagebuch- und die Gutachten-Entscheidung reihen Ausführungen aus verschiedenen dogmatischen Kontexten aneinander. Die Briefkontroll- und die Caroline-Entscheidung lassen dagegen vermuten, daß das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung *unterschiedliche dogmatische Funktionen erfüllen* und sich in ihren Anwendungsbereichen nur begrenzt überschneiden. Dazu paßt, daß das Bundesverfassungsgericht den Schutz jenes Rechts neu konzipiert. Es löst ihn von der Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung. Den daraus resultierenden Anforderungen an eine neue Begründung kommt es nach, indem es den Schutz als Bedingung und Faktor individueller Entfaltung entwickelt. Dabei unterscheidet es zwei Stränge. Bei dem räumlich und zeitlich bestimmten Schutz eines Rückzugsbereichs finden sich die Kennzeichen der „klassischen“ Privatsphäre. Man darf vermuten, daß er auch keineswegs nur einen Schutz vor dem Wissen anderer vermittelt, sondern darüber hinaus etwa gegen ein unerwünschtes Eindringen schützt. Die – dem Ver-

412 BVerfGE 80, 367; 27, 344; 44, 353; 32, 373.

413 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.1.

414 So in den vorinstanzlichen Entscheidungen noch das OLG, AfP 1996, 69 (71, 72). Der BGH hatte schon eine Ausdehnung der Schutzes vorgenommen, BGHZ 131, 332 (338 ff.). Vgl. dazu auch von Gerlach, Privatsphäre, S. 741 ff. Siehe weiter BGH, JZ 2004, S. 622 (622 ff.).

415 Auf der Basis des Art. 8 EMRK insoweit anders EGMR (Caroline v. Hannover), Urteil vom 24. Juni 2004, Application no. 59320/00, Rn 50 ff.; abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

fassungsgericht ohnehin nicht zu unterstellende – „Sphärentheorie“ steckt darin dennoch nicht: Es entwickelt den Schutz eines Rückzugsbereichs nicht von einem isoliert gedachten Individuum her, sondern als Bedingung der Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung *in* der Gesellschaft.⁴¹⁶ Bei dem zweiten Strang steht dagegen nicht der abgeschottete Bereich im Vordergrund, dessen Schutz sich auf die Informationen und Daten erstreckt, die in ihm entstehen.⁴¹⁷ Schutzziel ist vielmehr der *Schutz vor dem Wissen anderer*, und der Schutzgehalt erfaßt bestimmte Angelegenheiten gerade deswegen und gerade in bezug darauf. Das begründet das Gericht: Erfaßt werden bestimmte, typischerweise als „privat“ beurteilte Verhaltensweisen, Kommunikationen oder Aufzeichnungen, die als solche grundrechtlichen Schutz genießen und möglich bleiben müssen, die aber als Inhalt der Information anderer peinlich wären oder nachteilige Reaktionen auslösten und deswegen vermieden würden, wenn man damit rechnen müßte, daß andere Kenntnis davon erlangen und die erlangten Informationen nutzen. Zwar wird es auch hier Voraussetzung des Privatheitsschutzes bleiben, daß der Betroffene die Angelegenheiten gegen allgemeine Kenntnischancen abschottet. Aber dies ist ein nachgeordnetes Element und nicht der zentrale Grund des Schutzes. Insoweit gestaltet er sich nunmehr *informationsorientiert*. Das ist ein zentraler Unterschied zur früheren dogmatischen Konzeption, in der Informationen und Daten immer nur mitgeschützt waren.⁴¹⁸ Da damit auch die Leistung dieser Konzeption entfällt, eine Zuordnung der Angelegenheiten oder Daten zum Individuum zu bewirken und von Begründungserfordernissen zu entlasten, stellt sich das Gericht nun darauf um, den Schutz *argumentativ zu entwickeln*. Inhaltlich und dogmatisch wird das Recht auf Achtung der Privatsphäre somit grundlegend verändert.

Gerade da der Schutz der Privatsphäre material begründet wird, erfordert er die Abgrenzung gegen die „Öffentlichkeit“. Er wird spezifiziert und damit begrenzt. Das Gericht beläßt freilich keinen Zweifel daran, daß das Auftreten in der Öffentlichkeit einen anderweitig abgesicherten Schutz genießen kann. Für einschlägig hält es dann zum Beispiel das Recht am eigenen Bild oder das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht.

2. Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Persönlichkeitsrecht

a) Inkonsistenzen beim Rückgriff auf die Schutzgehalte

Nach den obigen Überlegungen zur Fassung des Schutzgehalts des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung⁴¹⁹ kann es nicht überraschen, daß dessen Verhältnis zum (allgemeinen) Persönlichkeitsrecht in der weiteren Rechtsprechung Schwierigkeiten bereitet. Das Gericht ordnet bestimmte Konstellationen weiterhin dem Persönlichkeitsrecht zu. Als Beispiele können zunächst die Veröffentlichung von Zitaten aus einer Anklage-

416 Zur „Sphärentheorie“ Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.aa.

417 Dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.a.

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

419 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.IV.3.

schrift⁴²⁰ oder Fremddarstellungen oder Rundfunkberichte über eine Person⁴²¹ genannt werden. Sie betreffen die Verbreitung von Informationen, die staatliche Stellen oder Dritte durch eigene Beobachtung oder Beurteilung der jeweiligen Person erzeugen. Auch in die Öffentlichkeit getragene Warnungen staatlicher Stellen vor bestimmten Gruppen – wo man schon angesichts der Mischung von Tatsachenwiedergabe und Wertung meinen könnte, daß der Begriff der „Verwendung personenbezogener Daten“ dies umschließt – werden unter dem Aspekt der Ehrverletzung⁴²² oder als mittelbare Beeinträchtigung der Betätigung in einem geschützten Lebensbereich⁴²³ geprüft. Darüber hinaus greift das Gericht in dem Beschluß über die Aufforderung zur Vorlage eines medizinisch-psychologischen Gutachtens auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Prüfungsmaßstab zurück, obwohl es dort um die Erhebung, Verwendung und Weitergabe persönlicher (Gesundheits)Daten ging.⁴²⁴ Auch in der Entscheidung zum Fragebogen hinsichtlich früherer Stasi-Tätigkeiten knüpft es an das allgemeine Persönlichkeitsrecht an und scheint das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem einzuordnen.⁴²⁵ Ein auffälliges Beispiel ist schließlich der Beschluß zur Auslegung einer Liste, die etwa 4500 Namen angeblicher inoffizieller Mitarbeiter des Staatssicherheitsdienstes sowie deren Personenkennziffern, Einsatzorte, Decknamen und weitere Angaben aufführte. Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Beurteilung ausschließlich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein⁴²⁶, und dies, obwohl das Berufungsgericht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hervorgehoben⁴²⁷ und der Bundesgerichtshof eine von erkennbaren Unsicherheiten geprägte Abgrenzung zwischen diesem und jenem vorgenommen hatte.⁴²⁸

Eine Begründung für die Heranziehung gerade und vorrangig des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fehlt. Mit den Fragen der Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung setzt sich das Bundesverfassungsgericht nicht auseinander. Anwendungsbereich und Abgrenzungskriterien lassen sich dogmatisch auch nicht mit Blick auf die zu entscheidenden Fälle erschließen. Die Fassung einer Bestimmungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten mag mit zu vielen Schwierigkeiten verbunden sein, als daß das Gericht sie in allen eigentlich einschlägigen Konstellationen einsetzen könnte.

420 BVerfGE 71, 206 (216 ff.).

421 BVerfGE 73, 118 (201); 97, 125 (146 ff.) – Gegendarstellungs- und Richtigstellungsrecht; BVerfG NJW 1989, 1789 f. – Fremddarstellung als Selbstdarstellung; BVerfGE 81, 208 (222) – heimliche Aufzeichnung einer künstlerischen Darstellung.

422 Vgl. BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1989, 3269 (3269); dazu auch BVerwGE 82, 76 (78 ff.).

423 BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1989, 3269 (3270 f.), und BVerwGE 82, 76 (78 ff.).

424 BVerfGE 89, 69 (82 ff.).

425 BVerfGE 96, 171 (181). Vgl. auch BVerfGE 84, 192 (194).

426 BVerfG (Kammerbeschluß), NJW 2000, 2413 (2414 f.). Kritisch dazu Enders, Anmerkung, S. 1108 ff.

427 OLG Naumburg, NJ 1994, 177 (178).

428 BGH, JZ 1995, 253 (253 f.).

b) Korrekturen und neue Muster im Bereich des Persönlichkeitsrechts

aa) Entscheidungsbefugnisse über die Darstellung der eigenen Person

Im Kontext des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungs- und Verfügungsbefugnisse hergeleitet, die zu den genetischen Grundlagen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gehören. Die in den einschlägigen Entscheidungen gewählten Formulierungen sind jedoch als ein mißglückter Anschluß an die vorherige Privatsphärenkonzeption sowie an die zivilgerichtliche Rechtsprechung zu erklären und nur im Kontext der konkreten Entscheidungsgründe zu verstehen.⁴²⁹ Die mißverständlichen Ausführungen hat das Gericht in der nachfolgenden Rechtsprechung mehrfach zurechtgerückt.

In der Entscheidung zum Recht der Gegendarstellung, die sich mit mehreren Verfassungsbeschwerden gegen die Verurteilung zum Abdruck von Gegendarstellungen und Richtigstellungen auf dem Titelblatt eines Presseerzeugnisses befaßt⁴³⁰, knüpft das Gericht an das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht aber an den vormals konkretisierten Schutz der Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person an. Vielmehr leitet es eine dem Gesetzgeber obliegende grundrechtliche Schutzpflicht her, den Einzelnen wirksam gegen Einwirkungen der Medien auf seine Individualsphäre zu schützen.⁴³¹ Deren Grund sind die unterschiedlichen publizistischen Einflußmöglichkeiten der Medien einerseits und den von ihrer Berichterstattung betroffenen Individuen andererseits.⁴³² Sie verlangt, daß der von einer Darstellung in den Medien Betroffene die rechtlich gesicherte Möglichkeit hat, dieser mit seiner Darstellung entgegenzutreten.⁴³³ Das Ergebnis auch der (ersten) Gegendarstellungsentscheidung wird also mit einer anderen Argumentation gewonnen. In nunmehr stringenter Weise sichert das Gericht 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.⁴³⁴ Die Aussagen des Grundrechts, die zunächst den Gesetzgeber binden, richten sich insoweit im Ansatz nicht auf die Sicherung von Abwehr-, sondern von *Einfluß*möglichkeiten. Darüber hinaus gibt die aus dem Persönlichkeitsrecht folgende Schutzpflicht einen Anspruch auf Richtigstellung im Falle der Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen durch die Presse her. In diesem Zusammenhang hebt das Gericht hervor, daß der Einzelne keinen Anspruch hat, nur so in der Öffentlichkeit dargestellt zu werden, wie es ihm genehm ist. Das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht schütze ihn freilich jedenfalls vor verfälschenden oder entstellenden

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

430 BVerfGE 97, 125.

431 Vgl. bereits BVerfG (Kammerbeschuß), AfP 1993, S. 474 (475). Außerdem BGHZ 66, 182 (195); *Schmits*, Gegendarstellung, S. 19 ff.

432 Dazu bereits BGH NJW 1965, S. 1230 (1230); BGHZ 66, 182 (195); *Kreuzer*, Persönlichkeitsschutz, S. 93 ff.

433 BVerfGE 97, 125 (146).

434 Vgl. dazu bereits die Entscheidungsanalyse oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.3.

Darstellungen seiner Person und Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitsbildes. Der dem beigefügte Verweis auf die Eppler-Entscheidung macht die darin liegende Korrektur der dort mißverständlichen Formulierungen bereits deutlich.⁴³⁵

Die Ausarbeitungen des Lebach-Urteils, in dem 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“, als Schutzgut konzipiert worden war, spielen in dem Beschluß zur Nennung des eigenen Namens eine Rolle.⁴³⁶ Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen ein oberlandesgerichtliches Urteil, das die Beschwerdeführerin dazu verurteilt hat, bei Äußerungen über den sexuellen Mißbrauch durch ihren Vater die Nennung nicht nur seines, sondern auch ihres eigenen Namens zu unterlassen. Das Oberlandesgericht stützte sich auf die Grundlinien des Lebach-Urteils.⁴³⁷ Das Bundesverfassungsgericht hebt in den Gründen seiner – im Ergebnis aufhebenden – Entscheidung zunächst erneut hervor, daß das grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht seinem Träger keinen Anspruch darauf verleiht, nur so in der Öffentlichkeit dargestellt zu werden, wie es seinem Selbstbild entspricht oder ihm genehm ist. Bei wahren Tatsachenbehauptungen müßten die Persönlichkeitsinteressen regelmäßig hinter der Meinungsfreiheit zurückstehen. Von dieser Regelabwägung nimmt das Gericht Fälle aus, in denen die Folgen der Darstellung für die Persönlichkeitsentfaltung schwerwiegend sind und die Schutzbedürfnisse das Interesse an der Äußerung überwiegen. Es nennt das Lebach-Urteil als eine Konstellation, in der es den Persönlichkeitsbelangen mit Blick auf die vorhersehbaren Folgen der beabsichtigten Sendung für die Resozialisierung des Betroffenen Vorrang eingeräumt hat. Im nun zu entscheidenden Fall legt es zugrunde, daß öffentliche Berichte über den Mißbrauch des eigenen Kindes meist zu einer Stigmatisierung des Täters führten. Stigmatisierungen könnten aufgrund gesellschaftlicher, also nicht allein der Verantwortung der davon betroffenen Person zuzuschreibender Einschätzungs- und Verhaltensmechanismen einen Entzug der sozialen Anerkennung, eine soziale Isolierung und eine grundlegende Verunsicherung und Selbstentwertung des Betroffenen in zahlreichen Lebensbereichen zur Folge haben. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit werde dadurch nachhaltig erschwert, ohne daß dies zu den üblichen Grenzen der Entfaltungschancen oder zu den nachteiligen Reaktionen anderer gezählt werden könnte, die man als Folge eigener Entscheidungen oder Verhaltensweisen hinzunehmen hätte. Da Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf die Aufrechterhaltung der Grundbedingungen sozialer Beziehungen zwischen dem Grundrechtsträger und seiner sozialen Umwelt ziele,

435 BVerfGE 97, 125 (149).

436 BVerfGE 97, 391. Siehe dazu auch *Schulze-Fielitz*, Anmerkung, JZ 1998, S. 1118 ff.

437 Die zivilgerichtliche Rechtsprechung insgesamt hat die Grundsätze der Lebach-Entscheidung übernommen und generalisiert. Siehe etwa OLG Köln, NJW 1987, S. 2682 (2682 ff.); OLG Hamm, AfP 1988, S. 258 (259); OLG Düsseldorf, OLGZ 1990, S. 202 (204 ff.); OLG Hamburg, NJW-RR 1991, S. 990 (990 ff.); OLG Hamburg, NJW-RR 1992, S. 536 (536 f.); OLG Hamburg, NJW-RR 1994, S. 1439 (1440 f.); OLG Brandenburg, NJW 1995, S. 886 (887 ff.); OLG Nürnberg, NJW 1996, S. 530 (531). Siehe auch BVerfG, Kammerbeschluß, NJW 1993, S. 1463 (1464 f.).

greife er auch dann, wenn die Aussagen wahr und (gerade deshalb) Anknüpfungspunkt einer allgemeinen sozialen Ausgrenzung und Isolierung seien.

Daß das Bundesverfassungsgericht gerade in der vorliegenden Konstellation die Ausführungen des Lebach-Urteils rekonstruiert, kann nicht überraschen. Der Fall dreht sich nicht um die Darstellung bestimmter Vorgänge aus dem Leben des betroffenen Vaters in den Medien, sondern um öffentliche Äußerungen der Tochter über einen sexuellen Mißbrauch. Sie stellt damit nicht nur Vorgänge aus seinem, sondern immer auch Vorgänge aus *ihrer* Leben dar. Leitete man aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein „Verfügungsrecht über Darstellungen der Person“ her, müßte dieses – neben dem Recht auf freie Meinungsäußerung – auch ihr zustehen. Seinem Sinngehalt nach müßte es schließlich nicht nur einen Unterlassungsanspruch gegenüber anderen hergeben, sondern auch einen eigenen Anspruch, die Vorgänge selbst darzustellen. Unter diesen Umständen stünden sich aber gleichartige, substanzleere und sich in der Gegenüberstellung praktisch aufhebende Positionen gegenüber, denen man nicht die materialen Aussagen über grundrechtlich geschützte Belange entnehmen kann, auf die man bei der Abwägung angewiesen ist. Das Gericht löst sich daher von dem bis dahin formulierten Schutzgut. Es stellt die Aufrechterhaltung der Grundbedingungen sozialer Beziehungen zwischen dem Grundrechtsträger und seiner sozialen Umwelt als normatives Ziel des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG heraus. In Rückbindung an die freie Entfaltung der Persönlichkeit und mit Hilfe von Kriterien wie der sozialen Anerkennung oder dem Selbstwertgefühl wird über eine folgenorientierte Argumentation ein Gewährleistungsinhalt entwickelt, der den vom Betroffenen geltend gemachten (zivilrechtlichen) Unterlassungsanspruch verstärken kann.

Im Vergleich zu dem früheren Verfügungsrecht über Darstellungen der Person fällt vor allem auf, daß die Gewährleistungskonkretisierung Wertungen und Grenzen enthält. Auch das kann bei einem Blick auf den zu entscheidenden Fall nicht überraschen. Er drängt auf, daß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht hinsichtlich jeder Ansehensminderung Schutz vermitteln kann. Keineswegs jede nachteilige Folge ist rechtlich relevant. Das gilt zumal bei wahren Tatsachenbehauptungen über ein persönliches Verhalten, das die betroffene Person zu verantworten und im Hinblick auf das sie nachteilige Reaktionen anderer „als Folge eigener Entscheidungen oder Verhaltensweisen hinzunehmen“ hat. Stigmatisierungen gehen, das hebt das Bundesverfassungsgericht hervor, darüber freilich hinaus. Damit treffen die Vorhalte, die die früheren Schutzgehaltsbeschreibungen hervorgerufen hatten – die Rechtsprechung sei Ausgangspunkt für ein „Recht der Lüge und Verstellung“⁴³⁸ –, nicht. Das Gericht unterliegt aber auch nicht dem Fehler, den unter bestimmten Voraussetzungen ersichtlich gegebenen Bedarf eines Schutzes auch bei wahren Äußerungen nicht anzuerkennen.

Der so konzipierte Schutz erlaubt zudem die sachgerechte Auseinandersetzung mit einem von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Einwand: Die Nennung nur ihres eigenen Namens könne das Persönlichkeitsrecht ihres Vaters von vornherein nicht berühren.

438 Brossette, Wert der Wahrheit, S. 18 f., und dazu oben Zweiter Teil, Fn 313.

Ein auf die Darstellungsinhalte konzentriertes Verfügungsrecht über die Darstellung der Person hätte mit diesem Einwand durchaus Schwierigkeiten. Die neue Begründung des Schutzes erlaubt es dem Bundesverfassungsgericht demgegenüber bruchlos, nicht auf die Darstellungsinhalte, sondern auf die Informationen abzustellen, die die Rezipienten daraus bilden. Die Schutzwirkungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. GG, so führt es aus, greifen nicht allein im Hinblick auf die Aussageinhalte einer Behauptung, sondern auch im Hinblick auf die Folgen, die die Behauptung als Information anderer hat. Daher kommt es auf die Information und auf die Identifizierungschancen an, die die Äußerungsadressaten erhalten. Die Möglichkeit, daß eine in Streit stehende Behauptung auf eine bestimmte Person bezogen werden kann und daß diese den Folgen ausgesetzt ist, vor denen das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht Schutz gewährt, besteht aber nicht nur, wenn deren Name genannt wird, sondern auch bei anderen Angaben.⁴³⁹

Mit Äußerungen, die möglicherweise wahr waren, aber es jedenfalls zum Äußerungszeitpunkt nicht mehr sind, befaßt sich der Beschluß zur Zuschreibung der Mitgliedschaft in der Scientology-Gemeinschaft.⁴⁴⁰ Das Gericht führt einleitend aus, das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasse den Schutz vor Äußerungen, die geeignet seien, sich abträglich auf das Bild des Einzelnen in der Öffentlichkeit auszuwirken, weil sie seine freie Persönlichkeitsentfaltung gefährdeten, sein Ansehen schmälerten, seine sozialen Kontakte schwächten und sein Selbstwertgefühl untergraben könnten. Der Einzelne habe jedoch keinen Anspruch darauf, in der Öffentlichkeit nur so dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder von anderen gesehen werden möchte.⁴⁴¹ Geschützt ist er allerdings – dies knüpft an die Entscheidung zur Gegendarstellung und Richtigstellung auf dem Titelblatt an – vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen seiner Person, die von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung sind. Dabei ist es auch Ausdruck der Persönlichkeit, Anschauungen zu ändern und sich neu orientieren. Deshalb muß bei der zivilgerichtlichen Beurteilung einer im Präsens formulierten Äußerung, nach der eine bestimmte Person Mitglied in Scientology ist, deren ernst gemeinte und öffentliche Distanzierung von dieser Organisation, auch wenn sie ihr früher angehörte, Berücksichtigung finden.

Im Caroline-Urteil⁴⁴², das sich um die Grundrechtsbindungen bei zivilrechtlichen Begehren auf Unterlassung der Veröffentlichung von Photographien in der Presse dreht, hält das Bundesverfassungsgericht schließlich fest:

„Ein allgemeines und umfassendes Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person enthält Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht. Soweit sie ein derartiges Recht aus früheren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entnehmen möchte (vgl. BVerfGE 35, 202 [220]; 54, 148 [155 f.]; 63, 131 [142]), liegt darin eine unzutreffende Verallgemeinerung des in Ansehung der konkreten Fälle formulierten Schutzgehalts der grundrechtlichen Gewährleistung. Wie das Bundesverfas-

439 BVerfGE 97, 391 (405). Vgl. zu diesem Punkt auch OLG Hamburg, NJW-RR 1992, S. 536 (536 f.).

440 BVerfGE 99, 185.

441 BVerfGE 99, 185 (194).

442 BVerfGE 101, 361.

sungsgericht bereits mehrfach betont hat, gibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen nicht den Anspruch, nur so von anderen dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder gesehen werden möchte (vgl. BVerfGE 82, 236 [269]; 97, 125 [149]; 97, 391 [403]; 99, 185 [194]). Ein derart weiter Schutz würde nicht nur das Schutzziel, Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung zu vermeiden, übersteigen, sondern auch weit in die Freiheitssphäre Dritter hineinreichen.⁴⁴³

Nachfolgend nennt das Gericht als Maßstäbe für das Begehren der Beschwerdeführerin das Recht am eigenen Bild und das Recht auf Achtung der Privatsphäre. Beide Maßstäbe ordnet es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu. Sie erfüllen verschiedene Schutzfunktionen. Sie werden außerdem beide ihrerseits aus den überkommenen Mustern gelöst und neu konzipiert.⁴⁴⁴

Indem das Bundesverfassungsgericht die Herleitbarkeit eines allgemeinen und umfassenden Verfügungsrechts über die Darstellung der eigenen Person ausdrücklich verneint, muß es in anderer Weise konkretisieren, unter welchen Voraussetzungen denn Schutz besteht. Immerhin war es gerade das Kennzeichen der früher formulierten Verfügungsrechte, daß der Begründungsbedarf der Zuweisung eines Entscheidungsrechts, das sich auf die Informationsaktivitäten anderer erstreckt, in der gewählten Fassung verschwindet.⁴⁴⁵ Das Gericht leitet Garantien und Rechte nunmehr mittels einer besonderen normativen Argumentation her. Den von einer Darstellung in den Medien Betroffenen wird angesichts des publizistischen Machtgefälles die Möglichkeit einer Einflußnahme auf das in der Umwelt von ihnen entstehende Bild gewährleistet, die dem Wirkungskreis der Publikation entspricht, die die Erstmitteilung enthält. Gegen verfälschende oder entstellende Darstellungen der Person vermittelt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Schutz, weil sie fehlerhafte Beurteilungen der sozialen Umwelt, ein unzutreffendes Persönlichkeitsbild, ungerechtfertigte Minderungen sozialer Anerkennung und Beeinträchtigungen der freien Persönlichkeitsentfaltung zur Folge haben. Bei Aussagen über eine Person, aufgrund derer die Gefahr einer Stigmatisierung besteht, gewährleistet er Schutz, weil Stigmatisierungen zu einem Entzug der sozialen Anerkennung und zu grundlegenden Verunsicherungen des Betroffenen führen können, ohne daß dies allein seiner eigenen Verantwortlichkeit zugerechnet werden könnte.

Es handelt sich dabei immer um eine Argumentation, die die soziale Stellung der Person betrifft. Eine darauf gerichtete Argumentation findet sich bereits im Lebach-Urteil, dort freilich nicht im Schutzbereich, sondern erst im Rahmen der Konkretisierung und Gewichtung der für die Abwägung relevanten Kriterien und Regeln.⁴⁴⁶ Indem der Schutz der Sozialität der Person und ihrer Position in sozialen Beziehungen im Mittelpunkt steht, können die Schutzpositionen nicht nach klassischer Manier dem Einzelnen als „seine“ Freiheit zugeordnet werden. Ihr Inhalt, ihre Reichweite und ihre Grenzen sind statt dessen mit Hilfe einer sozialen Perspektive und einer entsprechend komplexen Ar-

443 BVerfGE 101, 361 (380).

444 Zum Recht auf Achtung der Privatsphäre Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.1., zum Recht am eigenen Bild Punkt A.II.2.b.bb.

445 Siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.4.

446 Siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.1.

gumentation zu konkretisieren. In dieser Weise lassen sich auch weitere Gesichtspunkte grundrechtlichen Schutzes entwickeln. Die vom Gericht bislang gebildeten Topoi sind keine abschließende Enumeration. Das steht in Einklang mit der Offenheit des Persönlichkeitsschutzes.

bb) Das „Recht am eigenen Bild“

Eine ähnliche und gleichermaßen interessante Entwicklung nimmt das „*Recht am eigenen Bild*“. Die Beschreibung seines Schutzgehalts hat sich zunächst ganz in die dem Persönlichkeitsrecht entnommenen Verfügungsbefugnisse eingepaßt: Es sollte die Verfügungsbefugnis darüber gewähren, ob und inwieweit das Bild einer Person verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden darf. In dieser Form war es im Tonband-Beschluß miterwähnt⁴⁴⁷, in der Lebach-Entscheidung und im Honecker-Beschluß angesprochen⁴⁴⁸ und schließlich in der Entscheidung zur Kurzberichterstattung⁴⁴⁹ zugrunde gelegt worden. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Recht dort freilich nicht argumentativ hergeleitet, sondern sich lediglich an das „Recht am eigenen Wort“ angelehnt und zivilrechtliche Überlegungen sowie die entsprechende Terminologie übernommen. Erstmals ausführlich erörtert es Schutzziele und Schutzgehalte des „Rechts am eigenen Bild“ im Caroline-Urteil.

Das Recht am eigenen Bild gewährleistet – so hält das Gericht zu Beginn fest – dem Einzelnen Einfluß- und Entscheidungsmöglichkeiten, soweit es um die Anfertigung und Verwendung von Photographien oder Aufzeichnungen seiner Person durch andere geht. Die Unterscheidung privat/öffentlich spielt insoweit keine Rolle.⁴⁵⁰ Das Schutzbedürfnis, auf das das Recht am eigenen Bild reagiert, ist ein anderes als beim Recht auf Achtung der Privatsphäre. Es ergibt sich – ähnlich wie beim Recht am eigenen Wort – vor allem aus der Möglichkeit, das Erscheinungsbild eines Menschen in einer bestimmten Situation von diesem abzulösen, datenmäßig zu fixieren und jederzeit vor einem unüberschaubaren Personenkreis zu reproduzieren. Dadurch lassen sich unter anderem die Formen der Öffentlichkeit ändern, in denen der Einzelne erscheint. Etwa kann eine überschaubare Öffentlichkeit durch die Medienöffentlichkeit ersetzt werden.⁴⁵¹ Mit dem Wechsel des Kontexts kann sich der Sinngehalt der Bildaussagen verändern oder absichtlich verändert werden. Schutzaspekte des Rechts am eigenen Bild sind demnach der Schutz der abgebildeten Person vor Manipulationen der Photographien, vor Verfäls-

447 BVerfGE 34, 238 (246).

448 BVerfGE 35, 202 (220); 87, 334 (340).

449 BVerfGE 97, 228 (268 f.).

450 Daher kann das Recht auf Achtung der Privatsphäre das Recht am eigenen Bild ergänzen und anreichern.

451 Bereits im (ersten) n-tv-Beschluß hat das Bundesverfassungsgericht daher herausgestellt, daß sich die Gerichtsöffentlichkeit durch das im Saal anwesende Publikum von der durch das Fernsehen hergestellten Medienöffentlichkeit unterscheidet, weil das Publikum einerseits selbst in den unmittelbaren Erlebniszusammenhang einbezogen ist und andererseits von den Verfahrensbeteiligten wahrgenommen und eingeschätzt werden kann, BVerfG, Kammerbeschluß, NJW 1996, S. 581 (583).

schungen durch Kontextänderungen oder vor einem Wechsel der Öffentlichkeitsformen.⁴⁵²

Mit dieser Beschreibung der Schutzziele und des Schutzgehalts löst sich das Gericht beim „Recht am eigenen Bild“ von der zunächst formulierten Verfügungsbefugnis des Einzelnen darüber, ob und inwieweit sein Bild verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden darf. Die Begriffe des „Verfügungsrechts“ oder des Rechts „am“ eigenen Bild hatte es aus der zivilrechtlichen Terminologie übernommen. Diese mag aus Zielrichtung und Systematik des *Kunsturhebergesetzes* erklärbar sein, ist aber selbst dort mißverständlich.⁴⁵³

Nunmehr wird der grundrechtliche Schutz gegenüber der privatrechtlichen Ausgestaltung eigenständig entwickelt. Das Gericht erinnert in diesem Rahmen an die Entscheidungsgründe des Tonband-Beschlusses. Dort hat es das verfassungsrechtliche „Recht am eigenen Wort“ im Hinblick darauf hergeleitet, daß Wort und Stimme auf einem Datenträger verselbständigt und dadurch Reproduktionen in einem veränderten Verwendungszusammenhang ermöglicht werden, von der verfälschende oder sonst nachteilige Wirkungen für den Betroffenen ausgehen können.⁴⁵⁴ Beim Recht am eigenen Bild lautet die Argumentation nun ähnlich: Bildaufzeichnungen lassen sich – besonders bei Berücksichtigung der digitalen Technik – durch Aufnahme-, Schnitt- oder Zusammenstellungstechniken in vielfältiger Weise gestalten und ändern. Sie können so mit unterschiedlichen Informations- und Sinngehalten ausgestattet und nach ihrer Verbreitung von einem unüberschaubaren Personenkreis in beliebigen Verwendungszusammenhängen reproduziert und immer wieder neu gestaltet werden.⁴⁵⁵ Gerade bei Bildern oder Aufzeichnungen können sich zudem die Formen der Öffentlichkeit mit der Folge ändern, daß betroffene Personen sich gegen den eigenen Willen und – bei ständigen und heimlichen Aufnahmen – permanent auf eine andere „Öffentlichkeit“ einzustellen hätten. Das Recht am eigenen Bild dient vor diesem Hintergrund dem Schutz der abgebildeten Person im Hinblick auf die Möglichkeiten der Bildmanipulation und der beliebigen Reproduktion vor und von einem unüberschaubaren Personenkreis in neuen Verwendungszusammenhängen.

452 Siehe insgesamt BVerfGE 101, 361 (381 f.).

453 Vgl. auch Müller, Verletzung, S. 56 ff.; Baston-Vogt, Schutzbereich, S. 215. Siehe andererseits die – wenig überzeugenden – Ausführungen Ladeurs, Prominenz, S. 885 ff., zur Konstruktion eines vermögensrechtlichen „Persönlichkeitsrechts an Prominenz“.

454 Vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.4. Erst dieser Hintergrund macht Sinn und Grenzen des Rechts am eigenen oder am gesprochenen Wort verständlich. Zum Beispiel ist danach klar, daß es – wie man es bei einer Lösung aus seinem Kontext und bei hinreichender Abstraktion (miß)verstehen könnte – nicht etwa davor schützt, daß andere weitererzählen oder aufschreiben und weitergeben, was ihnen der Grundrechtsträger gesagt hat. Vgl. dazu auch BGHZ 80, 25 (42 f.). Der Schutz erfaßt aber die Konstellation, daß ein Kommunikationspartner ohne Kenntnis des anderen die unmittelbare Kommunikationsteilnahme eines Dritten – das Mithören – ermöglicht oder zuläßt, so BVerfGE 106, 28 (40). Das BVerfG begründet dies damit, daß dem Grundrechtsträger die Möglichkeit zusteht, sich in der Kommunikation situationsangemessen zu verhalten und sich auf die jeweiligen Kommunikationspartner sowie auf mögliche Folgen der Kommunikation einzustellen, BVerfGE 106, 28 (39 ff.).

455 Vgl. BVerfG, Kammerbeschluß, NJW 1996, S. 581 (583). Ähnliche Erwägungen zum Schutzziel aus zivilrechtlicher Sicht bei Müller, Verletzung, S. 58 ff.

Diese neue, genuin verfassungsrechtliche Beschreibung erlaubt es, den Schutzgehalt gegenüber der bisherigen Fassung zu abstrahieren: Gewährleistet werden Einfluß- und Entscheidungsmöglichkeiten hinsichtlich der Anfertigung und Verwendung von Aufzeichnungen der eigenen Person durch andere. Indem sich der Grundrechtsschutz auf die Anfertigung von Bildern erstreckt, geht er über den Anwendungsbereich des Kunsturhebergesetzes hinaus.⁴⁵⁶ Vor allem gestaltet er sich flexibler als zuvor. Die Grundrechtsaussagen stimmen keineswegs unvermittelt mit dem Regelungsmodell der §§ 22, 23 KUG überein. Die Anforderungen des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes kann der Gesetzgeber vielmehr in unterschiedlichen Formen oder mit einer je unterschiedlichen Kombination verschiedener einfachrechtlicher Ansprüche realisieren.⁴⁵⁷ Somit wird auch das verfassungsrechtliche „Recht am eigenen Bild“ grundlegend neu gestaltet.

B. Die Unzulänglichkeit eines rein abwehrrechtlichen Verständnisses

I. Spezifikationen der Maßgaben des Volkszählungsurteils

Daß die normativen Vorgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht bruchlos in traditionell-abwehrrechtlichen Mustern zu fassen sind, macht bereits die verfassungsgerichtliche Kontrolle⁴⁵⁸ des Volkszählungsgesetzes 1987⁴⁵⁹ deutlich. Das Gericht hat insbesondere die Schwierigkeiten zu bewältigen, die sich aus der unsicheren *Reichweite und Tiefe der Determination* des traditionell staatsinternen Bereichs ergeben. Vor allem die Kriterien des Übermaßverbots sind nicht uneingeschränkt durchzuhalten. Angesichts der mit einer Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten bewirkten Determination verwundet das nicht.

Im Hinblick auf die Individualisierungsmöglichkeiten⁴⁶⁰ während und auch nach der statistischen Aufbereitung der Daten durch die mit der Durchführung betrauten Personen verlangt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht die Ausschöpfung rechtlicher Schutzinstrumente. So ist etwa keine umfassende Strafbewehrung gefordert; gesetzliche Geheimhaltungspflichten, eine gesetzlich festgelegte Zweckbindung der Daten

456 Ein darauf gerichteter Schutz wird, gerade weil man ihn aus verfassungsrechtlichen Gründen für nötig hält, zivilrechtlich unter das (zivilrechtliche) allgemeine Persönlichkeitsrecht gefaßt, siehe BGHZ 24, 200 (208 f.); BGH NJW 1995, S. 1955 (1956 f.); OLG Hamm, JZ 1988, S. 308 (308); vgl. auch *Baston-Vogt*, Schutzbereich, S. 113 f. m.w.N.; *Prinz/Peters*, Medienrecht, Rn 809 ff.

457 So entspricht der die Anfertigung von Bildern betreffende zivilrechtliche Schutz aufgrund des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht dem Regelungsmodell der §§ 22, 23 KUG, sondern folgt dessen Struktur (insbesondere: Rahmentatbestand und Abwägungserfordernis).

458 BVerfG (Kammerbeschlüsse) NJW 1987, 1689 (1689); NJW 1987, 2219 (2219); NJW 1987, 2805 (2805 ff.); NJW 1988, 959 (959 ff.); NJW 1988, 961 (961 f.); NJW 1988, 962 (962 ff.); NJW 1989, 707 (707).

459 Vom 08.11.1985, BGBl I, S. 2078. Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes verneint *Hauck-Scholz*, Verfassungskonformität, S. 2769 ff.; bejahend dagegen *Schenke*, Verfassungskonformität, S. 2777 ff.; *Gross*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 174 ff. Siehe außerdem *Meissner*, Volkszählung, S. 1 ff.

460 Zu den Individualisierungsrisiken einerseits *Hauck-Scholz*, Verfassungskonformität, S. 2772 ff., und andererseits *Schenke*, Verfassungskonformität, S. 2781 ff.

und ein Reidentifizierungsverbot genügen.⁴⁶¹ Hinsichtlich der Individualisierungschancen nach statistischer Aufbereitung der Daten, die Dritte aufgrund bestimmter Reidentifizierungsmethoden oder aufgrund von Zusatzwissen haben könnten, stellt das Gericht darauf ab, daß das Grundrecht lediglich eine faktische Anonymität der Daten fordert. Diese soll dann gegeben sein, wenn Datenempfänger oder Dritte eine Angabe nur mit einem – im Verhältnis zum Wert der zu erlangenden Information nicht zu erwartenden – unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten, Arbeitskraft und sonstigen Ressourcen (etwa das Risiko einer Bestrafung) einer Person zuordnen können.⁴⁶² Die faktische Anonymität ist unter Umständen durch besondere Maßnahmen – wie die der Strafbewehrung einer Reidentifizierung, der Wahl einer höheren Aggregationsebene oder der Ausklammerung bestimmter Merkmale aus der Weiterverarbeitung – sicherzustellen. Verbleibende Reidentifizierungsrisiken sind vom Einzelnen als Folge einer im überwiegenen Allgemeininteresse angeordneten Statistik hinzunehmen.⁴⁶³

Das Gericht hebt außerdem hervor, daß die im Volkszählungsurteil herausgearbeitete Maßgabe der möglichst frühzeitigen Trennung der Hilfsangaben von den Erhebungsbögen nicht unabhängig vom Erhebungszweck und den technischen Notwendigkeiten der Erhebungsaufbereitung zu verstehen ist. Der gesetzlichen Ausgestaltung stehen Spielräume zu, und es ist nicht die gesamte Aufbereitungsorganisation nach dem denkbar frühesten Zeitpunkt auszurichten. Etwa sind zentrale Eingangskontrollen zulässig, auch wenn eine insoweit dezentrale Organisation eine frühzeitigere Trennung ermöglichte, weil sie die Datenqualität heben und ihre Dezentralisierung eine Erhöhung des Zeit- und Arbeitsaufwandes bedeutete, der aufgrund der auch in den Erhebungsstellen vorgesehenen Schutzvorkehrungen von Verfassungen wegen nicht vorgeschrieben werden kann.

„Grundrechte bestehen zwar nicht nur nach Maßgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen vorhanden ist“, aber der Einzelne „kann solche organisatorischen und verfahrensrechtlichen Vorkehrungen nicht verlangen, die mit einem erheblichen, von der Gesellschaft vernünftigerweise nicht zu beanspruchenden Mehraufwand an nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mitteln verbunden sind und die nicht nur möglichen, mit einiger Wahrscheinlichkeit drohenden und vernünftigerweise in Betracht zu ziehenden Gefahren einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenwirken, sondern darauf abzielen, alle denkbaren Gefährdungen völlig auszuschließen.“⁴⁶⁴

Der Aufbauorganisation gibt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Aufbereitung von Daten für statistische Zwecke durch räumlich, organisatorisch und personell von anderen Verwaltungsstellen getrennte Erhebungsstellen vor.⁴⁶⁵ Das Abschottinggebot erfordert aber keine vollständige Ausgliederung der Erhebungsstellen und der

461 BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1987, 2805 (2805, 2807).

462 BVerfG (Kammerbeschlüsse) NJW 1987, 2805 (2807); NJW 1988, 962 (963).

463 Vgl. BVerfG (Kammerbeschlüsse) NJW 1987, 2805 (2807); NJW 1988, 961 (962); NJW 1988, 962 (963, 964); NJW 1988, 959 (959 f.).

464 BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1988, 959 (960). Zuvor BVerfG (Kammerbeschlüsse) NJW 1987, 2805 (2806); NJW 1988, 962 (964).

465 Bundes- und Landesgesetzgebung haben sich hier wegen der je eigenen Gesetzgebungskompetenzen zu ergänzen, vgl. § 14 Abs. 1 S. 3 VZG 1987.

im Zusammenhang mit der Erhebung anfallenden Aufgaben aus dem Verwaltungsaufbau, wie er sich kommunalverfassungsrechtlich ergibt.⁴⁶⁶ Zwangsvollstreckungsverfahren oder Rechtsstreitigkeiten anlässlich der Erhebung dürfen von den danach zuständigen Stellen bearbeitet, und die benötigten Daten dürfen von der Erhebungsstelle weitergeleitet werden. Die Daten unterliegen – neben der verwaltungsverfahrenrechtlichen Geheimhaltungspflicht – dem aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgenden Zweckbindungsgebot. Das Gericht hebt hier noch einmal den „Grundsatz der informationellen Gewaltenteilung“ hervor. Aus der Einheit der Gemeindeverwaltung folgt keine informationelle Einheit. Deshalb dürfen die anlässlich der Erhebung anfallenden Daten und Informationen nicht für andere Zwecke als die der Durchsetzung der Auskunftspflicht oder der Ahndung von Ordnungswidrigkeiten verwendet oder übermittelt werden.

II. Die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist im Volkszählungsurteil als vorrangig abwehrrechtlicher Status gestaltet worden, der sich auf die Unterlassung von Informations- und Datenverarbeitungen richtet. Nur am Rande tauchten unter dem Stichwort der verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen und im Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie Auskunftsansprüche auf.⁴⁶⁷ Schutzziel und Schutzkonzept des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung legen freilich nahe, daß Kenntnisrechte zu dessen *Essentialia* gehören.⁴⁶⁸

Mit der Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten hat sich das Bundesverfassungsgericht in der dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Rechtsprechung jedoch nur begrenzt befaßt. Im Kontext des Persönlichkeitsrechts stehen die Entscheidungen zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.⁴⁶⁹ Die einschlägigen Konstellationen stehen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung allerdings nahe: Der Grundrechtsträger will seine Abstammung klären und damit Informationen über sich selbst und über seine Beziehungen zu anderen gewinnen. Das Bundesverfassungsgericht knüpft daran an, daß das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung gewährleistet, in dem er seine Individualität sichern und wahren kann. Verständnis und Entfaltung der Individualität sind aber, so das Gericht, mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Dazu zählt es die Abstammung. Sie lege nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und präge so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nehme sie auch im Bewußtsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein. Daher schließt das Gericht die Möglichkeit, die eigene Abstammung zu

466 BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1988, 959 (960 f.).

467 BVerfGE 65, 1 (46, 70).

468 Vgl. bereits oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. mit Fn 54.

469 BVerfGE 79, 256; 90, 263; 96, 56.

erfahren, in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein.⁴⁷⁰ Diese Schutzposition hat, auch wenn sie sich nicht auf die aktive staatliche Verschaffung der begehrten Informationen richtet⁴⁷¹, leistungrechtliche Qualität.⁴⁷² Die überkommene Figur des „autonomen Bereichs privater Lebensgestaltung“ ist, obwohl das Gericht sie anführt, nicht geeignet, eine solche Position zu tragen. Kernelement ihrer Herleitung ist vielmehr ihre Relevanz für die Entfaltung der Individualität.

Als ein „der Abwehr von Datengefährdungen dienendes Leistungsrecht“ bezeichnet das Gericht Auskunftsansprüche in einem Kammerbeschluß, in dem es sich mit den Auskunftsregelungen der §§ 50 ASOG Bln, 15 BVerfSchG auseinandersetzt.⁴⁷³ Die Gesetzgeber trügen durch die seit dem Volkszählungsurteil erfolgte gesetzliche Ausgestaltung von Auskunftsrechten und -pflichten dem in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG enthaltenen Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung und ermöglichten es den Bürgern, gegebenenfalls gerichtlichen Rechtsschutz gegen einen unrechtmäßigen Umgang mit Daten in Anspruch zu nehmen. Unter Beachtung der Grundrechtsvorgaben sind unter anderem die gesetzlichen Anforderungen an die Darlegung eines Auskunftsinteresses und die Eingrenzungen des Auskunftsanspruchs aufgrund entgegenstehender Belange auszulegen. Den Regelungen ist im Einklang mit den grundrechtlichen Maßgaben zu entnehmen, daß die Auskunft nur verweigert werden darf, soweit der behördliche Umgang mit den jeweiligen Informationen und Daten überhaupt aufgrund konkretisierter Belange geheimhaltungsbedürftig ist und eine im Einzelfall erfolgende Abwägung solcher Belange mit den geschützten Interessen des Auskunftsbegehrenden ergibt, daß diese Interessen zurückstehen müssen. Das Gericht betrachtet dies als eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Konkretisierung des Leistungsrechts auf Auskunft.⁴⁷⁴

Die ausführlichsten Erörterungen finden sich in der Entscheidung zu den Überwachungsbefugnissen des Bundesnachrichtendienstes aufgrund des durch das Verbrechensbekämpfungsgesetzes geänderten G 10⁴⁷⁵ und im Anschluß daran in der Entscheidung zu den Maßnahmen der akustischen Wohnraumüberwachung⁴⁷⁶. Danach vermitteln Art. 10 Abs. 1 GG sowie Art. 13 Abs. 1 GG den Grundrechtsträgern Anspruch auf Kenntnis von Überwachungsmaßnahmen, die sie betroffen haben. Das Bundesverfassungsgericht begründet das mit dem *funktionalen Zusammenhang zwischen dem abwehrrechtlichen Gehalt und den Kenntnismöglichkeiten*: Ohne eine solche Kenntnis könnten die Betroffenen weder die Rechtswidrigkeit der Erfassung und Kenntnisnahme ihrer Fernmeldekontakte oder der Informationsgewinnung aus ihrer Wohnung noch etwaige Rechte auf Löschung oder Berichtigung geltend machen. Da solche Ansprüche zunächst an die informations-

470 BVerfGE 79, 256 (268 f.); 90, 263 (270 f.); 96, 63.

471 BVerfGE 79, 256 (269).

472 Vgl. auch Jarass, Entwicklung, S. 99. Außerdem unter dem Aspekt der Schutzpflicht BVerfGE 96, 56 (64 f.).

473 BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 2001, 275.

474 Siehe insgesamt BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 2001, 275 (275 ff.).

475 BVerfGE 100, 313 (361).

476 BVerfGE 109, 279 (363 ff.).

und datenverarbeitende staatlichen Stelle zu richten sind, ist die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten nicht erst aus der Rechtsweggarantie, sondern bereits aus der Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses oder der Unverletzlichkeit der Wohnung herzuleiten.⁴⁷⁷ Daneben folgt das Gericht die Pflicht, Kenntnisrechte einzuräumen, aus Art. 19 Abs. 4 GG. Indem dieser dem Bürger Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle in Fällen gewährt, in denen eine Verletzung seiner Rechte durch die öffentliche Gewalt möglich erscheint, schließt er die Sicherstellung der Möglichkeit zur Wahrnehmung anderweitig bestehender materieller Rechte ein.⁴⁷⁸ Allerdings gibt grundsätzlich keine der beiden Normen vor, wie die Kenntnisgewährung im einzelnen auszugestalten ist. Ihre Vorgaben verdichten sich nur dann zu einer bestimmten Form der Kenntnisgewähr, wenn gerade diese Form Voraussetzung der Inanspruchnahme der anderweitig bestehenden Rechte oder gerichtlichen Rechtsschutzes ist.⁴⁷⁹ Benachrichtigungen können geboten sein, wenn Datenerhebungen heimlich erfolgen, Auskunftsansprüche nicht eingeräumt worden sind oder den Rechten der Betroffenen nicht angemessen Rechnung tragen.⁴⁸⁰ Begrenzungen des einzuräumenden Anspruchs sind mit Blick auf die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte und auf die Ausgestaltungserfordernisse des Art. 19 Abs. 4 GG zulässig. Zu den gegebenenfalls legitimen Gründen, Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis oder in die Unverletzlichkeit der Wohnung zeitweise geheimzuhalten, zählt das Gericht die Gefährdung der Realisierung der Zwecke, denen die Eingriffsmaßnahmen dienen, oder die Gefährdung der Aufgabenwahrnehmung⁴⁸¹, übergreifende Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes und Gefährdungen von Informationsquellen⁴⁸², nicht aber Gesichtspunkte der Verwaltungspraktikabilität⁴⁸³ oder des künftigen Einsatzes eines nicht offen ermittelnden Beamten⁴⁸⁴. Die Möglichkeit, die Mitteilung zu beschränken, und die dadurch entstehenden Rechtsschutzlücken werden im Bereich des Art. 10 GG kompensiert, indem er eine Kontrolle der staatlichen Tätigkeit durch unabhängige, nicht weisungsgebundene staatliche Organe und Hilfsorgane verlangt.⁴⁸⁵

477 BVerfGE 100, 313 (361). Im Anschluß daran auch für Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 2001, 1057 (1059) – Polizeiliche Datenerhebung.

478 BVerfGE 100, 313 (364). Ebenso BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 2001, 1057 (1059).

479 So bereits BVerfGE 65, 1 (70).

480 BVerfGE 100, 313 (361, 364); außerdem BVerfGE 30, 1 (21, 31 f.); weiter BVerfGE 109, 279 (363 f.).

481 Solche Eingrenzungen der zulässigen Geheimhaltungsmöglichkeiten gelten nach der verfassungskonformen Interpretation des BVerfG auch bei Art. 10 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 4 S. 3 GG, vgl. BVerfGE 30, 1 (31 f.).

482 Vgl. dazu schon BVerfGE 57, 250 (284).

483 BVerfGE 100, 313 (361, 397 ff.). Vgl. dazu weiter *Huber*, G 10-Urteil, S. 395. Kritik an der näheren Begründung bei *Paeffgen*, Urteil, S. 671 ff.

484 BVerfGE 109, 279 (366 f.).

485 BVerfGE 100, 313 (361 f.). Dazu auch *Arndt*, Abhörurteil, S. 48. Zur Neuregelung des G 10 *Kaysers*, Unterrichtung, S. 121 ff.

III. Geltung im Verhältnis zwischen Privaten

Die Geltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im *Verhältnis unter Privaten* hat das Bundesverfassungsgericht praktisch kaum näher geprüft. Lediglich in der Entscheidung zur Offenbarung einer Entmündigung bei Abschluß eines Mietvertrages⁴⁸⁶ stellt es klar, daß dieses Recht als Bestandteil des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts nach allgemeiner „Drittwirkungs“-dogmatik zu handhaben ist. Danach nimmt es im Verhältnis unter Privaten als objektive Norm Einfluß auf die Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Vorschriften. Akt und Status der Entmündigung gehörten zu den persönlichen Daten. Das Zivilgericht habe die Betroffenheit des Grundrechts und das Interesse an der Geheimhaltung der Entmündigung nicht hinreichend berücksichtigt.⁴⁸⁷

Daß dieser Problemkreis in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung so selten vorkommt, liegt nicht daran, daß es keine einschlägigen Fälle gegeben hätte. Der Grund dafür ist vielmehr, daß das Gericht diese regelmäßig am Maßstab des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts mißt. Das geschieht, ohne daß es sich mit der Abgrenzung der Anwendungsbereiche oder auch nur überhaupt mit der etwaigen Einschlägigkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auseinandersetzt.⁴⁸⁸

Der durch das Persönlichkeitsrecht vermittelte Schutz wiederum ist gerade in den Punkten, die zur Genese des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beigetragen haben, grundlegend neu gestaltet worden.⁴⁸⁹ Anlaß der Novellierungen waren in der Regel privatrechtliche Konstellationen. Zuletzt hat das Gericht ein „allgemeines und umfassendes Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person“ als Schutzzinhalt des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG unter anderem mit Hinweis darauf abgelehnt, daß ein derartiger Schutz „weit in die Freiheitssphäre Dritter hineinreichen“ würde.⁴⁹⁰

Die Zurückhaltung des Gerichts bei der Heranziehung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und die Novellierungen im Bereich des Persönlichkeitsrechts machen deutlich: Eine „Befugnis des Einzelnen, über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst zu bestimmen“, bereitet im Verhältnis unter Privaten besondere Schwierigkeiten. Diese lassen sich offenbar auch nicht mit dem Abwägungsparadigma beheben. Das wird nicht nur, aber vor allem dann klar, wenn Daten gar nicht eindeutig der einen oder der anderen Seite zuordbar sind.⁴⁹¹

486 BVerfGE 84, 192 (194 f.). Zur „Drittwirkung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vgl. außerdem BGHZ 94, 364 (370 ff.); 116, 268 (273 ff.); 122, 115 (119 ff.); 141, 173 (177 f.); BGH, JZ 1995, S. 253 (253 f.); zu diesem Fall BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 2000, 2413. Aus dem Arbeitsrecht siehe etwa BAGE 64, 308 (312 ff.).

487 BVerfGE 84, 192 (194 ff.).

488 Dazu schon oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.a.

489 Oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.b.

490 BVerfGE 101, 361 (380).

491 Vgl. oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.b.aa., zur Entscheidung über die Nennung des eigenen Namens.

C. Die nähere Gestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Eine Reihe von Entscheidungen festigt die mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung einhergehende dogmatische Gestaltung und die damit verbundenen Maßgaben. Zugleich verdeutlichen und verfeinern sie die Ausrichtung auf die Inhalte und Wirkungen von Informationen.

I. Zweckfestlegung, Zweckbindung und Zweckänderungen

Die bereichsspezifische und präzise gesetzliche Regelung des Verwendungszwecks und die Bindung an diesen Zweck gehören zu den zentralen Maßgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, die das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil hervorhebt, aber nur knapp anführt.⁴⁹² In der weiteren Rechtsprechung steht zunächst die *Zweckbindung* in dem Kammerbeschluß über die Bekanntgabe von Angaben aus Einwendungen im Planfeststellungsverfahren im Mittelpunkt.⁴⁹³ Die Verfassungsbeschwerde richtet sich dagegen, daß die öffentliche Bekanntgabe eines Planfeststellungsbeschlusses auch einen Anhang umfassen sollte, in dem bestimmte wirtschaftliche Verhältnisse – Daten über die Größe der Betriebe, die Betriebsstruktur, die Einkünfte und der Schuldenstand – der von der Planung Betroffenen dargestellt waren, die diese der Planfeststellungsbehörde zur Begründung von Einwendungen angegeben hatten. Das Bundesverfassungsgericht stellt heraus, daß die Einwender die Angaben offenbarten, um der Planfeststellungsbehörde eine sachgerechte Beurteilung der geltend gemachten Einwendungen zu ermöglichen. Diese Zweckbindung werde durch eine öffentliche Bekanntmachung, bei der unvorhersehbar sei, wer von den Daten Kenntnis erlangt und wie diese verwendet werden können, gelöst, ohne daß die Begründung des Planfeststellungsbeschlusses die Aufnahme der Angaben in individualisierter Form erfordere.

Weiter reichen die Ausführungen zur Zweckfestlegung, zur Zweckbindung und zu Zweckänderungen im Urteil zu den Überwachungsbefugnissen des Bundesnachrichtendienstes⁴⁹⁴ sowie im Anschluß daran in der Entscheidung zu den Abhörbefugnissen des Zollkriminalamtes⁴⁹⁵ und im Urteil zu Maßnahmen der akustischen Wohnraumüberwachung⁴⁹⁶. Im Anwendungsbereich des Art. 10 GG, der für die Überwachungsbefugnisse des Bundesnachrichtendienstes Prüfungsmaßstab ist, bezeichnet das Bundesverfassungsgericht unter Verweis auf das Volkszählungsurteil die Zweckbestimmung und die Zweckbindung als *besondere Anforderungen* an den Gesetzgeber, die gerade die Verarbeitung personenbezogener Daten betreffen, welche mittels Eingriffen in das Fernmelde-

492 Siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

493 BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 1990, 1041 (1042 f.). Vgl. auch die einstweilige Anordnung BVerfGE 77, 121 (124 f.).

494 BVerfGE 100, 313 (359 ff.).

495 BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 153 ff.

496 BVerfGE 109, 279 (375 ff.).

geheimnis erlangt worden sind.⁴⁹⁷ Sie werden ausdrücklich neben das Übermaßverbot gestellt und demnach nicht als dessen Bestandteil begriffen. Zu diesen Anforderungen gehört, daß sich Voraussetzungen und Umfang der Beschränkungen klar und für den Einzelnen erkennbar aus dem Gesetz ergeben. Insbesondere muß der *Zweck*, zu dem Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis vorgenommen werden dürfen, *bereichsspezifisch und präzise bestimmt* werden. Gemeint ist hier nicht das übergreifende Gesetzesziel, sondern – wie sich aus der Bezugnahme auf das Volkszählungsurteil und aus anderweitigen Entscheidungsausführungen erschließt⁴⁹⁸ – der Verwendungszweck, dem die durch die Eingriffe erlangten Daten und Informationen dienen. Daran knüpft das Gericht den *Grundsatz der Zweckbindung* an: Speicherung und Verwendung erlangter Daten sind grundsätzlich an den Zweck gebunden, den die zur Kenntnisnahme ermächtigende gesetzliche Regelung festgelegt hat.⁴⁹⁹ Das schließt *Zweckänderungen* nicht aus. Sie erfordern aber ihrerseits eine verfassungsmäßige gesetzliche Grundlage. Das Gericht spezifiziert in diesem Rahmen die daran zu stellenden Anforderungen: Die Zweckänderungen müssen durch Allgemeinbelange gerechtfertigt sein, die die grundrechtlich geschützten Interessen überwiegen. Der neue Verwendungszweck muß sich auf die Aufgaben und Befugnisse der Behörde beziehen, der die Daten übermittelt werden, und hinreichend normenklar geregelt sein.⁵⁰⁰ Ferner dürfen der Verwendungszweck, zu dem die Erhebung erfolgt ist, und der veränderte Verwendungszweck nicht miteinander unvereinbar sein.⁵⁰¹ Das Gericht leitet des weiteren die Notwendigkeit bestimmter *Schutzvorkehrungen* her, die die Beachtung der Maßgaben im Fortlauf der Informations- und Datenverarbeitung erst sicherstellen: Die Zweckbindung läßt sich nur gewährleisten, wenn auch nach der Erfassung erkennbar bleibt, daß es sich um Daten handelt, die aus Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis oder in die Unverletzlichkeit der Wohnung stammen. Daraus resultieren Pflichten zur entsprechenden Kennzeichnung.⁵⁰²

497 BVerfGE 100, 313 (359 f.).

498 Vgl. etwa die Ausführung BVerfGE 100, 313 (372): Zur Wahrung der kompetentiellen Grenzen muß der Gesetzgeber durch eine hinreichende Bestimmung des Verwendungszwecks, angemessene Zweckbindungen, eine darauf abgestimmte Ausgestaltung der Befugnisse und sachgerechte Schutzvorkehrungen dafür Sorge tragen, daß die Ermächtigungen und die auf ihnen beruhenden Maßnahmen auf die Aufgaben des Bundesnachrichtendienstes bezogen bleiben und anderweitige Verwendungsmöglichkeiten die Primärfunktion nicht überlagern.

499 Im Falle der BND-Überwachung finden sich die gesetzlichen Regelungen der Informations- und Datenverarbeitungsbefugnisse des BND nicht nur im G 10, sondern auch im BNDG.

500 BVerfGE 100, 313 (360, 389). Im Anschluß daran BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 150, 157 ff., hier mit dem Ergebnis einer Verfassungswidrigkeit; BVerfGE 109, 279 (376).

501 Vgl. BVerfGE 65, 1 (61 ff.), und dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b.bb. In der Entscheidung zu den Abhörbefugnissen des Zollkriminalamtes wird eine solche Unvereinbarkeit bejaht, soweit die für die Weiterverwendung festgelegten Zwecke nicht als Rechtfertigung für die ursprüngliche Erhebung ausgereicht hätten, siehe BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 168 f. Zu dieser Überlegung und zu der im Polizei- und Strafprozeßrecht bekannten Figur des „(qualifizierten) hypothetischen Ersatzeingriffs“ oder des „(qualifizierten) hypothetischen Wiederholungseingriffs“ näher *Albers*, Determination, S. 323 ff.

502 BVerfGE 100, 313 (360 f.); BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 177; BVerfGE 109, 279 (379 f.).

Zweckfestlegung und Zweckbindung werden damit explizit gegen das Übermaßverbot abgegrenzt.⁵⁰³ Sie sind im Rahmen der grundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten eigenständige Anforderungen. Insbesondere klingt an, daß die gesetzliche Festlegung des Verwendungszwecks und die Zweckbindung strukturierende Determinanten setzen und zugleich den Verwendungszusammenhang bestimmen und umgrenzen. Im Urteil zu den Überwachungsbefugnissen des Bundesnachrichtendienstes wird das zum Beispiel deutlich mit Blick auf die Differenzierung einerseits der nachrichtendienstlichen Verwendung erlangter Erkenntnisse, hier zur Früherkennung der aus dem Ausland drohenden Gefahren und der Unterrichtung der Bundesregierung, und andererseits der Verwendung durch andere Behörden im Rahmen derer Aufgaben, hier besonders zur Straftatenverhinderung oder -verfolgung.⁵⁰⁴ Das zeigt zudem, daß der jeweilige Verwendungskontext zugleich die aus den erfaßten Daten tatsächlich oder potentiell gewonnenen Informationen in ihren Inhalten und Wirkungen konstituiert. Dementsprechend differenziert ist die rechtliche Beurteilung des Bundesverfassungsgerichts.⁵⁰⁵ Im übrigen kann man den Urteilsausführungen entnehmen, daß Zweckfestlegung, Zweckbindung sowie die Anforderungen an Zweckänderungen das Wissen des Einzelnen um die staatlichen Möglichkeiten der Verwendung personenbezogener Informationen und Daten absichern sollen. Als eigenständige Anforderungen haben sie damit spezifische Funktionen, die sich auch bei Art. 10 GG und Art. 13 GG mit der Konnexität von Gewährleistungsbereich und grundrechtlich determinierter gesetzlicher Ausgestaltung erklären.

II. Information als zentrales Element des Schutzes

1. Die Orientierung an den Inhalten und Wirkungen von Informationen

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist – in Abgrenzung gegen die traditionellen Verhaltensfreiheiten sowie gegen das Konzept eines allgemeinen Freiheitsrechts – eine unmittelbar informations- und datenbezogene Verbürgung. Der Schutzgehalt, den das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, konzentriert sich zwar auf (eine Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung von) Daten. Schutzziel und Schutzkonzept zeigen aber, daß nicht Daten, sondern *Informationen im Mittelpunkt* stehen.⁵⁰⁶ In einigen der dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Entscheidungen wird auch deutlich, daß das Gericht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als genuin informations- und datenbezogene Gewährleistung versteht und daß es sich bei seiner Handhabung vor allem an den Inhalten und Wirkungen von Informationen orientiert.

503 Deutlich auch in BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 152 ff., 168 f., 170 ff.

504 BVerfGE 100, 313 (372 ff., 387 f., 388 ff.).

505 Kritisch zur Beurteilung der Übermittlung angesichts der besonderen, ausschließlich dem BND eingeräumten Methode *Paeffgen*, Urteil, S. 675 ff.; *Schrader*, Abhörurteil, S. 653; *Staff*, Sicherheitsrisiko, S. 591 f.

506 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. und zusammenfassend Punkt B.IV.

Die konkrete Normenkontrolle zum früheren § 687 ZPO befaßt sich mit der Vereinbarkeit der öffentlichen Bekanntmachung der Entmündigung wegen Trunksucht mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.⁵⁰⁷ Akt und Status der Entmündigung sowie die persönlichen Umstände, die zur Entmündigung geführt haben, werden zu den geschützten Daten gezählt. Das Bundesverfassungsgericht hebt dann ausdrücklich hervor, daß ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht nur im Falle eines staatlichen Auskunftsverlangens⁵⁰⁸ und nicht nur im Falle automatischer Datenverarbeitung⁵⁰⁹ vorliegt. Das Grundrecht schütze wegen seiner persönlichkeitsrechtlichen Grundlage generell vor staatlicher Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten. Eine öffentliche Bekanntmachung, wie in § 687 ZPO a.F. geregelt, wird als Sonderform staatlicher Datenübermittlung eingestuft. Sie ist im als berechtigt unterstellten Interesse des Empfängers an einen unbestimmten Empfängerkreis innerhalb und außerhalb öffentlicher Stellen gerichtet, ohne Verwendungsbeschränkungen oder ergänzende verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen vorzusehen. Dabei qualifiziert das Gericht nicht nur die Bekanntmachung der Entmündigung als Eingriff, sondern auch die öffentliche Mitteilung der Wiederbemündigung. Zwar stelle sich die Bekanntgabe der Aufhebung einer Entmündigung gewissermaßen als Beseitigung des Eingriffs dar. Jedoch sei unter den heutigen Kommunikations- und Mobilitätsbedingungen die Wahrscheinlichkeit der Identität der Empfängerkreise der beiden Bekanntmachungen gering, so daß sich die öffentliche Mitteilung der Wiederbemündigung als neuerlicher Eingriff erweise, indem sie die Entmündigung nochmals publik mache. Der grobe Begriff der „Öffentlichkeit“ wird demnach durch die Vorstellung selektiver Aufmerksamkeit und entsprechender Kenntnisnahme auch bei öffentlichen Mitteilungen ersetzt. So kann eine „eigentlich“ vorteilhafte Bekanntmachung wegen der Rückschlußmöglichkeiten zu einem Eingriff werden. Beide Eingriffe hält das Gericht für unverhältnismäßig. Die Bekanntmachung einer Entmündigung betreffe nicht nur die für den Rechtsverkehr erhebliche Eigenschaft der Geschäftsfähigkeit, sondern die Person als ganze. Sie rufe die Gefahr der sozialen Abstempelung hervor und erschwere die Wiedereingliederung. Sie erreiche nicht nur diejenigen, deren Interessen sie dienen soll, sondern eine unüberschaubare Zahl anderer Personen. Die Datenverwendung lasse sich unter diesen Umständen nicht auf die Prüfung der Geschäftsfähigkeit begrenzen. Auch die Bekanntmachung der Wiederaufhebung einer Entmündigung lasse erhebliche Auswirkungen auf die Resozialisierung der vormals entmündigten Person erwarten. Das Gericht stellt also die (Verwendungs)Zusammenhänge heraus, in denen die bekanntgemachten Daten als Informationen aufgenommen und bewertet werden (können), und bemißt das Gewicht der Eingriffe nach den insoweit erwartbaren Nachteilen.

Der Beschluß zur Offenbarung einer Entmündigung bei Abschluß eines Mietvertrages argumentiert in ähnlicher Weise: Die zivilgerichtliche Herleitung einer Offenbarungspflicht beachtet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht hinreichend,

507 BVerfGE 78, 77 (84 ff.).

508 Vgl. dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.II.

509 Zur Diskussion darum Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.1. mit Fn 8.

wenn sie einerseits die Gefahr der sozialen Abstempelung und die nachteiligen Folgen bei der Anmietung von Wohnraum übersieht und andererseits die Risiken überschätzt, die dem Vertragspartner im Falle einer fehlenden Kenntnis von der Entmündigung entstehen.⁵¹⁰ Im Caroline-Urteil konzipiert das Bundesverfassungsgericht das Recht auf Achtung der Privatsphäre neu und zum Teil nunmehr unmittelbar informationsorientiert: Es erfaßt bestimmte Angelegenheiten angesichts der Folgen, die entstünden, wenn sie zum Inhalt der Information anderer würden, und die Grundrechtsträger werden gerade vor dem Wissen staatlicher Stellen oder Privater geschützt.⁵¹¹ Noch deutlicher stellt das Gericht in dem Beschluß zur Nennung des eigenen Namens heraus, daß im Zentrum des grundrechtlichen Schutzes nicht isoliert zu betrachtende Daten, sondern Informationen stehen: Die Schutzwirkungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG greifen nicht allein im Hinblick auf die Aussageinhalte einer Behauptung, sondern auch im Hinblick auf die Folgen, die die Behauptung als Information anderer hat.⁵¹²

In weiteren Entscheidungen wird der Schutz informationeller Selbstbestimmung gegen die Informationsinteressen des Staates oder privater Dritter abgegrenzt. So wie es auf der einen Seite um das Interesse geht, daß andere etwas nicht als Informations- (und Entscheidungs-)grundlage nutzen können, steht auf der anderen Seite eben das Wissensinteresse. In den Untersuchungsausschuß-Entscheidungen des Zweiten Senats sind das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einerseits und das Beweiserhebungsrecht des Untersuchungsausschusses andererseits auszutarieren. Das Grundrecht kann Anforderungen stellen, die über die – die Befugnis des Untersuchungsausschusses begrenzenden – strafprozessualen Vorschriften über Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte oder Beschlagnahmeverbote hinausgehen. Wenn die Kenntnisnahme für den Betroffenen nicht wegen eines streng persönlichen Charakters von Daten unzumutbar ist und wenn Vorkehrungen für den Geheimnisschutz getroffen werden – etwa im Wege eines Ausschlusses der Öffentlichkeit bei der Beweisaufnahme, der allerdings wiederum mit dem Öffentlichkeitsprinzip in Einklang stehen muß –, hat das Beweiserhebungsrecht grundsätzlichen Vorrang.⁵¹³ In der Entscheidung zum Fragebogen hinsichtlich früherer Stastätigkeiten stellt das Gericht einerseits den Schutz des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, andererseits das Recht des Arbeitgebers heraus, die Tatsachen zu erfragen, deren Kenntnis zur Ausübung des Kündigungsrechts notwendig ist.⁵¹⁴ In dem Beschluß zur Frage eines Anspruchs auf vorzeitige Löschung aus dem Schuldnerverzeichnis hält es dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung erstens die Informationsinteressen möglicher Geschäftspartner sowie zukünftiger Gläubiger und zweitens die darüber hinausgehende Schutz- und Warnfunktion im Interesse des Kreditgewerbes und sonstigen Geschäftsverkehrs entgegen.⁵¹⁵

510 BVerfGE 84, 192 (194 ff.).

511 BVerfGE 101, 361 (382), und ausführlicher zum Urteil oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.1.

512 BVerfGE 97, 391 (405), und ausführlicher oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.II.2.b.aa.

513 BVerfGE 67, 100 (142 ff.); 76, 363 (388); 77, 1 (46 ff.).

514 BVerfGE 96, 171 (181 ff.).

515 BVerfG (Kammerbeschluß) NJW 1988, 3009 (3009 f.).

2. Die Ausnahme: Die (zweite) Tagebuchentscheidung

Aus diesen Entscheidungen fällt vor allem die (zweite) Tagebuchentscheidung⁵¹⁶ heraus. Sie zeigt, wie ungesichert die Grundlagen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch in der verfassungsgerichtlichen Praxis noch sind. Sie behandelt die Frage, ob und inwieweit das Grundrecht Schutz gegen die Verwertung tagebuchähnlicher Aufzeichnungen im Strafverfahren bietet. Seine Überprüfung stützt das Gericht explizit (nur) auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht⁵¹⁷; es verweist allerdings auf das Volkszählungsurteil und übernimmt daraus die Passage, daß der Einzelne grundsätzlich selbst entscheiden darf, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.⁵¹⁸ Daran schließen sich Versatzstücke aus der Rechtsprechung zum Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre an. Dabei wird das Kriterium des Sozialbezuges, das in der ersten Homosexuellen-Entscheidung als ein von einer inhaltsgeleiteten Bestimmung des Kernbereichs unabhängiges Begründungsmuster entwickelt worden ist⁵¹⁹, in die „soziale Bedeutung“ umgewandelt und als inhaltliches Kriterium eingesetzt: „Schon die Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines anderen Menschen verleiht einer Handlung oder Information eine soziale Bedeutung, die sie rechtlicher Regelung zugänglich macht.“⁵²⁰ Die soziale Bedeutung soll sich aus dem Inhalt der Aufzeichnungen ergeben oder nicht ergeben.⁵²¹

Damit bleibt die Entscheidung hinter einer zentralen Erkenntnis des Volkszählungsurteils zurück: Der Informationsinhalt von Aufzeichnungen oder Daten ist keine intrinsische und feststehende Eigenschaft, sondern abhängig von der Beobachtungsperspektive bzw. vom Interpretations- und Verwendungskontext. Jeder Informationsgrundlage – ebenso wie jeder Handlung⁵²² – läßt sich durch eine entsprechende Interpretationsperspektive eine „soziale Bedeutung“ abgewinnen, ohne daß dies ausschließt, daß ihr aus anderer Perspektive eine „höchstpersönliche Bedeutung“ zukommt. Daß man dies in die Dogmatik einzustellen hat, ist gerade ein zentraler Punkt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.⁵²³

516 BVerfGE 80, 367. Als Vorinstanz BGHSt 34, 397.

517 Kritisch zur Vernachlässigung des Art. 4 GG *Amelung*, Tagebuchentscheidung, S. 1754, 1758 f. und bereits zur Entscheidung des BGHSt *ders.*, Grundrechtsschutz, S. 1004 f. Daneben *Lorenz*, Absoluter Schutz, S. 271 ff. Vgl. außerdem *Störmer*, Verwertbarkeit, S. 22 f.

518 Vgl. *Störmer*, Verwertbarkeit, S. 18, dazu, daß das Verhältnis von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht abschließend geklärt ist. Außerdem siehe unten Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt D.

519 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II.

520 BVerfGE 80, 367 (374).

521 Vgl. BVerfGE 80, 367 (375 und 376 ff. – tragende Ansicht –). Ähnliches Argumentationsmuster in BVerfGE 109, 279 (319).

522 Deshalb ist mit dem „Sozialbezug“, wie er in der Homosexualitäts-Entscheidung formuliert wurde, nicht die „Bedeutung“ einer Handlung gemeint, sondern ihre Einbettung in eine Interaktion, also in eine unmittelbare (und potentiell konflikthafte) soziale Beziehung.

523 Da die Tagebuch-Entscheidung gerade diesen Punkt übersieht, ist es wohl auch nicht zufällig, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht genannt wird, sondern nur anklingt. Es ist ein Irrtum, wenn man annimmt, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung lege zugrunde, daß der

Die Annahme, die Bedeutung von Aufzeichnungen oder Daten ergebe sich aus deren feststehendem und insofern einzig möglichem Inhalt, und das so festgelegte Kriterium der „sozialen Bedeutung“ schaffen dagegen ein Argumentationsmuster, das zum einen zur Abgrenzung eines Kernbereichs vollkommen ungeeignet ist. Zum anderen geraten die die Entscheidung tragenden Ausführungen in eine fast zirkuläre Begründungsstruktur, in die die Interessen des Grundrechtsträgers kaum eingebracht werden (können). Die weitere Argumentation verliert nahezu zwingend jede Überzeugungskraft.

In den tragenden Gründen wird der Inhalt der Tagebuchaufzeichnungen in eine Beziehung zu der (späteren) Straftat gesetzt und aus dieser Sicht gedeutet. Daß diese Perspektive, aufgrund derer überhaupt erst ein staatliches Interesse an der Kenntnis der Aufzeichnungen besteht, zu einer „sozialen Bedeutung“ führt, versteht sich von selbst. Sie bleibt die einzige Perspektive, die das Gericht einnimmt. Der grundrechtliche Schutz des Beschwerdeführers, der dem staatlichen Interesse doch gerade entgegengehalten werden müßte, wird dann auch lediglich als Wille zur bzw. Interesse an der Geheimhaltung höchstpersönlicher Angelegenheiten benannt. Weder kann dies näher entfaltet werden – nicht einmal im Rahmen der nicht mehr den Kernbereich betreffenden Abwägung –, noch kann dem Gewicht zukommen. Für Überlegungen, die über ein nur formal benanntes Geheimhaltungsinteresse hinausgehen, müßten die Tagebuchaufzeichnungen (und ihre vorgesehene Verwertung) nämlich aus der Perspektive des Grundrechts des Betroffenen betrachtet werden.⁵²⁴ Das Gericht kann die Perspektive aber nicht wechseln, weil dies das Fundament des gesamten Begründungsaufbaus – der entweder höchstpersönlichen oder sozialen Bedeutung der Niederlegungen als unterstellter intrinsischer Sinngehalt – zerstörte. Bei dieser Begründungsführung richtet sich somit die Verfassungsmäßigkeit des Zugriffs nach dem Zweck der Informationsgewinnung und -verwertung⁵²⁵ – ein Ergebnis, das dem Gericht eigentlich als Anzeichen für eine vollständig fehlgelaufene Argumentation⁵²⁶ hätte auffallen müssen. Passend dazu wird bei der Rechtsbegrün-

Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts in sich einheitlich und für die Schutzwürdigkeit von Daten der Verwendungszusammenhang ausschlaggebend sei, so aber *Geis*, Kernbereich, S. 113 ff. mit der Empfehlung, zur „Sphärentheorie“ zurückzukehren. Siehe dagegen schon oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

524 Siehe bereits oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

525 Die These, daß dies grundsätzlich so sei und so sein müsse, findet sich bei *Schlink*, Amtshilfe, S. 192 ff. und 193: „Die Zulässigkeit der staatlichen Informationserhebung bzw. ihrer gesetzlichen Normierung beurteilt sich stets nach dem Zweck, dem die Erhebung dient, nie nach der Sphäre, aus der die Information stammt.“ Wenn *Schlink* zum Beleg auf die Kritik an der Privatsphärenkonzeption verweist, verkennt er den Unterschied zwischen dem (staatlichen) Zweck einer Informationserhebung und dem Verwendungskontext, der den Sinngehalt von Daten erst ergibt. Seine Ansicht hat ihren inhaltlichen Grund darin, daß er – in Anlehnung an *Forsthoff*, Persönlichkeitsschutz, bes. S. 46 ff. – die Privatsphäre als ein dem Staat gegenüber bestehendes Schutzgut ganz ablehnt und für „Informationseingriffe“ auf die allgemeine Handlungsfreiheit – als „Freiheit, sich nicht befragen zu lassen“ – abstellt. Aus den dann unterschiedlichen Referenzen – der Handlungsfreiheit des Betroffenen und der Informationserhebung und -verwertung des Staates – läßt sich ein informationsbezogener Schutz nicht angemessen entwickeln.

526 Das gilt unabhängig davon, ob man das Entscheidungsergebnis teilt oder nicht. Die Zirkularität der Argumentation stellen auch *Geis*, Kernbereich, S. 116; *Küpper*, Tagebücher, S. 420; *Wolter*, Verwertung, S. 178; *Lorenz*, Absoluter Schutz, S. 265 ff., und *Baston-Vogt*, Schutzbereich, S. 199, heraus.

zung lediglich die Formel der Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse⁵²⁷ bemüht, ohne daß das aus dem grundrechtlichen Vorbehalt folgende Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage – immerhin ein zentraler grundrechtlicher Schutzmechanismus – auch nur erwähnt würde.⁵²⁸

Die Gegenmeinung nutzt den Punkt, ob die Aufzeichnungen höchstpersönlichen Charakter haben, als Aufhänger für nähere Ausführungen zum Schutzgut und ein anderes Entscheidungsergebnis. Die tagebuchartigen Notizen dienten einer offenen und schonungslosen Auseinandersetzung mit dem eigenen Ich, die in der gegebenen Form nur habe geführt werden können, weil sie geschützt vor fremden Augen und Ohren stattfand. Die Gegenmeinung unterstellt aber ihrerseits als invariante Bedeutung der Aufzeichnungen, daß diese nicht „aus sich heraus“ die Sphäre anderer oder der Gemeinschaft berührten.⁵²⁹ Deshalb argumentiert sie lediglich mit einer anderen Bewertung statt grundrechtsdogmatisch damit, daß sich die Perspektive des staatlichen Interesses verbietet, solange es um das gewährleistete Grundrecht und eine danach ausgerichtete Perspektive zu gehen hat.

D. Ergebnisse: Novellierungen, Konkretisierungen und offene Probleme

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird in der dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beibehalten. Sowohl im Hinblick auf es selbst als auch im Hinblick auf seine genetischen Grundlagen, das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht, findet man aber *wichtige Novellierungen*. Manche Entscheidungen führen zu einer klärenden Konkretisierung der Gewährleistungsinhalte und der daraus resultierenden Vorgaben. Im übrigen tauchen Inkonsistenzen an den Stellen auf, an denen der mißglückte Schutzgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht lösbare Schwierigkeiten bereitet.

Das Verhältnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu den *speziellen Freiheitsgewährleistungen* wird nicht näher ausgearbeitet. Das Bundesverfassungsgericht deutet deren Einschlägigkeit freilich gelegentlich an. Die Verbürgung der Unverletzlichkeit des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 GG bezeichnet es

Kritisch mit dem Hinweis, in ergebnisorientierter Subsumtion würden Schrankengründe bereits bei der Schutzbereichsbestimmung eingearbeitet, *Rühl*, Persönlichkeitsrecht, S. 93.

- 527 Das steht zwar in der Tradition der Privatsphärenrechtsprechung, sollte aber zumindest seit dem Volkszählungsurteil nur noch Tradition sein. Das Volkszählungsurteil spricht zwar die „Einschränkung im überwiegenden Allgemeininteresse“ an (s. oben die Kritik unter Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.1.), es hebt aber daneben das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage hervor.
- 528 Wäre das Gericht der Frage nach der gesetzlichen Grundlage nachgegangen, hätte es vor dem Problem gestanden, daß die Regelungen der StPO, hier sowohl die Beschlagnahmeregeln der §§ 94 Abs. 1 und 2, 95, 97 StPO als auch die zur Informationsgewinnung über Zeugen §§ 52 ff. StPO, schon zeitbedingt nicht auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausgerichtet waren. Zu den unzureichenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen gerade auch in der gegebenen Konstellation *Störmer*, Verwertbarkeit, S. 21 f. und *Lorenz*, Absoluter Schutz, S. 277.
- 529 BVerfGE 80, 367 (382).

ausdrücklich als spezielle Garantie. Art. 10 GG übernimmt in seinem Anwendungsbereich die Schutzfunktionen, die ansonsten dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung obliegen. Dem korrespondiert, daß er selbst umgestaltet wird. Statt des Schutzziels der Privatsphäre stellt das Gericht nunmehr die Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation in den Mittelpunkt der Verbürgung. Als Bedingung der Möglichkeit einer – trotz dieser Angewiesenheit – freien Kommunikation gewährleistet Art. 10 GG die Geheimnisqualität sowie damit auch die Transparenz der Kommunikation zwischen den Grundrechtsträgern und schützt die Grundrechtsträger als Kommunikationsteilnehmer. Konsequenterweise entfaltet er dann Schutzwirkungen nicht nur hinsichtlich der staatlichen Kenntnisnahme, sondern auch hinsichtlich der sich daran anschließenden Informations- und Datenverarbeitungen, der Verwendung erlangter Kenntnisse, der Übermittlung erlangter Daten und weiterer Verarbeitungen. Anders als beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung beschreibt das Gericht Schutzgehalt und Schutzpositionen allerdings nicht als eigentumsanaloge Bestimmungsbefugnis über die dem Schutz unterfallenden Daten. Schutzgehalt ist die Unverletzlichkeit der Geheimnisqualität der Kommunikation, und er vermittelt den Grundrechtsträgern dementsprechende Abwehr- oder auch Leistungsrechte. Damit werden aus Art. 10 GG weder hinsichtlich der Gewährleistungsreichweite noch hinsichtlich der Gewährleistungstiefe Aussagen hergeleitet, die den vormals staats„internen“ Bereich scheinbar allumfassend und in jeder Hinsicht determinieren würden. Seinen Schutz können weitere Grundrechtsgarantien mit zusätzlichen Maßgaben ergänzen. Ihre Einschlägigkeit kann sich aus dem Inhalt und dem Kontext einer Kommunikation oder im Hinblick auf die beeinträchtigenden Folgen der Verwendung erlangter Kenntnisse in neuen Verwendungszusammenhängen ergeben. Da das Gericht Art. 10 GG als spezielle Garantie bezeichnet und auch so ausgestaltet, sind die Ausführungen zu den Schutzzielen und Schutzzinhalten, die Argumentation zur näheren Begründung des Schutzes sowie das gewählte Konzept, bei dem mehrere Grundrechte mit spezifischen Schutzwirkungen die Verarbeitung von Informationen und Daten binden, auch für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG aufschlußreich.

Zur Genese des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung haben das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht beigetragen. Trotz der abstrakteren Konzeption jenes Rechts sind diese Rechte, auch soweit sie den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten betreffen, nicht darin aufgegangen. Das Bundesverfassungsgericht greift weiter auf sie zurück. Das Verhältnis der jeweiligen Rechte zueinander läßt es freilich ungeklärt. Dabei ist die Rechtsprechung teilweise durch deutliche Inkonsistenzen und Unsicherheiten gekennzeichnet. Beides liegt daran, daß weder das Recht auf Achtung der Privatsphäre in seiner traditionellen Form noch das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht noch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung überzeugend konzipiert worden sind.

Das wird dadurch bestätigt, daß das Gericht jedenfalls die *Grundlagen*, die die Formulierung einer Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten mitgetragen haben, mittlerweile *geändert*, zum Teil sogar *explizit korrigiert* hat.

Und sowohl beim *Recht auf Achtung der Privatsphäre* als auch beim *Persönlichkeitsrecht* finden sich *neue Muster* bei der Konzeption des jeweils gewährleisteten Schutzes.

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre wird aus seiner Genese, nämlich von der Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, gelöst. Es wird eigenständig als Bedingung der Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung begründet und gelegentlich auch dem Persönlichkeitsrecht untergeordnet. Das Gericht ordnet ihm zwei verschiedene Stränge zu. Es umfaßt zunächst den Schutz eines räumlich und zeitlich bestimmten Rückzugsbereichs, damit der Einzelne, frei von öffentlicher Beobachtung und sozialer Kontrolle, die Möglichkeit hat, zu sich selbst zu kommen, sich zu entlasten oder mit Personen seines Vertrauens offen zu kommunizieren. Die Begründung zeigt erneut, daß die Rekonstruktion einer „Sphärentheorie“ die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts nicht trifft.⁵³⁰ Es schließt mit diesem Strang insoweit an die frühere Privatsphärenkonzeption an, als sich der Schutz eines abgeschotteten Bereichs (nicht nur, aber auch) auf die in ihm entstehenden Informationen und Daten erstreckt.⁵³¹ Genau das ist bei dem zweiten Strang anders. Hier erstreckt sich das Recht auf Achtung der Privatsphäre auf den Schutz bestimmter, typischerweise als „privat“ beurteilter Verhaltensweisen, Kommunikationen oder Aufzeichnungen vor dem Wissen anderer. Dahinter steht, daß diese als solche grundrechtlichen Schutz genießen und möglich bleiben müssen, aber als Inhalt der Information anderer peinlich wären oder nachteilige Reaktionen auslösten und deswegen vermieden würden, wenn man damit rechnen müßte, daß andere Kenntnis davon erlangen und die erlangten Informationen nutzen. Daß der Betroffene die Angelegenheiten auch gegen allgemeine Kenntnischancen wird abschotten müssen, ist dem nachgeordnet. Demnach schützt nicht das Recht auf Achtung der Privatsphäre (unter anderem) gegen Wissensinteressen; vielmehr trägt der hinsichtlich des Wissens anderer bestehende Schutzbedarf die Herleitung des Schutzes der Privatsphäre. Insoweit gestaltet sich der Privatheitsschutz – ganz im Unterschied zur überkommenen Privatsphärenkonzeption – informationsorientiert. Das heißt zugleich, daß deren Leistung, eine Zuordnung der Angelegenheiten oder Daten zum Individuum zu bewirken und von Begründungserfordernissen zu entlasten, entfällt. Deshalb entwickelt das Gericht den Schutz mit Hilfe einer normgeleiteten, vor allem folgenorientierten Argumentation. Diese erklärt, warum dem Einzelnen Rechte im Hinblick auf die Wissensinteressen und Informations- und Datenverarbeitungen anderer zukommen. In ihr finden sich einige der Elemente, die früher (erst) in der Abwägung herausgearbeitet wurden.⁵³² Mit all dem wird das Recht auf Achtung der Privatsphäre inhaltlich und dogmatisch grundlegend umgestaltet.

Man kann dem entnehmen, daß die Verbürgung der Privatsphäre *als inhaltliche Schutzidee nicht obsolet* wird. Das Gericht kehrt aber, von Inkonsistenzen in der Rechtsprechung abgesehen, keineswegs zum Recht auf Achtung der Privatsphäre in seiner ursprünglichen Form zurück. Vor allem zielt es an keiner Stelle darauf, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wieder dadurch zu ersetzen. Vielmehr wird erkennbar,

530 Zur „Sphärentheorie“ Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.aa.

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

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

daß das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sich in ihren Anwendungsbereichen nur begrenzt überschneiden und unterschiedliche dogmatische Funktionen erfüllen. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre ist in seiner neuen Form *eine Verbürgung neben anderen Gewährleistungen*, die Rechte hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten vermitteln.

Auch das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht unterliegt Novellierungen. Ihm hatte das Bundesverfassungsgericht die Entscheidungs- und Verfügungsbefugnisse entnommen, die zu den genetischen Grundlagen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gehören. In der dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Rechtsprechung gelangt es dagegen über mehrere Entscheidungen hin zu der ausdrücklichen Feststellung, daß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein allgemeines und umfassendes Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person nicht enthält. Den Schutz überhaupt gibt es freilich keineswegs auf. Es konzipiert ihn vielmehr in *neuer Form*. So wird den von einer Darstellung in den Medien Betroffenen angesichts des publizistischen Machtgefälles die Möglichkeit einer Einflußnahme auf das in der Umwelt von ihnen entstehende Bild gewährleistet, die dem Wirkungskreis der Publikation entspricht, die die Erstmitteilung enthält. Gegen verfälschende oder entstellende Darstellungen der Person vermittelt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Schutz, weil sie fehlerhafte Beurteilungen der sozialen Umwelt, ein unzutreffendes Persönlichkeitsbild, ungerechtfertigte Minderungen sozialer Anerkennung und Beeinträchtigungen der freien Persönlichkeitsentfaltung zur Folge haben. Bei Aussagen über eine Person, aufgrund derer die Gefahr einer Stigmatisierung besteht, gewährleistet er Schutz, weil Stigmatisierungen zu einem Entzug der sozialen Anerkennung und zu grundlegenden Verunsicherungen des Betroffenen führen können, ohne daß dies allein seiner eigenen Verantwortlichkeit zugerechnet werden könnte. Statt der bis dahin formulierten, von individualistischen Mustern geprägten Schutzgüter konkretisiert das Gericht demnach die Schutzgehalte und die Schutzpositionen mit Hilfe einer sozialen Perspektive. Relevante Begriffe, aber keineswegs Schutzgüter sind dann etwa die Aufrechterhaltung der Grundbedingungen sozialer Beziehungen zwischen dem Grundrechtsträger und seiner sozialen Umwelt, soziale Kontakte, das soziale Ansehen, die soziale Anerkennung oder das Selbstwertgefühl in der sozialen Umwelt. Inhalt, Reichweite und Grenzen der Gewährleistungsgehalte und Schutzpositionen werden vielmehr über normgeleitete, vor allem folgenorientierte Argumentationen entwickelt. Kennzeichnete es die früher formulierten Verfügungsrechte, den Begründungsbedarf der Zuweisung eines Entscheidungsrechts, das sich auf die Informationsaktivitäten anderer erstreckt, zu überspielen, steckt diese Begründung nunmehr explizit in der normativen Konkretisierung selbst. Der Persönlichkeitsschutz wird, soweit er hier relevant ist, also ebenfalls inhaltlich und dogmatisch grundlegend umgestaltet.

Das Verhältnis des allgemeinen Persönlichkeitsrecht zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung bleibt allerdings insgesamt undeutlich und inkonsistent. Jenem Recht liegt – anders als der Privatsphärengarantie – keine abgrenzbare inhaltliche Schutzidee zugrunde. Es gewährleistet vielmehr einen kasuistisch entwickelten, punktuellen Schutz der Persönlichkeit, der bei einer Gesamtbetrachtung mangels einheitlicher Linie notwendig abstrakt gefaßt werden muß. Das erschwert konsistente Abgrenzungen. Umgekehrt

ermöglicht die Fassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ihrerseits keine durchwegs tragfähige Bestimmung der Anwendungsbereiche.

Das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* selbst wird in der dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Rechtsprechung sowohl *inhaltlich* als auch *dogmatisch differenziert und spezifiziert*. Das Gericht geht insbesondere über die rein traditionell-abwehrrechtlichen Muster hinaus. Zum einen modifiziert es sie, weil die Reichweite und Tiefe der auf den Umgang mit Informationen und Daten gerichteten Grundrechtsbindungen erkennbar wird. Zum anderen leitet es Kenntnisrechte als Leistungsrechte her. Dies begründet es im wesentlichen mit dem funktionalen Zusammenhang zwischen den abwehrrechtlichen Gehalten und den Kenntnismöglichkeiten der Grundrechtsträger. Drittens stellt es grundsätzlich klar, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Verhältnis unter Privaten entsprechend der allgemeinen Drittwirkungsdogmatik gilt. Indem ihm aber – genau wie bei dem „Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person“ – deutlich sein dürfte, daß ein derartiger Schutz „weit in die Freiheitssphäre Dritter hineinreichen“ würde⁵³³, führt dies praktisch dazu, daß es hier auch in einschlägigen Fällen nicht auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zurückgreift.

Bei den *näheren Maßgaben* des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hebt das Bundesverfassungsgericht vor allem die gesetzliche *Festlegung des Verwendungszwecks*, die *Bindung an diesen Zweck* und die *Anforderungen an Zweckänderungen* hervor. Sie folgen nicht aus dem Übermaßverbot. Es handelt sich vielmehr im Rahmen der grundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten um eigenständige Anforderungen mit spezifischen Funktionen. Die gesetzliche Festlegung des Verwendungszwecks und die Zweckbindung setzen strukturierende Determinanten. Sie bestimmen und umgrenzen den Verwendungszusammenhang. Der jeweilige Verwendungskontext konstituiert zugleich die aus den Daten zu gewinnenden Informationen in ihren Inhalten und Wirkungen. Zweckfestlegung, Zweckbindung sowie die Anforderungen an Zweckänderungen sollen zudem das Wissen des Einzelnen um die Verwendungsmöglichkeiten absichern. Aus all dem resultiert eine Konnexität von Gewährleistungsbereich und grundrechtlich determinierter gesetzlicher Ausgestaltung.

In den meisten der dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Entscheidungen wird außerdem deutlich, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine *genuin informations- und datenbezogene Gewährleistung* ist. Dabei stehen bei näherer Betrachtung nicht Daten, sondern Informationen im Mittelpunkt. Sofern das Bundesverfassungsgericht den Schutz informationeller Selbstbestimmung konkretisiert oder abwägt, orientiert es sich vor allem an den Inhalten und Wirkungen von Informationen. Soweit es den Schutz gegen die Informationsinteressen des Staates oder privater Dritter abgrenzt, stehen auf der einen Seite die Interessen des Grundrechtsträgers, daß staatliche Stellen oder Dritte etwas nicht als Information erfahren und nutzen können, und auf der anderen Seite deren Wissens- und Verwertungsinteressen.

5. Kapitel:

Die Notwendigkeit einer Neukonzeption

Die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat an vielen Stellen gezeigt, daß die grundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten neu konzipiert werden müssen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten ist nicht gegenstandsgerecht. Die markantesten Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse sollen abschließend mit Blick auf die zentralen Erkenntnisse des ersten Kapitels in einen übergreifenden Zusammenhang gestellt werden.

Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelt das Gericht erstmals grundrechtliche Garantien und Rechte, die sich genuin auf den Umgang mit Informationen und Daten beziehen, die die Grundrechtsträger betreffen. Es reagiert damit auf die Leistungsgrenzen des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre und des Persönlichkeitschutzes. Nach seinen Schutzziele und nach seinem Schutzkonzept richtet sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf den Schutz gegen, das Wissen über und den Einfluß auf den Umgang staatlicher Stellen oder – im Rahmen der Drittwirkung – privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten. Der unmittelbare Gegenstandsbezug, der höhere Abstraktionsgrad und die größere Flexibilität sind wichtige Innovationen. Dagegen ist die Fassung des Schutzgehalts als Befugnis, über die Preisgabe und Verwendung von Daten selbst zu bestimmen, mißglückt. Ihre Wahl ist genetisch zu erklären. Prägend haben sich hier zum einen die Figuren aus der vorangegangenen Rechtsprechung vor allem zum Persönlichkeitsrecht, zum anderen Entwürfe aus der Diskussion um den Datenschutz ausgewirkt. Das Gericht konzipiert den Schutzgehalt nach den Mustern der traditionellen Dogmatik, die nicht passen. Zugleich hat es aber auch die bereits damals vielfältigen und breitgefächerten Überlegungen zum Datenschutz in eine sehr verkürzende Form gebracht.⁵³⁴ Das führt dazu, daß viele Fragen offen bleiben oder nicht überzeugend gelöst werden. Das gilt beispielsweise für die dogmatische Umsetzung der Unterscheidung von Informationen und Daten, für die Determinationsreichweite des entwickelten individuellen Entscheidungsrechts, für den daraus folgenden Bedarf an gesetzlichen Ermächtigungen und deren Gestaltung als Eingriffsermächtigungen oder für die Rolle der Kenntnisrechte. Allerdings hat die Rechtsprechungsanalyse gleichermaßen deutlich gezeigt, daß eine angemessene Lösung nicht in der Rückkehr zu den überkommenen Figuren des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre oder des Persönlichkeitsrechts liegen kann.⁵³⁵ Die innovativen Elemente, die die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in sich birgt, müssen im Gegenteil aufgegriffen und weiterentwickelt werden. Man benötigt einen gegenstandsgerechten Ansatz.

534 Dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

535 Eine solche Rückwendung wird nicht selten, gegebenenfalls mit kleineren Modifikationen, ausdrücklich gefordert. Vgl. z.B. *Rogall*, Informationseingriff, etwa S. 57 f. Zum Vorschlag eines „abgestuften Persönlichkeitschutzes“ siehe *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 162 ff.

Die Untersuchung der Charakteristika des Gegenstandes verweist darauf, daß dies vor allem heißt: einen Ansatz, der sich verglichen mit der überkommenen Dogmatik und den gewohnten Schutzgütern eigenständig, mehrdimensional und komplex gestaltet.

Richten sich Gegenstand und Ziel des Schutzes auf Garantien und Rechte, die den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten determinieren, muß man bereits bei der Beschreibung des Gewährleistungsinhalts – statt der traditionell auf das Individuum konzentrierten Sicht – eine übergreifende Perspektive einnehmen. Denn andere Beteiligte, nämlich die sich informierenden Stellen oder Personen, sind als diejenigen, die die Informationen erst bilden, strukturell involviert; die Informationen werden im jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext gewonnen und umgesetzt; in der Prozeßdimension sind die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge in die jeweiligen Kommunikations- und Entscheidungsabläufe eingewebt. Insgesamt ist der Gegenstand nicht mit individualistischen Zuordnungsmustern faßbar. In einer solchen Form können personenbezogene Informationen weder der Person, auf die ihr Aussagegehalt verweist, noch der Person oder Stelle, die sich informiert, noch beiden zugleich zugeordnet werden. In informationsrechtlicher Perspektive paßt ein Verfügungsmodell als Grundansatz auch für personenbezogene Daten nicht, weil diese Ebene der Informationsebene nachzuschalten ist.

Rechte des Betroffenen, die sich auf den Umgang anderer mit den auf ihn verweisen den Informationen und Daten beziehen, sind somit nicht mit der Idee der Selbstbestimmung im Sinne einer „natürlichen Freiheit“ zu begreifen. Statt dessen hat man mit grundrechtlich konstituierten individuellen Positionen zu tun, die aus der übergreifenden Perspektive heraus entwickelt und normorientiert besonders begründet werden müssen. Nutzt man die im ersten Kapitel aufgezeigte Entwicklung der Grundrechtsnormen hin zu objektivrechtlichen Gewährleistungen, aus denen man die staatlichen Verpflichtungen und individuellen Rechte erst noch zu konkretisieren hat, ist es denkbar, zu einem Bündel informations- und datenbezogener Garantien und Rechte zu gelangen, das aus verschiedenen und zugleich ineinandergreifenden Positionen besteht.⁵³⁶ Die Überlegungen zu den Charakteristika des Gegenstandes haben freilich deutlich gemacht, daß man dabei

536 Zu allem ausführlich Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C. Bei *Simitis*, Gedächtnisverlust, S. 1491 f., gewinnt man den Eindruck, mit der Ablehnung von Verfügungsrechten müßten subjektive Rechte überhaupt abgelehnt werden: „Wo ... die Selbstbestimmung in ein absolutes Verfügungsrecht umschlägt, droht dem sozialen und politischen Diskurs keine geringere Gefahr als in den Fällen, in denen personenbezogene Daten jederzeit für jeden nur möglichen Zweck verarbeitet werden können. Eben deshalb ist der Schritt von der Anerkennung der informationellen Selbstbestimmung zum subjektiven Recht auf einen bestimmten Ablauf der Verarbeitung alles andere als selbstverständlich. Mag sein, daß es, jedenfalls auf den ersten Blick, nur „natürlich“ erscheint, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten auch und gerade als ein Recht des Betroffenen zu verstehen. Wer allerdings diesen Weg einschlägt, nimmt die Privatisierung des Kommunikationsprozesses in Kauf. Mit dem subjektiven Recht avanciert die individuelle Verfügungsmacht über die jeweiligen Angaben zum tragenden Verarbeitungsgrundsatz. ... Statt deshalb ein subjektives Recht zu konturieren, gilt es, die Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung als Freiheitsgarantie zu verstehen.“ Wenn man letzteres als Ausschließungsverhältnis zu verstehen haben sollte, läge darin allerdings ein Mißverständnis des Begriffs des subjektiven Rechts, siehe dazu oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.II.

dogmatisch und methodisch mit neuartigen Anforderungen rechnen muß. Zwei Aspekte können unter Berücksichtigung der Rechtsprechungsanalyse herausgestellt werden.

Zum einen weist die normorientierte Begründung, warum und inwieweit dem Einzelnen Rechte im Hinblick auf die Informations- und Datenverarbeitungen staatlicher Stellen (oder privater Dritter) zustehen, eigenständige Züge auf, indem Begriffe und Argumentationsmuster auftauchen, die sich von denjenigen der traditionellen Dogmatik unterscheiden. Ansatzpunkte einer solchen Begründung finden sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung hin zum Volkszählungsurteil vor allem dann, wenn die neuartigen Aspekte eines Falles oder eine notwendig werdende Abwägung eine begründende Argumentation verlangen. So stellt das Gericht im Tonband-Beschluß darauf ab, daß die Unbefangenheit und die Entfaltung in einer Kommunikation gestört würden, wenn die Teilnehmer damit rechnen müßten, daß ihre Gesprächsbeiträge aufgezeichnet und in anderen Zusammenhängen verwendet werden. Im Lebach-Urteil sind die Nachteile entscheidend, denen der Beschwerdeführer einerseits wegen des über ihn entstehenden Bildes und des daraus resultierenden Verhaltens der Zuschauer, andererseits wegen seiner eigenen Verunsicherung ausgesetzt wäre. In der Entscheidung zur Auskunftspflicht im Konkursverfahren spielt eine Rolle, daß die Rechte des Beschwerdeführers unterlaufen würden, wenn seine Angaben weitergeleitet bzw. strafrechtlich verwertet werden dürften. Die Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Volkszählungsurteil wird mit Überlegungen zu den Wirkungen gestützt, die rechtlich ungebundene Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge auf das – gegebenenfalls grundrechtsgeschützte – Verhalten und auf die Befindlichkeit der Grundrechtsträger haben. Im Mittelpunkt begründender Argumentationen stehen also die absehbaren oder typischerweise erwartbaren Folgen, die mit der Gewinnung und den Verwendungsweisen von Informationen oder mit der Verarbeitung von Daten verbunden sind. Zur Steuerung dieser Folgen werden Rechtspositionen hergeleitet, die den Umgang mit Informationen und Daten als Ursache der normativ unerwünschten Folgen determinieren.

In der Rechtsprechung nach dem Volkszählungsurteil sind die Novellierungen des Art. 10 GG, des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und des Persönlichkeitsrechts aufschlußreich. Art. 10 GG wird aus der Paradigma der Privatsphäre gelöst. Statt dessen steht die Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation im Mittelpunkt. Art. 10 GG schützt die „verdateten“ Kommunikationsbeiträge und -umstände aber nicht im Sinne einer eigentumsanalogen Bestimmungsbefugnis, sondern im Sinne eines material begründeten Freiheitsschutzes, den das Gericht mit Hilfe einer folgenorientierten Argumentation konkretisiert. Auch das Recht auf Achtung der Privatsphäre wird neu gestaltet und nunmehr zum Teil unmittelbar informationsorientiert angelegt. Sein Schutz wird insoweit ebenfalls mit Hilfe einer normgeleiteten, vor allem folgenorientierten Argumentation konkretisiert. Dann trägt der hinsichtlich des Wissens anderer bestehende Schutzbedarf die Herleitung des Schutzes der Privatsphäre und erklärt zugleich, warum dem Einzelnen Rechte im Hinblick auf die Wissensinteressen und Informations- und Datenverarbeitungen anderer zukommen. Beim Persönlichkeitsrecht wird das „Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person“ abgelöst. Zudem wird das „Recht am eigenen Bild“ mit neuen Inhalten ausge-

füllt. Schutzgehalte und Schutzpositionen werden nicht mehr in Form individualistischer Muster, sondern mit Hilfe einer sozialen Perspektive konkretisiert. Auch in diesem Rahmen spielen normgeleitete, vor allem folgenorientierte Argumentationen eine zentrale Rolle. Die Begründung des Schutzes steckt in der normativen Konkretisierung.

Zum anderen ist dogmatisch einzufangen, daß die Unterscheidung von Informationen und Daten berücksichtigt werden und daß der Schutz der Grundrechtsträger hinsichtlich der *Informationen*, die staatliche Stellen oder private Dritte über sie erzeugen und verwenden, im Zentrum stehen muß. Die dargelegten Begründungsmuster, vor allem die folgenorientierten Argumentationen, die das Bundesverfassungsgericht selbst wählt, sind dafür ein klarer Beleg. Das aber ist voraussetzungsvoll. Will man Informationsvorgänge und die darauf bezogenen Datenverarbeitungen nach ihren Inhalten und Wirkungen rechtlich differenziert behandeln, muß man in der Lage sein, sie zu beschreiben oder zu prognostizieren und insofern einen bereits strukturierten und abschätzbaren Kommunikations- und Verwendungskontext zugrunde zu legen. Ein solcher Kontext ist jedoch nicht faktisch vorgegeben. Er wäre in verbindlicher Form nur durch rechtliche Regelungen zu her- und sicherzustellen. Überspitzt formuliert ließe ein Gesetz, das den Umgang mit Informationen und Daten regelt, selbst erst den Gegenstand – die Informationsvorgänge in ihren Inhalten und Wirkungen – erkennen, im Hinblick auf den das Grundrecht die Maßstäbe liefert, an denen das Gesetz gemessen wird. Eine solche Perspektive klingt im Volkszählungsurteil durchaus an:

„Vielmehr bedarf es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums der Kenntnis seines Verwendungszusammenhangs: Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten bestehen, läßt sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten.“⁵³⁷

In dieser Form handelte es sich freilich um eine zirkuläre Perspektive.⁵³⁸ Eine solche Zirkularität schließt aus, daß die Grundrechte ihre Maßstabsfunktion in einer zumindest relativen Hierarchie von Grundrecht und Gesetz entfalten können. Man muß also eine Konzeption entwickeln, im Rahmen derer Schutzanfordernisse, ohne daß sie zirkulär gerät, in Orientierung an den Inhalten und Wirkungen von Informationen ausgearbeitet sowie dogmatisch umgesetzt werden können und die dadurch einen entsprechend differenzierten „gefährdungsabhängigen“⁵³⁹ rechtlichen Zugriff ermöglicht.

Im Ergebnis drängt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst eine Neukonzeption der grundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten auf. Haben die Maßgaben der Norm im Zentrum zu stehen und die erforderlichen Begründungen und Wertungen zu stützen, ist zunächst zu untersuchen,

537 BVerfGE 65, 1 (45).

538 Vgl. auch *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 20: „Die Lösung des BVerfG führt ... zu einer Verschleifung von Schutzbereich und Schranken und damit zu einem unkonturierten Abwägungsmechanismus.“

539 Zur Überlegung, daß der Schutz sich zumindest in bestimmten Hinsichten gefährdungsabhängig gestalten muß, *Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 527 ff.; *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 21, 23.

ob und inwiefern nicht auch die einzelnen Freiheitsgewährleistungen einschlägig sind. Eine ausschließliche Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 GG, gegebenenfalls i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, könnte ihren guten Sinn haben – etwa weil sich der auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ausgerichtete Schutz einer Zuordnung zu den Einzelgrundrechten entzieht.⁵⁴⁰ Er könnte aber auch auf deren Aussagen geradezu angewiesen sein. Determinanten und Anregungen für eine Neukonzeption sind zudem und vorab den völker- und europarechtlichen Vorgaben zu entnehmen, die sich auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten richten. Sie sind inzwischen ihrerseits über den Stand hinaus entwickelt worden, der bei der Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zugrunde gelegen hat.

540 So im wesentlichen *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 81 ff.

Dritter Teil:

Einflußmechanismen und Lösungsmuster völker- und europarechtlicher Determinanten

Das nationale Verfassungsrecht wird auf mehreren Ebenen durch völker- und europarechtliche Vorgaben überlagert und ergänzt. Deren Rechtswirkungen und Einwirkungsmechanismen gestalten sich vielfältig. Die völkerrechtlichen Vorgaben im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind bisher trotz der Globalisierung der Kommunikationsnetze relativ schwach ausgeprägt. Die Leitlinien der OECD zum Schutz des Persönlichkeitsbereichs und zum grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten¹ und die Richtlinie der Vereinten Nationen zur Verarbeitung personenbezogener Daten in automatisierten Dateien² sind rechtlich unverbindlich und belassen zudem weitreichende Ausfüllungs-, Ausnahme- und Einschränkungsmöglichkeiten. Sie haben ihre Bedeutung vor allem als Vorbild nachfolgender Regelungswerke, so die OECD-Leitlinien für die Datenschutzkonvention des Europarats. Mehr rechtliche Relevanz kommt den Menschenrechten, insbesondere Art. 8 EMRK, und der Datenschutzkonvention des Europarats zu. Auf Unions- und Gemeinschaftsebene greifen die Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte. Als sekundärrechtliche Regelungen treten die Datenschutzrichtlinien der Europäischen Gemeinschaft hinzu. Sie wirken, indem sie umzusetzen sind, in das nationale Recht hinein. Zugleich lassen sie vor dem Hintergrund eines prinzipiellen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts das nationale Verfassungsrecht, ohne unmittelbar darauf einzuwirken, zumindest wegen der Abstimmungserfordernisse keineswegs unberührt, sei es, daß sie Verfassungsänderungen nahelegen, sei es, daß bestimmte Interpretationen einer Grundrechtsgewährleistung den Vorzug vor alternativen Möglichkeiten erhalten.

Eine Neukonzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erfordert keine umfassende Untersuchung oder Kritik der relevanten völker- und europarechtlichen Vorgaben. Die *Erkenntnisinteressen* konzentrieren sich vielmehr auf zwei Punkte: Zum einen muß beantwortet werden, wie welche Determinanten das deutsche Verfassungsrecht überlagern oder ergänzen, indem sie ihrerseits verbindliche Maßstäbe für die Gestaltung der einfachgesetzlichen Vorschriften setzen. Solche Determinanten können für das Verständnis der grundrechtlichen Gewährleistungen in bezug auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht außer Betracht bleiben. Zum anderen wird es angesichts der Probleme und offenen Fragen, die die Fassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufwirft, auch darauf ankommen, aus den Mustern, die sich auf völker- und europarechtlicher Ebene herauskristallisiert haben, Anregungen für neue Lösungen zu gewinnen.

- 1 OECD, Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data; für Deutschland: Bek. der Empfehlung des Rates der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) vom 23.09.1980 über Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten, BANz, Amtl. Teil v. 14.11.1981, Nr. 215. Ausführlicher dazu *Ellger*, Datenschutz, S. 513 ff.; *Burkert*, Internationale Grundlagen, Rn 22 ff.
- 2 UN-Guidelines Concerning Computerized Personal Data Files, vom 14.12.1990, Doc.E/CN.4/Sub.2/1988/22. Näher dazu *Ellger*, Datenschutz, S. 564 ff.; *Burkert*, Internationale Grundlagen, Rn 37 ff.

6. Kapitel:

Zentrale Vorgaben des Völkerrechts

A. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Europäischen Menschenrechtskonvention

Determinanten, die für die Spezifizierung grundrechtlicher Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten von Interesse sind, ergeben sich auf völkerrechtlicher Ebene zunächst aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. Rechtlich ist die Charta der Menschenrechte als ein auf die Vertragsstaaten beschränktes, völkerrechtliches Vertragsrecht einzuordnen.³ Soweit sie völkerrechtliche Vertragspflichten begründet, sind diese mit der Ratifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland von allen deutschen Staatsorganen, die Adressaten diese Pflichten sind, zu beachten. In der deutschen Rechtsordnung hat die Konvention im Anschluß an Art. 59 Abs. 2 GG und das danach erforderliche Zustimmungsgesetz den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.⁴

Mit dieser Einordnung würden ihre Rechtswirkungen jedoch unterschätzt. Sie wirkt auf zwei Ebenen „mittelbar“ auf die deutsche Rechtsordnung und dabei auch auf die Grundrechte des Grundgesetzes ein. Zum einen ist sie sowohl nach Art. 6 Abs. 2 EU als auch nach der gesicherten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Rechtserkenntnisquelle bei der Konkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte.⁵ Sie wird dabei freilich nicht unmittelbar, sondern als eine Erkenntnisgrundlage (neben anderen) und damit in selektiver oder modifizierter Form integriert.⁶ Derart vermittelt wirkt sie sich auf das Gemeinschaftsrecht, auf dessen mitgliedstaatliche Umsetzung und damit weiter, also erneut vermittelt, auf die nationalen Rechtsordnungen aus.⁷ Zum anderen dienen Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten des Grundgesetzes.⁸ Das gilt, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.⁹ Die Bedeutung als Auslegungshilfe ist allerdings schon

- 3 Kirchhof, Schutz, S. 25 ff.; Uerpman, Menschenrechtskonvention, S. 64 ff. Ellger, Menschenrechtskonvention, S. 630 ff.; weitergehend: Bleckmann, Verfassungsrang, S. 152 ff.
- 4 BVerfGE 19, 342 (347); 22, 254 (265); 25, 327 (331); 35, 311 (320). Zur unterschiedlichen Stellung der EMRK im Recht der Vertragsstaaten Frowein, in: Frowein/Peukert, Einf. Rn 6. Zur Diskussion um Rang und Stellung der EMRK Pache, Menschenrechtskonvention, S. 394 ff.
- 5 Vgl. noch sogleich Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt A.II.2.
- 6 Der im Juni 2004 von der Staats- oder Regierungschefs angenommene Vertrag über eine Verfassung für Europa sieht nunmehr den Beitritt der Union zur EMRK ausdrücklich vor (Art. 1-9 Abs. 2 des Entwurfs eines Verfassungsvertrages).
- 7 Zu einer unmittelbaren Wirkung gelangen – in nicht überzeugender Weise – Langenfeld/Zimmermann, Interdependenzen, S. 304 f.
- 8 BVerfGE 74, 358 (379); 82, 106 (115, 120); BVerfG (Kammerbeschluß), NJW 2002, S. 3231 (3231).
- 9 Eine solche Wirkung schließt die Konvention selbst aus, Art. 53 EMRK: „Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer Hohen Vertragspartei ... anerkannt werden.“

wegen des unterschiedlichen hierarchischen Ranges, der den Grundrechten einerseits und der Menschenrechtskonvention andererseits im deutschen Recht zukommt, nicht als eine Verpflichtung zur konventionsgemäßen Verfassungsauslegung zu verstehen.¹⁰ Vielmehr bieten die völkerrechtlichen Standards Anregungen, die dazu beitragen können, die Spielräume und Optionen, die die normtextlich vagen Grundrechtsnormen belassen, zu bestimmten Rechtsbindungen und Schutzpositionen zu verdichten.¹¹ Dabei ist der Stand des europäischen Menschenrechtsschutzes zugrunde zu legen, der sich aus dem klaren Wortlaut der Konvention sowie aus der ständigen Rechtsprechung der Europäischen Kommission und (nunmehr allein) des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ergibt.¹² Nach der Kompetenzverteilung kann nämlich nur das Organ der europäischen Menschenrechtspflege, das nach der Europäischen Menschenrechtskonvention zuständig ist, Streitfragen zu deren Interpretation klären. Damit wird ein Stand implementiert, der keineswegs allein aus der Konvention, sondern auch aus den Charakteristika des Rechtsschutzsystems resultiert, das Klärungen (nur) in reduzierter, selektiver Weise ermöglicht. Das ist eine deutliche, aber wegen der Kompetenzverteilung unverzichtbare Begrenzung. In diesem Rahmen gewinnt die Europäische Menschenrechtskonvention als Auslegungshilfe Relevanz.

Ihre somit durch zwei Einflußstränge geprägte Bedeutung wird dadurch verstärkt, daß ihre Vorgaben spätestens seit der Reform des Rechtsschutzsystems und der novellierten Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht mehr lediglich im Sinne eines Minimalstandards interpretiert werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte scheint ihr die Rolle eines der grundlegenden, (mit)konstitutionalisierenden Regelungssysteme Europas zuspiesen zu wollen.¹³ Hintergrund sind nicht zuletzt die zunehmende Integration der europäischen Staaten und der Bedarf nach einem gemeinsamen Grundrechtsstandard, der de facto in der wechselseitigen Beobachtung und wechselwirksamen Entwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte und der nationalen Verfassungen herauskristallisiert wird. Damit erhält die Europäische Menschenrechtskonvention insgesamt eine Rolle, die der vielfältigen Verflochtenheit entspricht, die zwischen den völkerrechtlichen Bindungen, den Maßgaben des Rechts der Europäischen Union und Gemeinschaften und den nationalstaatlichen, namentlich verfassungsrechtlichen Vorgaben mittlerweile besteht.¹⁴

Wegen dieser Einflüsse, aber auch als Anregung verdienen somit die Regelungs- und Lösungsmuster Aufmerksamkeit, die die Europäische Menschenrechtskonvention hinsichtlich der Determination des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten aufweist. Nach dem bisherigen Entwicklungsstand, der im Rahmen der hier ver-

10 Weitreichend in diesem Sinne etwa *Sommermann*, Menschenrechte, S. 414 ff.

11 *Seibert*, Menschenrechtskonvention, S. 521 ff. Siehe auch *Schmahlt*, Verzahnung, S. 181 ff.

12 BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120). Vgl. außerdem SächsVerfGH, DVBl 1996, S. 1423 (1424).

13 Dazu etwa *Walter*, Menschenrechtskonvention, S. 961 ff. Vgl. auch EGMR (Matthews), EuGRZ 1999, S. 200 (200 ff.), und dazu *Winkler*, Gerichtshof, S. 18 ff.

14 Dazu etwa *Langenfeld/Zimmermann*, Interdependenzen, S. 305 ff. Vgl. auch mit dem Vorschlag eines Beitritts der EU zur EMRK *Krüger/Polakiewicz*, Vorschläge, S. 94 ff.

folgten Erkenntnisinteressen zugrunde zu legen ist, gilt vornehmlich Art. 8 EMRK als der zentrale Anknüpfungspunkt. Er gewährleistet jeder Person einen Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Nach dem Vorbehalt des Art. 8 Abs. 2 EMRK darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Der Anspruch auf Achtung des Privatlebens in Art. 8 Abs. 1 EMRK ist in den völker- und europarechtlichen Kontext einzuordnen, das „Privatleben“ hier also ein völker- und europarechtlicher Begriff. Systematisch ist er zudem im Zusammenhang der Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention zu verstehen. Diese enthält im wesentlichen traditionell anerkannte Rechte der Person (Art. 2 bis 4 EMRK, Art. 2 bis 4 des 4. Zusatzprotokolls, Art. 1 des 6. Zusatzprotokolls), das Recht auf Bildung (Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls), Rechte auf Einhaltung bestimmter Verfahrensstandards (z.B. Art. 5, 6 und 7 EMRK, Art. 1 bis 4 des 7. Zusatzprotokolls), Freiheitsrechte (Art. 9 bis 12 EMRK), das Recht auf Achtung des Eigentums (Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls) und das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK. Ein Auffangtatbestand fehlt. Das erklärt, warum der Anspruch auf Achtung des Privatlebens zum Teil noch breiter ausgelegt wird als das Recht auf Achtung der Privatsphäre in der älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵, in der es den informations- und datenbezogenen Schutz weitgehend abdeckte.¹⁶

Schutzgegenstand des Art. 8 EMRK ist der Anspruch auf *Achtung* des Privatlebens, also nicht etwa das „right to privacy“, sondern – in der authentischen englischen und französischen Fassung¹⁷ – „the right to respect for his private and family life“ oder „le droit au respect de sa vie privée et familiale“. Aus dieser Formulierung, die von den Fassungen der anderen Menschenrechte abweicht, kann man mehrere Folgerungen ziehen. Erstens ist das „Privatleben“ für sich genommen zu abstrakt und zu unbestimmt, als daß es selbst Schutzgegenstand sein könnte. Der vorgeschaltete Achtungsanspruch ermöglicht eine Reduktion und eine konstellationsspezifische Konkretisierung.¹⁸ Diese kann unter (Mit)Beobachtung des als Verletzung in Betracht kommenden staatlichen Vorgehens erfolgen und daran besondere Anforderungen stellen. Kommission und Gerichtshof greifen

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

16 Art. 8 EMRK wird aber ausdrücklich nicht im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit oder (weitergehend) eines allgemeinen Freiheitsrechts verstanden, vgl. EKMR, EuGRZ 1980, S. 170 (170). Vgl. dazu auch *Bleckmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 12 f.

17 Vgl. den Zusatz nach Art. 59 EMRK.

18 Zur Struktur des Art. 8 EMRK vgl. auch *Evers*, Schutz des Privatlebens, S. 284: Die Zwischenschaltung eines Achtungsanspruchs erweise sich als „ein Fomelkompromiß, der auf höherer Abstraktions-ebene als der Ebene einer unmittelbaren Rechtsgewährleistung divergierende Auffassungen über die Reichweite des dahinterstehenden Schutzgutes in sich aufnimmt, ohne die eine oder die andere Auffassung zum Gegenstand völkerrechtlicher Pflichten zu machen.“

hier – wenig überzeugend – häufig auf den Willkürmaßstab zurück.¹⁹ Zweitens kann das Privatleben durch unterschiedliche Einwirkungsformen beeinträchtigt werden, nämlich nicht nur durch Verhaltenseinschränkungen, sondern auch durch eine staatliche Überwachung, durch den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten oder durch staatliche Maßnahmen, die privaten Dritten Informationen vermitteln. Die Konstruktion des Achtungsanspruch ermöglicht es, auch solche Beeinträchtigungsformen daran zu messen.²⁰ So haben Kommission und Gerichtshof schon frühzeitig die personenstandsrechtliche Stellung Transsexueller, über die diese Eigenschaft für Dritte erkennbar wird²¹, oder Telefonüberwachungen²² als Beeinträchtigung des Privatlebens und der Korrespondenz angesehen. Drittens liegt nahe, daß der Anspruch auf Achtung des Privatlebens Leistungs- und Schutzansprüche einschließt. Sie sind nahezu von Anbeginn an anerkannt worden.²³ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht so weit auszuführen, daß sich die Grenze zwischen den Handlungs- und den Unterlassungspflichten des Staates nach Art. 8 EMRK nicht deutlich ziehen lasse.²⁴ Etwa hat er aus Art. 8 EMRK einen Anspruch des Betroffenen auf Durchführung eines Verfahrens abgeleitet, das die Wahrung seines Interesses auf Einsicht in die zu seiner Biographie gespeicherten Angaben gewährleistet.²⁵ Die Vorenthaltung von Informationen über die Gesundheitsrisiken, die von einer nahe dem Wohnort der Beschwerdeführer angesiedelten Chemiefabrik ausgingen, hat er als Verletzung des Art. 8 EMRK beurteilt, weil der belangte Staat seine Verpflichtungen, das Recht der Beschwerdeführer auf Schutz ihres

19 Etwa EGMR, EuGRZ 1995, S. 113 (119); EGMR, EuGRZ 1999, 188 (190).

20 Vgl. zu den Parallelen beim Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II., Punkt B.II.5.a.

21 EKMR, EuGRZ 1979, S. 566 (566, 567), hier mit den Ausführungen: „Die Verbreitung oder die unerwünschte Kenntnissnahme durch Dritte von Tatsachen, die sich auf den körperlichen Zustand, die Gesundheit oder die Persönlichkeit beziehen, kann zweifellos den Intimbereich des Bf. verletzen und sein Privatleben beeinträchtigen. ... Der Staat hat sich ... nicht in das Verhalten des Bf. und in die von ihm frei geknüpften Beziehungen, die seine Persönlichkeit ausdrücken und prägen, eingemischt. Er hat sich jedoch geweigert, ein wesentliches Element dieser Persönlichkeit anzuerkennen: Die geschlechtliche Identität, wie sie sich aus der geänderten Gestalt des Bf., seinem Empfinden und seiner sozialen Rolle ergibt. ... Er zwingt den Bf. gegenüber der rechtlich verfaßten Gesellschaft in ein Geschlecht, das kaum noch das seine ist ... Nach Auffassung der Kommission stellt demnach das Versäumnis des belgischen Staates, Maßnahmen vorzunehmen, die es erlauben würden, im Personenstand des Bf. den rechtmäßig eingetretenen Veränderungen Rechnung zu tragen, nicht so sehr einen Eingriff in die Ausübung des Rechts auf Achtung des Privatlebens dar, als vielmehr eine Verkennung der dem Privatleben des Bf. geschuldeten Achtung.“

22 EGMR (Klass), EuGRZ 1979, 278 (283 ff.); EGMR (Malone), EuGRZ 1985, S. 17 (20 ff.).

23 Allgemeiner zu Schutzpflichten für das Privatleben EGMR, EuGRZ 1999, S. 188 (190 f.). Ablehnend im Ergebnis EGMR (Botta), Reports of Judgments and Decisions 1998-I, S. 412 ff., Rn 31 ff. Für das Familienleben EGMR, EuGRZ 1979, 454 (455); EuGRZ 1979, 626 (629), EuGRZ 1995, S. 113 (119). Zu einschlägigen Regelungen auch die Ausführung bei *Opsahl*, Convention, S. 197: „„Respect“ could not mean and does not mean „hands off“. Siehe auch die Übersicht bei *Grosz/Beatson/Duffy*, Human Rights, Art. 8, S. 265 ff. Zu Schutzpflichten bei der Versammlungsfreiheit EGMR, EuGRZ 1989, 522 (524).

24 EGMR, EuGRZ 1995, S. 113 (119).

25 EGMR (Gaskin), Publications of The European Court of Human Rights, Series A Vol. 160 (1989) Rn 42 ff.

Privat- und Familienlebens zu schützen, nicht erfüllt habe.²⁶ Außerdem schließt Art. 8 EMRK positive Verpflichtungen des Staates zu Maßnahmen ein, die dem Schutz des Einzelnen in den Beziehungen Privater untereinander dienen.²⁷

Die Ausfüllung des Begriffs des *Privatlebens* durch die Europäische Kommission für Menschenrechte und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ist vor allem von den Funktionen geprägt, die Art. 8 EMRK im Regelungszusammenhang der Europäischen Menschenrechtskonvention erfüllt. Im übrigen ist die Abhängigkeit von den zu entscheidenden Fällen und damit vom Rechtsschutzsystem unverkennbar. Zu den Leitlinien gehört, daß das Recht auf Achtung des Privatlebens dem Individuum einen – nach Maßgabe des Vorbehalts des Art. 8 Abs. 2 EMRK einschränkbaren – Bereich sichert, innerhalb dessen es seine Persönlichkeit frei entfalten und erfüllen kann.²⁸ Diese Aussage ist grundsätzlich nicht mit Hilfe der Idee eines isolierten Individuums formuliert worden; die Entfaltung in sozialen Beziehungen ist eingeschlossen. Das liegt inhaltlich daran, daß frühzeitig Konstellationen zu beurteilen waren, in denen es um die Entfaltung der Sexualität, also um ein anerkanntermaßen privates, zugleich aber mit einem anderen Menschen ausgeübtes Verhalten ging.²⁹ Dogmatisch ist der Anspruch auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK – anders als das Recht auf Privatsphäre nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – nicht aus einer Figur erwachsen, wie sie das Bundesverfassungsgericht mit dem „unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung“ herangezogen hat.³⁰ Die Konkretisierung des Art. 8 EMRK war mit dessen Implikationen nicht belastet. War der Begriff des Privatlebens zunächst noch zurückhaltend ausgefüllt worden, folgten bald Erweiterungen. Zum einen werden die physische und psychische Integrität und die Persönlichkeitsentwicklung, dies auch in sozialen Beziehungen, eingeschlossen.³¹ Zum anderen wird das „Privatleben“ in bestimmten Umfang auf den Schutz auch beruflicher und geschäftlicher Aktivitäten erstreckt.³² Unabhängig davon ist es freilich abzugrenzen. Der Schutzbereich des Art. 8 EMRK umfaßt nicht die Beziehungen der Person mit ihrer gesamten Umwelt. Die Abgrenzung erfolgt allerdings fallbezogen und flexibel. War zu-

26 EGMR, EuGRZ 1999, S. 188 (191). Weitergehend EGMR (McGinley), Reports of Judgments and Decisions 1998-III, S. 1334 ff., Rn 96 ff.: Der Fall betraf den Zugang zu Informationen über die radioaktive Belastung durch nukleare Tests in einem Gebiet, in dem der Beschwerdeführer gearbeitet hatte. Der Gerichtshof sah den Zugang zu den Informationen, die den Betroffenen entweder ihre Befürchtungen nehmen oder ihnen eine Einschätzung der Gefahren erlauben könnten, als hinreichend verknüpft mit dem in den Schutz des Art. 8 EMRK fallenden Privat- und Familienlebens an. Vgl. auch EGMR (López-Ostra), Publ. Series A Vol. 303 C (1995), Rn 51 ff.

27 EGMR (Caroline v. Hannover), Urteil vom 24. Juni 2004, Application no. 59320/00, Rn 57, abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

28 EKMR, EuGRZ 1978, S. 199 (199).

29 EKMR, EuGRZ 1978, S. 199 (199); EuGRZ 1979, S. 566 (566 f.), sowie EGMR, EuGRZ 1983, S. 488 (490); EuGRZ 1992, S. 477 (481). Vgl. auch EGMR (Laskey et al.), Reports of Judgments and Decisions 1997-I, S. 120 ff., Rn 36.

30 Dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.1. und 2.

31 EGMR (Botta), Reports of Judgments and Decisions 1998-I, S. 412 ff., Rn 32 ff. Zuletzt EGMR (Caroline v. Hannover), Urteil vom 24. Juni 2004, Application no. 59320/00, Rn 50; abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

32 EGMR (Niemitz), EuGRZ 1993, S. 65 (66 f.).

nächst die Öffentlichkeit ein maßgebliches Abgrenzungskriterium³³, gilt das so nicht mehr: So hat bereits die Kommission festgehalten, daß die Tatsache, daß Aktivitäten eines Individuums in der Öffentlichkeit erscheinen oder deren Geheimhaltung nicht beabsichtigt ist, nicht notwendig dazu führt, daß der Schutz des Art. 8 EMRK ausscheidet; er wäre betroffen, wenn der Staat die persönlichen, auch öffentlichen Aktivitäten verfolgen, aufzeichnen und alle relevanten Daten aufbewahren würde.³⁴ Der Gerichtshof hebt hervor, daß es auch in öffentlichen Kontexten eine Zone der Interaktion einer Person mit anderen gibt, die unter den Schutz des „Privatlebens“ fallen kann.³⁵ Hinter dieser Sicht steht, daß Art. 8 EMRK den Schutzbedarf einfangen muß, der im grundgesetzlichen Kontext in mittlerweile differenzierter Form durch die unterschiedlichen Gewährleistungen von der Privatsphäre bis zur informationellen Selbstbestimmung abgedeckt wird³⁶.

Art. 8 EMRK schließt einen *Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten* ein. Obwohl diese abstrakte Feststellung mittlerweile gesichert ist, weisen die konkreten Maßgaben noch kasuistische Züge auf. In den früheren Entscheidungen hat die Kommission etwa die erkennungsdienstliche Behandlung mit der Aufnahme persönlicher Angaben, Fingerabdrücke und Photographien als Eingriff in Art. 8 EMRK angesehen, dies aber bereits hinsichtlich der weiteren Aufbewahrung der Daten offen gelassen und beides jedenfalls nach Art. 8 Abs. 2 EMRK für gerechtfertigt gehalten, ohne nähere Anforderungen an die gesetzliche Basis zu stellen.³⁷ Ohne nähere Begründung hat sie des weiteren eine Volkszählung mit Fragen unter anderem nach Geschlecht, Personenstand, Geburtsort, Ausbildung und Beschäftigung als Beeinträchtigung des Art. 8 Abs. 1 EMRK bezeichnet, diese jedoch angesichts der ausschließlich statistischen Zwecke und der Schutzvorkehrungen als durch Art. 8 Abs. 2 EMRK gedeckt angesehen.³⁸ Der Gerichtshof hat frühzeitig festgestellt, daß Telefongespräche von den Begriffen „Privatleben“ und „Korrespondenz“ erfaßt werden; staatliche Überwachungsmaßnahmen sind Eingriffe, die nur bei angemessenen und wirksamen Garantien gegen Mißbrauch vom Vorbehalt des Art. 8 Abs. 2 EMRK getragen werden.³⁹ Dabei sind auch Telefonate geschützt, die von Geschäftsanschlüssen aus geführt werden, die zur zugleich privaten Verfügung bereitgestellt worden sind. Das gilt zumindest dann, wenn die betrof-

33 Etwa – zur polizeilichen Anfertigung und Aufbewahrung Photographien von Demonstrationsteilnehmern, die mit Hinweis auf deren freiwillige Beteiligung an einem öffentlichen Ereignis nicht als Beeinträchtigung des Art. 8 EMRK angesehen wurden – EKMR, Yearbook of the European Convention on Human Rights, Bd. 16 (1973), S. 328 (336). Außerdem EKMR, EuGRZ 1978, S. 199 (199 f.)

34 Vgl. EKMR (Tsavachidis v Greece), App. No. 28802/95, Report of the Commission v. 28.10.1997, Rn 47. Zu polizeilichen Photographien einer Versammlung und ihrer Teilnehmer die Stellungnahme der EKMR in EGMR (Friedl), Publ. Series A Vol. 305 B (1995) Rn 45 ff. Beide Fälle wurde ohne Entscheidung des EGMR beigelegt.

35 EGMR (P.G.), Urteil vom 25. September 2001, Application no. 44787/98, Rn 56; EGMR (Peck), Urteil vom 28. Januar 2003, Application no. 44647/98, Rn 57; EGMR (Caroline v. Hannover), Urteil vom 24. Juni 2004, Application no. 59320/00, Rn 50; alle abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

36 Vgl. Zweiter Teil, 4. Kapitel.

37 EKMR, Decisions and Reports 25, S. 15 (48 ff.).

38 EKMR, EuGRZ 1983, S. 410 (410 f.).

39 EGMR (Klass), EuGRZ 1979, 278 (283 ff.); EGMR (Malone), EuGRZ 1985, S. 17 (20 ff.).

fene Person den Umständen nach vernünftigerweise den Privatheitsschutz auch bei solchen Gesprächen erwarten darf.⁴⁰ Es kommt – das ist eine entscheidende und weiterführende Feststellung – nicht darauf an, ob und inwiefern Aufzeichnungen nachfolgend genutzt werden.⁴¹ Bilder und Photographien fallen unter den Schutz des Art. 8 EMRK, wenn sie eine Person bei rein privaten Tätigkeiten zeigen. Zur Verstärkung seiner Argumentation verweist der Gerichtshof sowohl auf Entstehungszusammenhänge, so im konkreten Fall auf die Heimlichkeit der Aufnahmen und deren mangelnde Wahrnehmbarkeit durch die betroffene Person, als auch auf die Verwendungszusammenhänge, hier auf die Reichweite der Verbreitung in der Öffentlichkeit durch die Presse.⁴²

Die nähere Entwicklung des gerade auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten gerichteten Schutzes wird vor allem durch die Entscheidungen geprägt, die die Rechtspositionen hinsichtlich der fortlaufenden Verarbeitungsvorgänge und hinsichtlich der Kenntnisinteressen präzisieren. Um beide Aspekte ging es in einem Fall, in dem über den Betroffenen, der in einem dem Militärbereich zugeordneten Museum arbeitete, im Rahmen einer Sicherheitsüberprüfung Informationen von Dritten eingeholt, als Daten gespeichert und schließlich mit negativem Ergebnis mit der Folge einer Ablehnung der Weiterbeschäftigung verwendet wurden. Dem Betroffenen wurde zudem eine Auskunft über den Inhalt der Daten verweigert, und es bestand nur ein eingeschränkter Rechtsschutz. Mit Hinweis darauf, daß es unbestritten sei, daß das geheime Register Informationen enthalte, die das Privatleben des Beschwerdeführers betreffen, stellt der Gerichtshof knapp fest, daß sowohl das Aufbewahren als auch das Weitergeben der Angaben, die mit einer Weigerung verbunden waren, dem Beschwerdeführer deren Widerlegung zu erlauben, zu einem Eingriff in den Anspruch auf Achtung des Privatlebens führten.⁴³ Dieser sei allerdings, auch hinsichtlich der Auskunftsverweigerung, über den Vorbehalt des Art. 8 Abs. 2 EMRK gedeckt. Der eingeschränkte Rechtsschutz – insoweit gab es abweichende Meinungen – halte sich im Rahmen des Art. 13 EMRK.⁴⁴

Gegenstand eines weiteren Falles war nicht die Rechtmäßigkeit der Anlage oder Aufbewahrung einer Akte, sondern allein die Rechtmäßigkeit der Verweigerung einer Akteneinsicht.⁴⁵ Die Akte war von der Kommune über den Beschwerdeführer zu seiner Biographie als Pflegekind angelegt worden. Sie enthielt zahlreiche Angaben auch von Pflegeeltern, Lehrern oder Ärzten. Die Verwaltung lehnte das Einsichtsbegehren des Beschwerdeführers unter Hinweis auf die Vertraulichkeit des Akteninhalts zur Sicherung eines funktionierenden Pflegesystems und der Geheimhaltungsinteressen der ansonsten beteiligten Personen ab. Bei seiner Beurteilung ist der Gerichtshof der Ansicht, daß sich die Aufzeichnungen in der Akte in einer Weise auf das Privatleben des Beschwerdefüh-

40 EGMR (Halford), Reports of Judgments and Decisions 1997-III, S. 1004 ff. Rn 44 ff. Außerdem EGMR (Kopp), Reports of Judgments and Decisions 1998-II, S. 524 ff., Rn 51 ff.

41 EGMR (Kopp), Reports of Judgments and Decisions 1998-II, S. 524 ff., Rn 53.

42 EGMR (Caroline v. Hannover), Urteil vom 24. Juni 2004, Application no. 59320/00, Rn 68 ff.; abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

43 EGMR (Leander), Publ. Series A, Vol. 116 (1987), Rn 48.

44 EGMR (Leander), Series A, Vol. 116 (1987), Rn 49 ff., 76 ff. und Dissenting Opinions.

riers beziehen, daß die Frage des Informationszugangs in den Rahmen des Art. 8 Abs. 1 EMRK falle. Damit werde, das hebt er ausdrücklich hervor, nichts darüber ausgesagt, ob Art. 8 Abs. 1 EMRK allgemeine Zugangsrechte zu persönlichen Daten und Informationen hergebe.⁴⁶ Inhalt und Umfang der positiven Verpflichtung, Akteneinsicht zu gewähren, werden sodann über eine ausgleichende Abwägung zwischen den individuellen Interessen und den öffentlichen Belangen entwickelt. Im Ergebnis hält der Gerichtshof angesichts der vorliegend gewichtigen individuellen Interessen, die notwendigen Informationen zum Verständnis der eigenen Kindheit zu erlangen, die Institutionalisierung eines Verfahrens für erforderlich: Darüber muß gewährleistet werden, daß eine unabhängige Stelle über die Einsicht in Fällen entscheidet, in denen die Zustimmung einer beteiligten dritten Person nicht eingeholt werden kann oder verweigert wird.⁴⁷

Umfassendere Ausführungen enthält sodann ein Urteil des Gerichtshofs, das sich mit der schweizerischen Praxis des systematischen Mitschneidens von Telefongesprächen mit der früheren sowjetischen Botschaft sowie dem nachfolgenden Anlegen und Aufbewahren von Karteikarten durch die Bundesanwaltschaft befaßt.⁴⁸ Die Karten enthielten Angaben zu den Tätigkeiten der jeweiligen Personen oder auch wertende Kommentare. Der Gerichtshof sieht, dies kann an die vorangegangenen Entscheidungen anknüpfen⁴⁹, das Mitschneiden als einen Eingriff in das Privatleben und in die Korrespondenz an, für den es im gegebenen Fall keine hinreichende gesetzliche Basis gegeben hat. Aber auch die Sammlung von Daten, die das Privatleben eines Individuums betreffen, fällt unter Art. 8 EMRK. Der Gerichtshof begründet dies zum einen mit den Leitlinien der bisherigen Rechtsprechung: Der Begriff des Privatlebens dürfe nicht zu restriktiv interpretiert werden; er umfasse das Recht, soziale Beziehungen aufzunehmen und zu entwickeln, und schließe auch geschäftliche Aktivitäten ein. Zum anderen nutzt er die Datenschutzkonvention des Europarats, obwohl der Rückgriff darauf normsystematisch nicht tragfähig ist und obwohl es sich im zu entscheidenden Fall um eine Karteikarte handelte: Die weite Interpretation stehe in Einklang mit dieser Konvention, deren Zweck der Schutz der Privatsphäre in bezug auf die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten sei, die wiederum als jegliche sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person bezogene Information definiert würden. Das durch eine öffentliche Stelle erfolgende Sammeln von Daten, die das Privatleben eines Individuums betreffen, ist nach den sich anschließenden Ausführungen eine Beeinträchtigung, ohne daß es darauf ankommt, ob die Daten „sensitiv“ sind oder ob der Beschwerdeführer irgendwelche Nachteile hatte.⁵⁰ Bei der Frage nach der gesetzlichen Grundlage unterscheidet der Gerichtshof zwischen dem Anlegen und dem Aufbewahren der Karte. In der ersten Hinsicht fehlt eine Grundlage, die die Voraussetzungen für das Anlegen der in Streit stehenden Karteikarten, das zu befol-

45 EGMR (Gaskin), Publications of The European Court of Human Rights, Series A Vol. 160 (1989).

46 EGMR (Gaskin), Publ. Series A Vol. 160 (1989) Rn 37.

47 EGMR (Gaskin), Publ. Series A Vol. 160 (1989) Rn 42 ff.

48 EGMR (Amann v. Switzerland), Urteil vom 16. Februar 2000, Application no. 27798/95; abrufbar unter <http://www.echr.coe.int>.

49 Siehe oben im Text mit Fn 39 und 40.

50 Vgl. oben im Text mit Fn 41.

gende Verfahren und die Angaben, die aufgezeichnet oder auch nicht aufgezeichnet werden dürfen, hinreichend spezifiziert. Ist das Anlegen der Karte nicht rechtmäßig, erscheint es dem Gerichtshof unwahrscheinlich, daß die Aufbewahrung rechtmäßig sein könnte. Unabhängig davon verstieß sie im gegebenen Fall gegen bestehendes Schweizer Recht, weil die Karteikarte mangels Erforderlichkeit der Daten zu vernichten gewesen wäre.

Diese Grundlinien werden in weiteren Urteilen bestätigt. In einer Konstellation, in der die Aufbewahrung und Verwendung nachrichtendienstlicher Angaben über frühere öffentliche Aktivitäten des Beschwerdeführers in Streit stand, hält der Gerichtshof fest, daß öffentliche Aktivitäten oder „öffentliche Informationen“ in den Schutzbereich des Privatlebens fallen können, wenn öffentliche Stellen die Daten systematisch sammeln und in Dateien aufbewahren. Es fällt auf, daß die Beurteilung, ob und wann öffentliche Aktivitäten durch den Schutz des „Privatlebens“ geschützt sind, mit Blick auf die staatliche Tätigkeit und deren nähere Merkmale erfolgt. Die Verletzung des Art. 8 EMRK wird damit begründet, daß das nationale Gesetz keine Festlegungen über die Art der Daten, die gesammelt werden dürfen, über die Personen, die überwacht werden dürfen, über die Umstände und Voraussetzungen, unter denen Überwachungsmaßnahmen stattfinden dürfen, über verfahrensrechtliche Vorkehrungen und über eine angemessene Kontrolle enthalte.⁵¹ Mit ähnlich strukturierter Argumentation unterstellt der Gerichtshof Daten, die von Gesprächen zwischen Beschwerdeführern und Polizeibeamten in einer Gefängniszelle heimlich zwecks Erlangung von Sprechproben aufgenommen wurden, mit Rücksicht auf die Aufzeichnung und Verwertung dem Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens.⁵² Ein jüngeres Urteil beschäftigt sich mit Aufzeichnungen durch öffentliche Überwachungskameras, deren Veröffentlichung und deren Weitergabe an private Presseunternehmen.⁵³ Der Beschwerdeführer war an einem öffentlichen Platz mit einem Messer in der Hand, das er für einen Selbsttötungsversuch benutzte, aufgezeichnet worden. Aufnahmen daraus, die das Ereignis verkürzend und dadurch verzerrt darstellten, wurden später zwecks Präsentation der Funktionsweise und Erfolge des Überwachungssystems sowohl in einer Publikation des Stadtrates als auch – nach Weitergabe – in der privaten Presse und im Rundfunk veröffentlicht. Der Gerichtshof legt zugrunde, daß der von Art. 8 EMRK vermittelte Schutz auch dann greifen kann, wenn eine Person sich an öffentlichen Orten bewegt. Beeinträchtigungsqualität schreibt er zwar nicht der laufenden Verhaltensüberwachung mit Hilfe von Kameras, aber einer Datenspeicherung, zumindest bei systematischen oder permanenten Aufzeichnungen, sowie – unter den Umständen des zu entscheidenden Falles – der Veröffentlichung und der Weitergabe an die Medien zu. Die Veröffentlichung und die Weitergabe, die Gegenstand der Beschwerde waren, beurteilt er als unverhältnismäßig und daher als Verletzung des Art. 8 EMRK,

51 EGMR (Rotaru), Urteil vom 4. Mai 2000, Application no. 28341/95, Rn 42 ff., abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

52 EGMR (P.G.), Urteil vom 25. September 2001, Application no. 44787/98, Rn 57 ff., abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>, auch hier mit Hinweisen auf die Datenschutzkonvention des Europarats.

53 EGMR (Peck), Urteil vom 28. Januar 2003, Application no. 44647/98, abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int>.

weil der Stadtrat die Zustimmung des Beschwerdeführers hätte einholen oder für eine Anonymisierung der Bilder hätte sorgen können.

Die Rechtsprechung zum Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten durch Art. 8 EMRK ist demnach in den Grundlinien, aber keineswegs in jeder Hinsicht gefestigt. Schutzerfordernisse bleiben gekoppelt an den Begriff des Privatlebens, indem es um Daten geht, die das Privatleben des Individuums betreffen. Der Begriff des Privatlebens wird freilich weit ausgelegt. Daß Schutzbereich und Beeinträchtigung sich dann gelegentlich verflechten, kann angesichts der Struktur des Art. 8 EMRK nicht überraschen. Maßgaben werden für den komplexen und prozeßhaften Umgang mit Informationen und Daten insgesamt hergeleitet, selbst wenn deren Präzisierung teilweise Schwierigkeiten bereitet. Art. 8 EMRK kann in bestimmten Fällen Kenntnisrechte, etwa Auskunfts- oder Akteneinsichtsansprüche, hergeben. Ob dies allgemein gilt, hat der Gerichtshof aber noch nicht entschieden.

Der Schutz weist damit Unterschiede zu der vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleiteten Befugnis auf, über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten selbst zu bestimmen. Von einem in Art. 8 EMRK verankerten „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ kann bei präziser Beschreibung keine Rede sein.⁵⁴ Insbesondere werden die individuellen Rechtspositionen nicht als Entscheidungsrecht formuliert, sondern – fallspezifisch und vielfältig – vom Anspruch auf „Achtung“ des Privatlebens aus konkretisiert. Auch wenn die traditionelle Fassung des Art. 8 EMRK die Herleitung hinreichend gegenstandsgerechter und präziser Maßgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten erschwert, hat die Konstruktion und die daran anknüpfende, sich von der Genese der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung abhebende Konkretisierung dieser Norm immer eine entwicklungsfähige Grundlage eines *komplexen* und *mehrdimensionalen* Schutzes geliefert.

B. Die Regelungsmuster der Datenschutzkonvention des Europarats

Das Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (Konvention 108) des Europarats aus dem Jahre 1981⁵⁵ ist ein multilaterales Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates, dem auch Nicht-Mitgliedstaaten beitreten können, wenn die Vertragspartner dem gemäß Art. 22 der Konvention zustimmen. Für ihre völkerrechtliche Verbindlichkeit bedarf sie der Ratifikation durch die beigetretenen Staaten. Als völkerrechtliches Übereinkommen wird sie durch das in Art. 59 Abs. 2 vorgesehene Zustimmungsrecht Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, indem das Gesetz den Inhalt des völkerrechtlichen Vertrages in das

54 So aber *Lavranos*, Datenschutz, S. 401, mit der – nur mit rudimentären Nw begründeten – These, Art. 8 Abs. 1 EMRK verbürge nach „ganz überwiegender Meinung“ ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Außerdem auch (ohne präzise Beschreibungen) *Bleckmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 14. Mit anderer Formulierung und insofern zutr. etwa *Hahn*, Datenschutzrecht, S. 64; *Wurst*, Europa, S. 451; Art. 8 EMRK biete „einen datenschutzrechtlichen Ansatzpunkt“.

55 Vom 28. Januar 1981, BGBl 1985 II, S. 538.

deutsche Recht transformiert. Die Datenschutzkonvention ist dabei ein nicht unmittelbar anwendungsfähiger Vertrag (non self-executing treaty).⁵⁶ Sie bedarf der weiteren gesetzlichen Umsetzung.⁵⁷

Anlaß des Übereinkommens waren der zunehmende Einsatz rechnergestützter Datenverarbeitungen, der allerdings in seinen sozialen Kontext eingebettet wurde; in diesem übergreifenden Zusammenhang wurde auch der Regelungsbedarf gesehen.⁵⁸ Durch die Festschreibung allgemein gehaltener Grundsätze zum Umgang mit Daten sollte, auch zur Sicherung eines nicht durch Verbote oder Genehmigungserfordernisse beeinträchtigten Datenverkehrs zwischen den Signatarstaaten⁵⁹, die Entwicklung des mitgliedstaatlichen Datenschutzrechts gefördert werden.⁶⁰ Orientierung boten die Leitlinien der OECD zum Schutz des Persönlichkeitsbereichs und zum grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten⁶¹ sowie die im Jahre 1981 vorhandenen mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetze. Die Konvention vermeidet es in der Regel, von deren Regelungsmustern abzuweichen, und umschreibt den kleinsten gemeinsamen Nenner.

Als Gegenstand und Zweck hält Art. 1 der Konvention fest, daß im Gebiet der Vertragsparteien jeder Person die Achtung ihrer Grundrechte und Grundfreiheiten, besonders des Rechts auf Achtung der Privatsphäre, bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten gesichert werden soll. Personenbezogene Daten bezeichnen nach Art. 2 der Konvention jede Information, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person bezieht. Die automatische Datenverarbeitung schließt bestimmte Operationen ein, die insgesamt oder teilweise mit automatischen Mitteln durchgeführt werden: das Speichern von Daten, logische oder arithmetische Operationen an den Daten, das Verändern, das Löschen, das Wiedergewinnen oder das Verbreiten. Die Konvention bezieht sich nur auf die automatisierte Verarbeitung. Sie stellt es den Signatarstaaten aber in Art. 3 Abs. 2 lit c der Konvention frei vorzusehen, daß die Grundsätze auch auf Dateien oder Datensammlungen mit personenbezogenen Daten anzuwenden sind, die nicht automatisch verarbeitet werden. Erfasst werden automatisierte Verarbeitungen personenbezogener Daten sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor. Dieser übergreifende Anwendungsbereich wird dadurch relativiert, daß die Konvention sich auf die Festlegung allgemeiner Grundsätze konzentriert und auf die Beschreibung näherer Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten verzichtet.

Art. 5 der Konvention enthält Grundsätze zur Datenqualität. Danach sollen automatisch verarbeitete personenbezogene Daten nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige

56 Anders zumindest für bestimmte Vorgaben *Schweizer*, Europäisches Datenschutzrecht, S. 543. Siehe dagegen jedoch *Council of Europe*, Explanatory report, S. 16.

57 Siehe etwa *Auernhammer*, Datenschutz-Konvention, S. 7 f.; *Burkert*, Konvention, S. 753 ff.

58 *Council of Europe*, Explanatory report, S. 1 f.

59 Regelungen zum grenzüberschreitenden Datenverkehr finden sich in Art. 12 der Konvention. Sie werden durch die Regelungen der Zusammenarbeit in Art. 13 bis 17 der Konvention ergänzt. Ausführlich dazu *Ellger*, Datenschutz S. 469 ff.

60 *Council of Europe*, Explanatory report, S. 10 ff. Außerdem etwa *Simitis*, Europäische Gemeinschaft, S. 9 f.

61 Oben Dritter Teil, Fn 1. Zur Kooperation *Council of Europe*, Explanatory report, S. 9 f.

Weise erhoben und verarbeitet werden. Daß neben der Rechtmäßigkeit die generalklauselartige Formulierung „Treu und Glauben“ steht, mag damit zu erklären sein, daß der Rechtmäßigkeitsmaßstab in der Konvention insgesamt sehr zurückhaltend ausformuliert, nämlich auf bestimmte, vom Konsens getragene Minimalia begrenzt worden ist. Im übrigen kommt die Formel aber auch dem Regelungssystem einiger Signatarstaaten entgegen. Zu den Grundsätzen gehört dann insbesondere, daß die Daten für festgelegte und legitime Zwecke gespeichert⁶² und nicht in einer Weise verwendet werden sollen, die mit diesen Zwecken nicht vereinbar ist. Die nachfolgende Verwendung ist an die zum Zeitpunkt der Speicherung festgelegten und legitimen Zwecke also nicht vollständig gebunden; sie darf nur nicht mit diesen Zwecken inkompatibel sein.⁶³ Das entspricht allerdings dem regulären Stand der damaligen Rechtslage und geht teilweise sogar darüber hinaus.⁶⁴ Die gespeicherten Daten müssen sodann den Zwecken, für die sie gespeichert sind, entsprechen, dafür erheblich sein und dürfen nicht darüber hinausgehen. Dies wird in zeitlicher Hinsicht noch in Art. 5 lit. e der Konvention ergänzt: Daten müssen in einer Weise aufbewahrt werden, die Identifikationen des Betroffenen nicht länger erlaubt, als es für die Zwecke, für die die Daten gespeichert sind, notwendig ist. Sie müssen zudem sachlich richtig und, wenn notwendig, auf den neuesten Stand gebracht sein. Art. 6 der Konvention sieht für spezielle Kategorien von Daten vor, daß personenbezogene Daten, die die rassische Herkunft, politische Anschauungen oder religiöse oder andere Überzeugungen offenbaren, personenbezogene Daten, die die Gesundheit oder das Sexualleben betreffen, sowie personenbezogene Daten, die sich auf strafrechtliche Verurteilungen beziehen, nicht automatisch verarbeitet werden dürfen, es sei denn, das nationale Recht sieht angemessene Sicherungen vor. Damit handelt es sich im Kern vor allem um eine Aufmerksamkeitsregel, die Raum für kontextadäquate Umsetzungen beläßt und auch nicht abschließend gemeint ist.⁶⁵ Art. 7 der Konvention gibt auf, daß geeignete Maßnahmen zur Datensicherheit vorzusehen sind.

Art. 8 der Konvention enthält gesonderte Rechte der betroffenen Person. Sie muß die Möglichkeit haben festzustellen, ob eine automatisierte Sammlung von personenbezogenen Daten vorhanden ist, welche Hauptzwecke diese hat und wie der Verantwortliche zu erreichen ist. Weiter soll ihr die Chance eingeräumt werden, in angemessenen Zeiträu-

62 Dazu *Council of Europe*, Explanatory report, S. 16: „The reference to ‚purposes‘ ... indicates that it should not be allowed to store data for undefined purposes. The way in which the legitimate purpose is specified may vary in accordance with national legislation.“

63 Einerseits kritisch mit Blick auf die generalklauselartige Fassung, andererseits darauf hinweisend, daß die Konvention keine für alle Arten der automatischen Datenverarbeitung verbindlichen Kriterien zur (Un)vereinbarkeit anbieten kann, *Henke*, Datenschutzkonvention, S. 105.

64 Vgl. mit Blick auf das BDSG a.F. *Auernhammer*, Datenschutz-Konvention, S. 8; *Henke*, Datenschutzkonvention, S. 104 f.

65 Siehe *Council of Europe*, Explanatory report, S. 17, hier mit den Ausführungen: „While the risk that data processing is harmful to persons generally depends not on the contents of the data but on the context in which they are used, there are exceptional cases where the processing of certain categories of data is as such likely to lead to encroachments on individual rights and interests. Categories of data which in all member States are considered to be especially sensitive are listed in this article. ... The list of this article is not meant to be exhaustive.“ Vgl. weiter auch *Ellger*, Datenschutz, S. 466.

men und ohne unzumutbare Verzögerungen die Bestätigung, ob Daten (gerade) über sie in einer solchen automatisierten Datensammlung gespeichert sind, und gegebenenfalls eine Mitteilung in verständlicher Form über diese Daten zu erhalten. Sie soll die Berichtigung und Löschung beanspruchen können, wenn die Daten entgegen den innerstaatlichen Vorschriften verarbeitet worden sind, die die Grundsätze der Art. 5 und 6 der Konvention realisieren. Schließlich sollen ihr zur Durchsetzung ihrer Rechte Rechtsmittel zustehen. Die Regelung ist insgesamt mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Modelle, die zur Transparenz und zu den Kenntnis- und Einflußrechten der betroffenen Person in den unterzeichnenden Staaten vorhanden waren, allgemein gehalten.⁶⁶

Im Ergebnis gibt die Konvention bestimmte Grundlinien vor, überläßt die nähere Gestaltung und weitere Entwicklung von Vorgaben aber den Signatarstaaten. Deutlich wird das in Art. 11 der Konvention, der bestimmt, daß die Vorschriften der Konvention nicht so auszulegen sind, daß sie die Möglichkeit begrenzen, einem Betroffenen im Recht eines Signatarstaates einen besseren Schutz zu gewähren, als dies in der Konvention vorgeschrieben ist. In umgekehrter Hinsicht werden die Spielräume verstärkt durch die Ausnahmen und Einschränkungsmöglichkeiten des Art. 9 der Konvention, der zwar abschließend, aber mit dem Rückgriff etwa auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit oder der Rechte und Freiheiten Dritter vage gefaßt ist. Die Konvention ermöglicht somit auf einzelstaatlicher Ebene Lösungen, die erheblich voneinander abweichen. Deshalb hat sie nicht zu einem Stand geführt, der eine weitere gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung überflüssig gemacht hätte. Sie hat ihre unmittelbare rechtliche Bedeutung bereits aufgrund der ihr nachfolgenden und ihr entsprechenden mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetze sowie dann aufgrund der EG-Datenschutzrichtlinie verloren.⁶⁷ Allerdings hat sie die EG-Datenschutzrichtlinie in einigen zentralen Punkten beeinflusst. Sie bleibt dadurch als deren genetische Grundlage relevant.

⁶⁶ Vgl. *Henke*, Datenschutzkonvention, S. 128.

⁶⁷ Vgl. dazu *Ellger*, Konvergenz, S. 569; *Simitis*, Arbeitnehmerdaten, S. 161 f.

7. Kapitel

Vorgaben des Unions- und Gemeinschaftsrechts

Die Vorgaben des Rechts der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft sind für die Spezifizierung grundrechtlicher Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten mit Blick sowohl auf ihre Rechtswirkungen als auch auf ihre Inhalte relevant. Im Kontext des Mehr-Ebenen-Verhältnisses, das zwischen Europäischer Union und Mitgliedstaaten besteht, kommt ihnen ein grundsätzlicher Vorrang gegenüber nationalem Recht zu. In inhaltlicher Hinsicht liegen insbesondere mit den EG-Datenschutzrichtlinien relativ detaillierte Regelungskonzepte vor, die sich vermittelt auswirken und Impulse liefern.

A. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte

I. Rechtswirkungen und Einflußmechanismen

Unions- oder Gemeinschaftsgrundrechte überlagern nationale Grundrechte nicht; sie wirken nicht einmal unmittelbar auf sie ein. Sie binden jedoch zum einen die Organe der Europäischen Gemeinschaft. Wegen ihrer hierarchischen Stellung sind sie für die Rechtsetzung ebenso relevant wie für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch Gemeinschaftsorgane. Zum anderen binden sie – darin liegt ihre besondere Funktion – die Mitgliedstaaten bei der Ausführung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts.⁶⁸ Sie greifen somit zunächst bei der Umsetzung der sekundärrechtlichen Vorgaben, die wiederum den nationalen Grundrechten prinzipiell vorgehen. Nachfolgend bieten sie – neben den sekundärrechtlichen Vorschriften – die Maßstäbe, anhand derer das nationale Recht gemeinschaftsrechtskonform auszulegen ist.⁶⁹ Vor dem Hintergrund des grund-

68 EuGHE 1989, 2609 (2639 f.); 1991, I-2925 (2964); 1994, I-955 Rn 16; 1996, I-569 (610); 2000, I-2737 (2774 Rn 37). Siehe dazu auch *Jürgensen/Schlünder*, EG-Grundrechtsschutz, S. 200 ff.; *Schmahl*, Verzahnung, S. 178 ff. Diese Bindung der Mitgliedstaaten kann als solche vor dem Hintergrund der Annahme eines Vorrangs und alleinigen Maßstäblichkeit des Gemeinschaftsrechts nicht zweifelhaft sein; kritisch jedoch *Coppel/O'Neill*, Court, S. 669 ff.; dagegen *Weiler/Lockhart*, Rights, S. 51 ff., 579 ff.; differenzierend *Ruffert*, Mitgliedstaaten, S. 523 ff. Art. II-111 Abs. 1 des Verfassungsvertragsentwurfes hält sie ausdrücklich fest, vgl. die Erl. zu Art. 51 EU-Charta, EuGRZ 2000, S. 568. Zur dortigen Formulierung (Bindung der Mitgliedstaaten bei der „Durchführung“ des Rechts der Union) *Callies*, Charta, S. 266; *Ruffert*, Schlüsselfragen, S. 176 ff. Allerdings wirkt sich hier auch die Schutzverstärkungsklausel des Art. II-113 VerVertrEntwurf aus.

69 Nicht die insoweit exklusive Maßstäblichkeit und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts, sondern allein Fragen dazu, inwieweit eine mitgliedstaatliche Maßnahme in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, können an dieser Stelle Probleme bereiten. Zur Problematik *Weiler/Lockhart*, Rights, S. 63 ff.; *Jürgensen/Schlünder*, EG-Grundrechtsschutz, S. 222 f.; und mit Blick auf die Formulierung in Art. II-111 Abs. 1 VerVertrEntwurf *Callies*, Charta, S. 266 f.; *Ruffert*, Schlüsselfragen, S. 176 ff. Abstrakt mag man noch abgrenzen können, daß dies im Rahmen des mittelbaren Vollzugs der Fall ist, soweit das angewandte nationale Recht auf gemeinschaftsrechtlichen Rechtsgrund-

sätzlichen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und wegen der in tatsächlicher Hinsicht entstehenden Abstimmungserfordernisse entfalten sie einen vermittelten, faktischen Einfluß auf das Verständnis grundgesetzlicher Gewährleistungen. Unabhängig davon könnten ihre Vorgaben Lösungsmuster für die Gestaltung der Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten hergeben.

II. Regelungskonzeptionen in Kodifikationen und Rechtsprechung

1. Die Regelungsmuster der EU-Grundrechtscharta

Auf Vertragsebene sind Grundrechte mit Art. 6 Abs. 2 EU bisher nur in generalklauselartiger Form verbindlich kodifiziert. Die Norm nimmt auf die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und – darüber vermittelt – auf die EMRK und auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten Bezug. Man kann Art. 6 Abs. 2 EU immerhin zwei Gesichtspunkte entnehmen: Zum einen ist überhaupt ein umfassender Grundrechtsschutz gewährleistet. Zum anderen gestaltet er sich originär gemeinschaftsrechtlich. Daher ist er auch dogmatisch entsprechend auszuarbeiten.⁷⁰

Mit der in Nizza proklamierten *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*⁷¹ ist eine über die Generalklausel hinausgehende Grundrechtskodifikation erarbeitet worden. Ihr kommt bisher keine Rechtsverbindlichkeit zu. Sie ist aber – neben den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts – in den Vertrag über eine Verfassung für Europa integriert worden, der von den Staats- oder Regierungschefs im Juni 2004 angenommen worden ist und im Oktober 2004 unterzeichnet werden soll.⁷² Bereits gegenwärtig entfaltet sie Wirkungen, weil sie in der Praxis in bestimmtem Umfang von den Organen der Europäischen Union und Gemeinschaften und vom Europäischen Gerichtshof beachtet wird.⁷³ Inhaltlich enthält sie einen breiten Katalog von Grundrechten, der sich auf Bereiche erstreckt, in denen der Europäischen Union und den Gemeinschaften nach dem derzeitigen Stand der Verträge keine Kompetenzen zustehen.⁷⁴ Bei dem Entwurf der Charta ist nämlich das Ziel in den Vordergrund gerückt, daß sie einen Wertkonsens dokumen-

lagen beruht oder diese seinen Erlaß, seine Auslegung oder seine Anwendung jedenfalls punktuell steuern, vgl. EuGHE 1985, 2605 (2615, 2626 f.); 1991, I-2925 (2963 f.); *Iglesias*, Stellung, S. 1278. Konkret ist es jedoch unter Umständen schwer zu klären, inwieweit nationale Behörden etwa im Falle einer Richtlinie, die in das nationale Recht umgesetzt worden ist, Gemeinschaftsrecht oder lediglich nationales Recht vollziehen. Vgl. etwa zum Anwendungsbereich der EG-Datenschutzrichtlinie EuGH, Urteil vom 20. 05. 2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 31 ff.

70 *Pauly*, Strukturfragen, S. 252 f.

71 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABI EG Nr. 164 v. 18. 12. 2000, S. 1; sowie EuGRZ 2000, S. 554 ff. Zur Erarbeitung durch einen vom Europäischen Rat beauftragten Konvent: Beschluß des Europäischen Rats vom 4. 6. 1999, EuGRZ 1999, S. 364 f. Zu Zusammensetzung und Arbeitsverfahren des Gremiums siehe EuGRZ 1999, S. 615. Zum Charakter des Konvents als ad-hoc-Kommission und zum Erarbeitungsverfahren *Nickel*, Zukunft, S. 630.

72 Teil I, Titel II, Art. I-9 Abs. 1, Teil II des Verfassungsvertragsentwurfs.

73 Statt vieler *Grabenwarter*, Charta, S. 11; *Nickel*, Zukunft, S. 631; *Weber*, Grundrechtscharta, S. 538; *Kühling*, Grundrechte, S. 594.

74 Dazu nur *Alber/Widmaier*, EU-Charta, S. 499 f.; *Calliess*, Charta, S. 264 f.; *Knöll*, Charta, S. 393 f.

tiert und nicht ständig an Kompetenzveränderungen angepaßt zu werden braucht.⁷⁵ Infolgedessen ist sie nicht hinreichend auf die spezifischen Kompetenzen und Kompetenzgrenzen von Union und Gemeinschaften abgestimmt.⁷⁶ Sie versucht, dies in zweifacher Hinsicht zu kompensieren. Zum einen wählt sie unterschiedliche Formen der Beschreibung grundrechtlicher Schutzgehalte. Zum anderen wird der Anwendungsbereich in Art. II-111 Abs. 2 VerfVertrEntwurf ausdrücklich geregelt. Danach begründet die Charta weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union, noch ändert sie die in diesen Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben. Den Anforderungen, die an eine Abstimmung mit den Kompetenzen zu stellen sind, genügt dies freilich nicht.⁷⁷

Dies vorausgeschickt zeichnet sich die Charta dadurch aus, daß sie eigenständig gemeinschaftsrechtliche und zudem weiterführende „moderne“ Vorgaben liefert.⁷⁸ Darin folgt sie der Linie, die etwa die Erklärung über Grundrechte und Grundfreiheiten oder der Entwurf einer Verfassung der Europäischen Union mit ihren Rechten auf sozialen Schutz, dem Recht auf Schutz und Erhaltung der natürlichen Umwelt oder dem Recht auf Zugang zu Informationen eingeschlagen haben.⁷⁹ Art. II-112 VerfVertrEntwurf hebt – auf der Grundlage des Art. 6 Abs. 2 EU – das Schutzniveau der EMRK als Mindeststandard hervor, lehnt sich oft an sie an und geht doch in vielfältiger Weise darüber hinaus. Von besonderer Bedeutung ist auch, daß Art. II-113 VerfVertrEntwurf zudem auf die Aufrechterhaltung des Schutzniveaus zielt, das in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten, in Deutschland also durch das Grundgesetz, anerkannt ist.

Für die Determination des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist von Bedeutung, daß die Charta einen breiten Katalog von Grundrechten und insbesondere auch unterschiedliche Grundrechtsfunktionen textlich festhält. Sie beginnt in Art. II-61 VerfVertrEntwurf mit der Gewährleistung der Unantastbarkeit der Würde des Menschen. Das nachfolgende Achtungs- und Schutzgebot verweist sogleich darauf, daß sich die Grundrechtsfunktionen nicht auf eine Eingriffsabwehr beschränken. Es schließen sich das Recht auf Leben, das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, besondere Ver- und Gebote im Bereich der Medizin und Biologie, die insbesondere auf die Herausforderungen der Biotechnik reagieren, sowie Verbote der Folter, der Sklaverei und des Menschenhandels an (Art. II-62 bis 65 VerfVertrEntwurf). Darin stecken eben-

75 Vgl. *Knöll*, Charta, S. 393.

76 Ausführlich dazu – auch zu den Abstimmungsproblemen – *Albers*, Kodifikation, S. 148 ff. Vgl. außerdem *Preuß*, Grundrechte, S. 4 f.; *Pernice*, Grundrechte-Charta, S. 852: „Grundsatz der Parallelität von Kompetenzen und Grundrechtsschutz“. Siehe auch den Hinweis auf die immer über den Grundrechtsschutz hinausgehenden Implikationen einer Grundrechte-Charta bei *de Witte*, Role, S. 892.

77 Skeptisch auch *Grabenwarter*, Charta, S. 2; *Tettinger*, Charta, S. 1014. Optimistischer *Ruffert*, Schlüsselfragen, S. 176 ff.

78 Vgl. auch *Nickel*, Zukunft, S. 630.

79 Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12. April 1989, ABl 1989, Nr. C 120/51; siehe auch EuGRZ 1989, S. 204 (204 ff.); Entschließung des EP über den Verfassungsentwurf des Institutionellen Ausschusses des Europäischen Parlaments vom 10. Februar 1994, ABl 1994, Nr. C 61/155, hier insbes. Anlage, Titel VIII.

falls nicht allein Eingriffsabwehrrechte. Die Grundrechte werden vielmehr – übergreifend – als wertentscheidende Grundsatznormen gestaltet, die in verschiedenen Funktionen, insbesondere auch als Schutzpflichten, zu entfalten sind. Dieser Ansatz wird auch im Kapitel über die „Freiheiten“ keineswegs aufgegeben oder auch nur relativiert. Als darin erste Norm verbürgt Art. II-66 VerfVertrEntwurf jeder Person das Recht auf Freiheit und auf Sicherheit. Art. II-67 VerfVertrEntwurf hält das Recht jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation fest. Das schließt an Art. 8 EMRK an.⁸⁰ Art. II-68 VerfVertrEntwurf sieht des weiteren den Schutz personenbezogener Daten vor. Danach folgen – im Anschluß an die Freiheitsrechte der EMRK – unter anderem das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. II-70 VerfVertrEntwurf), das Recht auf Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit (Art. II-71 Abs. 1 VerfVertrEntwurf), die Achtung der Freiheit der Medien und ihrer Pluralität (Art. II-71 Abs. 2 VerfVertrEntwurf)⁸¹ sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. II-72 VerfVertrEntwurf). Hinzu treten das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben, die den Unionsbürger/innen/n gewährleistete Niederlassungsfreiheit in den Mitgliedstaaten und die (eingegrenzte) Anerkennung der unternehmerischen Freiheit sowie das Eigentumsrecht (Art. II-75 bis 77 VerfVertrEntwurf). In den weiteren Titeln folgen Gleichheitsrechte und „soziale“ Rechte oder Verbürgungen. Im Rahmen der „Bürgerrechte“ verankert Art. II-102 VerfVertrEntwurf das Recht auf Zugang zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.⁸²

Anders als bei den Rechten der EMRK ist den in der Charta enthaltenen Rechten häufig kein eigenständiger Einschränkung- oder Ausgestaltungsvorbehalt beigelegt. Statt dessen sieht Art. II-112 Abs. 1 VerfVertrEntwurf einen allgemeinen Einschränkungsvorbehalt vor. Danach muß jede Einschränkung der Ausübung der anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein. Das ist angesichts dessen interpretationsbedürftig, daß die vertraglich vorgesehenen Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht nicht mit dem Gesetzesbegriff beschrieben werden, sondern Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen umfassen, und daß sich die institutionelle Rolle des Europäischen Parlaments eigenständig gestaltet.⁸³ Die Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten lehnen sich an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs an. Dazu zählen die Wesensgehaltsgarantie und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Rückgriff auf die von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen und die Erfordernisse des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer.

Inhaltlich nimmt die Charta demnach „klassische“ Freiheitsrechte ebenso auf wie das im Kontext der Europäischen Menschenrechtskonvention gleichermaßen tradierte Recht

80 Dazu ausführlich Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

81 Näher dazu *Stock*, EU-Medienfreiheit, bes. S. 297 ff.

82 Vgl. dazu auch EuGH, NVwZ 1999, S. 59 f. (Zugang zu Dokumenten im Zusammenhang mit der Einrichtung von Europol).

83 Siehe dazu *Callies*, Charta, S. 264.

jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation. Daß hierbei statt des Begriffs der „Korrespondenz“ in Art. 8 EMRK der Begriff der „Kommunikation“ gewählt wird, soll der technischen Entwicklung Rechnung tragen.⁸⁴ Gemeint sind also der Schutz der Korrespondenz und der Telekommunikation, so daß eine Abgrenzung zu den Kommunikationsfreiheiten möglich ist. Darüber hinaus ist in Art. II-68 VerfVertrEntwurf noch eine besondere Regelung zum Schutz personenbezogener Daten aufgenommen worden.⁸⁵

Nach Art. II-68 Abs. 1 VerfVertrEntwurf hat jede Person das *Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten*. Diese Daten dürfen – so hält Art. II-68 Abs. 2 VerfVertrEntwurf fest – nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und Berichtigung der Daten zu erwirken. Art. II-68 Abs. 3 VerfVertrEntwurf sieht vor, daß die Einhaltung dieser Vorschriften von einer unabhängigen Stelle überwacht werden soll. Nach der Erläuterung stützt sich die Norm auf Art. 286 EG, auf die EG-Datenschutzrichtlinie sowie auf Art. 8 EMRK und das Übereinkommen des Europarats zum Schutz bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten.⁸⁶ Das mag die Heterogenität der verschiedenen Elemente erklären, die das Grundrecht enthält.⁸⁷ Immerhin fällt auf, daß der Grundsatz des Art. II-68 Abs. 1 VerfVertrEntwurf – anders als das vom Bundesverfassungsgericht hergeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung – nicht eingriffsabwehrrechtlich, sondern als ein „Recht auf Schutz“ gefaßt wird. Dieses ist, wie der nachfolgende Normtext belegt, nicht etwa im Sinne der leistungrechtlichen Schutzpflichten der grundgesetzlichen Dogmatik, sondern übergreifend-abstrakt zu verstehen und in Form mehrerer Funktionen zu entfalten. Dadurch bieten sich Chancen zur Entwicklung komplexer Schutzzinhalte.⁸⁸ Die in Art. II-68 Abs. 2 VerfVertrEntwurf explizit verankerten Elemente – Verarbeitung nach Treu und Glauben, Zweckfestlegung, Erfordernis einer Einwilligung oder sonstigen legitimen Grundlage, Auskunfts- und Berichtigungsansprüche⁸⁹ – wirken demgegenüber eklektizistisch. Sie beschreiben auch nicht etwa einen Kerngehalt, zu dem das „Recht auf Schutz personenbezogener Daten“ zu konkretisieren wäre. Zum Beispiel ist die Zweckfestlegung isoliert nicht zu begreifen. Ihre Wirksamkeit erfordert vielmehr komplementäre Figuren. Dazu gehören die Vereinbarkeit ursprünglicher und geänderter Zwecke

84 Erl. zu Art. 7 der Charta, EuGRZ 2000, S. 561.

85 Zur Genese *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar, Artikel 8 Rn 5 ff.

86 Erl. zu Art. 8 der Charta, EuGRZ 2000, S. 561.

87 Zu den kontroversen Diskussionen im Rahmen der Entstehungsgeschichte, die die Schwierigkeiten bei der Fassung des Schutzbereichs belegen, *Bernsdorff/Borowsky*, Charta, S. 195 f., 293 f.

88 Vgl. zum Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

89 Siehe zum Einfluß der Anforderungen der EG-Datenschutzrichtlinie *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar, Artikel 8 Rn 21 f.

oder die Zweckbindung und die Erheblichkeit oder die Erforderlichkeit.⁹⁰ Auch kann das Recht auf Auskunft die der betroffenen Person einzuräumenden Informationsrechte in keiner Weise abdecken. Das Bemühen, bestimmte Elemente der Umsetzung des zu gewährleistenden Schutzes auf Grundrechtsebene festzuhalten, hat insofern schutzverkürzende Folgen.

Festzuhalten bleibt die inhaltliche und dogmatische Breite der Charta der Grundrechte. Diese spiegelt sich auch in dem vorgesehenen Recht auf Schutz personenbezogener Daten wider. Darin liegt eines der wesentlichen Kennzeichen der Charta, das ihr eine progressive Rolle für die Grundrechtsentwicklung verleihen wird.

2. Grundrechte in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Trotz oder gerade wegen der zurückhaltenden Kodifikation sind Gemeinschaftsgrundrechte auch dadurch normativ verankert, daß der Europäische Gerichtshof sie richterrechtlich entwickelt hat.⁹¹ Zur Absicherung hat er auf den Topos der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts zurückgegriffen.⁹² Damit werden die Grundrechte den Grundgedanken eingeordnet, daß die Europäischen Gemeinschaften eine Rechtsgemeinschaft, dies jedoch mit einem lückenhaften und zum Teil fortbildungsbedürftigen Rechtsbestand darstellen.⁹³ Zu den Folgen dieser normativen Absicherung gehört, daß die Grundrechte in besonderem Maße eine Konkretisierung erfordern. Dabei geht der Europäische Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten aus. Zugleich berücksichtigt er die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluß die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind.⁹⁴ Mittels dieser Rechtserkenntnisquellen werden die Gemeinschaftsgrundrechte unter Berücksichtigung gerade der Gemeinschaftsinteressen rechtsvergleichend und -fortbildend hergeleitet. Insbesondere paßt der Europäische Gerichtshof sie auch in die Zielsetzungen des Gemeinschaftsrechts ein. Dadurch werden sie von dem nationalen Grundrechtsschutz ebenso wie von dem Katalog der Europäischen Menschenrechtskonvention entkoppelt. Sie können dahinter zurückbleiben, aber auch darüber hinausgehen. Außerdem nutzt der Europäische Gerichtshof die Anknüpfungspunkte, die

90 Siehe bereits den Regelungszusammenhang in Art. 5 der Datenschutzkonvention des Europarats und dazu Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B., sowie dann Art. 6 EG-DSRIL und dazu Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.aa.

91 Ausführlich zur Entwicklung *Baumgartner*, EU-Mitgliedschaft, S. 149 ff.; *Wetter*, Grundrechtscharta, passim.

92 Grundlegend EuGHE 1969, 419 (425); vgl. auch die Schlußanträge des Generalanwalts, S. 428; näher EuGHE 1970, 1125 (1135) und auch hierzu die Schlußanträge des Generalanwalts, S. 1149 f.; weiter EuGHE 1974, 491 (507).

93 Dazu etwa *Zuleeg*, Gemeinschaft, S. 545 ff.

94 Dies seit EuGHE 1974, 491 (507); vgl. auch *Lenz*, Grundrechtsstandard, S. 586 f.

ihm die Initiativen und Entwicklungen zur Grundrechtskodifikation liefern.⁹⁵ Art. 6 Abs. 2 EU sichert sein Vorgehen in bestimmtem Umfang ab.

Auf dieser Basis wird der Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nicht nur spezifisch gemeinschaftsrechtlich entwickelt.⁹⁶ Die normativen Anknüpfungspunkte und die rechtsvergleichend-rechtsfortbildende Konkretisierungsmethode liefern einerseits eine dogmatische und inhaltliche Absicherung und Orientierung. Andererseits bieten sie eine relative Offenheit, besondere Gestaltungs-, Entwicklungs- und Anpassungsmöglichkeiten und ein hohes Maß an Flexibilität.⁹⁷ So ist dem Europäischen Gerichtshof die Einbeziehung neuerer Entwicklungen in den nationalen Verfassungen oder in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte grundsätzlich ebenso möglich wie die Beibehaltung bestimmter Lösungen unter Hinweis auf den gemeinschaftsrechtlichen Kontext.

Allerdings liegt es gleichermaßen in der Struktur einer nur richterrechtlichen Verankerung, daß das Potential zur Entwicklung eines innovativen Grundrechtsschutzes nicht ausgeschöpft wird. Dogmatisch sind die in der Rechtsprechung erkennbaren Strukturen im wesentlichen durch eine Eingriffsabwehrdogmatik geprägt. Überindividuell-objektivrechtliche Grundrechtsfunktionen oder Leistungsrechte finden sich kaum. Das liegt nicht daran, daß der Europäische Gerichtshof deren Herleitung grundsätzlich ablehnte.⁹⁸ Im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung ergeben sich jedoch wenig Chancen für die Entwicklung einer komplexen Dogmatik.⁹⁹

Inhaltlich liegen eindeutige Schwerpunkte auf den besonderen Diskriminierungsverboten und dem Gleichheitssatz¹⁰⁰ sowie auf der Handels-, Wettbewerbs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit¹⁰¹. Die Grundlinien und das Spektrum des Schutzes beschränken sich freilich auf Gesichtspunkte, wie sie in den an den Gerichtshof herangetragenen Fällen zu erwarten sind: freie Berufswahl und freie Berufsausübung¹⁰², freie Wahl des Geschäfts-

95 So hat er bereits früher die Gemeinsame Erklärung von Parlament, Rat und Kommission über die Grundrechte zur Entscheidungsbegründung genutzt – EuGHE 1979, 3727 (3745, Rn 15) – und das Bekenntnis zum Grundrechtsschutz in der Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte als Bestätigung seiner Rechtsprechung aufgegriffen – EuGHE 1989, 1263 (1290).

96 Zur Eigenständigkeit des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes auch *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 164 Rn 48 ff.; *Kühling*, Grundrechte, S. 590 f.

97 Vgl. auch *Storr*, Bonität, S. 55 ff.

98 Etwa hat er im Rahmen der Kommunikationsfreiheit die Pluralismussicherung oder die Aufrechterhaltung der Meinungsvielfalt als einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt, der die Beschränkung unter anderem der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs rechtfertigt: EuGHE 1991, I-4007 (4043 f.); 1991, I-4069 (4097); 1993, I-487 (518 ff.); 1994, I-4795 (4833); 1996, I-4115 (4169); 1997, I-3689 (3717). Vgl. dazu auch *Gersdorf*, Funktionen, S. 411 ff.; *Kühling*, Grundrechtskontrolle, S. 300 ff. Ausführlich zur Kommunikationsfreiheit *ders.*, Kommunikationsfreiheit, passim.

99 Zur Medienfreiheit etwa *Stock*, Grundrechtscharta, S. 533 ff. Insgesamt optimistischer *Zuleeg*, Verhältnis, bes. S. 513 f.

100 Dazu *Kischel*, Dogmatik, S. 1 ff.

101 Überblick und Analysen bei *Günter*, Berufsfreiheit, S. 15 ff.; *Rengeling*, Grundrechtsschutz, S. 16 ff.

102 EuGHE 1979, 3727 (3750); 1986, 2519 (2545).

partners¹⁰³, teilweise auch die Wettbewerbsstellung¹⁰⁴, Schutz des Grundeigentums, Dispositions- und Vertrauensschutz¹⁰⁵, Schutz von Interessen im Rahmen der Ausgestaltung der gemeinsamen Marktordnung¹⁰⁶. Diese Freiheiten sind im wesentlichen verhaltens- oder eigentums-, nicht aber informationsbezogen.¹⁰⁷ Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof weitere Gemeinschaftsgrundrechte entwickelt. Deren Konkretisierung fällt jedoch weit hinter den bei jenen erreichten Stand zurück. Um den Persönlichkeitsschutz ging es im Zusammenhang mit gegebenenfalls nachteilig wirkenden personenbezogenen Angaben, die bei Ausfüllung eines Antrags vorgesehen waren.¹⁰⁸ Im Kontext eines Einstellungsverfahrens wurde aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens das Recht einer Person entwickelt, ihren Gesundheitszustand geheimzuhalten.¹⁰⁹ Die Religionsfreiheit wurde eher implizit behandelt, als es um die Frage ging, ob eine Anstellungsbehörde der Gemeinschaft bei der Durchführung eines Auswahl- und Prüfungsverfahrens die religiösen Gebote zu berücksichtigen hat, denen die Teilnehmer verpflichtet waren.¹¹⁰ Durchsuchungsmaßnahmen auf Veranlassung der Kommission gaben Gelegenheit zur Konkretisierung der Verbürgung der Unverletzlichkeit der Wohnung, aus der Geschäftsräume von Unternehmen freilich ausgeklammert wurden.¹¹¹

Als solcher ist der Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten erstmals in einer Entscheidung herausgestellt worden, in der er als Gegenbelang eine Rolle spielt. Eine Behörde hatte einem Landwirt unter Hinweis auf den Datenschutz Informationen über die vorherige Bewirtschaftung der Fläche vorenthalten und ihm nachfolgend Sanktionen wegen unzutreffender Angaben auferlegt. Der Europäische Gerichtshof führt dazu aus, daß die Behörde bei der Bewertung der jeweiligen Interessen der Betroffenen in bezug auf persönliche Daten den Schutz der Freiheiten und Grundrechte beachten müsse. Daraus kann man folgern, daß er einen solchen Schutz auf der Ebene der Gemeinschaftsgrundrechte verankert sieht. Diesen präzisiert er nachfolgend aber nicht unter Rückgriff auf die Rechtserkenntnisquellen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Vielmehr verweist er darauf, daß die Datenschutzrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft Bewertungskriterien zur Verfügung stelle. Die Behörde müsse sich nach diesen Kriterien richten. Unter bestimmten Voraussetzungen dürfe sie Daten danach wei-

103 EuGHE 1991, I-3617 (3637 f.).

104 EuGHE 1994, I-4973 (5066).

105 EuGHE 1988, S. 2321 (2353); 1988, 2355 (2373).

106 Ein solcher Schutz besteht vorbehaltlich eines Vertrauensschutzes nicht: EuGHE 1974, 491 (508); 1979, 3727 (3745 f.); 1980, 907 (1010 f.).

107 Aus den auf Information gerichteten Regelungsdimensionen werden in diesem Rahmen bestimmte Aspekte bereits thematisiert, vgl. *Everling*, Verantwortung, S. 178 ff. Gegen den Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist dies aber abzugrenzen.

108 EuGHE 1969, 419 (425); vgl. außerdem EuGHE 1994, I-4737 (4789 f.).

109 EuGHE 1994, I-4701 Rn 17 ff.

110 EuGHE 1976, 1589 (1599).

111 EuGHE 1960, 159 (180); 1980, 2033 (2056 f.); 1989, 2859 (2924), hier ausdrücklich unter Hinweis auf den unterschiedlichen Schutz in den Mitgliedstaaten und die damals noch fehlende Rechtsprechung des EGMR. Vgl. dann EGMR, Urteil v. 16.12.1992 (Niemi), NJW 1993, S. 718 (718 ff.).

tergeben.¹¹² Ähnlich wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, der zur Konkretisierung des Art. 8 EMRK auf die Datenschutzkonvention des Europarats zurückgegriffen hat¹¹³, führt der Europäische Gerichtshof also sekundärrechtliche Vorgaben an, die jedenfalls normsystematisch zur Bestimmung der Gewährleistungsgehalte der Gemeinschaftsgrundrechte nicht tragfähig sind. Auch hier kann man daraus auf Unsicherheiten schließen.

Ausführlichere Erörterungen finden sich in einer jüngeren Entscheidung¹¹⁴, in der sich der Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens damit befaßt hat, ob eine österreichische Rechtsnorm mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Nach dieser Norm sind bestimmte Rechtsträger zwecks sparsamer und effizienter Verwendung öffentlicher Mittel verpflichtet, dem Rechnungshof die Bezüge der Spitzenbeamten mitzuteilen. Dieser faßt die Mitteilungen unter Namensnennung in einem Bericht zusammen, der nachfolgend nicht nur den Parlamenten, sondern auch einer breiten Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wird. Als gemeinschaftsgrundrechtlichen Maßstab zieht der Europäische Gerichtshof – gestützt auf Art. 6 Abs. 2 EU und sodann auf Art. 8 Abs. 1 EMRK – das Recht auf Achtung des Privatlebens heran. Im weiteren orientiert er sich nahezu ausschließlich an Art. 8 Abs. 1 EMRK und an der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Er erstreckt den Begriff des „Privatlebens“ auf berufliche Tätigkeiten.¹¹⁵ Die Frage des Eingriffs beurteilt er phasenspezifisch und kontextbezogen: Danach ist zwar nicht bereits die bloße Speicherung personenbezogener Daten über die an das Personal gezahlten Gehälter durch einen Arbeitgeber, aber die Weitergabe dieser Daten an einen Dritten als Eingriff anzusehen. Das gilt unabhängig von der späteren Verwendung, und es kommt an dieser Stelle nicht darauf an, ob die übermittelten Daten als sensibel einzustufen sind oder ob die Betroffenen durch die Weiterleitung Nachteile erleiden.¹¹⁶ Hinsichtlich der Rechtfertigung des Eingriffs orientiert sich der Gerichtshof an Art. 8 Abs. 2 EMRK und problematisiert mit Blick auf die Reichweite der veröffentlichten Daten insbesondere die Beachtung der Erforderlichkeit und Angemessenheit. In diesem Rahmen spielen potentielle Nachteile für die Betroffenen eine Rolle. Abschließend erfolgt der Hinweis darauf, daß eine nationale Regelung, die mit den Vorgaben des Art. 8 EMRK unvereinbar ist, auch den Anforderungen der einschlägigen Bestimmungen der EG-Datenschutzrichtlinie nicht genügt, weil diese Anforderungen ihrerseits so ausgelegt werden müssen, daß sie nicht gegen Art. 8 EMRK verstoßen.¹¹⁷ Der Gerichtshof bestimmt den gemeinschaftsgrundrechtlichen Gewährleistungsgehalt in dieser Entscheidung demnach nicht mehr unter Rückgriff auf die Datenschutzrichtlinie als sekundärrechtliche Vorgabe. Er orientiert sich jedoch praktisch aus-

112 EuGH, EuGRZ 2001, S. 32 (35).

113 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

114 EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>.

115 EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 73, unter Hinweis auf EGMR – Amann v. Switzerland (Fn 48).

116 EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 74 f., unter Hinweis auf EGMR – Amann v. Switzerland (Fn 48).

117 Vgl. dazu auch EuGH, JZ 2004, S. 242 (245).

schließlich an Art. 8 EMRK. Das ist nicht nur dogmatisch wenig überzeugend. Die traditionelle Fassung dieser Norm erschwert auch die Herleitung hinreichend gegenstandsgerechter und präziser Maßgaben für den Umgang mit Informationen und Daten.¹¹⁸ Die Entwicklung überzeugender gemeinschaftsgrundrechtlicher Bindungen ist also noch nicht gelungen.

Im Ergebnis geben die bisherigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zur Frage des gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten wenig her. Man kann ihnen mittlerweile zwar entnehmen, daß ein solcher Schutz grundsätzlich gewährleistet ist. Er ist bislang aber zu selten thematisiert worden, als daß die konkrete Gestalt deutlich werden könnte. Selbst wenn man die Anknüpfungspunkte und die Methodik des Gerichtshofs nutzt und darüber einen informations- und datenbezogenen Schutz auf europäischer Ebene zu entwickeln versucht, führt dies kaum zu gesicherten Rechtsbindungen. Die Behauptung, es gebe ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene¹¹⁹, ist jedenfalls dann vorschnell, wenn man damit die Fassung verbindet, zu der das Bundesverfassungsgericht gelangt ist. Das gilt um so mehr, als der Gerichtshof sich zumindest bisher an Art. 8 EMRK orientiert und als Art. II-68 VerfVertrEntwurf eine eigenständige, wenn auch wiederum nicht sonderlich geglückte Ausgestaltung erhalten hat.

Freilich kann sich die thematische Relevanz des Schutzes in der Rechtsprechung künftig aus mehreren Gründen verstärken. Zum einen gibt es Kompetenzerweiterungen auf Gemeinschaftsebene, bei denen sich die öffentliche Aufmerksamkeit insbesondere auf die Verbürgung eines informations- und datenbezogenen Schutzes richtet. Beispiel sind, ungeachtet oder gerade wegen der zögerlichen Ausgestaltung eines angemessenen Rechtsschutzes, die Entwicklungen im Bereich der Dritten Säule der Zusammenarbeit in den Bereichen Inneres und Justiz, insbesondere die Institutionalisierung von EUROPOL.¹²⁰ Dabei geraten nicht nur die Rechtsetzungs-, sondern in besonders anschaulicher Weise auch die Handlungskompetenzen der Gemeinschaftsorgane in den Blick. Zweitens stellen sich Fragen im Zusammenhang mit den thematisch einschlägigen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft. Zu nennen sind vor allem die Datenschutzrichtlinie und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation. Die Rechtswirkungen von Unions- oder Gemeinschaftsgrundrechten bestehen gerade auch darin, deren Interpretation mitzuprägen.

118 Oben Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

119 So etwa – unter Hinweis auf den erweiternd ausgelegten Art. 8 Abs. 1 EMRK und auf den Schutz der Menschenwürde, der Privatsphäre und der Persönlichkeit in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten als Rechtserkenntnisquellen im Sinne der EuGH-Rechtsprechung – *Mähring*, Recht, S. 371 ff. Ausführlicher *Sule*, Europol, S. 49 ff. Vgl. außerdem *Scherzberg*, Öffentlichkeit, S. 281; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Kommentar, Artikel 8 Rn 14, 19.

120 Siehe allgemein die Beiträge in *Morié/Murck/Schulte* (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Polizei, 1992, passim. Zu EUROPOL siehe das Übereinkommen aufgrund von Art. K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts, ABl 1995 C 316/2.

B. Wirkungen und Regelungskonzeptionen der Datenschutzrichtlinien

Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten wird auf sekundärrechtlicher Ebene vor allem durch die EG-Datenschutzrichtlinie und die EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation gesteuert. Beide gelten nach Art. 286 Abs. 1 EG auch für die Organe der Europäischen Gemeinschaft. Richtlinien richten sich aber grundsätzlich an die Mitgliedstaaten und müssen in nationales Recht umgesetzt werden, damit sie innerstaatlich gelten.¹²¹ Nach Art. 249 EG sind sie hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel. Das Ziel bezeichnet das in den Regelungen der Richtlinie vorgegebene Ergebnis, und insoweit können auch detaillierte Bestimmungen getroffen werden. Gerade die EG-Datenschutzrichtlinie enthält ausgeprägte und teilweise dichte Determinanten. Das ist um so relevanter, als die Vorgaben gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien den Bindungen nationaler Grundrechte prinzipiell vorgehen.¹²² Faktisch resultieren daraus Abstimmungserfordernisse, weil das nationale Gesetzesrecht anderenfalls divergierenden Bindungen unterläge. Schon deswegen können die Regelungskonzeptionen gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien bei der Konkretisierung grundrechtlicher Gewährleistungen nicht ausgeblendet werden. Aber auch unabhängig davon sind die Parallelen oder Differenzen zum verfassungsgerichtlichen „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ von Interesse.

I. Die Regelungsmuster der EG-Datenschutzrichtlinie

Die EG-Datenschutzrichtlinie¹²³ gehört zu den zentralen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Bereich des Umgangs mit Informationen und Daten. Auch nach ihrer Umsetzung in das nationale Recht behält sie ihre Bedeutung insofern, als die sie umsetzenden Vorschriften gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden müssen. Deshalb mag man sogar davon ausgehen, daß ihre Wirkung in Form eines durchgreifenden Einflusses auf das nationale Recht erst mit der Umsetzung (oder mit Ablauf der Umsetzungsfrist) begonnen hat.¹²⁴ Zudem wird die nach Art. 29 EG-DSRiL institutionalisierte Datenschutz-

121 Unter bestimmten Voraussetzungen ist eine unmittelbare Wirkung anerkannt. Nach Ablauf der Umsetzungsfrist z.B. EuGH, NJW 1984, S. 2021 (2022); EuGH, NJW 1997, S. 3365 (3367); EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 98 ff. Vor Ablauf der Umsetzungsfrist EuGH, EuZW 1998, S. 167 (168 ff.); BGH, NJW 1998, S. 2208 (2211 f.); *Weiß*, Wirkung, S. 568 ff.

122 Vgl. dazu etwa EuGHE 2000, I-69 (101 ff.): Verstoß gegen die Gleichbehandlungsrichtlinie durch die nur begrenzt zugelassene Beschäftigung von Frauen bei der Bundeswehr, die aus Art. 12 a GG gefolgert wurde. Zur Diskussion statt vieler *Caspar*, Grundrechtsgarantien, S. 349 ff.

123 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABLEG Nr. L 281/31.

124 So *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Einl. Rn 1. Vgl. auch den Ersten Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf.

gruppe in einem weiterlaufenden Prozeß der Konkretisierungen zu einer einheitlichen Anwendung der mitgliedstaatlichen Vorschriften beitragen.¹²⁵

1. Zentrale Faktoren im Hintergrund der Regelungsinhalte

a) Kontroversen im Rahmen der Entstehungsgeschichte

Ein vertieftes Verständnis der EG-Datenschutzrichtlinie erfordert den Blick auf ihre Entstehungsgeschichte. Es fällt auf, zu welchem spätem Zeitpunkt sie erlassen worden ist. Immerhin haben in einigen der Mitgliedstaaten intensive Diskussionen zum Datenschutz in den 70er Jahren begonnen. Die europäische Ebene war davon durchaus nicht abgekoppelt. Der Entstehungsprozeß der Datenschutzrichtlinie gestaltete sich vielmehr langwierig und mühsam.¹²⁶ Im Kontext der allgemeinen Diskussion hatte das Europäische Parlament bereits 1975 eine Entschließung für eine gemeinschaftsweite Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten verabschiedet. Die Kommission beschränkte sich demgegenüber zunächst darauf, den Mitgliedstaaten die Ratifikation der Datenschutzkonvention des Europarates zu empfehlen.¹²⁷ Dahinter stand, daß sich ihre Aufmerksamkeit eher auf die Beseitigung von Hindernissen für den freien Warenverkehr richtete und sie Regelungen des Datenschutzes deswegen mit Skepsis begegnete. Zudem gehörte es zu ihren vorrangigen Zielen, die Liberalisierung insbesondere der Telekommunikation voranzutreiben. Nachdem freilich in den Mitgliedstaaten fast überall – Ausnahmen sind Griechenland¹²⁸ und Italien – Datenschutzgesetze erlassen worden waren¹²⁹, legte die Kommission im Jahre 1990 erstmals einen Vorschlag vor.¹³⁰ Darin wurde der Schutz natürlicher Personen hinsichtlich der sie betreffenden Daten erstmalig ausdrücklich als Gemeinschaftsaufgabe anerkannt und grundlegend geregelt. Das Parlament hatte umfassende, überwiegend schutzerweiternde Änderungswünsche. Die Kommission berücksichtigte diese weitgehend in ihrem geänderten Vorschlag aus dem Jahre 1992.¹³¹ Dieser

125 Vgl. auch *Brühmann*, Datenschutz, S. 350 f.: „Die Richtlinie stellt ... nicht das Ende der Harmonisierung dar, sondern setzt einen Prozeß fortschreitender Harmonisierung in Gang.“

126 Zum Überblick über den Entstehungsprozeß *Ellger*, Datenschutz, S. 532 ff.; *Simitis*, Markt, S. 51 ff.; *Kopp*, EG-Richtlinienvorhaben, S. 1 ff.; *ders.*, Tendenzen, S. 204 ff.; *Platten*, Background, S. 13 ff., bes. 22 ff.

127 Empfehlung der Kommission vom 29.07.1981 betreffend ein Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, ABJ EG L 246/31 v. 29.08.1981. Kritisch zur Geeignetheit dieses Vorschlags mit Blick auf die Funktionen und Inhalte der Datenschutzkonvention *Simitis*, Europäische Gemeinschaft, S. 9 f.; *Ellger*, Binnenmarkt, S. 61 f.

128 In Griechenland gab es verschiedene Gesetzesentwürfe, die sich aber nicht durchsetzen konnten. Sein neues Datenschutzgesetz stellt eine weitgehende Übernahme der Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie dar, vgl. *Kaissis*, Datenschutz, S. 96 ff.

129 Zur Geschichte der britischen Datenschutzgesetzgebung ausführlich *Panagiotides*, Data Protection, passim.

130 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABIEG 1990, Nr. C 277, S. 3.

131 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABIEG 1992, Nr. C 311/30. Dazu auch im

Vorschlag wurde im Wirtschafts- und Sozialausschuß diskutiert und vom Europäischen Parlament in zweiter Lesung behandelt. Auf der Grundlage der dort gemachten Änderungsvorschläge verabschiedete der Rat im Februar 1995 einen Gemeinsamen Standpunkt.¹³² Dieser wurde von Parlament und Rat ohne wesentliche Änderungen für den Erlaß der Richtlinie übernommen.

Die Entstehungsgeschichte und die unterschiedlichen Positionen machen drei Aspekte deutlich, die die EG-Datenschutzrichtlinie prägen. Erstens wird der Schutz hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten in unterschiedlicher Weise in das Gemeinschaftsrecht eingeordnet: Auf der einen Seite gibt es dynamische, eine weitergehende Integration antizipierende Positionen, die insbesondere Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte heranziehen. Auf der anderen Seite steht die „strukturkonservative“ Sicht, die an den freien Binnenmarkt anknüpft und ihn als grundlegendes Ziel zugrunde legt. Diese unterschiedlichen Positionen spiegeln sich nicht nur im Streit darüber wider, auf welche Kompetenzgrundlage die Datenschutzrichtlinie gestützt werden kann. Sie prägen auch die Gestaltung der Schutzziele und einiger weiterer Bestimmungen. Zweitens führten die auf nationalstaatlicher Ebene vorhandenen Regelungsmodelle dazu, daß ganz neuartige Lösungsansätze mit innovativer Qualität schon deswegen nicht zu realisieren waren. Im Gegenteil drängten die Mitgliedstaaten auf eine Übernahme gerade ihrer Modelle. Die Richtlinie stellt daher auch alles andere als eine echte Innovation des „Daten“schutzes dar. Ihr Entstehungsprozeß drehte sich eher darum, wie sich, sofern nicht die Anknüpfung an die Datenschutzkonvention des Europarats hilfreich war¹³³, verschiedene nationale Regelungsmuster konsistent miteinander kombinieren ließen.¹³⁴ Diese Genese bleibt prägend, auch wenn es richtig ist, daß die jeweiligen Regelungen mit ihrer Integration in das supranationale Dokument vom nationalen Bezug gelöst und Teil eines Regelungswerkes werden, das vor dem Hintergrund der je spezifischen supranationalen Intentionen zu verstehen und anzuwenden ist.¹³⁵ Drittens mußte mit neuen, gemeinschaftsweit einheitlichen Datenschutzbestimmungen eine Lösung für grenzüberschreitende Probleme des Datenschutzes gefunden werden.¹³⁶

b) Unterschiedliche Begründungselemente hinsichtlich der Kompetenzgrundlagen

Auch der Blick auf die kompetentielle Absicherung der EG-Datenschutzrichtlinie trägt zum Verständnis ihrer Inhalte und ihrer Terminologie bei. Sie wird auf Art. 95 EG (ex-

Vergleich zum ursprünglichen Entwurf *Körner-Dammann*, Entwurf, S. 14 ff.; *Kopp*, EG-Richtlinienvorhaben, S. 1 ff.

132 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 1/1995, ABl EG 1995 C 93/1.

133 Zum Vergleich mit der Datenschutzkonvention des Europarats umfassend *Ellger*, Konvergenz, S. 558 ff. Außerdem *Brühann*, Datenschutz, S. 352: Kompatibel und komplementär.

134 Vgl. *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 282: „kunstvolle Collage nationaler Regelungen“. Außerdem *Walz*, Datenschutz-Herausforderungen, S. 150 (Hervorh.i.Orig.): „ein ‚patchwork‘ aus unterschiedlichen einzelstaatlichen Datenschutzsystemen“. Bereits zum Entwurf *Simitis*, Entscheidung, S. 129: eine „zuweilen reichlich seltsam anmutende Kombination höchst unterschiedlicher Regelungsansätze“. Siehe weiter *Jacob*, Datenschutz, S. 91 f.; *Rüpke*, Aspekte, S. 186.

135 Das hebt *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 283, hervor.

136 Vgl. auch *Kloepfer*, Technologien, S. 104, 128 ff.

Art. 100 a EG-Vertrag) gestützt. Dessen Tragfähigkeit ist aber nicht unumstritten.¹³⁷ Kommission und Rat haben sich daher immer wieder bemüht, ihre Regelungsentwürfe als Bedingung und Faktor des gemeinsamen Binnenmarktes zu legitimieren.¹³⁸ Diese Figur kann als Regelungsansatz und Maßstab allerdings nicht ausreichen. Die Wahrung von Grundrechten tritt als weiteres Begründungselement hinzu.

Die doppelgleisige Abstützung spiegelt sich schon in der Überschrift wider, die neben dem Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zugleich den freien Datenverkehr erwähnt.¹³⁹ Sie wird in den Begründungserwägungen zur EG-DSRiL noch verdeutlicht. Danach ist es für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes nicht nur erforderlich, daß personenbezogene Daten von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat übermittelt werden können, sondern auch, daß die Grundrechte der Personen gewahrt werden.¹⁴⁰ Darin stecken zwei Begründungselemente, die auf verschiedenen Ebenen liegen. Der erste Gesichtspunkt wird weiter konkretisiert: Vor dem Hintergrund der Zunahme grenzüberschreitender Datenströme und der koordinierten Einführung neuer Telekommunikationsnetze in der Gemeinschaft könne das unterschiedliche Niveau des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten in den Mitgliedstaaten Datenübermittlungen verhindern, die Ausübung von Wirtschaftstätigkeiten auf Gemeinschaftsebene hemmen oder den Wettbewerb verfälschen.¹⁴¹ Dieser Anknüpfungspunkt greift aber nicht vollständig auf die Regelungskonzeption durch: Regelungen des Umgangs mit Daten sind im Kern nicht Gegenstand (Daten als Ware), sondern Bedingung der Möglichkeit der Realisierung des Binnenmarktes. Das macht der zweite Gesichtspunkt deutlich, der das Erfordernis der Wahrung der individuellen Grundrechte herausstellt. Dieser Gesichtspunkt wiederum transzendiert, zumal angesichts der Entwicklung der Unions- und Gemein-

137 Vgl. *Simitis*, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Einleitung Anm. 6: „Ganz unproblematisch ist die Anknüpfung sicherlich nicht, jedenfalls solange man sich strikt am Wortlaut der Art. 100 und 100 a des EG-Vertrages orientiert.“ Zu den Kompetenzgrenzen des Art. 100 a EG-Vertrag siehe auch EuGH (Tabakwerbeverbots-Richtlinie), Rs. C-376/98, NJW 2000, S. 3701 (3702 ff.). Zu den verschiedenen kompetentiellen Anknüpfungspunkten, die bei der EG-DSRiL diskutiert wurden, siehe *Ellger*, Datenschutz, S. 543 ff. Aus der Rechtsprechung siehe nunmehr EuGH, Urteil vom 20.05. 2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 39 ff.

138 Siehe Nr. 3, 5, 7, 8 der Begründungserwägungen der EG-DSRiL.

139 Hier hat sich der Rat für die zuerst in der 1992 vorgelegten Zweiten Fassung der Kommissionsvorschläge benutzte Formulierung entschieden. ABl. EG 1992 Nr. C 311/30: „Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“.

140 Nr. 1 der Begründungserwägungen der EG-DSRiL.

141 Vgl. auch die Empfehlungen zum Datenschutz der Gruppe von Persönlichkeiten zur Informationsgesellschaft für den Europäischen Rat von Korfu (Bangemann-Kommission), Europa und die globale Informationsgesellschaft, Europäische Kommission (Hrsg.), Bulletin der EU, Beilage 2/1994, S. 23. Siehe außerdem *Kilian*, Europäisches Datenschutzrecht, S. 101; sowie die Ausführungen zu den „informationellen Grundfreiheiten“ bei *Brühmann*, Datenschutz, S. 345 ff.

schaftsgrundrechte, die Perspektive, die ein auf den Gemeinsamen Markt beschränkter Fokus vermitteln würde.¹⁴²

In Wirklichkeit ist die Richtlinie somit Ausdruck einer zunehmenden europäischen Integration, die mit dem Paradigma des gemeinsamen Binnenmarkts längst nicht mehr angemessen beschrieben werden kann.¹⁴³ Über dieses „Einfallstor“ geht ihr Regelungsgehalt dementsprechend weit hinaus.¹⁴⁴

2. Schutzziele und Schutzkonzeptionen

Schutzziele und Schutzkonzeptionen sind in Art. 1 EG-DSRiL festgehalten. Nach Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL gewährleisten die Mitgliedstaaten nach den Bestimmungen der Richtlinie den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere den Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Nach Art. 1 Abs. 2 EG-DSRiL beschränken oder untersagen sie nicht den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen Mitgliedstaaten aus Gründen des gemäß Absatz 1 gewährleisteten Schutzes.

Art. 1 EG-DSRiL ist eine Konsequenz der kompetentiellen Abstützung, aber auch eine gestufte Konzeption. Die Richtlinie übernimmt dabei die beiden Elemente des Art. 1 und des Art. 12 Abs. 2 der Datenschutzkonvention des Europarats. Deren gegenseitige Bedingtheit kommt allerdings deutlicher zum Ausdruck. Art. 1 Abs. 2 EG-DSRiL ist *kein* Vorbehalt zu Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL. Es handelt sich nicht einmal um gegensätzliche Vorgaben, die eine Abwägung oder Optimierung erforderten.¹⁴⁵ Zwischen beiden Regelungen besteht vielmehr ein funktionales stufenweises Verhältnis. Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL verpflichtet zur Gewährleistung des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Im Falle der Gewährleistung, also nach richtliniengerechter Umsetzung der Datenschutzrichtlinie, besteht kein Anlaß mehr,

142 Vgl. auch *Simitis*, Entscheidung, S. 129, mit Hinweis auf die weitreichenden Implikationen und in übergreifender Weise potentiell kompetenzausdehnenden Wirkungen des auf die Wahrung der Grundrechte rekurrierenden Begründungselements.

143 Siehe dazu dann auch die Einschätzung bei *Walz*, Datenschutz-Herausforderungen, S. 151 (Hervorh.i.Orig.): „Die Richtlinie ist Ausdruck der *neuen grundrechtlichen Fundierung*, die sich die Europäische Union 1992 im Maastricht-Vertrag gegeben hat und die vom Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997 nicht geändert worden ist.“ Insofern (auf der Basis des als Gemeinsamer Standpunkt gebilligten Richtlinienentwurfs vom 20.12.1994) anders, aber zu kurz *Kilian*, Europäisches Datenschutzrecht, S. 102 (Hervorh.i.Orig.): „Es geht bei der Datenschutzrichtlinie ... nicht um die Entwicklung eines originären Persönlichkeitsschutzes im Binnenmarkt durch die Europäische Union, sondern um die *Angleichung vorhandener mitgliedschaftlicher Regelungen* über die Verarbeitung personenbezogener Daten mit dem Ziel der Transaktionskostensenkung.“

144 Siehe dazu auch – bezogen auf den Anwendungsbereich – EuGH, Urteil vom 20.05.2003, Az C-465/00, abrufbar unter <http://curia.eu.int>, Rn 39 ff.: Die Anwendbarkeit der Richtlinie hängt weder davon ab, daß die nationale Datenverarbeitung in einem tatsächlichen Zusammenhang mit dem freien Verkehr zwischen Mitgliedstaaten steht, noch kommt es darauf an, ob die entsprechenden Sachverhalte einen hinreichenden Zusammenhang mit der Ausübung von Grundfreiheiten aufweisen. Im Anschluß daran ebenso EuGH, JZ 2004, S. 242 (243).

145 So aber *Kloepfer*, Technologien, S. 106; *Vassilaki*, Background, S. 114 f.

den grenzüberschreitenden Datenverkehr nach nationalstaatlichen Regelungen mit der Begründung zu untersagen, in dem datenempfangenden Mitgliedstaat sei der Datenschutz nicht sichergestellt.¹⁴⁶ Die Richtlinie verbietet also *spezifische*, gerade an den Grenzübertritt anknüpfende Maßnahmen, die etwa die Übermittlung in einen anderen Mitgliedstaat mit zusätzlichen Auflagen verbinden oder besonderen Kontrollverfahren unterwerfen, weil dort das Schutzniveau niedriger sein könnte. Restriktionen aufgrund von Regelungen, die in rechtmäßiger, also vor allem richtlinienkonformer Weise auch im Inland gelten, verbietet sie nicht.¹⁴⁷ Die Folgen, die insbesondere die von ihr selbst eingeräumten Umsetzungsspielräume (Art. 5 EG-DSRiL) für den freien Datenverkehr nach sich ziehen können, nimmt sie somit hin.¹⁴⁸ Daher wird der in Art. 1 Abs. 2 EG-DSRiL angesprochene „freie Verkehr personenbezogener Daten“ nicht auf Kosten des Schutzes des Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL, sondern mit seiner Hilfe realisiert.¹⁴⁹

Im Kern des Art. 1 EG-DSRiL steht die Gewährleistung des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere der Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten. Die Richtlinie folgt mit der Fassung dem Vorbild des französischen Datenschutzgesetzes von 1974 und der Datenschutzkonvention des Europarates.¹⁵⁰ Sie bezieht sich übergreifend auf den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, ohne allerdings die Zuordnungskriterien zwischen einer bestimmten Verarbeitung personenbezogener Daten und den je geschützten Grundrechten und Grundfreiheiten zu präzisieren. Sie vermeidet eine Verengung auf den Schutz der Privatsphäre. Soweit sie diesen hervorhebt, handelt es sich um die „Privatsphäre“ als gemeinschaftsrechtlichen Begriff. Er wird durch das nach den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts anerkannte Recht auf Achtung der Privatsphäre bestimmt, das sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und aus Art. 8 EMRK speist.¹⁵¹ Die Privatsphäre ist insoweit, was vor allem die Europäische Menschenrechtskonvention und die extensive Auslegung des Art. 8 EMRK belegen, oft noch der zentrale Anknüpfungspunkt für den Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Damit ist der Begriff der Privatsphäre oder auch des Privatlebens jedoch in mehrfacher Hinsicht überfordert. Soll darüber überhaupt ein angemessener Schutz geleistet werden, muß er abstrakt und entsprechend blaß gestaltet werden. Soll ihm nicht jegliche Kontur genommen werden, gelingt es trotzdem nicht, sämtliche anerkannten Schutzerfordernisse abzudecken. Auch erschwert der Denkansatz die Herleitung von Maßgaben, die die Prozesse des Umgangs mit Informationen und Da-

146 *Pearce/Platten*, Data Protection, S. 532.

147 Vgl. dazu *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 1 Rn 5.

148 In Begründungserwägung Nr. 9 der EG-DSRiL wird ausdrücklich anerkannt, daß innerhalb des Spielraums im Rahmen der Durchführung der Richtlinie unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Unterschiede auftreten können, die Auswirkungen für den Datenverkehr sowohl innerhalb eines Mitgliedstaats als auch in der Gemeinschaft haben können.

149 *Simitis*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Einleitung Rn 9. Salomonisch EuGH, JZ 2004, S. 242 (246).

150 Siehe Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

151 Begründungserwägung Nr. 10 der EG-DSRiL.

ten angemessen erfassen, die nicht auf seiten der betroffenen Person, sondern auf seiten staatlicher Stellen oder anderer Privater laufen. Das hat sich im grundgesetzlichen Kontext¹⁵² ebenso wie bei der Analyse des Art. 8 EMRK¹⁵³ ergeben. Daher darf der Bezug auf andere Grundrechte und Grundfreiheiten, den die EG-Datenschutzrichtlinie immerhin enthält, nicht im Hintergrund verschwinden. Er wird nunmehr ohnehin durch die EU-Grundrechtscharta gestärkt. Mit all dem bestimmt eine breite grundrechtliche Basis die Schutzziele und die Schutzkonzeption der EG-Datenschutzrichtlinie.

3. Die Gestaltung des Anwendungsbereichs und der Kernelemente

Die Gestaltung des Anwendungsbereichs der Richtlinie ist Ausdruck des Bemühens, die unterschiedlichen Ansätze in den Mitgliedstaaten im Hinblick auf den Regelungsgegenstand zu verbinden. In einigen Ländern waren Regelungen auf die automatisierte Verarbeitung konzentriert, in anderen Ländern schon darüber hinaus ausgedehnt worden. Zugleich bestand jedoch Konsens darüber, daß Vorschriften zur Datenverarbeitung nicht jede unstrukturierte oder private Aufzeichnung erfassen sollen. Im Ergebnis gilt die Richtlinie für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in Dateien gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 3 Abs. 1 EG-DSRiL).

Personenbezogene Daten sind nach Art. 2 lit. a EG-DSRiL alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person (betroffene Person). Geschützt werden demnach nur natürliche, nicht auch juristische Personen. Als bestimmbar wird eine Person angesehen, die direkt oder indirekt identifiziert werden kann, insbesondere durch die Zuordnung zu einer Kennnummer oder zu einem oder mehreren spezifischen Elementen, die Ausdruck ihrer physischen, physiologischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität sind.¹⁵⁴ In diesen Definitionen steckt das ausdrückliche Ziel, den Begriff der „personenbezogenen Daten“ möglichst umfassend zu beschreiben, damit alle Informationen abgedeckt sind, die mit einer natürlichen Person in Verbindung gebracht werden können.¹⁵⁵

Aus der Definition des Begriffs der personenbezogenen Daten ergibt sich, daß die Datenschutzrichtlinie nicht zwischen Daten und Informationen unterscheidet. Eine Unterscheidung kommt allenfalls darin zum Ausdruck, daß der Personenbezug von Daten so hergestellt wird, daß die Informationen, die aus den Daten gewonnen werden können, ei-

152 Dazu ausführlich Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.

153 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

154 Als Identifikationskriterien nennt die Begründung der Datenschutzrichtlinie zum Beispiel den Namen, die Sozialversicherungsnummer, die Verknüpfung etwa von Alter, Beschäftigung und Anschrift oder Fingerabdrücke und genetische Merkmale.

155 Das Parlament hat sich eine möglichst umfassende Definition des Begriffs der „personenbezogenen Daten“ gewünscht, vgl. die Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 1/1995, ABI EG 1995 C 93/1, S. 20. Eine entsprechend umfassende Definition legt auch der EuGH zugrunde, vgl. EuGH, JZ 2004, S. 242 (243); *Brühmann*, Veröffentlichung, S. 201 f., *Fechner*, Anmerkung, S. 246 f.

ne bestimmte oder bestimmbare natürliche Person betreffen. Es geht somit um Daten, deren Aussagegehalt Informationen über eine Person vermitteln kann. Das kann sich, dies folgt aus der Einbeziehung der Bestimmbarkeit der Person, auch (erst) im Rahmen des Verarbeitungs- und Verwendungskontexts ergeben. Insgesamt kennzeichnet es die Richtlinie jedoch, daß sie die Differenz von Informationen und Daten unzureichend reflektiert. Hier wird sie von der Tradition der Datenschutzkonvention, der mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetze und der allgemeinen Diskussion geprägt. Der Rückbezug auf die Schutzziele und Schutzkonzeptionen des Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL und die Gewährleistung von Umsetzungsspielräumen (Art. 5 EG-DSRiL) sind Ansatzpunkte, über die man diese Differenz mit dem Ziel eines gegenstandsgerechten Verständnisses der Vorgaben einführen kann.

Die *Verarbeitung personenbezogener Daten* ist das *Kernelement*, das den Anwendungsbereich, aber auch die Vorgaben der Richtlinie insgesamt prägt. Das ist das Ergebnis der entstehungsgeschichtlichen Entwicklung, die den Ansatzpunkt zunächst bei der „Datei“ als Charakteristikum der automatisierten Verarbeitung gesehen hatte.¹⁵⁶ Unter den Begriff der Verarbeitung fällt nach Art. 2 lit. b EG-DSRiL jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten. Die Richtlinie stellt das Erheben, das Speichern, die Organisation¹⁵⁷, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, die Verbreitung und jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten heraus. Damit wird ein umfassender Verarbeitungsbegriff gewählt.¹⁵⁸ Er schließt die Erhebung von Daten ein, soweit nach den Vorkehrungen des für die Verarbeitung Verantwortlichen deren Speicherung in einer Datei vorgesehen ist. Indem bei den sich anschließenden Phasen eine ganze Reihe von Vorgängen aufgezählt werden, ohne daß dies als abschließende Beschreibung zu verstehen wäre, hat die Richtlinie von der technischen Dynamik „gelernt“. Die Aufschlüsselung der Datenverarbeitung nach Phasen ist nicht natürlicherweise vorgegeben. Sie ist im Rahmen eines abgegrenzten Kontexts unter Berücksichtigung der eingesetzten Technik (konstruktiv) vorzunehmen. Maßgeblich dafür ist, daß die Phasen Komponenten eines Verarbeitungszusammenhangs sind, dessen bindendes Glied darin liegt, daß die Daten als potentielle Informationen dienen.¹⁵⁹ Es obliegt den Mitgliedstaaten, im Rahmen der Anforderungen der Richtlinie eine sachangemessene, gegebenenfalls kontextspezifische Aufschlüsselung der Datenverarbeitung zu erarbeiten und daran dann unter Umständen phasenspezifische Vorgaben anzuknüpfen.

Daß Daten automatisiert verarbeitet werden, ist kein zentrales Kriterium für die Geltung der Regelungen der Richtlinie. Der Schutz soll nicht von den verwendeten Techni-

156 Kopp, Tendenzen, S. 206.

157 Ob diese Bezeichnung hier als Teil eines Schutzmodells präventiver Systemaufsicht hervorzuheben ist – so Hoeren, Information, S. 9* –, ist zweifelhaft.

158 Vgl. auch Kloepper, Technologien, S. 106 f.

159 Dazu allgemein Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

ken abhängen; als Begründung dafür werden Risiken einer Umgehung angeführt.¹⁶⁰ Die EG-Datenschutzrichtlinie löst sich an dieser Stelle deutlich von dem Regelungsansatz der Datenschutzkonvention des Europarats, die durch die automatische Datenverarbeitung nicht nur veranlaßt worden ist, sondern darin auch ihre Regelungsgrenzen hat.¹⁶¹ Sie geht zudem über die nationalen Vorschriften hinaus, die ebenfalls einem solchen Ansatz gefolgt waren.¹⁶² Soweit Daten nicht automatisiert verarbeitet werden, beschränkt sich die Richtlinie allerdings auf solche Daten, die in Dateien gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Der Begriff der Datei ist aber wiederum weit gefaßt. Darunter fällt jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, gleichgültig, ob diese Sammlung zentral, dezentralisiert oder nach funktionalen oder geographischen Gesichtspunkten aufgeteilt geführt wird (Art. 2 lit. c EG-DSRiL).¹⁶³ Akten und Aktensammlungen werden erfaßt, wenn darin enthaltene personenbezogene Daten in Form einer strukturierten Sammlung nach bestimmten Kriterien zugriffsfähig werden. Dafür genügt es, wenn die Akten chronologisch zu einer Person angelegt sind oder eine Aktensammlung nach Namen der Personen geordnet oder entsprechend über Karteikästen oder elektronische Aktenerschließungssysteme erschließbar ist. Hinter dieser Begrenzung des Anwendungsbereichs steht, daß personenbezogene Daten, die nicht in dieser Form zugänglich sind, meist auch nicht in organisierter Weise als Informationen über die betroffene Person genutzt werden.¹⁶⁴ Die Mitgliedstaaten können die Kriterien zur Bestimmung der Elemente einer strukturierten Sammlung personenbezogener Daten sowie die verschiedenen Kriterien zur Regelung des Zugriffs zu einer solchen Sammlung festlegen.¹⁶⁵

Art. 3 Abs. 2 EG-DSRiL klammert allerdings bestimmte Felder aus dem Anwendungsbereich aus. Entsprechend den Kompetenzverteilungsbestimmungen findet die Richtlinie keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, die für die Ausübung von Tätigkeiten erfolgt, die nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen (Art. 3 Abs. 2 1. Alt. EG-DSRiL). Damit sind Tätigkeiten im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik und der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres gemeint, hier etwa im Bereich des Schengener Informationssystems oder von EUROPOL.¹⁶⁶ Der Text ist insoweit so formuliert, daß der Anwendungsbereich der Richtlinie mit dem Gemeinschaftsrecht mitwachsen kann. Auf keinen Fall soll er demgegenüber Verarbeitungen erfassen, die sich auf die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung, die Sicherheit des Staates und dessen Tätigkeiten im strafrechtlichen Bereich beziehen.

160 Begründungserwägung Nr. 27 der EG-DSRiL.

161 Oben Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

162 Für das britische Recht etwa *Skipper*, Perspective, S. 146.

163 Zum Vergleich mit dem BDSG und zum Streit um den Dateibegriff in dessen Rahmen *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 283. Siehe außerdem *Kloepfer*, Technologien, S. 107 f., 110 f.

164 Begründung zu Art. 2 EG-DSRiL.

165 Begründungserwägung Nr. 27 der EG-DSRiL.

166 Zu den dazu vorhandenen, eigenständigen Regelungen siehe etwa *Bull*, Europol, S. 222.

Ausgeklammert ist zudem die Verarbeitung personenbezogener Daten, die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird (Art. 3 Abs. 2, 2. Alt. EG-DSRiL). Das ist nicht nur abzugrenzen gegen berufliche, gewerbliche oder geschäftsmäßige Tätigkeiten. Gemeint sind nur Tätigkeiten, die zum Privat- oder Familienleben einzelner Personen gehören. Deshalb hat der Europäische Gerichtshof die Einschlägigkeit der Richtlinie auch für eine Darstellung der Familienverhältnisse oder Freizeitbeschäftigungen von Arbeitskollegen auf einer Website im Internet bejaht, die im Rahmen einer ehrenamtlichen Arbeit erfolgt ist.¹⁶⁷ Die Tätigkeit Privater wird demnach einerseits nicht umfassend von den Regelungen der Richtlinie erfaßt, andererseits aber auch nicht in weitreichender Weise ausgegrenzt.

Im übrigen kennzeichnet es die EG-Datenschutzrichtlinie, daß ihre Vorgaben in der Regel nicht zwischen dem öffentlichen Bereich und dem nicht-öffentlichen Bereich differenzieren.¹⁶⁸ Das wird damit begründet, daß die Verarbeitung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen Bereich, zumal angesichts der Privatisierung traditionell öffentlicher Aufgaben, zunimmt, große Rechnerkapazitäten in privater Hand geschaffen werden und die Verarbeitung personenbezogener Daten die Privatsphäre des Betroffenen unabhängig davon beeinträchtigt, ob sie im öffentlichen oder im privaten Bereich stattfindet.¹⁶⁹ Wie weit die Folgen der gleichermaßen bestehenden Geltung reichen, hängt allerdings davon ab, welche Determinanten überhaupt gesetzt werden. So hat Art. 8 Abs. 1 des ursprünglichen Vorschlags schon durchaus enge Voraussetzungen für die Datenverarbeitung Privater aufgestellt, die sich von der realisierten Version nicht so sehr unterscheiden.¹⁷⁰ Art. 7 EG-DSRiL differenziert zwar im Ansatz nicht, enthält aber verschiedene Unterpunkte, die konstellationsspezifisch umgesetzt werden und entsprechend passen müssen. Eine Beurteilung des gewählten Ansatzes erfordert somit zumindest eine Analyse und Differenzierung der jeweiligen Determinanten.¹⁷¹ Unabhängig davon bleibt eine Unterscheidung des staatlichen und des privaten Bereichs im nationalen Recht möglich, sofern die Vorgaben der Richtlinie in beiden Bereichen umgesetzt werden.¹⁷²

167 EuGH, JZ 2004, S. 242 (243); und dazu *Brühann*, Veröffentlichung, S. 203, *Fechner*, Anmerkung, S. 246 ff.

168 Das war in den ursprünglichen Entwürfen noch anders, vgl. Kap. II und III des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABIEG 1990, Nr. C 277, S. 3 (6 f.), und dazu *Ellger*, Binnenmarkt, S. 125, 126 ff. Daß nach Art. 27 EG-DSRiL die Ausarbeitung von Verhaltensregeln zu fördern ist, die nach Maßgabe der Besonderheiten der einzelnen Bereiche zur ordnungsgemäßen Durchführung der einzelstaatlichen Vorschriften beitragen sollen, ändert daran nichts.

169 Vgl. dazu *Brühann*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 15; *Körner-Dammann*, Entwurf, S. 14 ff.; *Kloepfer*, Technologien, S. 111 f.

170 Siehe den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, ABIEG 1990, Nr. C 277, S. 3 (7).

171 Kritisch zum Ansatz etwa *Wind/Siegert*, Datenschutzrichtlinie, S. 119; *Hoeren*, Datenschutz, S. 3; *Laicher*, EU-Richtlinie, S. 410 f.; *Ehmann/Sutschet*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 4 f.

172 Siehe auch *Brühann/Zerdick*, Umsetzung, S. 431.

4. Inhaltliche Vorgaben für die Regelung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten

a) Die Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten

Mit ihren inhaltlichen Vorgaben gibt die EG-Datenschutzrichtlinie einen Rahmen und teilweise detaillierte Determinanten vor. Gleichzeitig unterstreicht sie jedoch ihre eigene Ausfüllungsbedürftigkeit. Art. 5 EG-DSRiL betont den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten, der mit Blick auf Art. 249 EG besteht.¹⁷³ An vielen Stellen sieht die Richtlinie über konkretisierungsbedürftige Tatbestandsvoraussetzungen hinaus Optionen oder Ausnahmemöglichkeiten vor. Sie bietet damit eine Flexibilität, die insbesondere darauf reagiert, daß ihre Vorgaben als Querschnittsmaterie alle im Kompetenzbereich des EG-Vertrages liegenden Gebiete erfassen, zugleich aber die Koordination mit den sachlichen Strukturen eines Regelungsgebiets über bereichsspezifische Regelungen möglich bleiben muß. Hinzu kommt, daß manche Zielvorgaben über unterschiedliche Instrumente realisiert werden können, die sich in den Mitgliedstaaten gegebenenfalls bereits etabliert haben und dann nicht ersetzt zu werden brauchen.

Den Mitgliedstaaten steht daher die Kombination allgemeiner, querschnittsartiger Regelungen und bereichsspezifischer Regelungen frei, sofern die Grundsätze der Richtlinie umgesetzt werden. Ihnen bleibt ferner die Auswahl und Kombination verschiedener Rechtsformen überlassen. Neben gesetzlichen kommen untergesetzliche Regelungen in Betracht. Die Mitgliedstaaten sind schließlich befugt, die in Art. 6 bis 21 EG-DSRiL enthaltenen Determinanten bereichsspezifisch zu konkretisieren.¹⁷⁴ Das ist besonders wichtig, weil der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nur in Abstimmung mit den sachlichen Vorschriften adäquat geregelt werden kann.¹⁷⁵

b) Die Verankerung von Qualitätsanforderungen und Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Rechtmäßigkeitsbedingungen in Art. 6 bis 9 EG-DSRiL gelten unmittelbar der Verarbeitung personenbezogener Informationen und Daten. Die Richtlinie unterscheidet Grundsätze, die Anforderungen an die *Qualität* der Daten stellen (Art. 6 EG-DSRiL), und Grundsätze, die die *Zulässigkeit der Verarbeitung* von Daten betreffen (Art. 7 EG-DSRiL). Die Unterscheidung beruht im wesentlichen darauf, daß die Anforderungen an die Datenqualität an Art. 5 der Datenschutzkonvention des Europarats angelehnt sind. Während diese Anforderungen in abstrakt-übergreifender Weise bestimmte Kriterien auflisten, regeln die Grundsätze zur Zulässigkeit die Voraussetzungen, unter denen die

173 Danach bestimmen die Mitgliedstaaten nach Maßgabe der Art. 6 bis 21 EG-DSRiL die Voraussetzungen näher, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist.

174 Dementsprechend wird in den Begründungserwägungen hervorgehoben, daß die Mitgliedstaaten neben allgemeinen Regeln besondere Bedingungen für die Datenverarbeitung in spezifischen Bereichen und für die verschiedenen Datenkategorien nach Art. 8 EG-DSRiL vorsehen können, vgl. Begründungserwägungen Nr. 22, 23 und 68 der EG-DSRiL. Siehe außerdem *Brühmann*, Datenschutz, S. 130.

175 Vgl. noch Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.III., B.I.1. Außerdem *Simitis*, Entscheidung, S. 130.

Mitgliedstaaten eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulassen dürfen. Beide geben freilich Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vor.¹⁷⁶

aa) Zweckfestlegung und Zweckkompatibilität, Erheblichkeit und Richtigkeit als zentrale Qualitätsanforderungen

Art. 6 EG-DSRiL knüpft mit den dort genannten Grundsätzen in bezug auf die Qualität der Daten an Art. 5 der Datenschutzkonvention des Europarats an. Dessen Vorgaben werden teils übernommen und konkretisiert, teils erweitert und modifiziert.¹⁷⁷ Einige Abweichungen dienen der Anpassung an die Begriffsbestimmungen des Art. 2 EG-DSRiL und an den Anwendungsbereich der Richtlinie. Für die Einhaltung der Grundsätze hat der Verantwortliche der Verarbeitung zu sorgen. Im Konzept der Richtlinie ist er der zentrale Adressat der in der mitgliedstaatlichen Umsetzung zu regelnden Pflichten. Verantwortlich ist nach Art. 2 lit. d EG-DSRiL die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.¹⁷⁸

Der Grundsatz des Art. 6 Abs. 1 lit. a EG-DSRiL gibt vor, daß personenbezogene Daten *nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise* verarbeitet werden. Damit wird Art. 5 lit a der Datenschutzkonvention des Europarats übernommen.¹⁷⁹ Aus systematischer Sicht ist freilich der veränderte und erweiterte Regelungszusammenhang zu beachten. Der generalklauselartige Maßstab „Treu und Glauben“ steht neben der Rechtmäßigkeit, verliert aber seine Bedeutung als Auffangtatbestand zumindest insoweit, als die Richtlinie selbst Rechtmäßigkeitsanforderungen stellt und verlangt. Er dient dem Zweck, daß offenkundig beanstandungswürdige Datenverarbeitungen auch dann als rechtswidrig qualifiziert werden können, wenn die Aufnahme eines klaren Rechtswidrigkeitsverdicts in das nationale Recht unterblieben ist.¹⁸⁰ Seine Reichweite läßt sich freilich kaum abstrakt bestimmen, weil sie davon abhängt, inwieweit es rechtliche Determinanten gibt, die dann die Rechtmäßigkeit nach mitgliedstaatlichem Recht ausmachen. Das wiederum wird durch die Anforderung mitgeprägt, daß Daten „auf rechtmäßige Weise“ verarbeitet werden müssen. Diese ist keineswegs eine blasse normative Maßgabe, die sich von selbst verstünde. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten vielmehr, Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen aufzustellen, an denen der Umgang mit personenbezogenen Informationen

176 *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Vor Art. 6 Rn 2.

177 Vgl. Begründungserwägung Nr. 11 der EG-DSRiL.

178 Der Verantwortliche der Verarbeitung oder die spezifischen Kriterien für seine Benennung dürfen ggf. durch einzelstaatliche oder gemeinschaftliche Rechtsvorschriften festgelegt werden (Art. 2 lit. d EG-DSRiL.). Zum Konzept der Adressierung von Pflichten an den Verantwortlichen *Brühann/Zerdick*, Umsetzung, S. 430, 435 f.

179 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

180 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 3. Die Richtlinienbegründung zu Art. 6 EG-DSRiL nennt Beispiele: Gemeint ist die Verwendung verborgener Geräte, mit denen heimlich und ohne Wissen der betroffenen Person durch Abhören des Telefons und andere Mittel Daten gesammelt werden können, oder eine heimliche Verarbeitung personenbezogener Daten und deren nachfolgende Nutzung.

und Daten zu messen ist. Insbesondere sind gegebenenfalls neue Vorschriften einzuführen, die einen richtliniengerechten Maßstab bilden.¹⁸¹

Eine zentrale Rolle spielt sodann Art. 6 Abs. 1 lit. b EG-DSRiL. Er regelt Anforderungen an die *Zweckfestlegung* und an die *Vereinbarkeit der Weiterverarbeitung mit den Zweckbestimmungen*: Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß personenbezogene Daten grundsätzlich für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Diese beiden – voneinander zu unterscheidenden, aber zugleich miteinander verknüpften – Anforderungen lehnen sich an Art. 5 lit. b der Datenschutzkonvention des Europarats an.¹⁸² Anders als dieser betrifft die erste Anforderung freilich nicht erst die Speicherung, sondern bereits die Erhebung. Ihr geht es darum, wofür Daten erhoben werden, also um die Festlegung von *Verwendungszwecken* vor der Erhebung und um die Erhebung nur zu diesen Zwecken.¹⁸³ Art. 6 Abs. 1 lit. b EG-DSRiL präzisiert dies nicht nur dahin, daß die Zwecke „rechtmäßig“ sein müssen, sondern fordert zudem „eindeutige“ Zwecke. Der Plural („Zwecke“) macht deutlich, daß einer Erhebung mehrere Zwecke zugrunde liegen dürfen. Über Art. 5 lit. b der Datenschutzkonvention des Europarats hinaus hebt die Norm allerdings hervor, daß das Ziel der Erhebung und Benutzung der Daten (bei mehreren Zwecken: jeweils) so genau wie möglich definiert werden muß.¹⁸⁴ Eine vage Angabe oder Umschreibung (beispielsweise „für kommerzielle Zwecke“) genügt nicht. Eine „Datensammlung auf Vorrat“ ist unzulässig.¹⁸⁵

Die Norm gewinnt aber vor allem deswegen eine weit höhere Bedeutung als Art. 5 lit. b der Datenschutzkonvention des Europarats, weil sie systematisch in weitergehende Regulationsanforderungen eingebettet ist, innerhalb derer der Festlegung der Verwendungszwecke eine besondere Bedeutung zukommt. So bauen die in Art. 7 EG-DSRiL genannten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung auf den Verwendungszwecken auf. Deren Angabe gehört außerdem zu den notwendigen Bestandteilen einer Unterrichtung oder einer Auskunft (Art. 10, 11, 12 EG-DSRiL). Die Festlegung der Verwendungszwecke dient somit den Funktionen, die sich auch in der Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergeben haben: Sie bewirkt, daß der Verwendungszusammenhang eingegrenzt und zugleich die in den Verarbeitungsprozessen tatsächlich oder potentiell entstehenden Informationen in ihren Inhalten und Wirkungen konturiert werden. Sie verknüpft die Daten- mit der Informationsebene und diese über den Verwendungszweck mit der sachlichen Ebene. Sie hat zudem die Funktion, das Wissen der betroffenen Person um die Möglichkeiten der Verwendung der Daten abzusichern.¹⁸⁶

181 Dammann, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 2.

182 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt B.

183 Vgl. die Begründung zu Art. 6 EG-DSRiL: „... das Ziel der Erhebung und Benutzung der Daten muß so genau wie möglich definiert werden“.

184 Begründung zu Art. 6 EG-DSRiL.

185 Zu diesem Punkt in der Rechtsprechung des BVerfG siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

186 Vgl. dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a., und 4. Kapitel, C.I.

Die zweite Anforderung des Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL knüpft an die Zweckbestimmungen mit der Vorgabe an, daß die erhobenen personenbezogenen Daten nicht in einer mit ihnen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden dürfen.¹⁸⁷ Damit fordert sie keine *Bindung* an den festgelegten Zweck in der Form, daß die Weiterverarbeitung der Daten auf den festgelegten Zweck beschränkt wäre. Das entspricht Art. 5 lit b der Datenschutzkonvention des Europarats. Hier besteht ein Unterschied zu den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und – deutlicher – Art. 10 Abs. 1 GG entnommen hat: Unabhängig davon, daß die Figuren der Zweckfestlegung und der Zweckbindung noch näher zu klären und dabei auch die Möglichkeiten von Zweckänderungen einzubeziehen sind, sind die gewählten Muster jedenfalls nicht deckungsgleich.¹⁸⁸ Nach Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL kann man nur insofern von einer Zweckbindung ausgehen, als die Verarbeitung zu den ursprünglich festgelegten Zwecken auf jeden Fall anforderungsgerecht ist und als die ursprünglich festgelegten Zwecke den Maßstab bieten, mit dem geänderte Zwecke vereinbar sein müssen.

Wann eine Unvereinbarkeit vorliegt, wird weder in den Begründungserwägungen noch in der Begründung der Richtlinie übergreifend spezifiziert. Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL stellt aber heraus, daß die Weiterverarbeitung von Daten zu historischen, statistischen oder wirtschaftlichen Zwecken im allgemeinen nicht als unvereinbar mit den Zwecken der vorausgegangenen Datenerhebung anzusehen ist, sofern die Mitgliedstaaten geeignete Garantien vorsehen. Das reagiert darauf, daß es sich bei diesen Zwecken meist nicht um eine Verwendung handelt, die sich gerade auf die einzelne betroffene Person richtet. Festhalten kann man, daß die Frage der Vereinbarkeit den Vergleich der ursprünglichen Zwecke mit den neuen Zwecken voraussetzt. Eine Unvereinbarkeit läßt sich bejahen, wenn die Daten Verarbeitungs- und Verwendungsmaßgaben unterliegen, die im Vergleich einander widersprechen und auch nicht durch besondere Vorgaben („geeignete Garantien“) miteinander in Einklang gebracht worden sind. Eine solche Konstellation hat das Bundesverfassungsgericht mit der Feststellung erfaßt, daß eine Weiterleitungsermächtigung jedenfalls dann verfassungswidrig ist, wenn sie tendenziell Unvereinbares miteinander verbindet.¹⁸⁹ Die Unvereinbarkeit im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit b EG-DSRiL läßt sich darüber hinaus bejahen, wenn eine Abwägung ergibt, daß die Weiter-

187 Im ursprünglichen Vorschlag wurde auch die Verarbeitung zu einem anderen Zweck als dem, zu dem die Verarbeitung ursprünglich vorgenommen wurde, mit allerdings teilweise generalklauselartigen Zweckänderungsmöglichkeiten geregelt (Art. 5 Abs. 1 lit b des Vorschlags). Im Ergebnis wurden aber die Grundsätze der Zweckbestimmung und Zweckvereinbarkeit (Art. 6 Abs. 1 lit b) und die in dem geänderten Art. 7 festgelegten Voraussetzungen für ausreichend gehalten (vgl. die Begründung zu Art. 7 EG-DSRiL).

188 Häufig wird trotzdem behauptet, die EG-DSRiL fordere eine „strenge“ Zweckbindung, etwa *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 6; *Brühann*, Europarechtliche Grundlagen, Rn 29; ähnlich *Kutscha*, Datenschutz, S. 158. Vgl. außerdem *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 285: Die Zweckbindung stehe im Mittelpunkt der Verarbeitungsgrundsätze. Anders *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 8: abgeschwächte Realisierung des Grundsatzes der Zweckbindung; *Dippoldsmann*, EG-Datenschutz, S. 376 f. (mit dann unzutreffenden Ausführungen zur Erforderlichkeit).

189 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b.bb.

verarbeitung zu den veränderten Zwecken die betroffene Person in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.¹⁹⁰ Mangels weiterer Anforderungen an eine Zweckbindung wäre anderenfalls der Schutz der betroffenen Person nicht hinreichend gewahrt.

Art. 6 Abs. 1 lit. c EG-DSRiL enthält im Anschluß an Art. 5 lit c der Datenschutzkonvention des Europarats Vorgaben, die jeweils Relationen zwischen den festgelegten Zwecken und den dafür verarbeiteten Daten herstellen: Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß personenbezogene Daten den *Zwecken entsprechen*, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür *erheblich* sind und *nicht darüber hinausgehen*. Daß die Daten den Zwecken entsprechen müssen, zielt auf die Adäquanz, die darin liegt, daß die Zuordnung der betreffenden Daten zu den Zwecken bei einer wertenden Betrachtung nicht zu beanstanden ist.¹⁹¹ Die Erheblichkeit ist ein Maßstab, mit dem die Daten und die Zwecke in eine Abhängigkeitsbeziehung gesetzt werden: Die Daten müssen für den jeweiligen Zweck benötigt werden. Die Anforderung, daß die Daten nicht über die Zwecke hinausgehen dürfen, erklärt „exzessive“ Datenerhebungen oder -verarbeitungen, die weiter gehen, als es für den festgelegten Zweck nötig wäre, ausdrücklich für unzulässig. Gegenüber der Erheblichkeit hat dies jedoch keinen eigenständigen, sondern lediglich einen spezifizierenden normativen Gehalt. Die Erheblichkeit wird in zeitlicher Hinsicht noch durch die Vorgabe des Art. 6 Abs. 1 lit. e EG-DSRiL ergänzt: Daten dürfen nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben wurden oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht.¹⁹²

Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-DSRiL sieht schließlich für die Qualität der Daten *Richtigkeitsanforderungen* vor. Damit dient er einem Aspekt, der in der Diskussion um den Datenschutz immer (mit)thematisiert und in die Stichworte der Richtigkeit im engeren Sinne, der Aktualität, der Vollständigkeit und der Kontextgebundenheit von Daten aufgeschlüsselt worden ist.¹⁹³ Die Mitgliedstaaten haben vorzusehen, daß personenbezogene Daten sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht worden sind. Zugleich sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit im Hinblick auf die Zwecke, für die sie erhoben wurden oder weiterverarbeitet werden, unzutreffende oder unvollständige Daten gelöscht oder berichtigt werden. Die Richtigkeitsanforderungen verbinden die Daten- mit der Informationsebene und mit dem Verarbeitungskontext: Ob Daten richtig sind, kann nur mit Blick auf ihren Informationsgehalt und auf den jeweiligen Kontext beurteilt werden. Von Bedeutung ist darüber hinaus, daß die Norm schon wegen ihres systematischen Standorts Pflichten des Verantwortlichen der Datenverarbeitung formuliert, die je nach Kontext oder eingesetzter Technik auf unterschiedlichen Ebenen der Verarbeitung einsetzen.

190 Ähnlich etwa *Rüpke*, Aspekte, S. 189.

191 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 6 Rn 11, mit Hinweis auf die englische (adequate) und französische Fassung (adéquates).

192 Dem Verantwortlichen der Verarbeitung bleibt also die Option einer Anonymisierung.

193 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

Für die Grundsätze des Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL gilt allerdings die übergreifende Vorschrift des Art. 13 EG-DSRiL über Ausnahmen und Einschränkungen. Danach können die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften erlassen, die die Pflichten und Rechte beschränken, sofern eine solche Beschränkung zugunsten bestimmter öffentlicher Interessen notwendig ist. Insoweit folgt ein breiter Katalog, der die Sicherheit des Staates und die Landesverteidigung¹⁹⁴ ebenso einschließt wie die öffentliche Sicherheit, die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder wichtige wirtschaftliche Interessen eines Mitgliedstaats oder der Europäischen Union. Ergänzt werden noch der Schutz der betroffenen Person sowie die Rechte und Freiheiten anderer Personen.

Die Regelungstechnik einer übergreifend-zusammenfassenden Vorgabe kann an dieser Stelle kaum als geglückt bezeichnet werden. Die breit gefaßte Norm zielt weniger darauf, Einschränkungsmöglichkeiten für die Vorgaben zu den Qualitätsanforderungen einzuräumen. Sie bezweckt vorrangig die Möglichkeit der Einschränkung der Vorgaben zu den Informationsrechten. Die übergreifende Fassung geht mit einem unspezifizierten Aussagegehalt einher. Es obliegt den Mitgliedstaaten, eine sachgerechte Ausfüllung unter Berücksichtigung dessen vorzunehmen, daß Beschränkungen der aus Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL resultierenden Vorgaben „notwendig“ sein müssen.

bb) Umfassende Determination und Voraussetzungen der Zulässigkeit von Datenverarbeitungen

Die zentrale Vorschrift, die die *Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten* regelt, ist Art. 7 EG-DSRiL: Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Der Normtext macht deutlich, daß der Katalog der dann aufgelisteten Konstellationen abschließend ist. Die EG-Datenschutzrichtlinie folgt somit dem *Regelungskonzept einer übergreifend-umfassenden Determination* der Verarbeitung personenbezogener Daten.¹⁹⁵

Zu den Voraussetzungen, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten zugelassen werden darf, gehört an erster Stelle die *Einwilligung* der betroffenen Person. Deren hervorgehobene Bedeutung erkennt man auch daran, daß sie in Art. 2 lit h EG-DSRiL legaldefiniert wird. Sie liegt vor bei einer Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, daß personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Art. 7 EG-DSRiL verlangt zudem, daß die Einwilligung „ohne jeden Zweifel“, also zwar nicht unbedingt ausdrücklich¹⁹⁶, aber doch eindeutig gegeben worden sein muß. Auf

194 Da die Sicherheit des Staates und die Landesverteidigung zu den Gebieten zählen, die außerhalb der Gemeinschaftskompetenzen liegen, sind Regelungen in den von der Richtlinie erfaßten Bereichen gemeint, die notwendig sind, damit diese Funktionen sichergestellt werden.

195 Im Anschluß an den deutschen Regelungsansatz, vgl. *Rüpke*, Aspekte, S. 187, hier auch mit zutreffendem Hinweis darauf, daß der häufig verwendete Begriff des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ mißverständlich ist.

196 So Art. 8 Abs. 2 lit. a EG-DSRiL.

Entscheidungen der betroffenen Person läßt sich die Verarbeitung auch in der nachfolgenden Konstellation zurückführen, bei der die Datenverarbeitung für die *Erfüllung des Vertrags*, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die *Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen* erforderlich ist, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen. Zugelassen werden darf die Verarbeitung außerdem dann, wenn sie für die *Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung* erforderlich ist, der die für die Verarbeitung verantwortliche Person unterliegt.¹⁹⁷ Genannt wird weiter die Erforderlichkeit für die Wahrung *lebenswichtiger Interessen* der betroffenen Person. Ein wichtiger Tatbestand ist die Erforderlichkeit der Verarbeitung für die *Wahrnehmung einer Aufgabe*, die *im öffentlichen Interesse* liegt oder *in Ausübung öffentlicher Gewalt* erfolgt und dem Verantwortlichen der Verarbeitung oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde. Zwischen staatlichen und privaten Stellen wird nicht unterschieden. Das wird aber durch die Anforderung einer Übertragung der Aufgabe kompensiert, die einen entsprechenden Rechtsakt voraussetzt. Abschließend folgt die Konstellation, daß die Datenverarbeitung zur *Verwirklichung des berechtigten Interesses* erforderlich ist, das von dem Verantwortlichen der Verarbeitung oder von Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die nach Art. 1 Abs. 1 EG-DSRiL geschützten Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen. Damit wird die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten von einer Interessenabwägung abhängig gemacht. Strukturierende Vorgaben für diese Abwägung setzt Art. 7 EG-DSRiL auf der einen Seite damit, daß es sich um ein „berechtigtes“ Interesse handeln muß, das von dem Verantwortlichen oder dem Datenempfänger selbst wahrgenommen wird, und daß die Datenverarbeitung zur Realisierung des Interesses „erforderlich“ sein muß.¹⁹⁸ Auf seiten der betroffenen Person sind deren Interessen oder die nach den Zielen der EG-Datenschutzrichtlinie geschützten Grundrechte und Grundfreiheiten einzubeziehen. Maßstab für das Abwägungsergebnis ist, daß diese Interessen und Rechtspositionen nicht überwiegen.¹⁹⁹

Im Ergebnis wird das Regelungskonzept einer übergreifend-umfassenden Determination der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den – geradezu komplementären – Ansatz einer weit gefaßten Beschreibung der Konstellationen ausgefüllt, in denen die Mitgliedstaaten die Zulässigkeit einer Verarbeitung vorsehen. Die genannten Tatbestände sind konkretisierungsbedürftig und im Rahmen des in Art. 5 EG-DSRiL hervorgehobenen Spielraums näher auszufüllen.²⁰⁰ Das gilt insbesondere angesichts der Notwendigkeit bereichsspezifischer und daher mit den vorhandenen Strukturen abzustimmender Konkretisierungen, zumal das Grundkonzept des Art. 7 EG-DSRiL einheitlich für den

197 Eine rechtliche Verpflichtung sind zum Beispiel Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten, die im Handels-, Gewerbe-, Steuer- und Sozialrecht bestehen.

198 Zur Vagheit des Begriffs „berechtigtes Interesse“ *Skupper*, Perspective, S. 147; zur Vagheit des Begriffs „erforderlich“ *Bainbridge*, Directive, S. 54 f. Die nationalen Gesetzgebungen haben dies ggf. bereichsspezifisch auszufüllen.

199 Zu Art. 7 lit f EG-DSRiL siehe auch EuGH, EuGRZ 2001, S. 32 (35).

200 Art. 7 EU-DSRL ändert die Regelungen der Art. 5, 6 und 8 des ursprünglichen Vorschlags aufgrund der Stellungnahme des Parlaments, Änderungen Nr. 27, 28 und 29.

öffentlichen und den privaten Bereich²⁰¹ und für unterschiedlichste Regelungsgebiete gilt. Aus der Ausfüllungsbedürftigkeit resultiert freilich die Möglichkeit, daß in den einzelnen Mitgliedstaaten disparate Vorschriften entstehen.²⁰²

Über Art. 7 EG-DSRiL hinaus enthält Art. 8 EG-DSRiL eine spezielle Regelung über die Verarbeitung *besonderer Kategorien*, nämlich „sensitiver“ personenbezogener Daten. Sie gibt für solche Daten ein *grundsätzliches Verarbeitungsverbot* vor, indem die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 1 EG-DSRiL die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über Gesundheit oder Sexualleben untersagen. Das wird durch die *Ausnahmemöglichkeiten* des Art. 8 Abs. 2 bis 4 EG-DSRiL relativiert. Art. 8 Abs. 5 EG-DSRiL sieht für die Verarbeitung von Daten, die *Straftaten, strafrechtliche Verurteilungen* oder *Sicherungsmaßregeln* betreffen, eine *behördliche Aufsicht* oder *einzelstaatliche Rechtsgrundlagen mit angemessenen Garantien* vor. Die Bestimmung, unter welchen Bedingungen eine *nationale Kennziffer* oder andere Kennzeichen allgemeiner Bedeutung Gegenstand einer Verarbeitung sein dürfen, wird den Mitgliedstaaten demgegenüber in Art. 8 Abs. 7 EG-DSRiL freigestellt.

Die Vorgaben des Art. 7 EG-DSRiL werden damit verschärft. Die Richtlinie folgt mit dem Ansatz, bestimmte Kategorien von Daten einem besonderen Schutz zu unterstellen, Art. 6 der Datenschutzkonvention des Europarats. Auch einige Mitgliedstaaten kennen Regelungen zu besonderen Kategorien von Daten.²⁰³ Art. 8 EG-DSRiL geht insofern weit über Art. 6 der Datenschutzkonvention des Europarats hinaus, als er sich nicht auf den Ausschluß einer automatischen Datenverarbeitung vorbehaltlich angemessener nationalstaatlicher Garantien beschränkt. Er steht vielmehr in dem weiterreichenden Regelungskontext der EG-Datenschutzrichtlinie und baut auf den Regelungsansatz des Art. 7 EG-DSRiL auf. Mit der Anknüpfung an diesen Ansatz und an besondere Datenkategorien unterscheidet er sich von der deutschen Regelungskonzeption²⁰⁴, die durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten geprägt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auf sämtliche Daten erstreckt, weil nicht allein die Art der Angaben, sondern ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeiten entscheidend seien.²⁰⁵ Anknüpfungspunkt ist damit immer der „Verwendungszusammenhang“: Er bestimmt nicht nur den Informationsgehalt, den Daten erlan-

201 Dazu etwa *Rüpke*, Aspekte, S. 187 ff., der dann ausführt, daß der einheitliche Ansatz für beide Bereiche eine klare Unterscheidung bei der rechtlichen Ausgestaltung erheische.

202 Dazu der Erste Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf, S. 12 f., 16, 19.

203 Überblick bei *Simitis*, „Sensitive Daten“, S. 469 ff.

204 Zu den unterschiedlichen Vorstellungen etwa *Weber*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 300 f.

205 BVerfGE 65, 1 (45).

gen, sondern auch die Folgen der Gewinnung und Verwendung der Informationen für die Betroffenen.²⁰⁶

Der Aspekt, inwieweit nicht Daten als solche, sondern deren Informationsgehalte eine Rolle spielen, und der Gesichtspunkt der Kontextabhängigkeit auch der Folgen, die für die Betroffenen entstehen, müssen bei der EG-Datenschutzrichtlinie gleichermaßen unterschieden werden. Bereits der Normtext des Art. 8 Abs. 1 EG-DSRiL ergibt, daß es auf die Informationen ankommt, die die jeweiligen Daten vermitteln.²⁰⁷ Die Formulierungsunterschiede – „Daten ..., aus denen ... hervorgehen“ oder „Daten über ...“ – machen insoweit keinen Unterschied. Die Informationen vermitteln die Daten mit ihrem eigenen Aussagegehalt als Informationsgrundlage im jeweiligen Interpretations- oder Verwendungskontext. Insoweit, aber auch nur insoweit ist der Kontext einbezogen. Gerade das führt freilich dazu, daß erhebliche Probleme der Abgrenzung und der Umsetzung des Regelungsansatzes entstehen können.²⁰⁸ Kann nicht etwa aus einem Namen auf die ethnische Herkunft geschlossen werden?²⁰⁹ Diese Probleme sind auch durch mitgliedstaatliche Spezifizierungen im Rahmen der Umsetzungsspielräume nach Art. 5 EG-DSRiL nur begrenzt zu lösen. Jedenfalls knüpft die Vorgabe eines grundsätzlichen Verarbeitungsverbots an Daten an, die in einem bestimmten Kontext die genannten Informationen vermitteln, und sie knüpft dann unabhängig davon daran an, um welchen Kontext es sich dabei handelt.

Die EG-Datenschutzrichtlinie übersieht auch nicht, daß der Verwendungskontext nicht nur hinsichtlich der von den Daten vermittelten Informationen, sondern zudem hinsichtlich der Folgen relevant ist, die für die betroffenen Personen entstehen. Sie legt aber zugrunde, daß bestimmte Kategorien von Daten aufgrund ihres Inhalts das Risiko einer Verletzung des Rechts der betroffenen Person auf Privatsphäre mit sich brächten.²¹⁰ Sie folgt an dieser Stelle somit einer kontextübergreifend typisierenden Betrachtung²¹¹ und will den Risiken durch eine gegenüber Art. 7 EG-DSRiL verschärfte Vorgabe begegnen. In aller Regel ist das Abstraktionsniveau einer solchen Typisierung jedoch einerseits zu hoch, andererseits unterkomplex²¹²: eine kontextübergreifende Typisierung in Verbin-

206 Ausführlich dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

207 Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 7, mit dem Beispiel, daß Angaben über den Konsum von Medikamenten zugleich Daten über die Gesundheit sind.

208 Siehe etwa *Schild*, EG-Datenschutz-Richtlinie, S. 552.

209 Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 7, der dann Daten ausnimmt, aus denen nur mit einer statistischen Wahrscheinlichkeit auf das Vorliegen der von den „sensitiven“ Daten erfaßten Gehalte geschlossen werden kann.

210 Siehe die Begründung zu Art. 8 EG-DSRiL: Sie weist als Ausgangspunkt die allgemein anerkannte Annahme aus, daß das Recht auf Privatsphäre nicht durch den Inhalt personenbezogener Daten, sondern durch den Kontext derer Verarbeitung gefährdet wird. Es herrsche aber auch ein breiter Konsens in den Mitgliedstaaten darüber, daß es bestimmte Kategorien von Daten gebe, die aufgrund ihres Inhalts das Risiko mit sich brächten, das Recht der betroffenen Person auf Privatsphäre zu verletzen.

211 Als gemeinsames Merkmal der aufgelisteten Kategorien mag man die Gefahr einer diskriminierenden Verwendung hervorheben und einen Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK herstellen, so *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 6.

212 Ausführlich *Simitis*, „Sensitive Daten“, bes. S. 480, 482 ff.

dung mit dem Regelungsansatz des Verarbeitungsverbots und daran anschließender Ausnahmen ist kaum in sachgerechte Vorschriften umzusetzen.²¹³

Es überrascht deshalb nicht, bleibt aber im Rahmen des gewählten Zugriffs, daß der Vorgabe eines grundsätzlichen Verarbeitungsverbots eine ganze Reihe von Ausnahmen folgen. Art. 8 Abs. 2 EG-DSRiL nimmt zunächst den Fall aus, daß die betroffene Person ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt hat. Insoweit können aber Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten entgegenstehen, aufgrund derer das Verarbeitungsverbot durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden kann. Zugelassen werden darf die Verarbeitung auch dann, wenn sie erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des Verantwortlichen der Verarbeitung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen, sofern dies aufgrund von einzelstaatlichem Recht, das angemessene Garantien vorsieht, zulässig ist. Genannt wird außerdem die Erforderlichkeit der Verarbeitung zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder eines Dritten. Gegenüber Art. 7 EG-DSRiL wird dies dahin verschärft, daß die Person aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande sein muß, ihre Einwilligung zu geben. Eine Ausnahmeklausel vom vorzusehenden Verarbeitungsverbot gibt es des weiteren für politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtete Organisationen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Deren spezifische Ausrichtung erfordert die Verarbeitung bestimmter Daten, die Art. 8 Abs. 1 EG-DSRiL erfaßt, ohne im Regelfall mit den Gefährdungen verbunden zu sein, vor denen er schützen will. Die Vorgabe eines grundsätzlichen Verarbeitungsverbots findet auch dann keine Anwendung, wenn die Verarbeitung sich auf Daten bezieht, die die betroffene Person offenkundig öffentlich gemacht hat, oder zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist. Art. 8 Abs. 3 EG-DSRiL sieht besondere Sicherungen hinsichtlich der Verarbeitung von Gesundheitsdaten vor.

Über diese Ausnahmen hinaus räumt Art. 8 Abs. 4 EG-DSRiL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, vorbehaltlich angemessener Schutzbestimmungen aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses entweder im Wege einer nationalen Rechtsvorschrift oder im Wege einer Entscheidung der Kontrollstelle neben den Ausnahmen nach Art. 8 Abs. 2 EG-DSRiL weitere Ausnahmen vorzusehen. Das läßt sich als Reaktion darauf deuten, daß die typisierende, verwendungskontextunabhängige Betrachtung nicht alle Konstellationen erfassen, übermäßig wirken und ihre Adäquanz erst im bereichsspezifischen Einsatz erweisen kann. Die Mitgliedstaaten haben Abweichungen allerdings der Kommission mitzuteilen (Art. 8 Abs. 6 EG-DSRiL). Darin liegt eine verfahrensrechtli-

213 Der Denkansatz, der dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugrunde liegt, ist deshalb keineswegs abstrakter als der der „sensitiven Daten“, sondern im Gegenteil komplexer und dann konkreter. Anders dagegen *Rüpke*, Aspekte, S. 187. Insgesamt kritisch zum Ansatz des Art. 8 EG-DSRiL etwa *Dammann*, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 8 Rn 3 (Hervorh.i.Orig.): „Eine Regelung, die nur die Dimension des Informationsgehalts als Kriterium für einen besonderen Schutz heranzieht, bildet die soziale Realität *eindimensional* ab und läuft damit Gefahr, zugleich *übermäßig* und *defizitär* zu wirken.“ Demgegenüber sehen *Brühann/Zerdtick*, Umsetzung, S. 432, nur begrenzte Umsetzungsschwierigkeiten.

che Sicherung, die auch dazu dient, der Datenschutzgruppe nach Art. 29 EG-DSRiL die Grundlagen für ihre Harmonisierungs- und Beratungsaufgaben zu liefern.

Neben den in Art. 8 EG-DSRiL geregelten Vorgaben zu „sensitiven“ Daten enthält Art. 9 EG-DSRiL eine besondere Bestimmung zur Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt. Dazu wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit von Abweichungen und Ausnahmen von den Rechtmäßigkeitsbedingungen sowie von den Vorgaben zur Kontrolle eingeräumt, soweit sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Meinungsäußerungsfreiheit geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.²¹⁴

c) Die Gewährleistung besonderer Rechte der betroffenen Person

Neben den Pflichten, denen die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen unterliegen, sieht die EG-Datenschutzrichtlinie eine Reihe von Rechten vor, die der betroffenen Person einzuräumen sind. Dazu gehören vor allem Kenntnis- oder Informationsrechte (Art. 10 bis 12 EG-DSRiL). Des weiteren werden Rechte auf Berichtigung, Sperrung und Löschung von Daten sowie Nachberichtsansprüche im Falle einer vorangegangenen Datenübermittlung geregelt (Art. 12 EG-DSRiL). Aus dem französischen Kontext stammt das zusätzlich vorzusehende Widerspruchsrecht (Art. 14 EG-DSRiL). Im Kapitel über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen finden sich schließlich Vorgaben zur Garantie des Gerichtsschutzes und über das Recht, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen Schadensersatz zu verlangen (Art. 22 und 23 EG-DSRiL).

aa) Systematik und Mehrstufigkeit der Informationsrechte

Informationsrechte der betroffenen Person stellt die Richtlinie nicht erst in einen funktionalen Zusammenhang mit Unterlassungs-, Berichtigungs- oder Löschungsansprüchen.²¹⁵ Diesen sieht sie vielmehr bereits im Hinblick auf den Datenschutzgrundsatz des Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL, der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben. Mit ihm verbindet sie die Möglichkeit der betroffenen Personen, von einer Verarbeitung zu erfahren und im Falle einer Datenerhebung bei ihnen selbst umfassend über die Bedingungen der Erhebung, ansonsten prinzipiell zum Zeitpunkt der Datenspeicherung oder spätestens der erstmaligen Weitergabe der Daten an Dritte unterrichtet zu werden.²¹⁶ Das zeigt, wie deutlich sie zugrunde legt, daß an einer Verarbeitung personenbezogener Daten nicht nur die verarbeitende Stelle oder Person, sondern auch die Person, auf die sich die Daten beziehen, „beteiligt“ ist. Vor diesem Hintergrund wäre es verkürzt, die nach der Richtlinie einzuräumenden Informationsrechte allein mit Blick auf Rechtsschutzinteressen der Betroffenen zu verstehen.²¹⁷ Es handelt sich um *Wissensrechte*, die auf dem Beteiligtsein

214 Ausführlicher dazu *Lazarakos*, Medienprivileg, S. 90 ff.

215 Zu diesem Zusammenhang Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

216 Begründungserwägungen 38 und 39 der EG-DSRiL.

217 So die Hervorhebung bei *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 2.

oder eben der „Betroffenheit“ gründen. Hinter den Unterrichtsrechten steht ebenso wie hinter dem Auskunftsrecht der Gedanke der *Transparenz* für die betroffene Person.²¹⁸

Im Einklang mit den funktionalen Zusammenhängen legt die Richtlinie die Informationsrechte mehrstufig an. Sie kombiniert Unterrichts- und Auskunftsrechte und gestaltet diese jeweils in differenzierter Form.

Bei den Regelungen über *Mitteilungspflichten* oder *Unterrichtungsrechte* unterscheidet sie zwei Konstellationen. Artikel 10 EG-DSRiL betrifft den Fall der Erhebung personenbezogener Daten *bei* der betroffenen Person. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, daß diese Person seitens des für die Verarbeitung Verantwortlichen mindestens bestimmte, in der Richtlinie genannte Informationen erhält, sofern diese ihr noch nicht vorliegen.²¹⁹ Die Anforderungen sind als Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Erhebung einzuordnen.²²⁰ Art. 10 EG-DSRiL stellt zwei Mindestangaben heraus. Dazu gehört die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen oder seines Vertreters, weil die betroffene Person zumindest darüber in Kenntnis gesetzt werden soll, wer für die Datenverarbeitung verantwortlich ist und bei wem sie ihre Rechte geltend machen kann. Zwingend sind des weiteren die Zweckbestimmungen mitzuteilen. Das knüpft an die Verwendungszwecke an, die nach Art. 6 Abs. 1 b EG-DSRiL in eindeutiger und rechtmäßiger Weise vor der Erhebung festzulegen sind. Die Notwendigkeit dieser Mitteilung beruht auf den Funktionen der Zweckfestlegung.²²¹ Entsprechend den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 b EG-DSRiL sind die konkreten und – im Falle mehrerer Zweckbestimmungen – sämtliche Verwendungszwecke zu nennen. Ihre Kenntnis bietet der betroffenen Person die Möglichkeit, den jeweiligen Verarbeitungs- (oder Verwendungs-)zusammenhang zu überschauen, die Adäquanz und die Erheblichkeit der in Rede stehenden Daten zu beurteilen und die Rechtmäßigkeit der Erhebung zu prüfen.

Weitere Angaben nennt Art. 10 EG-DSRiL nur beispielhaft. Das heißt nicht, daß diese prinzipiell fakultativ wären. Vielmehr soll den denkbaren Konstellationen mit Flexibilität Rechnung getragen werden. Die Mitteilung weiterer Angaben hat nicht standardmäßig, sondern nur, aber auch immer dann zu erfolgen, wenn dies unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände, unter denen die Daten erhoben werden, notwendig ist. Maßstäbe dafür sind – dies hebt Art. 10 EG-DSRiL ausdrücklich hervor – die Gewährleistung einer Verarbeitung nach Treu und Glauben sowie damit zusammenhängend die Funktionen der Mitteilungspflicht mit Blick auf die betroffene Person. Zu den beispielhaft genannten weiteren Angaben gehören die Empfänger oder Kategorien der Empfän-

218 Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 1/1995, ABl EG 1995 C 93/1, S. 23.

219 Hinter der Einschränkung steht, daß es nicht darauf ankommt, woher und wie die betroffene Person die jeweiligen Informationen erhält. Erforderlich ist freilich ein Zusammenhang zwischen der Erhebung und der der betroffenen Person bereits vorliegenden Information, der die Annahme erlaubt, daß die Information ihr noch aktuell bewußt ist. Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 6.

220 Das kann man aus dem funktionalen Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EG-DSRiL folgern. Vgl. auch *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 2.

221 Oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.aa.

ger der Daten. Diese Angabe wird vor allem dann eine Rolle spielen, wenn die Daten gezielt von vornherein auch oder nur für deren Zwecke erhoben werden. Diese Zwecke gehören dann nämlich bereits zu den Mindestangaben. Angaben dazu, ob die Beantwortung der Fragen obligatorisch oder freiwillig ist, sowie zu den möglichen Folgen einer unterlassenen Beantwortung sollen vor allem sicherstellen, daß die betroffene Person nicht in der unzutreffenden Annahme an der Erhebung mitwirkt, sie sei dazu verpflichtet oder eine Verweigerung könne ungünstige Konsequenzen nach sich ziehen. Auch auf das Bestehen von Auskunfts- und Berichtigungsrechten kann hinzuweisen sein. Die nur beispielhafte Auflistung der Angaben in Art. 10 EG-DSRiL bedeutet zugleich, daß sie nicht abschließend ist. Daß die Norm etwa die Datenkategorien, die verarbeitet werden, nicht erwähnt, liegt daran, daß man davon ausgehen kann, daß diese der betroffenen Person regelmäßig aufgrund der Erhebung bekannt werden. Sofern im Zusammenhang mit der Erhebung weitergehende Datenkategorien oder Informationsgehalte erarbeitet werden, kann dies aber – zumal im Kontext mit den Zweckbestimmungen – wiederum mitzuteilen sein.²²² Art. 10 EG-DSRiL zielt auf eine nach dem Maßstab einer Datenverarbeitung nach Treu und Glauben umfassende Information der betroffenen Person. Im übrigen werden Einzelheiten zur Form und zum Verfahren der Mitteilung nicht festgelegt.

Art. 11 EG-DSRiL betrifft den Fall, daß die Daten *nicht bei* der betroffenen Person erhoben wurden. Das ist in zahlreichen Konstellationen denkbar²²³ und kann spezifische Risiken zum Beispiel hinsichtlich der Richtigkeit bergen²²⁴. In diesem Fall sehen die Mitgliedstaaten nach Art. 11 Abs. 1 EG-DSRiL vor, daß die betroffene Person bei Beginn der Speicherung der Daten oder – dies im Fall einer beabsichtigten Weitergabe der Daten an Dritte – spätestens bei der ersten Übermittlung von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder seinem Vertreter zumindest bestimmte, nachstehend aufgelistete Informationen erhält, sofern diese ihr noch nicht vorliegen. Die nachfolgende Auflistung entspricht im wesentlichen der des Art. 10 EG-DSRiL. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Normen liegt demnach darin, daß die Unterrichtungspflicht zu einem je anderen Zeitpunkt aktuell wird. Darüber hinaus ist aber in den Konstellationen des Art. 11 EG-DSRiL zu berücksichtigen, daß die fehlende Beteiligung der betroffenen Person an der Erhebung dazu führen kann, daß ihr die erhobenen Daten oder Datenkategorien nicht bekannt sind. Diese haben dann Gegenstand der Mitteilung zu sein.²²⁵

Ausnahmen gelten insbesondere bei Verarbeitungen für Zwecke der Statistik oder der historischen oder wissenschaftlichen Forschung, wenn die Information der betroffenen Person unmöglich ist, unverhältnismäßigen Aufwand erfordert oder die Speicherung oder Weitergabe durch Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 11 Abs. 2 EG-DSRiL). Unmöglich ist eine Unterrichtung zum Beispiel, wenn dem Verantwortlichen der Verarbeitung Daten über die betroffene Person fehlen, die für eine konkrete Identifizierung

222 Vgl. *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 10 Rn 11.

223 Siehe oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

224 *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 11 Rn 3.

225 So auch etwa *Kopp*, Tendenzen, S. 209.

nötig sind und deren Beschaffung die Beeinträchtigungen vertieft.²²⁶ Eine Ausnahme mit Blick auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung setzt voraus, daß diese der individuellen Kenntnis so zugänglich und so präzise ist, daß ihr Ersatzcharakter für die Unterrichtung zukommen kann. Generalklauselartige Bestimmungen scheiden in diesem Rahmen aus. Soweit Ausnahmen gelten, sehen die Mitgliedstaaten geeignete Garantien vor. Dazu können Vorkehrungen zur Anonymisierung oder zur institutionellen Kontrolle gehören.

Über diese Unterrichtsrechte hinaus verpflichtet Art. 12 lit a EG-DSRiL die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung eines *Auskunftsrechts*. Jeder betroffenen Person ist das Recht zu garantieren, von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen nach Maßgabe bestimmter Bedingungen (ungehindert, in angemessenen Abständen, ohne unzumutbare Verzögerung, ohne übermäßige Kosten) bestimmte, in gestufter Weise aufgezählte Mitteilungen zu erhalten. Ähnlich wie Art. 8 der Datenschutzkonvention des Europarats schlüsselt die Richtlinie das Auskunftsrecht in eine Reihe von Rechten auf Auskunft über verschiedene Einzelaspekte der Verarbeitung auf. Auf einer ersten Stufe gehört dazu zunächst die Bestätigung, daß es Verarbeitungen von Daten, die die auskunftsbegehrende Person betreffen, gibt oder nicht gibt. Ein Auskunftsantrag ist also auf jeden Fall zu beantworten, dies gegebenenfalls mit einer Negativauskunft. Weiter ist Auskunft über die Zweckbestimmungen dieser Verarbeitungen zu geben. Das knüpft – wie bei Art. 10 EG-DSRiL dargelegt – an die nach Art. 6 Abs. 1 b EG-DSRiL festzulegenden Verwendungszwecke und an die Funktionen der Zweckfestlegung an. Die Auskunft über die Kategorien der Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, bezieht sich nicht auf die konkreten Daten, sondern meint eine zusammenfassende thematische Beschreibung, die der betroffenen Person deutlich macht, welche Sachverhalte zu ihrer Person dargestellt werden. Schließlich sind die Empfänger oder Kategorien der Empfänger zu nennen, an die die Daten übermittelt werden. Den Mitgliedstaaten bleibt damit freigestellt, ob sie lediglich eine Auskunftspflicht über die Kategorien der Empfänger festlegen, eine gestufte Regelung erlassen oder den Verantwortlichen der Verarbeitung die Option zwischen kategorialer und konkreter Benennung der Empfänger einräumen. Im Falle mehrerer Verwendungszwecke sind Zweckbestimmungen, Datenkategorien und Empfänger in der Auskunft einander so differenziert zuzuordnen, daß die betroffene Person die jeweiligen Verarbeitungszusammenhänge auseinanderhalten und nachvollziehen kann.²²⁷

Auf der zweiten Stufe folgt die Mitteilung über die konkreten personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind. Darüber hinaus werden die verfügbaren Informationen über die Herkunft der Daten einbezogen. Art. 12 EG-DSRiL hebt hier ausdrücklich hervor, daß die Mitteilung in „verständlicher Form“ erfolgen muß.

Drittens ist der betroffenen Person ein Recht auf Auskunft über den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der sie betreffenden Daten, zumindest im Fall automatisierter Entscheidungen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 EG-DSRiL, einzuräumen. In dieser

226 Zu pauschal zu diesem Punkt allerdings *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 11 Rn 6.

227 Zutreffend *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 12 Rn 32 ff.: „Differenzierungsgebot“.

Orientierung am *Ablauf der Datenverarbeitung* – statt an isolierten Daten oder an statisch erfaßten Zuständen – kann man einen gegenüber der Datenschutzkonvention und den klassischen europäischen Datenschutzgesetzen erweiterten Ansatz sehen.²²⁸ Dennoch erweist sich das im Grundsatz an Daten orientierte Konzept der EG-Datenschutzrichtlinie gerade hier als ein zu kurz greifender Ansatz.

Das Regelungskonzept stellt insgesamt zu wenig auf den *sozialen* Verarbeitungs- und Verwendungskontext ab. Ein automatisierter Verarbeitungsablauf kann darin ein Teilelement sein, das Datenveränderungen und die Gewinnung neuer Informationen mit sich bringt, ohne daß er ohne weiteres zu überschauen wäre. Deswegen verankert die EG-Datenschutzrichtlinie insoweit eine zwingende Auskunftsgarantie. Schon da die heutigen Datenverarbeitungsprogramme wegen ihrer Komplexität nur schwer darzustellen und verständlich zu machen sind, kann es hier allerdings nicht um die technisch mögliche Anwendungsbreite gehen. Statt dessen kommt es auf den nach Maßgabe der Zweckfestlegungen konkret vorgesehenen, in dieser Form aber auch sicherzustellenden, tragenden Programmablauf an.²²⁹ Das verweist allgemein und über das Richtlinienkonzept hinausführend auf das Erfordernis, daß eine Auskunft den Verarbeitungs- und Verwendungskontext einschließen muß, in dessen Zentrum die zu gewinnenden und dann verwendeten Informationen stehen.

Nach dem übergreifenden Ausnahme- und Einschränkungsvorbehalt des Art. 13 EG-DSRiL können die Informationsrechte der Art. 10, Art. 11 Abs. 1 und Art. 12 EG-DSRiL allerdings durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt werden. Der Vorbehalt des Art. 13 Abs. 1 EG-DSRiL, der neben den Einschränkungen gilt, die sich aufgrund des den Gemeinschaftskompetenzen folgenden und deswegen sachlich begrenzten Geltungsbereichs der Richtlinie ergeben, enthält eine breite Beschreibung der dafür in Betracht kommenden Felder. Dazu gehören die Sicherheit des Staates und die Landesverteidigung²³⁰, die öffentliche Sicherheit, die Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten oder Verstößen gegen die berufsständischen Regeln bei reglementierten Berufen; wichtige wirtschaftliche Interessen eines Mitgliedstaats oder der Europäischen Union, bestimmte Kontroll-, Überwachungs- und Ordnungsfunktionen und schließlich der Schutz der betroffenen Person und der Rechte und Freiheiten anderer Personen.²³¹ Grenzen der Einschränkungsmöglichkeiten ergeben sich daraus, daß sie nur zugelassen werden, sofern eine solche Beschränkung „notwendig“ ist. Danach ist etwa eine pauschale Befreiung bestimmter Behörden oder

228 So *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 12 Rn 7.

229 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 12 Rn 8. Eine Verpflichtung zur Offenlegung des Datenverarbeitungsprogramms selbst liegt darin nicht. Vgl. auch Begründungserwägung 41 der EG-DSRiL: „Dieses Recht darf weder das Geschäftsgeheimnis noch das Recht an geistigem Eigentum, insbesondere das Urheberrecht zum Schutz von Software, berühren.“

230 Dazu bereits oben Dritter Teil, Fn 194.

231 Kritisch *Simitis*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 286: „Selten sind so exzessiv Generalklauseln kumuliert worden, offensichtlich in dem Bestreben, ja keinen nur denkbaren Fall auszulassen, in dem es wünschenswert erscheint, die Auskunft zu verweigern.“ Schon zur Entstehungsgeschichte *ders.*, Markt, S. 63 f.

Aufgabengebiete von den Informationspflichten unzulässig. Auch im übrigen müssen die hinter etwaigen Einschränkungen stehenden Belange einerseits und die – regelmäßig gewichtigen – Informationsrechte andererseits in ein angemessenes Verhältnis zueinander gebracht werden. Das obliegt den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Umsetzung. Neben den Vorgaben des Art. 13 Abs. 1 EG-DSRiL bietet Art. 13 Abs. 2 EG-DSRiL unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der Einschränkung der in Art. 12 EG-DSRiL vorgesehenen Auskunftsrechte im Falle einer Datenverarbeitung zu Zwecken der wissenschaftlichen Forschung oder zur Erstellung von Statistiken. Damit ist die Regelung des Art. 13 EG-DSRiL dann abschließend.

bb) Das Spektrum der Einflußrechte

Weitere Garantien zugunsten der betroffenen Person kann man unter dem Stichwort „Einflußrechte“ systematisieren. Sie ergänzen die Qualitätsanforderungen sowie die Zulässigkeitsvoraussetzungen und bauen auf den Informationsrechten auf.

Art. 12 lit b und c EG-DSRiL verpflichtet die Mitgliedstaaten, jeder betroffenen Person das Recht zu gewährleisten, daß sie von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen je nach Fall die Berichtigung, Löschung oder Sperrung von Daten beanspruchen kann, deren Verarbeitung nicht den Bestimmungen der Richtlinie entspricht. Dies wird ergänzt um ein Recht auf die Gewähr, daß jede dementsprechende Berichtigung, Löschung oder Sperrung etwaigen Übermittlungsempfängern mitgeteilt wird, sofern sich dies nicht als unmöglich erweist oder kein unverhältnismäßiger Aufwand damit verbunden ist. Auch Art. 12 lit b und c EG-DSRiL unterfällt dem Vorbehalt des Art. 13 EG-DSRiL, daß die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen beschränkende Rechtsvorschriften erlassen können.

Das zu garantierende Recht auf *Berichtigung* und zum Teil auch das Recht auf *Löschung* stehen in einem systematischen Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 lit. d EG-DSRiL. Die Mitgliedstaaten haben nicht nur dem Verantwortlichen der Datenverarbeitung objektive Pflichten aufzugeben, daß personenbezogene Daten richtig sind und daß alle angemessenen Maßnahmen getroffen werden, damit unzutreffende oder unvollständige Daten gelöscht oder berichtigt werden. Sie haben der betroffenen Person „je nach Fall“ auch korrespondierende Ansprüche zu gewährleisten. Die Gewähr eines Rechts auf Löschung kommt darüber hinaus in Betracht, wenn Qualitätsgrundsätze nach Art. 6 EG-DSRiL, zum Beispiel die Zweckfestlegung, die Vereinbarkeit von Zwecken oder die Erheblichkeit der Daten, nicht gegeben sind oder wenn die Voraussetzungen für eine zulässige Verarbeitung nach Art. 7 und Art. 8 EG-DSRiL nicht vorliegen. Zur Gewährleistung eines Rechts auf *Sperrung* personenbezogener Daten sind der EG-Datenschutzrichtlinie keine näheren Vorgaben zu entnehmen. Die Mitgliedstaaten können im Rahmen ihrer Umsetzungsspielräume darüber entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein solches Recht passend erscheint. Es kommt in Betracht und ist in einigen mitgliedstaatlichen Datenschutzgesetzen vorgesehen, wenn zwischen den Beteiligten Streit über die Richtigkeit der Daten besteht und diese von keiner Seite bewiesen werden kann oder wenn von einer eigentlich gebotenen Löschung aufgrund von Aufbewahrungspflichten, Schutzinteressen

der betroffenen Person oder aufgrund eines unverhältnismäßigen Aufwandes abgesehen werden kann. Das ergänzende Recht auf eine *Mitteilung an die Empfänger* übermittelter Daten soll sicherstellen, daß die Empfänger von Daten, die beim Verantwortlichen der Verarbeitung berichtigt, gelöscht oder gesperrt worden sind, davon erfahren und gegebenenfalls eigenen Berichtigungs-, Löschungs- oder Sperrungspflichten nachkommen können.

Nach französischem Vorbild²³² sieht Art. 14 EG-DSRiL außerdem vor, daß die Mitgliedstaaten der betroffenen Person unter bestimmten Voraussetzungen das Recht einräumen, gegen die Verarbeitung sie betreffender Daten *Widerspruch* einzulegen.²³³ Die Rolle des Widerspruchsrechts in der Regelungssystematik der Richtlinie erschließt sich aus ihr selbst und aus den Begründungserwägungen nur begrenzt.²³⁴ Bei näherer Analyse läßt es sich aber von seiner Funktion her als *besonderes Einflußrecht* der betroffenen Person einordnen.

Die Norm gliedert sich in zwei Regelungsfelder. Art. 14 lit. a EG-DSRiL ist eine allgemeine Vorgabe, deren verbindlicher Anwendungsbereich allerdings begrenzt ist und die zudem durch mitgliedstaatliches Recht eingeschränkt werden kann. Anzuerkennen ist das Recht der betroffenen Person, zumindest in den Fällen von Art. 7 lit. e und f EG-DSRiL jederzeit aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen dagegen Widerspruch einlegen zu können, daß sie betreffende Daten verarbeitet werden. Dies steht unter dem Vorbehalt, daß keine entgegenstehende Bestimmung im einzelstaatlichen Recht vorgesehen ist. Soweit der Widerspruch berechtigt ist, hat die Verarbeitung der Daten zu unterbleiben. Art. 14 lit. b EG-DSRiL normiert – mit zwei Optionen für die mitgliedstaatliche Umsetzung – ein unbedingtes Widerspruchsrecht gegen die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Direktwerbung.

Den Regelungszweck des Art. 14 lit. a EG-DSRiL erläutern die Begründungserwägungen: „Auch wenn die Daten Gegenstand einer rechtmäßigen Verarbeitung aufgrund eines öffentlichen Interesses, der Ausübung hoheitlicher Gewalt oder der Interessen eines einzelnen sein können, sollte doch jede betroffene Person das Recht besitzen, aus überwiegenden, schutzwürdigen, sich aus ihrer besonderen Situation ergebenden Gründen Widerspruch dagegen einzulegen, daß die sie betreffenden Daten verarbeitet werden“.²³⁵ Das weist zumindest darauf hin, daß das Widerspruchsrecht nur zu verstehen ist, wenn man es in den funktionalen Zusammenhang mit den Konstellationen einbettet, in denen

232 Art. 26 Loi no. 78/17 du 18. janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (LIFL).

233 Art. 14 gehört zu den Vorschriften, die gegenüber der Fassung im geänderten Vorschlag am stärksten umgestaltet wurden.

234 Siehe dazu auch *Ellger*, Entwicklung, S. 34, der auf die regelungssystematischen Bezüge des Widerspruchsrechts in dem als Vorbild dienenden Art. 26 LIFL hinweist (Widerspruchsrecht als Einflußmöglichkeit bei grundsätzlich zulässiger Datenverarbeitung und gesonderten Verboten), die in der EG-DSRiL grundsätzlich anders gestaltet sind, so daß das Widerspruchsrecht hier einen Systembruch darstelle.

235 Begründungserwägung Nr. 45 der EG-DSRiL.

es eingeräumt werden soll. Art. 7 lit. e EG-DSRiL regelt den Fall, daß die Mitgliedstaaten eine Verarbeitung personenbezogener Daten zulassen, wenn sie für die Wahrnehmung einer dem Verantwortlichen übertragenen Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, erforderlich ist. Art. 7 lit. f EG-DSRiL betrifft die Konstellation, daß die Datenverarbeitung nach Maßgabe einer Abwägung zur Verwirklichung des berechtigten Interesses des Verantwortlichen der Verarbeitung erforderlich ist. Anders als etwa in den Fällen, in denen eine Einwilligung erteilt ist, eine bestimmte rechtliche Verpflichtung zur Datenverarbeitung besteht oder lebenswichtige Interessen der betroffenen Person die Verarbeitung erfordern, kann es jene Konstellationen kennzeichnen, daß sie mit relativ abstrakten Vorgaben gesteuert werden, die der Verantwortliche der Verarbeitung konkretisiert.²³⁶ Diese Konkretisierung vollzieht sich relativ losgelöst von der betroffenen Person. Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ist ein auf seiten der verarbeitenden Stelle laufender Prozeß, der sich nicht etwa in einer Abschlußentscheidung kristallisiert, die rechtlich einzig relevant wäre. Daher besteht die Möglichkeit, daß es auf seiten der betroffenen Person überwiegende schutzwürdige Gründe gibt, die der für die Datenverarbeitung Verantwortliche entweder nicht kennt oder hinsichtlich derer er die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung (zunächst) anders beurteilt als die betroffene Person. Solche Gründe können in sachlicher Hinsicht bestehen, zum Beispiel wegen der nicht typischen, eben „besonderen“ Situation, aber auch in zeitlicher Hinsicht durch die Veränderung der Umstände erst entstehen. Deswegen kann man das Widerspruchsrecht funktional als besonderes Einflußrecht der betroffenen Person verstehen. Es wirkt auf den konkreten Umgang mit personenbezogenen Daten in einer konkreten Konstellation ein. Es gibt Gelegenheit zu einer erneuten und konkreten Prüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter Beteiligung der betroffenen Person.²³⁷

Ob die Datenverarbeitung ohne den Widerspruch „eigentlich“ rechtmäßig wäre, hängt von der Ausgestaltung der Vorgaben des Art. 7 lit. e und f EG-DSRiL ab, die die Mitgliedstaaten vornehmen. Diese unterliegen dabei auch den Bindungen des nationalen Rechts. Soweit im deutschen Recht im Anwendungsbereich des Art. 7 lit. e EG-DSRiL Grundrechtsbindungen eine Rolle spielen, kann der Behörde bereits eine umfassende Prüfung und Abwägung nach Maßgabe des Übermaßverbots obliegen. In dem Umfang, in dem diese die Rechtmäßigkeit der Informations- und Datenverarbeitung steuert, wäre sie im Falle einer Berechtigung des Widerspruchs nicht rechtmäßig, weil die Gründe, die diese Berechtigung tragen, bei der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Informations- und Datenverarbeitung zwingend zu berücksichtigen wären.²³⁸ Art. 7 lit. f EG-DSRiL gibt selbst bereits eine Interessenabwägung vor. Schon deswegen sind hier kaum Fälle denkbar, in denen ein Widerspruch berechtigt, eine Verarbeitung aber ohnedem

236 Vgl. auch *Garstka*, Notwendigkeit, S. 986.

237 Bei diesem Verständnis braucht das Widerspruchsrecht nicht auf Ausnahmefälle reduziert zu werden. Es kann in einem komplexen Regelungskonzept als Einflußrecht vielfältig und etwa auch als Kompensation vager Regelungen an anderer Stelle genutzt werden.

238 Dazu die Ausführungen bei *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 14 Rn 9 ff.

„eigentlich“ rechtmäßig wäre. Etwas anderes sind Fragen der Risikoverteilung zum Beispiel in Konstellationen, in denen der Verantwortliche der Verarbeitung über bestimmte, dieser entgegenstehende Umstände nicht informiert war.²³⁹

Da ein Widerspruchsrecht nicht bei einer im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen entgegenstehenden Bestimmung besteht, werden Ausnahmen, die im nationalen Recht vorhanden sind, anerkannt und weitere Ausnahmeregelungen ermöglicht. Art. 14 EG-DSRiL enthält dazu keine näheren Vorgaben. Der Systematik der Norm ist aber zu entnehmen, daß der Vorbehalt den Mitgliedstaaten nicht die Option bietet, ihre Pflicht zur grundsätzlichen Anerkennung eines Widerspruchsrechts durch Ausnahmebestimmungen zu unterlaufen.

Unabhängig davon werden jedoch die Umsetzungsspielräume erkennbar, die es den Mitgliedstaaten erlauben, das Widerspruchsrecht mit Blick auf seine Funktion als Einflußrecht sachgerecht auszugestalten. Eine sachgerechte Ausgestaltung bedeutet, daß es insbesondere in die anderweitig bestehenden Regelungen zu integrieren und damit abzustimmen ist. Das betrifft die Konstellationen, in denen es sinnvollerweise eingeräumt oder nicht eingeräumt wird. Ausgestaltungsbedürftig sind auch das Verfahren oder die Kompetenzen zur Entscheidung über den Widerspruch. Die Prüfung kann in bestimmten Fällen so gestaltet werden, daß der Widerspruch einem förmlichen Rechtsbehelf ähnelt. Die Mitgliedstaaten können des weiteren die Rechtsfolgen eines berechtigten Widerspruchs spezifizieren. Darunter fällt zum Beispiel die Frage, ob die Verarbeitung von der Feststellung der Berechtigung des Widerspruchs oder von Anfang an als rechtswidrig zu beurteilen ist.

cc) Der Schutz hinsichtlich automatisierter Einzelentscheidungen

Dem Abschnitt der Rechte der betroffenen Person und näher des Widerspruchsrechts ist weiter die besondere Bestimmung des Art.15 EG-DSRiL über *automatisierte Einzelentscheidungen* zugeordnet. Auch sie folgt französischem Vorbild.²⁴⁰ Danach räumen die Mitgliedstaaten jeder Person das Recht ein, keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person ergeht.²⁴¹ Beispielhaft werden ihre berufliche Leistungsfähigkeit, ihre Kreditwürdigkeit, ihre Zuverlässigkeit oder ihr Verhalten genannt. In einem engeren funktionalen Zusammenhang mit dieser Vorgabe steht das nach Art. 12 EG-DSRiL vorzusehende Auskunftsrecht über den logischen Auf-

239 Hintergrund der allenfalls begrenzt treffenden Ausführungen zur Rechtmäßigkeit in den Begründungserwägungen mag sein, daß der Wechsel des Regelungssystems im Vergleich des französischen Vorbilds mit der EG-DSRiL nicht hinreichend bedacht worden ist.

240 Art. 2 LIFL. Für Frankreich war die Aufnahme von großer Relevanz, vgl. *Weber*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 302.

241 Zum Sinngehalt etwa *Bainbridge*, Directive, S. 67 ff. Der Anwendungsbereich ist bei den bisherigen Entscheidungsverfahren, die sich freilich mit der technischen Entwicklung ändern können, nicht allzu weit, vgl. auch *Weber*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 302.

bau einer automatisierten Datenverarbeitung, das sicherstellen soll, daß die betroffene Person gerade auch von den Verarbeitungsformen erfährt, die ihre Rechte nach der hier zugrunde liegenden Wertung in besonderer Weise gefährden könnten.²⁴²

Nach Art. 15 Abs. 2 EG-DSRiL sollen automatisierte Einzelentscheidungen allerdings in bestimmten Konstellationen des Abschlusses oder der Erfüllung eines Vertrags oder im Falle einer gesetzlichen Zulassung möglich bleiben. Beide Alternativen setzen dabei voraus, daß die Interessen der betroffenen Person nicht beeinträchtigt sind, dies entweder, weil ihr Anliegen erfüllt wurde oder weil ihr geeignete Maßnahmen, beispielsweise die Möglichkeit, ihren Standpunkt geltend zu machen, garantieren, daß sie ihre berechtigten Interessen wahren kann.

d) Die Sicherstellung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung und der Datensicherheit

Mit Art. 16 und 17 EG-DSRiL stehen in einem gemeinsamen Abschnitt eher heterogene Vorgaben, die in der Überschrift unter die „klassischen“ Stichworte „Vertraulichkeit und Sicherheit der Verarbeitung“ gefaßt sind, aber darüber hinausgehen. Art. 16 EG-DSRiL sieht vor, daß Personen, die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellt sind und Zugang zu personenbezogenen Daten haben, sowie der Auftragsverarbeiter selbst personenbezogene Daten nur auf Weisung des für die Verarbeitung Verantwortlichen verarbeiten dürfen, es sei denn, es bestehen gesetzliche Verpflichtungen. Er knüpft an das überkommene „Datengeheimnis“ an, entwickelt es aber zu einer Verpflichtung weiter, sich an die Weisungen des für die Verarbeitung Verantwortlichen zu halten. Rechtliche Anforderungen, die einzuhalten der Verantwortliche verpflichtet ist, werden damit, vermittelt über die Weisung, auf die Personen erstreckt, die mit den Informationen und Daten tatsächlich umgehen. Mit dem Vorbehalt gesetzlicher Verpflichtungen sind unter anderem Aussagepflichten gemeint, wie sie etwa im Rahmen der Pflicht bestehen, bei strafrechtlichen Ermittlungen als Zeuge auszusagen.²⁴³

Art. 17 EG-DSRiL regelt sowohl die Sicherheit der Datenverarbeitung als auch die Auftragsdatenverarbeitung. Für diese enthält Art. 17 Abs. 2 EG-DSRiL relativ detaillierte Vorgaben zur Auswahl und Zuverlässigkeit des Auftragsverarbeiters, zur Form der Übertragung der Auftragsverarbeitung und zur Dokumentation.²⁴⁴ Ziel ist unter anderem sicherzustellen, daß auch bei Datenverarbeitungen im Auftrag die notwendigen technischen Sicherheitsmaßnahmen und organisatorischen Vorkehrungen eingehalten werden. Dazu enthält Art. 17 Abs. 1 EG-DSRiL eine umfassende Vorgabe. Danach sehen die Mitgliedstaaten vor, daß der für die Verarbeitung Verantwortliche die geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen durchführen muß, die für den Schutz gegen die zufällige oder unrechtmäßige Zerstörung, den zufälligen Verlust, die unberechtigte Änderung, die unberechtigte Weitergabe oder den unberechtigten Zugang – insbesondere

242 Vgl. *Kloepfer*, Technologien, S. 123.

243 Vgl. die Begründung zu Art. 17 des geänderten Vorschlags.

244 Angesichts der Tendenz, Datenverarbeitungen auf spezialisierte Organisationen auszulagern, gewinnen darauf gerichtete Vorgaben zunehmende Bedeutung.

wenn im Rahmen der Verarbeitung Daten in einem Netz übertragen werden – und gegen jede andere Form der unrechtmäßigen Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich sind. Diese Maßnahmen müssen unter Berücksichtigung des Standes der Technik und der bei ihrer Durchführung entstehenden Kosten ein Schutzniveau gewährleisten, das den von der Verarbeitung ausgehenden Risiken und der Art der zu schützenden Daten angemessen ist.

Sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht schließt die Vorschrift unterschiedliche Ebenen und Bezugspunkte ein. Sie reagiert zum Teil – im Anschluß an die traditionellen Vorgaben zur Datensicherheit – auf die durch die technische Abhängigkeit entstehende „Verletzlichkeit“ der Kommunikation.²⁴⁵ Darüber hinaus dient sie auf verschiedenen Ebenen der Sicherstellung der Rechtmäßigkeit des Umgangs mit Informationen und Daten. Zeitlich sind technische und organisatorische Maßnahmen sowohl zum Zeitpunkt der Planung des Verarbeitungssystems als auch zum Zeitpunkt der Verarbeitung selbst zu treffen.²⁴⁶

Bei der Umsetzung der Vorgabe können sich die Mitgliedstaaten am Abstraktionsniveau der Richtlinie orientieren. Sie können auch eine stärker konkretisierende Regelung, etwa durch verbindliche Vorgaben für spezielle Arten von Verarbeitungen wählen. Möglich sind weiter spezielle Vorgaben für bestimmte Gestaltungen der Informationstechnik, etwa für Chipkarten-Anwendungen. Ein angemessenes Schutzniveau muß allerdings gewährleistet werden. Insgesamt handelt es sich um eine Regelung, die (auch) auf einen Systemdatenschutz abstellt.²⁴⁷

e) Die Institutionalisierung von Transparenz und Kontrolle

Die Richtlinie ist von der Überlegung geprägt, daß es nicht allein der Verankerung von Rechtmäßigkeitsbedingungen und individuellen Rechten, sondern auch einer übergreifenden Transparenz und einer institutionalisierten Kontrolle der Informations- und Datenverarbeitung bedarf. Sie geht damit über die Datenschutzkonvention des Europarats hinaus.

Ein Instrument, das dem deutschen Recht eher fremd, im Gemeinschaftsrecht aber fest verankert ist, besteht in der Herstellung und Sicherung von *Öffentlichkeit*. Das hat Transparenz- und Kontrollfunktionen.²⁴⁸ Art. 21 EG-DSRiL sieht die Öffentlichkeit der Verarbeitungen vor. Allgemein hält Art. 21 Abs. 1 EG-DSRiL fest, daß die Mitgliedstaaten Maßnahmen erlassen, mit denen die Öffentlichkeit der Verarbeitungen sichergestellt wird. Als nähere Instrumente wird in Art. 21 Abs. 2 und 3 EG-DSRiL zunächst das Register genannt, das die Kontrollstelle über die nach Art. 18 EG-DSRiL gemeldeten Ver-

245 Oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III., B.III.2.

246 Begründungserwägung Nr. 46 der EG-DSRiL.

247 Dammann, in: Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 17 Rn 7. Weiterführend zur Förderung und zur Nutzung von Privacy Enhancing Technologies siehe den Ersten Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf, S. 17 f., 28.

248 Dazu übergreifend Rossen-Stadtfeld, Kontrollfunktion, S. 117 ff.

arbeitungen mit bestimmten Mindestangaben zu führen hat. Die genannten Mindestangaben umfassen Angaben zum Verantwortlichen, die Zweckbestimmungen der Verarbeitung, eine Beschreibung der Kategorie(n) der betroffenen Personen und der diesbezüglichen Daten oder Datenkategorien, die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können, und eine geplante Datenübermittlung in Drittländer. Das Register kann von jedem eingesehen werden. Für Verarbeitungen, die von der Meldung ausgenommen sind, ist vorzusehen, daß der für die Verarbeitung Verantwortliche oder eine andere von den Mitgliedstaaten benannte Stelle zumindest die Mindestangaben auf Antrag jedem in geeigneter Weise verfügbar macht.²⁴⁹ Die Vorschrift unterliegt dem Vorbehalt des Art. 13 EG-DSRiL, der notwendige Beschränkungen zugunsten bestimmter öffentlicher Belange ebenso zuläßt wie zugunsten des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer Personen. Geheimhaltungsbelangen, unter anderem den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Privater, ist in diesem Rahmen Rechnung zu tragen.

Die Richtlinie betrachtet die *Einrichtung unabhängiger Kontrollstellen* in den Mitgliedstaaten als ein wesentliches Element des Schutzes der Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.²⁵⁰ Nach Art. 28 Abs. 1 EG-DSRiL müssen die Mitgliedstaaten deshalb eine oder mehrere öffentliche Stellen institutionalisieren, die die Anwendung der richtlinienumsetzenden Vorschriften überwachen und die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahrnehmen. Die Überwachungsaufgabe umschreibt eine selbständige Aufgabenzuweisung, die von den Mitgliedstaaten in dieser umfassenden Weise umgesetzt werden muß. Weder dürfen einzelne Bereiche von der Kontrolle freigestellt noch darf das Tätigwerden der Kontrollstelle an einschränkende Bedingungen geknüpft werden.²⁵¹ Daß es sich um „eine oder mehrere öffentliche Stellen“ handeln kann, nimmt Rücksicht auf die föderalistische Struktur mancher Mitgliedstaaten.²⁵² Die Überwachungsaufgabe kann aber auch etwa unter fachlichen oder funktionellen Gesichtspunkten gegliedert werden.²⁵³ Die Unabhängigkeit wird als ein Merkmal der Aufgabenwahrnehmung ausgewiesen (funktionelle Unabhängigkeit)²⁵⁴. Im übrigen bleibt ihre nähere Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen.²⁵⁵

Darüber hinaus sind die Kontrollstellen bei der Ausarbeitung von Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften bezüglich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten anzuhören (Art. 28 Abs. 2 EG-

249 Kritisch zur Vorschrift *Ehmann/Sutschet*, EU-Datenschutzrichtlinie, S. 15: „Ein Interesse an dieser Information braucht nicht dargetan zu werden; alle datenverarbeitenden Stellen werden also verpflichtet, Hinz und Kunz auf deren Antrag Mitteilung über ihre Datenorganisation zu erstatten.“

250 Begründungserwägung Nr. 62 der EG-DSRiL.

251 *Dammann*, in: *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 28 Rn 3.

252 Vgl. die Begründung zu Art. 30 des geänderten Vorschlags unter a), die besonders auf Deutschland hinweist.

253 Vgl. etwa *Schild*, EG-Datenschutz-Richtlinie, S. 554.

254 *Kopp*, Tendenzen, S. 210 f.; *Simitis*, Markt, S. 65 f.; *ders.*, Privatisierung, S. 652.

255 *Gounalakis/Mand*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 501 f., hier auch zum Streitstand hinsichtlich der Zulässigkeit der Eingliederung in den Verwaltungsaufbau.

DSRiL). Damit wird ihnen eine Beratungsaufgabe zugewiesen. Im übrigen unterscheidet die Richtlinie Untersuchungsbefugnisse, Einwirkungsbefugnisse und das Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis (Art. 28 Abs. 3 EG-DSRiL). Jede Kontrollstelle muß insbesondere über Untersuchungsbefugnisse verfügen, wie die Befugnis auf Zugang zu den Daten, die Gegenstand von Verarbeitungen sind, und die Befugnis auf Einholung aller für die Erfüllung ihres Kontrollauftrags erforderlichen Informationen. Korrelat dieser Untersuchungsbefugnis ist, daß für die Mitglieder und Bediensteten der Kontrollstellen Geheimhaltungspflichten vorzusehen sind (Art. 28 Abs. 7 EG-DSRiL). Zweitens sind der Kontrollstelle wirksame Einwirkungsbefugnisse einzuräumen, wie beispielsweise die Möglichkeit, im Einklang mit Art. 20 EG-DSRiL vor der Durchführung der Verarbeitungen Stellungnahmen abzugeben, die Befugnis zur Anordnung der Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder eines Verarbeitungsverbots oder die Befugnis, eine Verwarnung an den für die Verarbeitung Verantwortlichen zu richten oder die Parlamente oder andere politische Institutionen zu befassen. Drittens ist ihr das Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis bei Verstößen gegen die richtlinienumsetzenden Vorschriften einzuräumen.²⁵⁶ Gegen beschwerende Entscheidungen der Kontrollstelle steht der Rechtsweg offen. Die Richtlinie legt hier in der Regel nur die inhaltliche Funktion fest, überläßt aber den Mitgliedstaaten die nähere Ausgestaltung und insbesondere die Wahl der näheren rechtlichen Formen.

Art. 28 Abs. 4 EG-DSRiL verknüpft die Aufgaben der institutionalisierten Kontrollstelle mit den Rechten der betroffenen Personen. Jede Person oder ein sie vertretender Verband kann sich zum Schutz der die Person betreffenden Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten an jede Kontrollstelle mit einer Eingabe wenden. Die betroffene Person ist darüber zu informieren, wie mit der Eingabe verfahren wurde. Jede Kontrollstelle kann insbesondere von jeder Person mit dem Antrag befaßt werden, die Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung zu überprüfen, wenn einzelstaatliche Vorschriften gemäß Art. 13 EG-DSRiL Anwendung finden. Die Person ist unter allen Umständen darüber zu unterrichten, daß eine Überprüfung stattgefunden hat.

Transparenz und Kontrolle bauen unter anderem auf der in Art. 18 EG-DSRiL gesondert geregelten *Pflicht zur Meldung bei der Kontrollstelle* auf, die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen obliegt. Die Meldungen, die nach Art. 19 EG-DSRiL bestimmte Mindestangaben enthalten müssen, dienen der Offenlegung der Grundzüge der Verarbeitung mit dem Zweck der Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit den richtlinienumsetzenden Vorschriften.²⁵⁷ Die Meldepflicht ist insofern Element einer präventiven Systemaufsicht. Die Richtlinie übernimmt damit ein Instrument, das in allen Datenschutzsystemen der Mitgliedstaaten eingesetzt worden ist, dies freilich mit unterschiedlichem Umfang und unterschiedlichem Rechtscharakter. Während für das französische Recht oder das britische Recht²⁵⁸ eine Meldepflicht charakteristisch ist, aber auch dort teilweise seit ei-

256 Die Begründung sieht darin eine logische Konsequenz der Untersuchungsbefugnisse, vgl. die Begründung zu Art. 30 des geänderten Vorschlags.

257 Begründungserwägung Nr. 48 der EG-DSRiL.

258 Dazu *Skipper*, Perspective, S. 146.

nigen Jahren zurückgebildet wird²⁵⁹, zieht das deutsche Recht die Bestellung eines betrieblichen Beauftragten für den Datenschutz vor. Die Richtlinie reagiert darauf mit mehrfachen Differenzierungen. Einerseits geht sie vom Grundsatz der Meldepflicht für vollständig oder teilweise automatisierte Verarbeitungen aus. Andererseits wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, das Meldesystem zu vereinfachen oder durch andere Maßnahmen zu ersetzen. Die Mitgliedstaaten können dies unter anderem dann vorsehen, wenn die Verarbeitung in Fällen, in denen unter Berücksichtigung der zu verarbeitenden Daten eine Beeinträchtigung der Rechte der betroffenen Person unwahrscheinlich ist, rechtlich weitgehend geregelt ist.²⁶⁰ Vereinfachungen und Ausnahmen von der Meldepflicht sind auch dann möglich, wenn der für die Verarbeitung Verantwortliche einen Datenschutzbeauftragten bestellt.²⁶¹ Diesem muß eine unabhängige Überwachung und die Führung eines Verzeichnisses mit bestimmten Mindestangaben obliegen, über das die in Art. 21 Abs. 2 EG-DSRiL vorgesehene Transparenz sichergestellt werden kann.²⁶² Umgekehrt wird den Mitgliedstaaten aber auch die Möglichkeit eingeräumt, eine Meldepflicht für nicht automatisierte Verarbeitungen personenbezogener Daten generell oder in Einzelfällen vorzusehen oder sie einer vereinfachten Meldung zu unterwerfen.²⁶³

Des weiteren unterliegen Verarbeitungen mit spezifischen Risiken für die Rechte und Freiheiten der Personen einer *Vorabkontrolle* durch die Kontrollstelle. Das umfaßt den öffentlichen ebenso wie den privaten Bereich. Unter spezifischen Risiken versteht die Richtlinie sowohl die besonderen technisch bedingten Risiken als auch besonders gravierende Folgewirkungen für die Rechte und Freiheiten. Die Begründungserwägungen heben die Art, Tragweite oder Zweckbestimmung einer Verarbeitung und die Folge des Ausschlusses betroffener Personen von der Inanspruchnahme eines Rechts, einer Leistung oder eines Vertrags²⁶⁴ sowie die Risiken der besonderen Verwendung einer neuen Technologie²⁶⁵ hervor.²⁶⁶ Nach Art. 20 EG-DSRiL legen die Mitgliedstaaten fest, welche Verarbeitungen spezifische Risiken für die Rechte und Freiheiten der Personen beinhalten können, und tragen dafür Sorge, daß diese Verarbeitungen vor ihrem Beginn geprüft werden. Solche Vorabprüfungen nimmt die Kontrollstelle nach Empfang der Meldung des für die Verarbeitung Verantwortlichen vor, oder sie erfolgen durch den Datenschutzbeauftragten, der im Zweifelsfall die Kontrollstelle konsultieren muß. Die Richtlinie re-

259 Siehe zur Skepsis auch in Großbritannien *Skipper*, Perspective, S. 146.

260 Die Begründung zu Art. 19 des geänderten Vorschlags führt weitere Konstellationen an.

261 Dies fand auf ausdrücklichen Wunsch der deutschen Seite Eingang, vgl. *Weber*, Datenschutzbeauftragte, S. 699; *Gounalakis/Mand*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 500 f., dort auch mit Blick auf den Umsetzungsbedarf.

262 Vgl. auch dazu, daß die formale Bestellung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten nicht genügt, *Brühann/Zerdick*, Umsetzung, S. 434.

263 Insgesamt dazu auch der Erste Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), abrufbar unter http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/rpt/2003/com2003_0265de01.pdf, S. 19, 26.

264 Zu denken ist an Kreditauskunftsdateien.

265 Zu denken ist an umfassende Videoüberwachungsanlagen.

266 Begründungserwägung Nr. 53 der EG-DSRiL.

gelt freilich nicht, wie das Ergebnis der Kontrolle umgesetzt werden muß. Die Mitgliedstaaten können eine solche Prüfung auch im Zuge der Ausarbeitung einer Maßnahme ihres Parlaments oder einer auf eine solche gesetzgeberische Maßnahme gestützten Maßnahme durchführen, die die Art der Verarbeitung festlegt und geeignete Garantien vorsieht (Art. 20 Abs. 3 EG-DSRiL). Das reagiert darauf, daß der Gesetzgeber selbst bestimmte Verarbeitungen konkret regeln kann, wie etwa Strafregister oder Schuldnerverzeichnisse. Die Vorabkontrolle läßt sich prinzipiell in ein Schutzmodell einordnen, das den Systemdatenschutz stärker hervorhebt.

II. Besondere Regelungsmuster der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

Der Bereich der Telekommunikation ist von den Bemühungen der Europäischen Gemeinschaft um eine regulierte Liberalisierung und Privatisierung geprägt. Eine Reihe von Richtlinien sind dem zuzuordnen, und sie machen die unterschiedlichen Regelungsdimensionen im Bereich der Regulierung der Netze und Dienste deutlich.²⁶⁷ Die EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation²⁶⁸ findet ihren Anlaß in dem gerade auch durch die Europäische Gemeinschaft forcierten Ausbau digitalisierter Kommunikationsnetze und in den dadurch entstehenden Anforderungen an den Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten.²⁶⁹ Unter dem letztgenannten Gesichtspunkt knüpft sie an die EG-Datenschutzrichtlinie an.²⁷⁰ Ebenso wie diese stützt sie sich auf Art. 95 EG (ex-Art. 100 a EG-Vertrag) und wird mit Hilfe der beiden, auf verschiedenen Ebenen liegenden Begründungselemente legitimiert, sie sei Bedingung und Faktor des gemeinsamen Binnenmarktes und sichere (deswegen) den Schutz der Grundrechte.²⁷¹ Bei der Begründung der Harmonisierungserfordernisse legt die Richtlinie zugrunde, daß öffentliche Kommunikationsnetze besondere rechtliche, ordnungspolitische und technische Vorschriften zum Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und der berechtigten Interessen juristischer Personen erforderten.²⁷² Das beschreibt zugleich ihren eigenen Ansatz.

Ihrem Anwendungsbereich nach gilt sie für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommuni-

267 Allgemein dazu bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.II. Überblicke im obigen Zusammenhang bei Rieß, Regulierung, S. 50 ff.; Scherer, Entwicklungslinien, S. 40 ff.; *dems.*, Umgestaltung, *passim*.

268 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG Nr. L 201/37.

269 Dazu auch Rieß, Regulierung, S. 187 ff.

270 Zur Konzeption der RiL und zur Frage der dadurch nahe gelegten Vereinheitlichung der nationalen datenschutzrechtlichen Vorschriften im Bereich der elektronischen Kommunikation Ohlenburg, EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, S. 85.

271 Begründungserwägungen Nr. 3 bis 8 der EG-EKDSRiL. Zur ähnlichen kompetentiellen Abstützung der EG-DSRiL oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.I.b.

272 Begründungserwägung Nr. 7 der EG-EKDSRiL.

kationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Gemeinschaft.²⁷³ Darüber hinaus regelt sie den Schutz der berechtigten Interessen von Teilnehmern, bei denen es sich um juristische Personen handelt.²⁷⁴ Sie ergänzt insofern die EG-Datenschutzrichtlinie²⁷⁵, die in Abgrenzung dazu für nicht öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste sowie für alle Aspekte greift, die von der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation nicht spezifisch erfaßt werden.

Im Vergleich zur EG-Datenschutzrichtlinie ist vor allem der mehrdimensionale Zugriff von Interesse, der sich in den Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation widerspiegelt. Art. 4 EG-EKDSRiL verpflichtet den Betreiber eines öffentlich zugänglichen elektronischen Kommunikationsdienstes zu geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen, damit die Sicherheit seiner Dienste gewährleistet ist; die Netzsicherheit ist hierbei erforderlichenfalls zusammen mit dem Betreiber des öffentlichen Kommunikationsnetzes zu gewährleisten. Die Bewertung der Sicherheit erfolgt unter Berücksichtigung des Artikels 17 EG-DSRiL.²⁷⁶ Art. 5 EG-EKDSRiL gibt den Mitgliedstaaten auf, durch innerstaatliche Vorschriften die Vertraulichkeit der Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten sicherzustellen, die mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragen werden. Insbesondere untersagen sie im Grundsatz das Mithören, Abhören und Speichern sowie andere Arten des Abfangens oder Überwachens von Nachrichten und Verkehrsdaten durch andere Personen als die Nutzer. Darüber hinaus ist sicherzustellen, daß Instrumente wie „web-bugs“ oder „cookies“²⁷⁷ nur nach Unterrichtung des Teilnehmers oder Nutzers und unter Hinweis auf Verweigerungsrechte eingesetzt werden dürfen. Art. 6 EG-EKDSRiL betrifft mit Blick auf die Digitalisierung der Netze und deren Funktionsbedingungen die Verarbeitungsmöglichkeiten sowie Löschungs-, Anonymisierungs- und Unterrichtungspflichten hinsichtlich der Verkehrsdaten, die sich auf Teilnehmer und Nutzer beziehen und die vom Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes oder eines öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienstes verarbeitet und gespeichert werden. Die Verkehrsdaten sind grundsätzlich zu löschen oder zu anonymisieren, sobald sie für die Übertragung einer Nachricht nicht mehr benötigt werden²⁷⁸;

273 Einschlägige Legaldefinitionen finden sich in Art. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108/33; dazu *Scherer*, Umgestaltung, S. 276 f.

274 Art. 1 Abs. 2 S. 2 EG-EKDSRiL.

275 Art. 1 Abs. 2 EG-EKDSRiL.

276 Begründungserwägung Nr. 20 der EG-EKDSRiL, hier auch zu Aufklärungs- und Informationspflichten des Diensteanbieters gegenüber den Teilnehmern.

277 Siehe dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.

278 Siehe aber auch Art. 15 EG-EKDSRiL, der den Mitgliedstaaten zu Sicherheitszwecken Einschränkungsmöglichkeiten einräumt, hier unter anderem die Regelung einer diesen Zwecken dienenden Aufbewahrungspflicht. Dies wird unter dem Stichwort „Vorratsdatenspeicherung“ sehr kontrovers diskutiert. Vgl. etwa *Ohlenburg*, EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG, S. 84 f., 86 (allerdings mit der unzutreffenden Ansicht, die Vorschrift hätte aus kompetenzrechtlichen Gründen nicht in die RiL aufgenommen werden dürfen).

Ausnahmen für Gebührenabrechnungs- oder Vermarktungszwecke sind an Unterrichtungspflichten des Diensteanbieters oder darüber hinaus an die Einwilligung der Nutzer zu knüpfen. Mit all dem reguliert die Richtlinie in mehrdimensionaler Form insbesondere die mit den modernen Techniken und Netzen entstehenden Möglichkeiten, auf Nachrichten, Verkehrsdaten oder sonstige Daten der Teilnehmer oder Nutzer ohne deren Kenntnis zuzugreifen, sie zu speichern und sie zu verwerten.

Art. 7 bis 11 EG-EKDSRiL reagieren jeweils auf die wegen bestimmter Funktionen der Netze, Techniken und Geräte anfallenden Daten: Etwa enthält Art. 7 EG-EKDSRiL Regelungen zum Einzelgebührennachweis, und Art. 8 EG-EKDSRiL sieht detaillierte Vorgaben zur Rufnummernanzeige auf seiten des Anrufers oder des Angerufenen und deren Unterdrückung vor.²⁷⁹ In beiden Bestimmungen geht es der Richtlinie im wesentlichen um die Realisierung technischer Optionen, die die Vertraulichkeit wahren oder die Gestaltbarkeit der Kommunikation offenhalten.²⁸⁰ Techniken oder Geräte sollen nicht so konzipiert werden, daß bestimmte Formen der Kommunikation schon deswegen gefährdet sind. Damit findet sich hier ein übergreifender Ansatz, der den individuellen Schutz bereits im Rahmen der Technikentwicklung sicherzustellen sucht.²⁸¹

279 Insoweit wird auf das Interesse hingewiesen, das Beratungsdienste und ähnliche Einrichtungen daran haben, die Anonymität ihrer Anrufer zu gewährleisten, Begründungserwägung Nr. 34 der EG-EKDSRiL.

280 Vgl. Begründungserwägung Nr. 34 der EG-EKDSRiL.

281 Dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.

8. Kapitel:

Supranationale Lösungen und informationelle Selbstbestimmung

Völker- und europarechtliche Vorgaben im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten können das Verständnis der grundrechtlichen Gewährleistungen mitprägen oder sich mittelbar darauf auswirken, indem sie ihrerseits verbindliche Maßstäbe für die Gestaltung der nationalen einfachgesetzlichen Vorschriften setzen. Angesichts der Probleme, die das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ aufwirft, sind die jeweils gewählten Regelungskonzeptionen außerdem bei der Suche nach neuen Lösungen anregend. Relevante Vorgaben gibt es auf verschiedenen Ebenen.

Die *Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention* wirken zum einen als Rechtserkenntnisquelle bei der Konkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte, zum anderen als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes (gegebenenfalls: mehrfach) vermittelt auf diese und auf die deutsche Rechtsordnung ein. Nach dem bisherigen, im hier gegebenen Erkenntniskontext zugrundezulegenden Entwicklungsstand ist vor allem Art. 8 EMRK relevant. Schutzgegenstand ist das Recht auf *Achtung des Privat- und Familienlebens*, der *Wohnung* und der *Korrespondenz*. Der vorgeschaltete Achtungsanspruch ermöglicht eine Konkretisierung unter (Mit)Beobachtung des als Verletzung in Betracht kommenden Verhaltens, die Erfassung unterschiedlicher Beeinträchtigungsformen, unter anderem des Umgangs staatlicher Stellen mit personenbezogenen Informationen und Daten, und die Entwicklung von Leistungs- und Schutzansprüchen. Alle Dimensionen sind in der Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ausgearbeitet worden. Das *Privatleben* als völker- und europarechtlicher Begriff ist vor allem von den Funktionen geprägt, die Art. 8 EMRK im Regelungszusammenhang der Europäischen Menschenrechtskonvention erfüllt. Im Zentrum steht die Gewährleistung eines (nicht räumlich zu verstehenden) Bereichs, innerhalb dessen die einzelne Person auch in sozialen Beziehungen ihre Persönlichkeit frei entfalten kann. Die Kriterien für die Abgrenzung des Schutzes sind flexibel und werden an die Schutzerfordernisse angepaßt. Art. 8 EMRK schließt einen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ein. Die näheren Inhalte und Vorgaben werden durch die Rechtsprechung in kasuistischer Form geklärt. Der Schutz bleibt an den – weit interpretierten – Begriff des Privatlebens gekoppelt, indem es um Daten geht, die das Privatleben des Individuums betreffen. Öffentliche Aktivitäten und deren Aufzeichnung werden erfaßt, wenn die staatliche Stelle die Daten in systematischer oder permanenter Form sammelt. Auch Kenntnisrechte sind in bestimmten Fällen anerkannt worden. Im Ergebnis besteht jedenfalls keine Deckungsgleichheit mit der vom Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleiteten Befugnis, über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten selbst zu bestimmen. Insbesondere werden die individuellen Rechtspositionen *nicht als Entscheidungsrecht* formuliert, sondern vom Anspruch auf „Achtung“ des Privatlebens aus *mehrdimensional* konkretisiert.

Die *Datenschutzkonvention des Europarats* legt als ein in nationales Recht umzusetzender völkerrechtlicher Vertrag allgemein gehaltene Grundsätze zum Umgang mit personenbezogenen Daten im Falle derer automatisierten Verarbeitung fest. Sie hat ihre unmittelbare rechtliche Bedeutung mittlerweile aufgrund der ihr nachfolgenden und ihr entsprechenden nationalen Datenschutzgesetze sowie aufgrund der EG-Datenschutzrichtlinie verloren. Diese hat sie freilich in einigen zentralen Punkten beeinflusst. Dazu gehören die Grundsätze zur Datenqualität, namentlich die Zweckfestlegung, die Kompatibilität bei veränderten Zwecken, die Zweckentsprechung und die Erheblichkeit, sowie die besonderen Vorgaben für spezielle Kategorien von Daten. Insoweit bleibt sie als deren genetische Grundlage relevant. Sie kann einige derer besonders wichtigen Ausgestaltungen erklären. Das gilt gerade auch mit Blick darauf, daß in der EG-Datenschutzrichtlinie der Anwendungsbereich und die systematischen Regelungszusammenhänge gegenüber der Datenschutzkonvention erweitert oder modifiziert worden sind.

Auf *Unions- und Gemeinschaftsebene* wirken *Grundrechte* auf die Rechtsetzung der Gemeinschaftsorgane ein und binden die Mitgliedstaaten bei der Ausführung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Damit überlagern sie nationale Grundrechte nicht, wirken sich aber in vermittelter Weise aus. Bisher sind sie in zwar vertraglich verbindlicher, aber nur *generalklauselartiger Form* verankert. Auch die bisherigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs geben zur Frage des gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzes hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten wenig her. Ein solcher Schutz wurde bislang zu selten thematisiert, als daß dessen konkrete Gestaltung in gelungener Weise hätte entwickelt werden können. Dieser Stand mag sich künftig mit der Charta der Grundrechte und wegen der zunehmenden Bedeutung eines auf Gemeinschaftsebene gesicherten informations- und datenbezogenen Schutzes ändern. Die Charta, der bislang keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, die aber in den von den Staats- oder Regierungschefs angenommenen Vertrag über eine Verfassung für Europa integriert worden ist, hält einen breiten Katalog von Grundrechten und unterschiedliche Grundrechtsfunktionen textlich fest. Art. II-68 Abs. 1 VerfVertrEntwurf sieht das *Recht jeder Person auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten* vor. Nachfolgend schließen sich heterogene Elemente unterschiedlicher Provenienz an, die von dem Bemühen geprägt sind, bestimmte Elemente der Umsetzung des zu gewährleistenden Schutzes auf Grundrechtsebene festzuhalten, aber eher schutzverkürzende Folgen haben. Indem der Grundsatz des Art. II-68 Abs. 1 VerfVertrEntwurf als ein übergreifend-abstrakt zu verstehendes „Recht auf Schutz“ formuliert worden ist, läßt er sich in unterschiedlichen Funktionen entfalten. Im Ansatz gestaltet er sich anders als das vom Bundesverfassungsgericht hergeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Er ist aber insgesamt selbst nicht sonderlich geglückt.

Die *Richtlinien auf sekundärrechtlicher Ebene* gehen den Bindungen nationaler Grundrechte prinzipiell vor. Sie müssen jedoch grundsätzlich in nationales Recht umgesetzt werden, damit sie innerstaatlich gelten. Nach einer Umsetzung behalten sie ihre Bedeutung insofern, als die nationalen Vorschriften, die ihrer Umsetzung dienen, gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden müssen. Relevant sind vor allem die *EG-Daten-*

schutzrichtlinie und die *EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation*. Sie enthalten teilweise ausgeprägte und dichte Vorgaben.

Beide Richtlinien zeichnet eine legitimatorische Anknüpfung auch an die Gemeinschaftsgrundrechte aus. Die Datenschutzrichtlinie stellt die *Gewährleistung des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten*, insbesondere der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, in den Mittelpunkt. Der freie Verkehr personenbezogener Daten ist nicht auf Kosten dieses Schutzes, sondern mit seiner Hilfe zu realisieren. Die Richtlinie hebt den Schutz der Privatsphäre (als gemeinschaftsrechtlichen Begriff) zwar hervor, vermeidet jedoch eine Verengung. Sie bezieht sich übergreifend auf den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, ohne allerdings die Zuordnungskriterien zwischen einer bestimmten Verarbeitung personenbezogener Daten und den je geschützten Grundrechten und Grundfreiheiten zu präzisieren.

Die *Verarbeitung personenbezogener Daten* ist das Kernelement, das den Anwendungsbereich, aber auch die Vorgaben der Datenschutzrichtlinie insgesamt prägt. Sie gilt – bei weitem Dateibegriff – für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in Dateien gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Strukturierte Akten werden davon erfaßt. Auch wird ein umfassender Verarbeitungsbegriff gewählt, der sämtliche durch die technische Dynamik entstehenden Formen umschließt. Insgesamt kennzeichnet es die Richtlinie freilich, daß sie die Differenz von Informationen und Daten unzureichend reflektiert. Der Rückbezug auf die Schutzziele und Schutzkonzeptionen und die Gewährleistung der Umsetzungsspielräume sind Ansatzpunkte, über die man diese Differenz mit dem Ziel eines gegenstandsgerechten Verständnisses der Vorgaben einführen kann.

Im Zentrum stehen zum einen die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, die die Grundsätze, die Anforderungen an die Qualität der Daten stellen, und die Grundsätze, die die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten betreffen, vorgeben. Zu jenen Grundsätzen gehört die Erhebung personenbezogener Daten nur für *festgelegte eindeutige und rechtmäßige (Verwendungs)Zwecke*. Diese Festlegung dient der Eingrenzung des Verwendungszusammenhangs und sichert zugleich das Wissen der betroffenen Person um die Möglichkeiten der Verwendung der Daten ab. Allerdings fordert die Richtlinie *keine Bindung* an den festgelegten Zweck in der Form, daß die Weiterverarbeitung der Daten auf den festgelegten Zweck *beschränkt* wäre; sie muß lediglich damit *vereinbar* sein. Man kann danach insofern von einer Zweckbindung ausgehen, als die Verarbeitung zu den ursprünglich festgelegten Zwecken auf jeden Fall anforderungsgerecht ist und als die ursprünglich festgelegten Zwecke den Maßstab bieten, mit dem geänderte Zwecke vereinbar sein müssen. Hier besteht ein Unterschied zu den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 GG entnommen hat. Zu den Grundsätzen zählen weiter die *Zweckentsprechung* sowie die *Erheblichkeit*. Außerdem bestehen Anforderungen zur Sicherstellung der *Richtigkeit* der Daten.

Mit den Grundsätzen zur Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten folgt die EG-Datenschutzrichtlinie dem *Regelungskonzept einer übergreifend-umfassenden Determination* der Verarbeitung personenbezogener Daten. Die Verarbeitung durch pri-

vate Dritte ist hierin eingeschlossen, soweit sie nicht von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird. Zu den Voraussetzungen, unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten zugelassen werden darf, gehören unter anderem die Einwilligung der betroffenen Person, die Erfüllung eines Vertrags, die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt, oder die Erforderlichkeit zur Verwirklichung eines berechtigten Interesses. Im Ergebnis wird das Regelungskonzept einer übergreifend-umfassenden Determination durch den – geradezu komplementären – Ansatz einer weit gefaßten Beschreibung der Konstellationen ausgefüllt, in denen die Mitgliedstaaten die Zulässigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten vorsehen. Im Grundsatz wird dies wiederum hinsichtlich der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten verschärft. Die Datenschutzrichtlinie folgt an dieser Stelle einer kontextübergreifend-typisierenden Betrachtung zugunsten eines besonderen Schutzes „sensitiver“ Daten. Auch darin liegt ein im Vergleich zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung modifizierter Zugriff.

Neben den Pflichten, denen die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen unterliegen, sieht die EG-Datenschutzrichtlinie zum anderen eine Reihe von Rechten vor, die der betroffenen Person einzuräumen sind. Dazu gehören vor allem *Kenntnis-*, insbesondere *Unterrichtungs- und Auskunftsrechte* zumindest über den Verantwortlichen einer Verarbeitung und über die Zwecksetzungen. Diese Rechte sind nicht allein mit Blick auf Rechtsschutzinteressen der Betroffenen zu verstehen. Sie stellen *Wissensrechte* dar, hinter denen der Gedanke der *Transparenz* für die betroffene Person steht. Hinzu kommen *Einflußrechte*. Dazu gehören Rechte auf Berichtigung, Sperrung und Löschung von Daten sowie Nachberichtsansprüche im Falle einer vorangegangenen Datenübermittlung. Zusätzlich ist ein Widerspruchsrecht vorzusehen. Es kann von seiner Funktion her als besonderes Einflußrecht verstanden werden, das auf den konkreten Umgang mit personenbezogenen Daten in einer konkreten Konstellation einwirkt.

Die Datenschutzrichtlinie und mehr noch die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation enthalten des weiteren Maßgaben, die auf die *Beeinflussung der Entwicklung der Techniken* zielen. In der Datenschutzrichtlinie findet sich dies teilweise bei den Vorgaben zur Sicherheit der Verarbeitung, insbesondere aber mit der Vorabkontrolle. Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation stellt Anforderungen etwa an die Netzsicherheit und an die Leistungsmerkmale bestimmter technischer Geräte. Weiter gibt die Datenschutzrichtlinie den Mitgliedstaaten die *Sicherstellung einer übergreifenden Transparenz* mit Instrumenten zur Herstellung der Öffentlichkeit der Verarbeitungen auf. Hinzu treten Vorgaben zur *institutionalisierten Kontrolle* der Informations- und Datenverarbeitungen durch die Einrichtung unabhängiger Kontrollstellen, denen Beratungsaufgaben und verschiedene Befugnisse zustehen sollen.

Im Ergebnis enthalten das Völker- und Europarecht einerseits auf den jeweiligen Ebenen komplexe, mehrdimensionale Vorgaben zum Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Sie sind bei präziser Betrachtung weder mit dem Gewährleistungsgehalt noch in jeder Hinsicht mit den Maßgaben deckungsgleich, die das Bundesverfassungsgericht für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung formuliert hat. Soweit es um die EG-Datenschutzrichtlinien geht, werden nä-

here Vergleiche und unter Umständen Koordinationen nötig. Andererseits sind die Schutzzinhalte der Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte in den hier interessierenden Hinsichten noch zu wenig geklärt, als daß sie umfassend tragfähige Anregungen für eine neue Konzeption des grundgesetzlichen Schutzes hergeben könnten.

Vierter Teil:

**Gegenstandsgerechte Grundrechtsbindungen
im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption**

Die bisherigen Analysen haben ergeben, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zwar wichtige innovative Elemente enthält: Es handelt sich um eine unmittelbar informationsorientierte Verbürgung, die sich nach ihren Schutzziele auf den Schutz gegen, das Wissen über und den Einfluß auf den Umgang staatlicher Stellen oder – im Rahmen der Drittwirkung – privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten richtet. Als Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung jedoch mißglückt. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst legt bei einem Blick auf ihre eigene Weiterentwicklung eine Neukonzeption „informationeller Selbstbestimmung“ nahe. All dies wird durch die grundlegenden Ergebnisse gestützt, daß grundrechtliche Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht mit den Mustern der traditionellen Eingriffsabwehrdogmatik entworfen werden können. Allerdings könnte man auf der Grundlage eines mehrdimensionalen Grundrechtsverständnisses, in dessen Rahmen sich die Thematisierung überindividueller Ebenen und sozialer Zusammenhänge, die Herleitung organisations- und verfahrensbezogener Grundrechtsbindungen und die Konkretisierung von Leistungsrechten als anregend erwiesen haben, zu gegenstandsgerechten Garantien und Rechten gelangen. Das wäre zugleich mit den europarechtlichen Determinanten in Einklang bringen. Insgesamt ist eine neue Konzeption der grundrechtlichen Bindungen und Rechte hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu entwickeln. Gegenstandsbedingt muß man sich dabei auf eine Reihe neuartiger Anforderungen einstellen.

Im ersten Schritt werden Inhalte und Einsatzfähigkeit der thematisch spezifizierten Grundrechtsverbürgungen untersucht. Maßgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten könnten darin einen je eigenen materialen Rückhalt haben. Dabei geht es nicht schlicht darum, daß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG subsidiär einzusetzen und vorrangig auf die Einzelgrundrechte zurückzugreifen wäre.¹ Vielmehr muß man das gesamte Spektrum der Grundrechte als Ausgangspunkt heranziehen, weil Inhalte und Dogmatik der normativen Vorgaben im Ansatz neu zu entwerfen sind.

Die Untersuchung wird ergeben, daß die gegenstandsgerechte Herleitung von Bindungen und Rechten bei Art. 10 und 13 GG aufgrund des formalen Regelungsansatzes dieser Normen möglich ist. Bei den anderen thematisch spezifizierten Verbürgungen gelingt sie nur dann, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind. Im zweiten Schritt wird daher der Überlegung nachgegangen, daß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf einer den

1 In der Literatur wird das Verhältnis üblicherweise so bestimmt. Siehe etwa – dies für das Grundrecht auf Achtung des privaten Bereichs als Grundlage – *Rohlf*, Privatsphäre, S. 135 ff.; *Gallwas*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 514 f.; offengelassen bei *Heußner*, Funktion des Datenschutzes, S. 178 f. Darüber hinaus *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 245 ff.; *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 58 ff.; *Bull*, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 881 ff.; *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 93 ff.; *Berg*, Datenschutz, S. 71; *Vogelgesang*, Grundrecht, S. 89 ff.; *Oldiges*, Internationale Steuerauskunft, S. 87 ff.; *Bäumler*, Versammlungsfreiheit, S. 470 ff.; *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 85 ff.; *Alberts*, Informationelle Tätigkeit, S. 494 ff.; *Kloepfer*, Technologien, S. 51 ff.; *Zöller*, Informationssysteme, S. 30 ff. Insoweit anders – Schwerpunkt der Zuordnung bei Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 81 ff. Im Anschluß daran auch *Götz*, Polizeiliche Bildaufnahmen, S. 115 f. Speziell für Videoaufnahmen *Geiger*, Verfassungsfragen, bes. S. 162 ff.

einzelnen Gewährleistungen vorgelagerten Ebene als grundlegende Norm verstanden werden kann, die eigenständige Anforderungen aufstellt und genau darüber das Vorliegen dieser Voraussetzungen sicherstellt. Der dritte Schritt erörtert das Zusammenspiel der verschiedenen grundrechtlichen Bindungen im Rahmen der entwickelten Zwei-Ebenen-Konzeption.

Bei den thematisch spezifizierten Gewährleistungen sollen im folgenden inhaltliche, dogmatische und methodische Grundlagen geklärt werden. Eine solche Klärung ist Voraussetzung für die Antwort auf Einzelprobleme, die einer gründlichen Normkonkretisierung zu überlassen ist. Wie sich der Schutz im einzelnen gestaltet, was er umfaßt und wie weit er reicht, sind Fragen der jeweiligen Bereichsdogmatik, die sich bereits bislang problembezogen spezialisiert hat und die sich mit der Determination des Umgangs mit Informationen und Daten weiter verfeinern wird.

9. Kapitel:

Inhalte und Einsatzfähigkeit der thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen

A. Die unterschiedlichen Facetten grundrechtlichen Schutzes

Mustert man die Grundrechtsgewährleistungen durch, ist schnell erkennbar, daß sie nicht auf nur eine Form und nicht auf nur eine Perspektive der Beschreibung von Schutzgegenständen festgelegt sind. So steht im Zentrum des Art. 10 Abs. 1 GG, der das *Briefgeheimnis* sowie das *Post- und Fernmeldegeheimnis* für *unverletzlich* erklärt, eine Geheimnisgarantie. Indem der Einzelne in seinem Vertrauen auf die Unversehrtheit der über bestimmte Medien stattfindenden Kommunikation geschützt wird, verweist die Gewährleistung selbst bereits auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten. Gegenstand des Art. 13 Abs. 1 GG ist die *Unverletzlichkeit der Wohnung* als räumlich abgegrenzter Bereich. Art. 13 Abs. 2 bis 4 GG, die Durchsuchungen und Überwachungsmaßnahmen besonderen Voraussetzungen unterwerfen, zeigen, daß die Garantie zumindest auch einen Bereich des Unbeobachtetseins oder einer „räumlichen Privatsphäre“ verspricht und staatliche Einblicke erfaßt.

In den anderen Einzelgrundrechten werden bestimmte inhaltliche Thematisierungen mit einem Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechen verknüpft. Betrachtet man den *jeweils thematisierten Gegenstand*, enthalten eine ganze Reihe von Normen substantivische Beschreibungen. Art. 1 Abs. 1 GG hält fest, daß die *Würde des Menschen* unantastbar ist. Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 GG verbürgen das Recht auf *Leben* und *körperliche Unversehrtheit* sowie die Unverletzlichkeit der *Freiheit der Person*. Nach Art. 4 Abs. 1 GG wird die Freiheit des *Glaubens*, des *Gewissens* und des *religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses* für unverletzlich erklärt. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet die *Pressefreiheit* und (in der Beschreibungsform umstritten²) die Freiheit der *Berichterstattung durch Rundfunk und Film*. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG erklärt *Kunst* und *Wissenschaft, Forschung* und *Lehre* für frei. Nach Art. 6 Abs. 1 GG stehen *Ehe* und *Familie* unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung. Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das *Eigentum*. Art. 2 Abs. 1 GG ist mit dem Recht auf freie *Entfaltung seiner Persönlichkeit* entfaltungsbezogen formuliert.

In (nur) einigen Grundrechten rücken verhaltensorientierte Schutzbereichsbeschreibungen in den Vordergrund. Dazu mag man auf die Gewährleistung ungestörter Religionsausübung in Art. 4 Abs. 2 GG oder auf die Berufsausübung in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG hinweisen. Textlich eindeutiger verhält sich Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, der jedem das Recht zusichert, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei *zu äußern* und *zu verbreiten* und *sich* aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert *zu unterrichten*. Weitere Beispiele sind Art. 8 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, nach denen allen Deutschen jeweils das Recht zusteht, *sich* ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen *zu ver-*

2 Vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

sammeln, Vereine und Gesellschaften *zu bilden* sowie Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei *zu wählen*. Selbst solche Gewährleistungsbeschreibungen legen den Gegenstand aber nicht auf einen punktuellen und isolierenden Blickwinkel in die Richtung individuellen Verhaltens fest.³ Die Meinungsäußerung, die in Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG thematisiert wird, kann als isolierte individuelle Handlung gar nicht erfaßt werden. Sie gewinnt ihren Charakter und ihren Sinn als Kommunikationsbeitrag und damit im Bezug auf andere, die zuhören und sich informieren. Sie erfordert also das Mitdenken einer komplementären Rolle. In systematischer Auslegung wird dementsprechend der funktionale Zusammenhang der einzelnen Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 GG betont. Dabei dient der Begriff der Meinungsbildung als überindividuelle Beschreibung von Kommunikationszusammenhängen, in die die individuellen Stellungnahmen nicht nur einfließen, sondern aus denen sie selbst auch erst ihren Gehalt schöpfen (können). Die Freiheit der Meinungsäußerung erscheint dann nicht mehr als voraussetzungsloses Element, sondern wird in einer Kreislaufvorstellung aufgehoben. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG erhält auf diese Weise Sinnbezüge, die weit über die Chance individueller „Äußerung“ einer Meinung hinausreichen, und insoweit läßt sich der gewährleistete Schutz auch weiterreichend entfalten.⁴ Nimmt man als anderes Beispiel Art. 8 Abs. 1 GG, zeigt sich ebenfalls schnell, daß die Norm schon vom Gegenstand her nicht in rein individualbezogener Perspektive angelegt ist.⁵ Der Gehalt beschränkt sich auch nicht auf den Schutz des Zusammenkommens als solchem oder des zum Sichversammeln gehörenden physischen Handlungsvollzugs, denn es macht gerade die Abgrenzung zur „Ansammlung“ aus, daß eine Versammlung durch einen kollektiven Zusammenhang, verbindende Gründe oder gemeinsame Ziele getragen und gegebenenfalls organisiert wird.⁶ Umweltbezogene Sinngehalte kennzeichnen Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG, weil eine freie Assoziation und Selbstorganisation ohne Kommunikation der Mitglieder untereinander und regelmäßig auch nach außen⁷ gar nicht möglich wären, ebenso wie die Religionsausübung oder die Berufsausübung, da diese im sozialen Raum und nicht als

3 Vgl. auch bereits Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

4 Vgl. bereits Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III. Um anerkannte Beispiele außerhalb des hier interessierenden Themas zu nennen, sei auf die Erstreckung des Schutzes auf Tatsachen (siehe nur BVerfGE 54, 208 (219 f.); 61, 1 (8 f.); 85, 1 <15 ff.>) oder auf Fragen (BVerfGE 85, 23 <31 ff.>) hingewiesen. Das BVerfG begründet die Erstreckung mit Bezug auf die Meinungsbildung als Kommunikationskontext, in dessen Rahmen auch erst beurteilbar ist, ob eine Tatsache oder eine Frage „Voraussetzung der Bildung von Meinungen“ ist. Siehe dazu auch *Grimm*, Meinungsfreiheit, S. 1699. Ausführlich und weiterführend *Rühl*, Tatsachen, S. 191 ff., bes. S. 285 ff.

5 Das Sichversammeln setzt begrifflich mehrere Personen voraus: „Man versammelt sich mit anderen, nicht mit sich selbst“, so *Merten*, Anmerkung, S. 301.

6 Vgl. – jeweils auch dazu, daß verbindende Zwecke oder gemeinsame Ziele nicht zu eindimensional zu konzipieren sind – *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 8 Rn 49 ff.; *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 8 Rn 17, *Ladeur*, in: Ridder/Breitbach/Rühl/Steinmeier, Versammlungsrecht, Art. 8 GG Rn 10 ff. und 17. Zutreffend zählt man daher auch Vorbereitungsmaßnahmen wie das Versenden von Einladungen oder die Werbung mit Flugblättern zum Gewährleistungsbereich des Art. 8 GG, vgl. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 8 Rn 58; *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 8 Rn 29; *Bäumler*, Versammlungsfreiheit, S. 470.

7 Vgl. etwa BVerfGE 84, 372 (378 ff.).

ausschließlich einsames Handeln stattfinden⁸.

Können die jeweils benannten Gegenstände verschiedene Perspektiven und Schutzaspekte tragen, liefert im übrigen der freiheitsrechtliche Gehalt – dies im Sinne eines Oberbegriffs verstanden – Anknüpfungspunkte für Konkretisierungen. Art. 1 Abs. 1 GG hält die *Unantastbarkeit* der Würde des Menschen fest und verpflichtet die staatliche Gewalt auf deren *Achtung* und *Schutz*. Art. 2 Abs. 1 verbürgt das *Recht* auf *freie* Entfaltung der Persönlichkeit. In gleichermaßen textlich veranschaulichender Formulierung garantiert Art. 5 Abs. 1 Alt. 1 GG das *Recht*, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild *frei* zu äußern und zu verbreiten. Nach dem Text anderer Normen werden die *Freiheit* der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) oder die *Freiheit* des Glaubens, des Gewissens und des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses für *unverletzlich* erklärt (Art. 4 Abs. 1 GG), die *ungestörte* Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG), die *Pressefreiheit*, die *Freiheit* der Berichterstattung durch Rundfunk und Film (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) oder Eigentum und Erbrecht (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) *gewährleistet*, hat jeder das *Recht*, sich *ungehindert* zu unterrichten (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG), und haben alle Deutschen das *Recht*, sich *ohne Anmeldung oder Erlaubnis* friedlich und ohne Waffen zu versammeln (Art. 8 Abs. 1 GG) oder Vereine und Gesellschaften zu bilden (Art. 9 Abs. 1 GG). Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG hält fest, daß Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre *frei* sind, und Art. 6 Abs. 1 GG stellt Ehe und Familie unter den *besonderen Schutz* der staatlichen Ordnung.

Mit den Unantastbarkeits-, Achtungs-, Unverletzlichkeits- und Schutzgarantien, den Gewährleistungen von etwas als Recht oder den Verbürgungen näher bestimmter Freiheit enthalten die Grundrechte sehr abstrakte Sinnverweise. Da die inhaltlich spezifizierten Gewährleistungsgegenstände ihrerseits hinreichend abstrakt gefaßt sind, wird es möglich, den freiheitsrechtlichen Gehalt komplexer als üblich anzulegen. Auf der Grundlage der normtextlich verankerten *Verknüpfung einer inhaltlichen Thematisierung mit einem freiheitsrechtlichen Versprechen* lassen sich daher Interpretationen aufbauen, die den Gewährleistungsinhalt der jeweiligen Norm aus den Limitationen lösen, die die überkommene Eingriffsabwehrkonzeption mit sich bringt.

Bündige Beschreibungen, die Einzelgrundrechte regelten Konkretisierungen der Persönlichkeitsentfaltung, enthalten somit ebenso wie die vage Beschreibung, die Gewährleistungen schützten Lebensbereiche, zu eindimensionale Implikationen. Grundrechtsnormen legen normative Bezugspunkte fest, anhand derer soziale Phänomene aus rechtlicher Perspektive beobachtet und bestimmte Determinanten gesetzt werden. Dabei lassen sowohl die substantivisch gefaßten als auch die entfaltungs- oder verhaltensorientiert formulierten Aussagegehalte der Einzelverbürgungen *Spielräume für die Ausarbeitung unterschiedlicher Facetten und Ebenen des Schutzes* offen. Die Normkonkretisierung wird nicht auf Schweisen festgelegt, die auf das Individuum konzentriert sind. Man kann den Schutz individuellen Verhaltens anführen. Man kann aber regelmäßig auch kommunikative Kompo-

8 Siehe etwa zum Schutz der Werbung für die Inanspruchnahme der eigenen beruflichen Leistungen BVerfGE 60, 215 (229 ff.); 71, 162 (171 ff.); 76, 196 (205 ff.); 82, 18 (26 ff.); 85, 97 (104); 85, 248 (256); 94, 372 (389).

nenten hervorheben.⁹ Dabei hat man es mit einer Gewährleistungsdimension zu tun, die gegenüber dem Handlungsschutz eigenständig ist: Jede Kommunikation hat strukturell mehrere Beteiligte und ist deshalb nur als soziale, nicht als individualistische Kategorie zu verstehen. Die jeweils einschlägige Norm vermittelt dem Einzelnen insoweit einen Schutz im Hinblick auf eine soziale Beziehung. Dementsprechend handelt es sich um Individualrechte, deren Sinn erst aus diesem Bezug heraus verständlich wird. Darüber hinaus lassen sich organisatorische und andere überindividuelle Ebenen thematisieren. Man kann von der Norm her normative Aussagen in bezug auf das soziale Feld herausarbeiten, in dem sich der Einzelne bewegt, und derartige Sinnbezüge können dann die Individualpositionen prägen und anreichern.¹⁰

Nach dieser ersten Annäherung bieten die Einzelgewährleistungen genügend normative Ansatzpunkte, die für die Herleitung von Rechtsbindungen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten genutzt werden können. Sofern man sich vorrangig auf Schutzgegenstände wie insbesondere das individuelle Verhalten konzentriert (hat), ist dies eine Folge des durch die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption geprägten grundrechtsdogmatischen Zugangs.¹¹ Nicht ist es eine Folge von Text und Sinn der Grundrechtsnormen selbst.

Ein Rückgriff auf den thematisch konkretisierten – und damit sachlich begrenzten – Gehalt der Einzelgrundrechte könnte aber wegen der Charakteristika des Gegenstandes Schwierigkeiten bereiten: Der Umgang mit Informationen und Daten vollzieht sich in fortlaufenden – nicht von vornherein aus sich heraus bestimmten und abgegrenzten – Prozessen; Daten gewinnen theoretisch in zeitlicher Streckung und über Perspektiven- und Kontextwechsel in vielfältiger Weise Informationsgehalt; Informationen werden in vielfältiger Weise umgesetzt und können entsprechend breitgefächerte Wirkungen mit sich bringen.¹² Bei der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Fassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als individuelles Entscheidungsrecht über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten wird genau dieses Problem überspielt, weil personenbezogene Daten per definitionem immer auch auf die Person des Grundrechtsträgers verweisen und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG wie ein abstrakter Auffangtatbestand eingesetzt werden kann. Will man auf die thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen zurückgreifen, muß man die Charakteristika des Gegenstandes einfangen und deswegen mit besonderen dogmatischen Anforderungen rechnen.

B. Der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten als eigenständige Gewährleistungsdimension

Rechtsbindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten werden in Rechtsprechung und Literatur häufig (auch) den einzelnen Grundrechtsgewährlei-

9 Die häufig anzutreffende Systematisierung, nur bestimmte Grundrechte als Kommunikationsgrundrechte zu bezeichnen, greift deshalb zu kurz.

10 Vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

11 Zu diesem Zusammenhang oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

12 Ausführlicher dazu insbesondere Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

stungen entnommen. Die Überlegungen dazu können systematisiert werden, weil es sich regelmäßig um bestimmte und damit begrenzte Argumentationslinien handelt. Zu den zentralen Figuren gehören Rechte auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten, Privatheits- und Geheimnisgarantien, die Gewährleistung der Selbstdarstellung und der Freiheitsschutz der Grundrechtsverbürgungen. Im folgenden wird zunächst der Tragfähigkeit dieser Paradigmata nachgegangen. Die Ergebnisse dieser Untersuchung können zusammengeführt und in einer gegenstandsgerechten Konzeption der Konkretisierung einzelgrundrechtlicher Bindungen und Rechtspositionen aufgehoben werden.

I. Die Tragfähigkeit der zentralen Paradigmata

1. Rechte auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten

a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur

Grundrechtliche Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten werden des öfteren unter Hinweis auf das Recht begründet, die *Alternative des Mitteilens oder die des Schweigens*, den *Umfang und die Modalitäten von Mitteilungen* und insbesondere die *Adressaten von Kommunikationsbeiträgen frei zu wählen*. Dessen Herleitung beruht im wesentlichen auf zwei Grundgedanken. Zum einen stützt man sich auf die weitgehend anerkannte „negative“ Komponente von Freiheitsgewährleistungen. Dabei erstreckt sich das einschlägige Grundrecht nicht allein beispielsweise auf das Recht, seine Glaubensüberzeugung oder seine Meinung frei zu äußern, sondern auch auf das Recht, sie nicht zu äußern.¹³ Zum anderen wird die Überlegung eingeführt, daß die Grundrechte die Freigabe der Wahl von Kommunikationsthemen und der Wahl von Kommunikationspartnern sicherten.¹⁴ Dementsprechend legt man die Freiheit des Glaubens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses (Art. 4 Abs. 1 Alt. 1 und 3 GG; Art. 140 i. V. m. Art. 136 Abs. 3 WRV) sowie die Freiheit ungestörter Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) nicht nur dahin aus, daß der Grundrechtsträger das Recht habe, seine Überzeugungen zu verschweigen.¹⁵ Er soll auch über den konkreten Inhalt, über die Art und über die Empfänger der Kundgabe seiner religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen selbst entscheiden dürfen.¹⁶ Die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG soll das Recht umfassen, seine Meinung ganz oder gegenüber bestimmten Personen zu ver-

13 Allgemein zur „negativen“ Komponente von Freiheitsgewährleistungen siehe nur Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 4 Rn 54; Art. 5 I, II Rn 40; und ausführlich Kloepfer, Produkthinweispflichten, S. 23 ff., 58 ff.

14 Vgl. C. Mallmann, Datenschutz, S. 58 ff., und dort die Verweise auf Luhmann, Grundrechte, S. 98 ff. Vgl. auch Rohlf, Privatsphäre, S. 180, 186 mit Fn 304 und 305.

15 Dazu BVerfGE 12, 1 (4); 30, 415 (426); 41, 29 (49); 46, 266 (267 f.); 49, 375 (376), 65, 1 (38 f.). Außerdem Zippelius, in: BK, Art. 4 Rn 99 f.; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 4 Rn 56 f., 98.

16 Vogelgesang, Grundrecht, S. 91 f.; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 89 ff.

schweigen¹⁷ sowie Art und Inhalt der Meinungsäußerung und die Kommunikationspartner selbst zu wählen¹⁸. Das in Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln, wird als individuelles Recht gelesen, Thema und Adressaten der mit der Versammlung verbundenen Kommunikation frei zu wählen.¹⁹ Auch Art. 9 Abs. 1 und Abs. 3 GG sollen jeweils das Recht enthalten, sich seine Kommunikationspartner auszusuchen.²⁰ Die auf die eigenen Kommunikationsbeiträge und auf deren Adressaten bezogenen Entscheidungsrechte sollen Schutz nicht nur gegen staatliche Auskunftsbegheeren vermitteln. Sie sollen sich auch gegen Beobachtungen, Belauschungen oder sonstige Ermittlungen richten, wenn und weil die staatlichen Stellen (oder, soweit die Drittwirkung greift, private Dritte) gerade nicht als Adressaten angesprochen werden.

Als Argumentationsmuster liegt das Recht, die Adressaten von Kommunikationsbeiträgen selbst zu bestimmen, auch den Überlegungen zugrunde, die seinen Schutzzumfang eingrenzen. Solche Grenzen werden zum einen bei öffentlichen Kommunikationsbeiträgen gezogen. Diese seien einem unbegrenzten Kreis von Zuhörern oder Beobachtern zugänglich. Das Recht, die Kommunikationsadressaten frei zu wählen, könne aber nur dort in vollem Umfang Geltung beanspruchen, wo man den Zugang zur Äußerung beherrsche und unerwünschte Teilnehmer ausschließen könne. Wenn jeder die Möglichkeit der Kenntnisnahme habe, spiele der Wille, sich eigentlich nur bestimmten Personen mitteilen zu wollen, rechtlich keine Rolle.²¹ In diesem Zusammenhang findet sich auch das Argument, öffentlichen Meinungsäußerungen oder Versammlungen seien – vor allem bei politischen Zielrichtungen – schließlich darauf angelegt, daß Staat und Gesellschaft sie zur Kenntnis nähmen.²² Im Falle einer öffentlichen Kundgabe, einer öffentlichen Meinungsäußerung oder einer in der Öffentlichkeit stattfindenden Versammlung soll die staatliche Kenntnisnahme und Erlangung von Informationen daher nicht vom Schutz erfaßt²³ oder kein Grund-

17 Merten, Zur negativen Meinungsfreiheit, S. 761, 768 f.; Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 5 I, 11 Rn 41 ff.; Schmidt-Jortzig, Meinungs- und Informationsfreiheit, Rn 27; Rohlf, Privatsphäre, S. 183 ff.; Vogelgesang, Grundrecht, S. 95; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 94 f.

18 Rohlf, Privatsphäre, S. 180, 186 ff.; Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn 39; Merten, Zur negativen Meinungsfreiheit, S. 765; Schmidt-Jortzig, Meinungs- und Informationsfreiheit, Rn 26; Vogelgesang, Grundrecht, S. 95; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 92 ff.

19 C. Mallmann, Datenschutz, S. 61 f.; mit Einschränkungen für öffentliche Versammlungen Rohlf, Privatsphäre, S. 180, 186 ff., und Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 102 f.

20 Vogelgesang, Grundrecht, S. 103; vgl. auch Merten, Vereinsfreiheit, Rn 51 f. Siehe außerdem Schatzschneider, Ermittlungstätigkeit, S. 281; Friedrichs, Einsatz, S. 104 ff.; Vahle, Verfassungsrechtliche Maßstäbe, S. 435; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 107, 109: Art. 9 Abs. 1 und 3 GG umfaßten mit der Existenz- und Funktionsgarantie der Vereinigung ein Recht auf Mitgliederbestand in der gewünschten Form, das etwa davor schützen soll, daß verdeckt vorgehende Mitarbeiter der Sicherheitsbehörden der Vereinigung zur Beschaffung von Informationen über Vereinsinterna beitreten und sich in ihr betätigen oder daß staatliche Stellen über Mitarbeiter die Vorgänge in der Vereinigung im staatlichen Sinne zu beeinflussen versuchen.

21 Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 89 f.

22 Friedrichs, Einsatz, S. 97; Schmitt Glaeser, Privatsphäre, Rn 84; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 93.

23 So Vogelgesang, Grundrecht, S. 101 f., 220. Ähnlich auf der Basis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Masing, Untersuchungen, S. 145 ff.

rechtseingriff²⁴ sein. Zum anderen werden der Schutzreichweite in den Fällen Grenzen gesetzt, in denen die staatlichen Stellen die Informationen über eine Kommunikation im nachhinein aufgrund einer Mitteilung privater Dritter erlangen, die an der Kommunikation beteiligt gewesen sind. Das Recht, seine Kommunikationspartner frei zu wählen, schütze – sofern das Vertrauen in die Diskretion nicht rechtlich besonders gesichert sei – nicht davor, daß diese die Informationen an staatliche Stellen weitergäben; auch insoweit sei die Information für den sich Äußernden nicht mehr beherrschbar.²⁵

b) Leistungsgrenzen hinsichtlich informations- und datenbezogener Vorgaben

Die normative Begründung der Rechte, über die eigenen Kommunikationsbeiträge und über deren Adressaten selbst zu entscheiden, läuft mit Blick auf den ersten Grundgedanken – die „negative“ Komponente von Freiheitsgewährleistungen – über drei Argumentationsschritte: Rechte auf freie Äußerung schließen das Recht des Schweigens ein, Rechte auf freie Äußerung schließen die Entscheidung über Art und Modalitäten eines Kommunikationsbeitrages ein, und Rechte auf freie Äußerung schließen die Wahl der Adressaten ein. Inwieweit aus den Grundrechtsgewährleistungen Rechte, etwas zu verschweigen, hergeleitet werden können²⁶, kann hier zurückgestellt werden. Die vorrangig relevante Konkretisierung, mit der man einen informations- und datenbezogenen Schutz begründen will, beginnt mit dem dritten Schritt. Mit Blick auf das jeweils zugrunde gelegte Recht, etwas mitzuteilen oder zu schweigen, mag es konsequent erscheinen, die Entscheidung über Kommunikationsbeiträge relativ zu den Adressaten zu sehen und die Wahl, wem gegenüber man etwas mitteilen und wem gegenüber man schweigen will, in den Schutz einzubeziehen.

Es wird an dieser Stelle aber eine entscheidende Wendung eingeführt, wenn dies über den Verhaltens- und Entscheidungsschutz hinaus einen umgreifenden Informationsschutz – und nicht nur gleichsam reflexartig mitgeschützte Geheimhaltungschancen – hergeben soll. Schon im Ansatz vermißt man die Erläuterung, wie man über ein Recht, die Adressaten seiner Kommunikation zu wählen, eigentlich zu Verbürgungen gelangt, die auf die Sinngehalte, die in der jeweiligen Kommunikation entstehen, und weiter auf die Informa-

24 So *Rohlf*, Privatsphäre, S. 187 f., mit Einschränkungen für systematische Registrierungen und für das Aufbrechen einer auch bei Auftreten in der Öffentlichkeit denkbaren objektiv oder subjektiv vorhandenen Anonymität. Siehe auch *Hoffmann-Riem*, in AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn 39, mit Einschränkungen für Ton- und Bildaufzeichnungen, die er dem Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG unterstellt. Außerdem *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 89 f. – für die Bekenntnis- und Kultusfreiheit, S. 93 – für die Meinungsäußerungsfreiheit, S. 95 – für die Verbreitung und Veröffentlichung von Ansichten in den Medien, S. 100 f. – für die Beobachtung von öffentlichen Versammlungen, hier mit der Einschränkung, bei besonderer Intensität oder technischer Aufzeichnung könne die Beobachtung Eingriffsqualität annehmen.

25 *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 90, 93, 94 f., 96, 108.

26 Bei Schweigerechten muß man den verhaltensbezogenen Aspekt, etwas nicht *mitteilen* zu müssen, und den informationsbezogenen Aspekt, *bestimmte Inhalte* nicht mitteilen zu müssen, unterscheiden. Zur Beurteilung einer Verpflichtung der an Forschung und Lehre beteiligten Mitglieder und Angehörigen der Hochschulen zur öffentlichen Information über Ergebnisse der Forschung, die zu begründeten Bedenken Anlaß geben, vgl. etwa die ein grundsätzliches Recht auf Schweigen ablehnenden Ausführungen in BVerfGE 47, 327 (371): „Die Informationsverpflichtung verletzt kein Recht der Beschwerdeführer auf Schweigen. Ihnen steht bei ihrer Tätigkeit in Forschung und Lehre an einer öffentlichen Universität ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf vollständiges Schweigen nicht zu.“

tionen ausgerichtet sind, die staatliche Stellen (oder auch andere Private) über die Kommunikationsinhalte gewinnen. Das Schweigerecht müßte – statt als Verhaltensrecht – als übergreifendes Geheimhaltungsrecht und das Recht auf Wahl der Kommunikationsadressaten – statt als Auswahlrecht – als ausschließliches Entscheidungsrecht über die Kenntnis mitgeteilter Sinngehalte zu begreifen sein. Genau dies bedarf einer besonderen Begründung, die der gewählte Ansatz nicht trägt. Hier hat die Argumentation deshalb erkennbare Schwächen. Manchmal läßt man den Unterschied zwischen einem Recht zu schweigen und dem Schutz vor staatlicher Kenntnis verschwimmen.²⁷ Manchmal findet sich der Hinweis, daß ohne die jeweils erforderliche Ausdehnung das Recht zur Wahl nur bestimmter Rezipienten oder das Schweigerecht unterlaufen werde.²⁸ Das aber setzt voraus, was darzulegen wäre: der Hinweis verfängt nur dann, wenn man das Schweige- bzw. Wahlrecht nicht lediglich als entscheidungs-, sondern zumindest auch als informationsbezogenen Schutz zu verstehen hat.

Da die entwickelte Rechtsposition individuellen Verhaltens- und Wahlmöglichkeiten verhaftet bleibt, ist sie vornehmlich auf die Kenntnisnahme des Staates (als einem unerwünschten Adressaten), allenfalls noch auf eine Speicherung von Daten und deren Übermittlung (als erneute Kenntnisnahme durch unerwünschte Adressaten) zugeschnitten. Ganz im traditionellen Sinne wird so die rechtliche Beziehung zwischen Grundrechtsträger und Staat auf einen punktuellen Kontakt beschränkt: der Bürger äußert seine Meinung und eine staatliche Stelle nimmt dies zur Kenntnis, der Bürger nimmt an einer Versammlung teil und eine staatliche Stelle registriert dieses Verhalten. So mag die Zuordnung zu Einzelgrundrechten (relativ) einfach erscheinen – aber der dogmatische Zugang trifft den Gegenstand nicht. Denn er bezieht das *staatliche* Informationsgeschehen allenfalls unzulänglich in die Formulierung des Schutzgehalts ein. Ein auf den Umgang mit Informationen und Daten gerichteter Schutz zeichnet sich gerade dadurch aus, daß er auf die Abläufe staatlicher Kommunikation, in die staatliche Beobachtungen oder Daten einfließen und in denen die Informationen jeweils kontextabhängig erzeugt und umgesetzt werden, bezogen werden kann. Als entscheidungs- und handlungsorientierter Zugang ist das Recht, das Ob und Wie sowie die Adressaten der eigenen Kommunikation frei zu wählen, zur Entwicklung eines solchen Schutzes ungeeignet.

Die Begründungsdefizite werden mit den teilweise anzutreffenden Modifikationen nicht aufgefangen. Zwar werden bestimmte Schwächen des Argumentationsansatzes aufgezeigt. Tatsächlich kann dieser nicht erklären, wie man sich bei einem Auftreten in der Öffentlichkeit die Wahl von Kommunikationsadressaten vorstellen soll. Ihm entzieht sich eine staatliche Informationserlangung, die nicht über die aufgezwungene Teilnahme an einer stattfindenden Kommunikation, sondern über die nachträgliche Befragung privater Dritter erfolgt. Begegnet man dem mit Schutzbegrenzungen, setzt man aber die Begründbarkeit und Einschlägigkeit der begrenzten Rechtsposition voraus. Damit werden die grundsätzlichen Begründungsdefizite verkannt. Schon deshalb fehlt den Schutzbegrenzungen ihrer-

27 So meint etwa *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. I, II Rn 41, eine staatliche Informationssammlung sei immer in irgendeiner Weise mit dem Erzwingen von Äußerungen verbunden – eine Ansicht, die, wäre sie richtig, die Begrenzung der Aufmerksamkeit auf ein Schweigerecht (als Verhaltensrecht) ermöglichen würde.

28 So *Eberle*, Datenschutz, S. 308 f. Vgl. auch *Rohlf*, Privatsphäre, S. 146 f. (zur Bekenntnisfreiheit).

seits die Überzeugungskraft. Rechtliche Grenzen folgen auch keineswegs bereits daraus, daß es statt um das eigene Verhalten oder die eigene Einflußsphäre um Vorgänge, die von der Person losgelöst sind, und um (faktisch) „unbeherrschbare“ Informationen geht.²⁹ Diese Eigenheit des Gegenstandes ist vielmehr – wie die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung vom Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre bis hin zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung zeigt – der Anlaß gesonderter, eben auf einen Informationsschutz ausgerichteter Individualrechtspositionen, die den Einfluß des Grundrechtsträgers her- und sicherstellen.³⁰ Nicht die Begrenzung der Rechte auf freie Wahl von Kommunikationsbeiträgen und Kommunikationsadressaten liegt nahe, sondern eine gegenstandsgerechtere Grundrechtsauslegung.

Es lohnt sich, noch einen Blick auf den Hintergrund des zweiten Grundgedankens zu werfen, der neben der „negativen“ Komponente von Freiheitsgewährleistungen den Argumentationsansatz tragen soll. Dabei wird an Ausführungen dazu angeknüpft, daß die Grundrechte als Kommunikationsfreiheiten die Freigabe der Wahl der Kommunikationsthemen und der Kommunikationspartner sichern.³¹

„Themenwahl und Partnerwahl können nur zusammen freigegeben werden. Einige Grundrechte, wie das der Meinungsfreiheit, sind primär vom Kommunikationsthema her, andere, nämlich die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, sind primär vom Kommunikationspartner her konzipiert. Aber es handelt sich um komplementäre Rechte. Denn in einer differenzierten Sozialordnung muß jeder, der Mitteilungen machen oder sich informieren will, mit vorstrukturierten Partnerschaften von begrenztem Interessen- und Aufmerksamkeitshorizont rechnen. Er muß also seine Themen mit Rücksicht auf seine Partner oder seine Partner mit Rücksicht auf seine Themen wählen. Würde er in einer Hinsicht gebunden werden, wäre er es in der anderen auch.“³²

Daß Kommunikationsfreiheiten die Freiheit der Partnerwahl einschließen müssen, zielt hier darauf, daß etwa Versammlungen sich grundsätzlich nicht von zusammenkommenden Personen her aufbauen, die sich (erst) dann ein Thema suchen, sondern von einem Thema her, in bezug auf das sich die jeweils Interessierten mit den Partnern austauschen, die ihre Interessen teilen. Würden die Partner vorgegeben, mit denen man kommunizieren und sich zusammenschließen darf, wären auch die Themen, die unter solchen Bedingungen hinreichende – gemeinsam geteilte – Aufmerksamkeit erreichen, begrenzt. Auf ein individuelles Recht auf (Aus)Wahl und Begrenzung der Kommunikationsadressaten, das zu einem Schutz gegen eine Kenntnisnahme durch staatliche Stellen gewendet werden könnte³³, laufen diese Ausführungen nicht hinaus.³⁴ Ihr grundrechtsdogmatisch ausarbeitungsfähiger Akzent liegt vielmehr auf der *Freigabe* gesellschaftlicher Kommunikation aus der staatli-

29 So aber die Argumentation bei *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 89 ff.

30 Vgl. auch bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.I.

31 Siehe den Nachweis oben Vierter Teil, Fn 14.

32 *Luhmann*, Grundrechte, S. 99.

33 Im Zusammenhang mit der Versammlungsfreiheit sind mit den frei wählbaren Kommunikationspartnern nicht sämtliche Rezipienten, sondern die anderen Versammlungsteilnehmer gemeint. Dies wird von *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 61 f., auch zutreffend gesehen, aber nicht umgesetzt.

34 Die Ausführungen wären, was etwa die Versammlungsfreiheit angeht, eher zu Überlegungen dahin zu entwickeln, welche (überindividuellen) Bedingungen gegeben sein (und gegebenenfalls gefördert werden) müssen, damit diese Freiheit funktioniert – z.B. die Bedingung einer sozialen und politischen „Versammlungs“kultur oder die der Chance, für ein Thema im Vorfeld Aufmerksamkeit zu wecken, die zukünftige Versammlungen erst zustande kommen läßt.

chen Einflußsphäre, die sowohl die Kommunikationsthemen als auch die Kommunikationspartner umschließen muß, wenn sie gesichert sein soll. Grundrechte sollen Schutzeinrichtungen gegen Entdifferenzierungen in dem Sinne bieten, daß eine politisch und von staatlichen Instanzen unabhängige Erwartungsbildung in der Gesellschaft erreicht wird und möglich bleibt.

„Die Grundrechtsformulierungen heften sich an bestimmte Gefahrpunkte, in denen das politische System dazu tendiert, über seine spezifische Funktion der Herstellung verbindlicher Entscheidungen hinauszugreifen, soziale Prozesse in sich hineinzuziehen und sie unter politischen Gesichtspunkten (also: Untersystemgesichtspunkten) zu integrieren. ... Die klassischen Grundrechte der Glaubens- und Meinungsfreiheit einerseits, der Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit andererseits, mitsamt ihren Sonderformen wie Pressefreiheit, Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre, Freiheit familiärer Erziehung, Koalitionsfreiheit, Parteibildungsfreiheit und in gewissen Hinsichten auch die Berufsfreiheit sind nicht allein Ausformungen des Selbstdarstellungsschutzes der Persönlichkeit, sondern gleichrangig Schutzeinrichtungen der politisch unabhängigen Erwartungsbildung. ... Mit der Aufrechterhaltung einer funktional-spezifischen Differenzierung durch Kommunikationsfreiheiten wird keineswegs bezweckt, daß politisch Bedeutsames, das in gesellschaftlich freigegebenen Kommunikationen auftritt, unpolitisch zu behandeln sei, daß der Staat politisch erhebliche Kommunikationen und Gruppierungen außerhalb des politischen Systems ignoriere, als gingen sie ihn nichts an. ... Nicht die politische Neutralisierung der Gesellschaft außerhalb des selbständig organisierten Systems politischer Handlungen ist das Ziel der Kommunikationsfreiheit. Ihr Sinn ist vielmehr nur: daß das Interesse des Staates für politisch relevante gesellschaftliche Vorgänge eine Form erhält, welche die Differenzierung der Sozialordnung nicht aufhebt, sondern ihr angemessen ist.“³⁵

Diese Überlegungen zur Bedeutung von Kommunikationsfreiheiten werden verfehlt, wenn man sie in ein individuelles Recht preßt, über das Ob und Wie und über die Adressaten einer Kommunikation selbst zu entscheiden. Sie stimmen statt dessen mit Grundrechtsinterpretationen überein, die die Freiheitsversprechen auch unter Berücksichtigung überindividueller Ebenen verstehen.

2. Privatheits- und Geheimnisgewährleistungen

a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur

Vorgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten werden aus den Einzelgrundrechten hergeleitet, indem man sie als *Privatheits- oder Geheimnisgarantien* versteht. Bei einigen Normen kann man sich auf eine ausdrückliche textliche Absicherung stützen. So hält Art. 10 Abs. 1 GG fest, daß das Brief- sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis unverletzlich sind. Als Schutzgut wird aber meist nicht die Geheimnisqualität der medien- oder technikvermittelten Kommunikation, sondern die „Privatsphäre“ herausgestellt.³⁶ Manchmal wird dies nachfolgend inhaltlich angereichert, indem Sphären von der Intimsphäre bis zur Sozialsphäre entwickelt werden, denen man die jeweili-

35 Luhmann, Grundrechte, S. 97 ff.

36 So noch BVerfGE 67, 157 (171); 85, 386 (395 f.).

gen Kommunikationen je nach ihrem Inhalt zuzuordnen sucht.³⁷ In Abgrenzung dazu setzt man teilweise den Schwerpunkt anders: Die Norm eröffne dem Einzelnen die Möglichkeit, sowohl die Inhalte als auch die Partner seiner Kommunikation selbst zu bestimmen und so eine Selbstdarstellung ohne Rücksicht auf einen mitlesenden, mithörenden und registrierenden Staat zu konzipieren.³⁸ Die (tele)kommunikative Selbstbestimmung³⁹ oder auch die Verfügungsbefugnis über Informationen, die übermittelte Kommunikationsvorgänge betreffen⁴⁰, soll Schutzgut des Art. 10 GG sein. Art. 13 Abs. 1 GG gewährleistet die Unverletzlichkeit der Wohnung. Er schützt sie damit zumindest auch, wie Art. 13 Abs. 2 bis 5 GG belegen, gegen den staatlichen Einblick. Dies wird als Verbürgung einer räumlichen Privatsphäre und – näher aufgeschlüsselt – als Garantie von Rückzugs- und Entlastungschancen sowie der Möglichkeit vertraulicher sozialer Kontakte und im Adressatenkreis überschaubarer Selbstdarstellungen verstanden.⁴¹

Andere Einzelgrundrechte beschränken sich dagegen textlich etwa darauf, die Freiheit des Gewissens für unverletzlich zu erklären, die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film zu gewährleisten, Ehe und Familie dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung zu unterstellen oder das Recht auf Bildung von Vereinen und Gesellschaften zuzuerkennen. Auch aus solchen Aussagen werden aber Privatheits- und Geheimnisgarantien entwickelt. So sollen die Freiheit des Glaubens und die Freiheit des Gewissens in Art. 4 Abs. 1 GG jeweils einen Bereich verbürgen, der es dem Einzelnen ermöglicht, bestimmte religiöse, weltanschauliche oder ethische Überzeugungen zu haben, zu bilden sowie (in Abhängigkeit vom Normverständnis) danach zu leben.⁴² Insofern müsse – wie Art. 140 i.V.m. Art. 136 Abs. 3 WRV bestätigte – sichergestellt sein, daß Glaube und Gewissen als Kerninstanzen der Persönlichkeit autonom bestimmt werden könnten

37 Art. 10 GG bietet danach – im Prinzip – Schutz nach Maßgabe der jeweiligen Kommunikationsinhalte. Dieser Schutz wird dann nur aufgrund der Überlegung ausgedehnt, daß das Grundrecht im Ansatz sämtliche ihm unterfallenden Kommunikationen schützen muß, weil man die Kommunikationsinhalte kennen muß, damit man geschützte und ungeschützte Kommunikationen unterscheiden kann, und diese Kenntnis in das Grundrecht bereits eingriffe. Vgl. dazu *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 61; *Gusy*, Grundrecht, S. 90; mit anderem Ansatz dann *ders.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 10 Rn 14 ff.

38 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 163 ff.

39 *Roßnagel*, Recht auf (tele-)kommunikative Selbstbestimmung, S. 271 ff.; *Bizer*, in: AK-GG, Art. 10 Rn 38.

40 *So Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 10 Rn 15 f.

41 Aus der Rspr. des BVerfG etwa BVerfGE 51, 97 (107 ff.); 75, 318 (326 ff.); 109, 279 (309 ff.); zur weiten Auslegung des Wohnungsbegriffs: BVerfGE 32, 54 (69 ff.). Aus der Literatur *Rohlf*, Privatsphäre, S. 156 m.w.N.; *Guttenberg*, Heimliche Überwachung, S. 567 ff.; *Kunig*, in: GGK I, Art. 13 Rn 1 ff.; *Amelung*, Grundfragen, S. 2535. Nach *Rohlf*, Privatsphäre, S. 154, steht eine weite Bestimmung des Wohnungsbegriffs (vgl. BVerfGE 32, 54 (69 ff.); 42, 212 <219>) in einem gewissen Widerspruch zu dem Sinn und Zweck des Schutzes einer räumlichen Privatsphäre, die man den Normmerkmalen „Unverletzlichkeit“ und „Wohnung“ entnimmt. Ein nach der Funktion der Räumlichkeiten differenzierender Schutz müßte zusätzliche Kriterien einbringen, für die – wenn man einem weiten Wohnungsbegriff folgt – jedenfalls der Wortlaut allein nichts mehr hergibt. Für die eheliche oder familiäre Wohnung etwa soll Art. 6 Abs. 1 GG die Garantie des Art. 13 Abs. 1 GG verstärken, vgl. *Rohlf*, Privatsphäre, S. 174.

42 Zur (schutzreduzierend wirkenden) Verknüpfung der Religionsfreiheit mit der Privatsphäre BVerfGE 76, 143 (158 ff.); 81, 58 (66).

und nicht offenbart werden müßten.⁴³ Staatlichen Stellen sei es verwehrt, Glaubenseinstellungen auszuforschen⁴⁴ und in den Bereich innerster Überzeugungen durch Plauderdrogen oder ähnliche Mittel einzudringen⁴⁵. Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG⁴⁶ soll die Geheimhaltung der Informationsquellen im Rahmen des Verhältnisses zwischen Journalisten und Informanten decken.⁴⁷ Die Presse könne auf private Mitteilungen nicht verzichten, diese Informationsquelle fließe aber nur dann ergiebig, wenn sich der Informant grundsätzlich darauf verlassen könne, daß das Redaktionsgeheimnis gewahrt bleibe. Eine Gefährdung des Vertrauensverhältnisses könne über den Einzelfall hinaus nachteilige Auswirkungen auf andere Presseorgane und für die Pressefreiheit überhaupt nach sich ziehen.⁴⁸ Schutz genießt grundsätzlich auch selbstrecherchiertes Material⁴⁹ oder das Chiffregeheimnis im Rahmen des Anzeigenteils⁵⁰ (wobei die relevanten Daten und Informationen allerdings regelmäßig ausschließlich den Inserenten betreffen⁵¹). Auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit wird der Verbürgung des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG unterstellt. Für eine Vertraulichkeitsgewährleistung spreche der enge Zusammenhang mit dem Informantenschutz, jedoch auch die allgemeine Erwägung, daß nicht offen und ohne Rücksicht auf die Gefahr verkürzter oder entstellter Weitergabe gesprochen werde, wenn die Vertraulichkeit nicht gesichert sei.⁵² Art. 6 Abs. 1 GG, der Ehe und Familie dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung unterstellt, entnimmt man die Verbürgung einer ehelichen oder familiären Privatsphäre⁵³, die einen der Öffentlichkeit entzogenen und vor unberechtigter Aus-

43 Rohlff, Privatsphäre, S. 136. Vgl. auch Scholler, Freiheit, S. 121 f., 131 ff.; Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 58 f.; Vogelgesang, Grundrecht, S. 90 f.; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 87 f.; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Abs. 1, 2 Rn 10 ff, 22 ff.; Kokott, in: Sachs, GG, Art. 4 Rn 26, 49.

44 Rohlff, Privatsphäre, S. 141; Vogelgesang, S. 92 f.

45 Scholler, Freiheit, S. 140 ff.; Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 58; Rohlff, Privatsphäre, S. 140; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Abs. 1, 2, Rn 32; Zippelius, in: BK, Art. 4 Rn 42; Vogelgesang, Grundrecht, S. 92; Deutsch, Heimliche Erhebung, S. 88.

46 Zum folgenden insgesamt vgl. Degenhart, in: BK, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn 435 ff. m.w.N.

47 Vgl. BVerfGE 20, 162 (176, 187 ff.); 36, 193 (204); 50, 234 (240); 64, 108 (114 f.); 66, 116 (133 f.); 77, 65 (75); 100, 313 (365); 107, 299 (330).

48 BVerfGE 20, 162 (176, 187). Im Begründungsansatz ebenso BVerfGE 36, 193 (204); 64, 108 (115); 107, 299 (330 f.). Ähnlich zum Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Presse und Auftraggeber einer Chiffreanzeige BVerfGE 64, 108 (115); BVerfG (Kammerbeschl.) NJW 1990, 101 (702).

49 BVerfGE 77, 65 (74 ff.); 107, 299 (330).

50 BVerfGE 64, 108 (114 f.); BVerfG (Kammerbeschl.) NJW 1990, 701 (702).

51 Zur Prüfung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG BVerfG (Kammerbeschl.) NJW 1990, 701 (701). Die Einschlägigkeit wird ausdrücklich offengelassen.

52 Dazu BVerfGE 66, 116 (133 ff.); vgl. auch als Vorinstanz BGHZ 80, 25 (32 ff.); BVerfGE 77, 65 (75); 100, 313 (365); 107, 299 (330).

53 Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe BVerfGE 6, 55 (71, 81 f.); 35, 35 (39 f.: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG und eheliche Privatsphäre); 42, 234 (236 f.: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG, eheliche Privatsphäre sowie Recht auf freie Meinungsäußerung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG); 57, 170 (178 f.: Art. 2 Abs. 1 und Verstärkung durch Art. 6 Abs. 1 GG); 60, 329 (339: Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG). Trotz Unsicherheiten bei der Zuordnung läßt sich die These Schmitt Glaesers, Privatsphäre, Rn 3, das BVerfG lehne es ab, die eheliche Privatsphäre bei Art. 6 Abs. 1 GG anzusiedeln, nicht halten.

forschung geschützten Geheimbereich⁵⁴, Rückzugs- und Entlastungsmöglichkeiten, ein besonderes Maß der Vertraulichkeit des Gesprächspartners und eine damit korrespondierende Unbefangenheit der Kommunikation sowie die Vertraulichkeit bestimmter ehelicher und familiärer Beziehungen gewährleiste.⁵⁵ Soweit sich der Schutz des Art. 8 GG auf geschlossene Versammlungen bezieht, soll er das Vertrauen in die Begrenztheit des Teilnehmerkreises⁵⁶ oder eine ausdrückliche und bewußte Begrenzung des Kreises der Adressaten und den darin zum Ausdruck kommenden Wunsch nach Vertraulichkeit umfassen.⁵⁷ Auch Art. 9 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 3 GG konkretisiert man zu Garantien vertraulich-abgeschotteter Kommunikationen⁵⁸, wie sie etwa im Rahmen von Gremienbesprechungen stattfinden könnten. Art. 12 GG wird für einen Schutz gegen staatliches Wissen im Rahmen der Berufsausübung herangezogen, so als ein die Tätigkeit der Banken, bei Geschäftsbeziehungen unter Umständen auch die der Kunden schützendes „Bankgeheimnis“ zwischen Bank und Kunden⁵⁹. Bei Art. 14 Abs. 1 GG richtet sich der Schwerpunkt der Aufmerksamkeit auf den – teilweise auch im Wettbewerbsbereich angesiedelten und Art. 12 GG unterstellten – Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen.⁶⁰ Ein verfassungsrechtlicher Geheimnisschutz wird hier teilweise damit begründet, daß man die Folgen potentiellen Wissens anderer mitdenkt und darauf abstellt, daß es die Wettbewerbs- und Existenzfähigkeit der Unternehmen in vom grundrechtlichen Schutz umfaßten Aspekten beeinträchtigte, wenn das in Frage stehende betriebliche und geschäftliche Wissen publik wäre.⁶¹

Dieser Überblick läßt bereits erkennen, daß bei der Entwicklung grundrechtlicher Privatheits- und Geheimnisgarantien *verschiedene* Grundideen mitschwingen. Sie werden teilweise kombiniert und überlagern sich. Im wesentlichen lassen sich drei Stränge ausmachen. Zum einen wird mit dem *Recht* argumentiert, *Angelegenheiten zu verschweigen* und so *Rückzugsbereiche zu sichern* oder die *Kommunikationspartner auszuwählen* und so *Kommunikationen vertraulich zu halten*. Man ordnet Rückzugsbereich oder Kommunikation je nach Kontext dem Einzelgrundrecht zu. Ausschlaggebend für den Schutz ist dann der Geheimhaltungswille des Einzelnen oder der Wunsch nach Vertraulichkeit, der in expliziten Teilnahmebegrenzungen und im Aufbau von Wahrnehmungsschranken zum Ausdruck kommt. Ganz verbreitet ist es zum zweiten, *Sachverhalten oder Situationen* im Bereich der Einzelgewährleistungen einen *Privatheits- oder Geheimnischarakter* zuzuschreiben. Man

54 So *Pirson*, in: BK, Art. 6 Rn 91; außerdem *Scholler*, Freiheit, S. 133; *Rohlf*, Privatsphäre, S. 174.

55 Zu allen Aspekten *Rohlf*, Privatsphäre, S. 174 ff.; *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 110 ff.

56 *Schrepfer*, Datenschutz, S. 114.

57 *Friedrichs*, Einsatz, S. 98: „Bei nichtöffentlichen Versammlungen schützt Art. 8 GG auch das Recht der Teilnehmer, unerwünschte Zeugen auszuschließen, eben nicht öffentlich zu tagen und somit den Teilnehmerkreis selbst zu bestimmen.“ Ähnlich *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 102 f.

58 *Merten*, Vereinsfreiheit, Rn 51 f.; *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 107 f.

59 Zur Frage der verfassungsrechtlichen Fundierung eines „Bankgeheimnisses“ (ein Bündelungsbegriff) siehe nur *Canaris*, Bankvertragsrecht, Rn 36 ff.; *Selmer*, Steuerrecht und Bankgeheimnis, S. 7 ff.; *Rehbein*, Rechtsfragen, S. 143 ff.; *Lerche*, Bankgeheimnis, S. 165 f., jeweils m.w.N. Allgemeiner siehe auch *Ehmann*, Bankauskunft, S. 123 ff.

60 Vgl. dazu *Breuer*, Schutz, S. 171 ff., bes. 174 f.; *Schröder*, Geheimhaltungsschutz, S. 19 ff.; *Hahn*, Offenbarungspflichten, S. 170 ff.; *Oldiges*, Internationale Steuerauskunft, S. 87 ff.; *Taeger*, Offenbarung, S. 53 ff., bes. 60 ff.

61 Vgl. dazu – auch ausführlicher und mit weitergehenden Überlegungen – *Schröder*, Geheimhaltungsschutz, S. 16 und 20 ff.; *Hahn*, Offenbarungspflichten, S. 171.

orientiert sich am Regelungsansatz der Art. 10 Abs. 1 und 13 Abs. 1 GG und an der Sphärenkonzeption, die man Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entnimmt. Anhand von Kriterien wie der personalen Nähe, dem Maß der Kommunikation oder dem Sozialbezug und in Abgrenzung gegen öffentliche Vorgänge werden mit Blick auf das sachliche Thema des jeweiligen Einzelgrundrechts „Sphären“ vom forum internum bis hin zu vertraulichen Kommunikationen entwickelt, die gegenüber dem Staat aus- und abgegrenzt werden. Auf diese Weise entstehen Wertmaßstäbe, die ein funktionales Äquivalent zu den formalen Anknüpfungspunkten der Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG bilden. Daran knüpft man die Rechtswirkung eines mehr oder minder intensiven Privatheitsschutzes, der dem Einzelnen Abwehrrechte gegen eine staatliche Kenntnisnahme oder gegen eine Datengewinnung vermitteln soll. Zum dritten gibt es eine Argumentation, die sich vornehmlich vom *freiheitsschützenden Gehalt der Grundrechte* leiten läßt und die Grundrechtsaussagen weiterführend interpretiert. Beispielsweise wird der grundrechtliche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unter anderem unter Berücksichtigung des sozialen Kontexts und mit Folgenerwägungen hergeleitet. Ähnlich argumentiert das Bundesverfassungsgericht bei Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, wenn auch zugleich Sphärenvorstellungen mitschwingen.

b) Die Schutzkonzeptionen der Artikel 10 und 13 GG

Von den Einzelgewährleistungen sind Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG schon aufgrund ihres Wortlauts als Grundlage rechtlicher Bindungen des Umgangs mit Informationen und Daten anerkannt. Art. 10 Abs. 1 GG gewährleistet die Unverletzlichkeit des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses. Art. 13 Abs. 1 GG gewährt mit der Unverletzlichkeit der Wohnung in räumlich umgrenzter Form einen Ort des Ungestört- und Unbeobachtetseins für die individuelle Entfaltung, den Rückzug oder für Nähebeziehungen.⁶² Beide Normen enthalten einen Regelungsansatz, bei dem durch formale Anknüpfungspunkte festgelegt wird, welche Kommunikationen oder Bereiche grundsätzlich Schutz genießen.

Der Regelungsansatz kann mit Blick auf Art. 10 GG erläutert werden, der im Bereich des informations- und datenbezogenen Schutzes wegen der Kommunikationen über die Telekommunikationsnetze eine zunehmende Rolle spielt. Das Grundrecht macht die Benutzung des jeweiligen Mediums zum Kriterium eines Geheimnisschutzes. Hintergrund

62 BVerfGE 32, 54 (69 ff.); 51, 97 (107); 75, 318 (328); 109, 279 (309 ff.). Wenn man dem Regelungsansatz des Art. 13 Abs. 1 GG einen raumbezogenen Anknüpfungspunkt zuschreibt, ist die Norm bei der staatlichen Gewinnung von Informationen über die Wohnung oder über das Verhalten in der Wohnung durch Auskunftsverlangen oder durch Befragen von Ehepartnern, Freunden oder Kindern nicht einschlägig. Das entspricht BVerfGE 65, 1 (40). Zu einem Aufwerfen der Frage siehe *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 91. Zum Problem gezielter Observationen des Umfelds der Wohnung sowie systematischen Zusammenführens einzelner Informationen zur Erlangung eines Bildes von den Geschehnissen in der Wohnung selbst siehe auch einerseits *Schmitt Gläeser*, Privatsphäre, Rn 54, und andererseits *Guttenberg*, Heimliche Überwachung, S. 568 f. m.w.N. Jedenfalls zur Bestimmung des Kernbereichs – bei der auch die Leitidee des Art. 1 Abs. 1 GG heranzuziehen ist – reicht ein formaler Ansatz freilich nicht mehr in jeder Hinsicht aus. Vgl. BVerfGE 109, 279 (313 ff.).

sind die medienspezifischen Gefährdungen.⁶³ Die geschützten Kommunikationen zeichnen sich dadurch aus, daß sie räumliche Distanzen und mittlerweile auch zeitliche Spannen⁶⁴ zwischen den Kommunikationsbeteiligten überbrücken. Sie sind dafür auf Übermittlung durch Dritte oder auf Kommunikationstechniken und -netze angewiesen. Deswegen sind sie Zugriffen seitens des Staates oder privater Dritter in besonderer Weise ausgesetzt. Hinzu kommt, daß Zugriffe von den Betroffenen nicht ohne weiteres bemerkt werden.

Da der Staat Brief- oder Telekommunikationen frühzeitig zu Sicherheitszwecken überwacht hat, bezieht sich der Schutz des Art. 10 GG historisch betrachtet vor allem auf die staatlichen Sicherheitsbehörden.⁶⁵ Diese Lage ist mit der Privatisierung im Bereich der Post und der Telekommunikation komplexer geworden. Die zentralen Maßgaben zur Aufgabenerfüllung setzt Art. 87 f GG: Der Bund gewährleistet im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen; ihm obliegt somit eine Gewährleistungsverantwortung. Post- und Telekommunikationsdienstleistungen werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht. Den insoweit entstehenden Gefährdungen des Schutzziels des Art. 10 GG begegnen übergreifende Maßgaben sowie Schutzpflichten: Danach ist der Staat zu einer grundrechtsadäquaten Ausgestaltung und zum Schutz der individuellen Interessen der Kommunikationsteilnehmer verpflichtet.⁶⁶ Er selbst bleibt zugleich zum Unterlassen von Eingriffen verpflichtet. Die notwendige Ausgestaltung darf nicht so vorgenommen werden, daß diese Pflichten unterlaufen werden.

Anknüpfungspunkt und Tatbestandsvoraussetzung des grundrechtlichen Schutzes ist die *Benutzung des jeweiligen Mediums*. Mit Blick auf den Schutzzweck kann Art. 10 GG „dynamisch“ an die technische Entwicklung angepaßt werden.⁶⁷ Insoweit ist insbesondere das Fernmeldegeheimnis nicht auf die traditionellen Fernmeldedienste beschränkt, sondern kann – entsprechend der normtextlichen Novellierung in Art. 87 f und Art. 73 Nr. 7 GG – zum Telekommunikationsgeheimnis ausgebaut werden.⁶⁸ Dieses erstreckt sich auf alle mittels Telekommunikationstechniken übermittelten Kommunikationsbeiträge⁶⁹, die – dies macht die Abgrenzung des Telekommunikationsgeheimnisses zur

63 Zu den Beweggründen und Zielen des so gestalteten Schutzes vgl. nur *Badura*, in BK, Art. 10 Rn 1 ff.; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 10 Rn 2 ff.; *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 114 f.

64 Dies vor allem bei Eingabe, (Zwischen)Speicherung und späterem Abruf von Beiträgen in einem Netz.

65 BVerfGE 85, 386 (396); ähnlich *Badura*, BK, Art. 10 Rn 1 ff.; *Gusy*, Grundrecht, S.89 f.

66 Zur Sicherung von Fernmeldegeheimnis und Datenschutz im Telekommunikationsrecht §§ 88 ff TKG. Außerdem *Groß*, Schutzwirkung, S. 326 ff.; *Königshofen*, Datenschutz, S. 19 ff.; *Wuermeling/Felixberger*, Fernmeldegeheimnis, S. 230 ff. Zu den europarechtlichen Vorgaben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.II.

67 *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 10 Rn 37 f.; *Gusy*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 10 Rn 23.

68 *Rieß*, Fernmeldegeheimnis, S. 129 ff.

69 Vgl. die Definition in § 3 Nr. 22 TKG: Telekommunikation ist „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen.“ Diese sind nach § 3 Nr. 23 TKG „technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“.

Freiheit des Rundfunks aus – individuell an einen bestimmten Adressaten(kreis) gerichtet sind.⁷⁰ Wegen seines Bezugspunktes schützt Art. 10 Abs. 1 GG nicht unmittelbar die *Inhalte* eines zum Beispiel über das Telefon geführten Gesprächs, sondern das *Telefongespräch* und (erst und nur) insofern auch die Kommunikationsinhalte.⁷¹ Daher ist der vom Schutz erfaßte Bereich auf die Situation und Zeitspanne der Benutzung des jeweiligen Mediums beschränkt.⁷² Etwa sind Telekommunikationen über das Internet geschützt, solange und soweit der Beitrag sich im Netz bewegt. Der Schutz erstreckt sich technikadäquat auf die Speicherung zu Vermittlungs- oder Abrufzwecken bei den Dienstleistern, endet aber, sobald jemand einen Beitrag aus dem Netz auf seinen eigenen Rechner geladen hat.

Mit dem Anknüpfungspunkt der medienvermittelten Kommunikation und der Geheimnisgarantie besitzt Art. 10 GG einen *formalen Regelungsansatz*, der den Schutz prägt. Wie der Überblick über Rechtsprechung und Literatur ergeben hat, wird sein Schutzgehalt mit verschiedenen Argumentationsmustern konkretisiert. Dazu gehören die – teilweise nach Maßgabe der Sphärenkonzeption angereicherte – Figur der Privatsphäre, das Recht auf Selbstbestimmung über die Inhalte und die Partner der Kommunikation oder auf Selbstdarstellung, die (tele)kommunikative Selbstbestimmung oder die Verfügungsbefugnis über Informationen, die übermittelte Kommunikationsvorgänge betreffen.

Mit der Privatsphäre als Schutzgut wäre die Verbürgung des Art. 10 GG jedoch unzureichend erfaßt. Soweit der Begriff der Privatsphäre lediglich einen gegen Wissensinteressen abgeschotteten Bereich bezeichnen soll, ist der Rückgriff darauf in doppelter Hinsicht wenig weiterführend: Er gibt für die Absicherung und das Gewicht des Schutzes gegenüber Kenntnisinteressen kaum Kriterien her, und die Aufmerksamkeit bleibt nicht selten auf die Abwehr nur der (Phase der) staatlichen Kenntnisnahme beschränkt.⁷³ Soweit man die Privatsphäre inhaltlich nach Maßgabe der Sphärenkonzeption anreichert, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entnommen und in die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hineingelesen wird, folgt daraus eine prinzipielle Ausrichtung und Begrenzung des Schutzes auf Kommunikationsinhalte „intimen“ oder „privaten“ Charakters.⁷⁴ Diese Begrenzung müßte in den Phasen wirksam werden, die einer – gesetzlich legitimierbaren – Kenntnisnahme nachfolgen: Kommunikationsbeiträge ohne „privaten“ Charakter könnten konsequenterweise nicht (mehr) geschützt sein. Eine solche Sicht findet in Art. 10 GG aber schon normtextlich keinerlei Rückhalt. Die sphärentheoretische Rekonstruktion trifft zudem den Hintergrund und das Ziel des Schutzes nicht. Da

70 Frühzeitig zu diesem Problem Scherer, Telekommunikationsrecht, S. 578 ff. Hinsichtlich der Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen mit anderem Ansatz Windthorst, Universaldienst, S. 96 ff.

71 Vgl. Gusy, Grundrecht, S. 95: Trennung von geschütztem Kommunikationsvorgang und Information; siehe außerdem Bär, Zugriff, S. 309 ff.

72 Siehe Gusy, Grundrecht, S. 91; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Art. 10 Rn 3 ff. Konstellationen, bei denen staatliche Stellen dadurch Kenntnis erlangen, daß ein Kommunikationsbeteiligter oder ein Dritter, der aufgrund seiner Anwesenheit in der Wohnung mithört, die Inhalte eines Telefongesprächs mitteilen, werden dann nicht vom Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG eingeschlossen. Ebensovienig ist diese Norm beim staatlichen Mithören von Raumgesprächen über eine am Telefon angebrachte Abhöranlage einschlägig, vgl. BGHSt 31, 296 (297 ff.). Ggf. greifen andere Grundrechte.

73 Vgl. etwa Schmitt Glaeser, Privatsphäre, Rn 68.

74 Vgl. Vierter Teil, Fn 37.

die medien- oder technikvermittelte Kommunikation wegen der medienspezifischen Gefährdungen geschützt wird, kommt es nicht darauf an, ob die Kommunikationsbeiträge einen privaten oder einen anderen, etwa geschäftlichen oder politischen, Inhalt haben.⁷⁵ Der Grad der „Privatheit“ der Kommunikationsinhalte ist kein Kriterium für eine Differenzierung innerhalb des Gewährleistungsbereichs. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht Art. 10 GG mittlerweile aus dem Paradigma der Privatsphäre gelöst.⁷⁶ Das Grundrecht bietet im Ansatz einen gegenständlich radizierten Schutz.⁷⁷

Verkürzend wirkt es ebenfalls, wenn man den Schutz des Art. 10 GG unter dem Gesichtspunkt individueller Selbstbestimmung oder individueller Verfügungsbefugnisse über Informationen beschreibt. Soweit sich hierin das Recht auf freie Entscheidung über Kommunikationsinhalte und -partner widerspiegelt, bleibt man auf ein Auswahl- und Ausgrenzungsrecht reduziert. Die Beschreibung des Schutzes als Verfügungsbefugnis über Informationen, die übermittelte Kommunikationsvorgänge betreffen, gelangt zwar in weiterführender Weise zu informations- und datenbezogenen Rechtspositionen. Daß Art. 10 GG aber nicht die Verfügungsbefugnis eines (oder jedes ?) der Beteiligten über die Beiträge oder die Daten schützt, wird bereits daran deutlich, daß er nicht davor bewahrt, daß der andere Kommunikationspartner Inhalte oder Umstände der Kommunikation weitererzählt.⁷⁸ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht den Schutzgehalt des Art. 10 GG in mehrfacher Hinsicht gegen die Gestaltung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entnommenen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung abgegrenzt.⁷⁹ Der traditionell-individualistische, ganz auf den einzelnen Kommunikationsteilnehmer und seine Entscheidungsmöglichkeiten konzentrierte Zugang wird der Gewährleistung des Art. 10 GG nicht gerecht.

Im Mittelpunkt des Art. 10 GG steht vielmehr die Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation.⁸⁰ Die Überlegungen zur Auswahl der Kommunikationsinhalte und -partner können hier eingegliedert werden, indem sie zu den Grundlagen gehören, aber nicht Schutzgut sind. Der grundrechtlichen Verbürgung liegt zugrunde, daß die Teilnehmer einer Kommunikation ihre jeweiligen Kommunikationspartner bei der Aufnahme einer Kommunikationsbeziehung und hinsichtlich der Kommunikationsinhalte auswählen und sich aufeinander einstellen. Wenn sie bei der technikvermittelten und insofern nur begrenzt überschaubaren

75 BVerfGE 100, 313 (358).

76 BVerfGE 100, 313 (358 ff.), und dazu Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.I. Anders noch BVerfGE 67, 157 (171); 85, 386 (395 f.).

77 So *Welp*, Überwachung, S. 36 ff.

78 Verkürzend allerdings BGHSt 39, 335 (338 ff.), mit der Ansicht, es sei kein Unterschied, ob der Kommunikationsinhalt weitererzählt oder über einen eingebauten Lautsprecher oder Zweithörer von einem Polizeibeamten mitgehört werde. Im Anschluß daran auch BGH (Großer Senat), NJW 1996, 2940 (2943), der meint, es handele sich dabei um eine Kenntnisnahme nach Abschluß der allein unter Art. 10 GG fallenden Übermittlungsphase; der Grundrechtsschutz ende am Endgerät des Fernsprechteilnehmers, der aus eigenem Entschluß an sein Endgerät eine Mithörrichtung angeschlossen habe. Ähnlich *Germann*, Gefahrenabwehr, S. 498.

79 Siehe oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.I.

80 Zutreffend auch in Abgrenzung gegen den Privatsphärenansatz herausgestellt bei *Groß*, Schutzwirkung, S. 328.

Kommunikation damit rechnen müßten, daß staatliche Stellen zwangsweise oder heimlich an der Kommunikation teilhaben, würde die Kommunikation unter Umständen vermieden, reduziert oder anderweitig verändert.⁸¹ Bedingungen der Möglichkeit einer freien und unbefangenen Brief- und Telekommunikation sind somit deren Geheimnisqualität in der Vermittlungsphase und damit deren Transparenz für die Teilnehmer. Deshalb gewährleistet Art. 10 GG diese Bedingungen. Die Grundrechtsträger werden darauf bezogen jeweils eigenständig⁸² als Kommunikationsteilnehmer geschützt. Der Schutz schließt die Möglichkeit der Teilnehmer ein, die Kommunikation zu gestalten und insbesondere auch deren Geheimnisqualität durch entsprechende Vorkehrungen stärker zu sichern. Zum Beispiel steht es ihnen – im Sinne eines „Selbstdatenschutzes“⁸³ – zu, Verschlüsselungstechniken einzusetzen⁸⁴ oder Anonymisierungsdienste zu nutzen⁸⁵.

Die Garantie des Art. 10 GG stellt dabei nicht allein darauf ab, daß eine staatliche Stelle unmittelbar Kenntnis von einer Kommunikation nehmen könnte. Vielmehr spielt bereits für den Schutz vor staatlicher Kenntniserlangung eine Rolle, daß erlangte Kenntnisse zu staatlich bestimmten Zwecken in staatlichen Verwendungszusammenhängen als Daten gespeichert und als Informationen verwertet werden können. Erst der Blick auf den „Verwendungszusammenhang“ macht deutlich, wie die durch eine Überwachung erlangten Angaben interpretiert, ausgewählt, weiterverarbeitet und verwendet werden und welche nachteiligen Folgen für die Grundrechtsträger entstehen können. Im jeweiligen Verwendungszusammenhang können etwa auch aus den Angaben über die Teilnehmer eines bestimmten Fernmeldeverhältnisses, die für sich genommen belanglos erscheinen mögen, informative Schlüsse gezogen werden. Das erklärt die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes über die Kommunikationsinhalte hinaus: Er erstreckt sich auf die näheren Umstände der Kommunikation.⁸⁶ Seine Bedeutung erschließt sich also erst bei einer übergreifenden Sicht, die die einer Kenntnisnahme folgenden Informations- und Datenverarbeitungen sowie die Umsetzung von Informationen in Entscheidungen in den Blick einbezieht.

Das legt bereits nahe, daß sich die Schutzwirkungen auf den Umgang mit Informationen und Daten erstrecken, der einer Kenntnisnahme geschützter Kommunikationsvorgänge nachfolgt. Folgern läßt es sich aus der hinzutretenden Überlegung, daß Art. 10 Abs. 1 GG in funktionalem Zusammenhang mit dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 Abs. 2 GG steht. Die staatliche Kenntnisnahme von geschützten Kommunikationsvorgängen bedarf einer gesetzlichen Ermächtigung, die insbesondere auch die (Verwen-

81 Vgl. dazu BVerfGE 100, 313 (359); 107, 299 (313).

82 BVerfGE 85, 386 (398 f.).

83 Vgl. *Roßnagel*, Datennetze, S. 29. Siehe dazu auch Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2., Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt D.II.2.

84 *Bizer*, AK-GG, Rn 41; *ders.*, Vertraulichkeit, S. 454; *ders.*, Nachfrage, S. 39 ff. Übergreifender *ders.*, Verschlüsselung, S. 245 ff. Außerdem etwa *Grote*, Selbstbestimmung, S. 40 f.; *Marauhn*, Sicherheit, S. 81.

85 *Möller*, Regulierung, S. 269 f.

86 BVerfGE 67, 157 (172); 85, 386 (396), 100, 313 (358); 107, 299 (314, 319 f.). Aus der Literatur etwa *Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 10 Rn 15, 18; *Rohlf*, Privatsphäre, S. 163 ff.; *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 62 ff.

dungs)Zwecke zu regeln hat, im Hinblick auf die die Kenntnisnahme zulässig ist. Die gesetzlich bestimmten und von der Exekutive konkretisierten Zwecke sind Grundlage der verfassungsrechtlichen Prüfung unter anderem anhand des Übermaßverbots. Indem die Kenntnisnahme nicht für sich genommen zu beurteilen ist, sondern auf die ihr nachfolgenden Phasen verweist, ist sie Teil eines Informations- und Datenverarbeitungsprozesses. Wäre die Verwendung nach Kenntnisnahme ohne Fortwirken der für die Kenntnisnahme geltenden Zweckfestlegung möglich, wäre diese weitgehend bedeutungslos. Die eingrenzende Festlegung liefe praktisch leer, wenn nicht auch die anschließenden Phasen der Speicherung, Verwendung oder auch Übermittlung grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich verfassungsmäßiger Zweckänderungen, an die Zwecke gebunden wären. Man kann dies um folgenreichere Argumente ergänzen: Die geschützte freie Telekommunikation wird gerade auch dann gestört, wenn die erlangten Kenntnisse im staatlichen Kontext nachteilig verwertet oder weitervermittelt werden.⁸⁷

Da Datenverarbeitungs-, Informations- und Entscheidungsprozesse tendenziell unendlich aneinanderknüpfen und die Informationsgrundlagen sich dabei immer mehr verändern können, muß die Schutzwirkung allerdings an irgendeiner Stelle enden. Wird der vom Grundrecht determinierte Prozeß durch die Verwendungszwecke umrissen, die die Kenntnisnahme der Kommunikationsinhalte oder die Datenerhebung rechtfertigen, reicht er bis zur Verwendung erlangter Informationen und Daten für eben den Verwendungszweck, dem die Kenntnisnahme und die Erhebung gedient haben. Die entsprechenden Entscheidungen sind Endpunkt der Schutzwirkung. Art. 10 GG greift also für Entscheidungen, die auf jene Entscheidungen als Informationsgrundlage zurückgreifen, nicht mehr. Die Änderung des Zwecks der Verwendung der erlangten Daten im Informations- und Datenverarbeitungsprozeß oder die Übermittlung der erlangten Daten fallen darunter allerdings nicht, sofern die erlangten Daten in ihrer originären Form anders verwendet oder übermittelt werden, also selbst wieder unmittelbar Anknüpfungspunkt einer weiteren eigenständigen Verwertung werden.

Im Ergebnis verbürgt Art. 10 GG über einen formalen Regelungsansatz prozeßübergreifend die grundsätzliche Geheimnisqualität der Kommunikationsbeiträge und Daten, die in Kommunikationen entstehen, die über die aufgezählten Medien und Techniken vermittelt werden. Diese Verbürgung ist nicht auf den Schutz „privater“ Kommunikationsinhalte und nicht auf den Schutz vor einer staatlichen Kenntniserlangung beschränkt. Sie kann sich im Falle einer gesetzlich gedeckten Kenntnisnahme etwa auf die Zulässigkeit von Änderungen der ursprünglichen Verwendungszwecke, im Rahmen des Übermaßverbots oder bei den notwendigen Schutzvorkehrungen auswirken. Im übrigen ist sie in vielfältigen Dimensionen zu entfalten. Im Bereich der Telekommunikation, in dem inzwischen ein Geflecht mehrerer Beteiligter – Netzbetreiber, Dienstleister, verschiedenste Teilnehmer, staatliche Stellen – vorhanden ist, prägt die Privatisierungsfolgenverantwortung⁸⁸ die

87 BVerfGE 100, 313 (359, 360). Vgl. auch BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 153 ff.

88 Der Begriff findet sich bei *Bauer*, Privatisierung, S. 279.

staatlichen Ausgestaltungs- und Schutzpflichten.⁸⁹ Diese Ausgestaltungs- und Schutzpflichten sind nicht auf ein Minimum reduziert. Art. 10 GG wird in seinem Schutzgehalt nicht dadurch relativiert, daß nunmehr private Dritte statt staatlicher Stellen als reine Vermittler den Übermittlungsvorgang übernehmen.⁹⁰

Indem Art. 10 GG in seinem Anwendungsbereich einen gegenständlich radizierten Schutz bietet, lassen sich Bindungen und Rechte konkretisieren, die sich sowohl auf die Kenntnisnahme geschützter Kommunikationsvorgänge als auch auf den sich daran anschließenden Umgang mit den Informationen und Daten beziehen. Zu einem entsprechenden Ergebnis führt die Auslegung des Art. 13 GG.⁹¹ Es ist Folge des formalen Regelungsansatzes, daß zu den jeweiligen Bindungen andere Grundrechtsgewährleistungen mit ihren näheren inhaltlichen Maßgaben verstärkend hinzutreten können.⁹²

c) Die Schutzzinhalte anderer thematisch spezifizierter Grundrechte

Ein formaler Ansatz wie in Art. 10 und 13 GG findet sich in den anderen Freiheitsgewährleistungen nicht. Ihr Normtext nennt in punktueller Form inhaltlich umschriebene Gegenstände und verbindet dies mit Unverletzlichkeits-, Schutz- oder Freiheitsversprechen. Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten bedürfen daher einer eigenständigen Herleitung.

aa) Die Leistungsgrenzen einer sphärenorientierten Abgrenzung privater Bereiche

Der Überblick über die Argumentationsmuster in Rechtsprechung und Literatur hat gezeigt, daß hier zum Teil auf das jeweils konkretisierte Recht zurückgegriffen wird, Gegebenheiten zu verschweigen oder die Kommunikationspartner auszuwählen und so Rückzugsbereiche zu sichern oder Kommunikationen vertraulich zu halten. Das entspricht der Argumentation mit Rechten auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten. Wie bereits in diesem Zusammenhang erläutert worden ist, lassen sich damit jedoch Schutzpositionen, die auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten seitens des Staates (oder, soweit die Drittwirkung greift, anderer Privater) gerichtet sind, nicht in der erforderlichen Weise begründen. Von Interesse ist daher zunächst die Argumentationslinie, die Rechtsbindungen entwickelt, indem sie Bereiche oder Sachverhalte privaten Charakters abgrenzt. Leitbild sind hier der formale Ansatz der Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 GG sowie die Sphärenkonzeption, die man Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterstellt. Mit Hilfe von Kriterien wie der „personalen Nähe“, dem „Maß der Kommunikation“ oder dem

89 § 88 TKG hält das Telekommunikationsgeheimnis für private Netzbetreiber oder Diensteanbieter auf einfachgesetzlicher Ebene fest. Zu den umfassenden Schutzmechanismen auf der Basis der aus Art. 10 GG folgenden Schutzpflichten *Groß*, Schutzwirkung, S. 332 ff.

90 Zur differenzierten Konkretisierung von leistungsrechtlichen Gehalten, u.a. von Schutzpflichten, vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V. Im obigen Zusammenhang siehe etwa *Palm/Roy*, Mailboxen, S. 1794.

91 BVerfGE 109, 279 (309, 313 ff., 374 ff.).

92 Für Art. 10 GG BVerfGE 100, 313 (365); 107, 299 (329 ff.). Für Art. 13 GG BVerfGE 109, 279 (326 f.).

„Sozialbezug“ werden Bereiche oder Sachverhalte im Regelungsfeld der jeweils angesprochenen Gewährleistung bezeichnet, die einen mehr oder minder weitreichenden Privatheits- oder Geheimnischarakter haben und deshalb in abgestufter Intensität gegen staatliche Einblicke geschützt sein sollen.

Geht man der Tragfähigkeit dieses Ansatzes näher nach, läßt sich schnell feststellen, daß textlich der normative Rückhalt fehlt. Den grundgesetzlichen Gewährleistungen⁹³ sind weder Begriffe wie „Intimsphäre“, „Privatsphäre“ oder „Privatheit“ noch aus sich heraus festliegende Sachverhalte zu entnehmen, die sich nach dem Maß der Kommunikation oder einem ähnlich verstandenen Sozialbezug konturieren lassen und mit einem abgestuften Schutz gegen staatliche Kenntnisse einhergehen. Im Gegenteil stützen die Grundrechte eine Konkretisierung in verschiedene Facetten, insbesondere auch im Hinblick auf Kommunikationen, ohne daß man eine lineare Ordnung oder feste Gewichtigkeitsewertungen ausmachen kann. Das hat gute Gründe darin, daß es sich um jeweils eigenständige Schutzrichtungen handelt.⁹⁴

Der gewählte Ansatz wird zudem dem Gegenstand nicht gerecht und zieht sinnwidrige Folgen nach sich. Niederschriften oder Gespräche mit anderen entwickeln ihren eigenen Gehalt und bieten daher einem etwaigen staatlichen Zugriff eine besondere Informationsbasis. Man kann nicht von der Vorstellung ausgehen, daß der Einzelne die relevanten Gedanken- oder Gesprächsinhalte immer schon selbst „besitzt“ und diese bei Niederschriften oder Kommunikationen „abgibt“, sich also bestimmter – hier wie ein ontisches Element verstandener – Informationen ohnehin schon „entäußert“ hat.⁹⁵ Schreibt jemand zur Auseinandersetzung mit seinem Gewissen Tagebuch, wählt er diese Form gerade, weil die schriftliche Objektivierung ihm klärende Gedanken verschafft, die er sonst nicht hätte. Das Beichtgespräch oder das Gespräch mit dem Psychoanalytiker sollen Dinge an den Tag bringen, die man selbst verdrängt und die erst mit der Kommunikation zugänglich werden. Auch die eheliche Kommunikation besitzt ihre Eigendynamik und ihre eigenen Inhalte, und Art. 6 Abs. 1 GG spricht mit dem Schutz der Ehe gerade die Möglichkeiten an, die die Vertrautheit des Partners und die Atmosphäre der Nähe eröffnen. Die Beispiele mögen verdeutlichen, daß eine „Stufentheorie“ der Schutzintensität vom forum internum bis zu vertraulich-abgeschotteten Kommunikationen den Schutzbedarf pauschalisierte und darin fehlginge.

Das heißt nicht, daß für Differenzierungen – hier insbesondere zwischen individuell faßbaren Angelegenheiten einerseits und überindividuell zu beschreibende Angelegenheiten andererseits – kein Raum wäre. Eine Differenzierung hat Überzeugungskraft mit der Überlegung, daß immer die jeweils unterschiedliche Bezugsebene und die dadurch bedingte Eigenständigkeit von Schutzbegründungen zu beachten sind. Sofern es um Kommunikationen oder Gesprächsinhalte geht, sind etwaige Individualrechte in ihrer Reichweite zugunsten des Einzelnen genau zu bestimmen.⁹⁶ Hier mag auch der „Sozialbezug“ in seinem

93 Siehe aber Art. 8 Abs. 1 EMRK und dazu Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A.

94 Vgl. oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

95 Siehe aber die Argumentationsmuster in BVerfGE 33, 367 (377) oder 80, 367 (376).

96 Vgl. aus der Rechtsprechungsanalyse die Konstellation der Tonband-Entscheidung, oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.4.

ursprünglichen und richtigen Sinn – die Konfliktträchtigkeit sozialer Beziehungen – passen.⁹⁷ Das ist in Art 6 Abs. 1 GG besonders deutlich. Der Schutz der Ehe gewährt dem Einzelnen im Hinblick auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten Rechte, soweit er als ein an der ehelichen Beziehung beteiligter Partner geschützt ist. Wohl stehen jedem der Partner eigene (vom anderen unabhängige) Rechte zu, aber diese sind bei struktureller Eingebundenheit des anderen Partners nicht als rein individualistisch faßbarer Schutz angelegt. Daher kann ein Ehemann, der von seiner Frau wegen Vergewaltigung angezeigt wird, der Kenntnisnahme durch die zuständigen staatlichen Stellen nicht entgegenhalten, daß dies die eheliche Privatsphäre betreffe, die den Staat nichts angehe.⁹⁸ Gerade da der Schutz des Individuums in einer Beziehung oder einer Kommunikation selbständig begründet ist und diese ihren eigenen Gehalt entwickelt, ist allerdings bei bestimmten Konstellationen ohne weiteres auch ein Schutz höchster Intensität denkbar.

Unabhängig davon, ob es um Niederschriften des Einzelnen oder um Gesprächsinhalte geht, kommt es im übrigen darauf an, daß der grundrechtliche Schutz die staatsseitig erfolgende Gewinnung und Handhabung von Informationen erfaßt. Die Argumentation mit Bereichen oder Sachverhalten mehr oder minder privaten Charakters läßt hier insgesamt eine hinreichende Abstimmung des Schutzes auf den Gegenstand vermissen. Das bedingt der Ansatz selbst. Wie bei der ursprünglich konzipierten Fassung des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹⁹ wird der auf den Umgang mit Informationen und Daten gerichtete Schutz nicht explizit als solcher begründet, sondern an anderweitig festgelegte Gegebenheiten angekoppelt. Man schottet bestimmte Bereiche, Angelegenheiten oder Beziehungen nach bestimmten Kriterien als privat oder geheim ab und schützt sie – wegen der grundsätzlichen „Unantastbarkeit“¹⁰⁰ – auch gegen staatliche Einblicke. Aufzeichnungen, sonstige Daten oder Kommunikationsinhalte werden in den Privatbereich des Grundrechtsträgers einbezogen und damit zugleich individuell zugeordnet. Man muß bei einem solchen Ansatz notwendigerweise mit der Unterstellung arbeiten, daß die Kriterien, mit denen man die Privatheit der Situation zu beschreiben versucht, erstens auch die Schutzbedürftigkeit hinsichtlich der jeweiligen Gesprächsinhalte oder Daten bestimmen (je weitgehender die Situation durch Abschottung und Isolation geprägt ist, desto schutzbedürftiger auch Gedanken-, (Selbst)Gesprächsinhalte oder Aufzeichnungen) und zweitens auch die Schutzbedürftigkeit hinsichtlich der Informationen prägen, die der Staat daraus gewinnt und die er weiter umsetzt. Man muß für Individualangelegenheiten und für Kommunikationen dasselbe Muster nutzen und hat dann mit Kommunikationen und ihren Inhalten zwingend Schwierigkeiten, weil die Zuordnung von Rechtspositionen an einen der Beteiligten über die Privatsphärenfigur dabei nur brüchig funktioniert (weshalb man das Problem nicht erfaßt und nicht löst, indem man nur „enge“ oder „vertrauliche“ Beziehungen oder Kommunikationen zur Privatsphäre

97 Vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II.

98 Das heißt nicht, daß der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG auch für die weitere Informationshandhabung ausgeschaltet ist. Ein neuer Kontext, etwa eine beabsichtigte staatliche Auskunft an die Presse, erfordert immer eine neue Beurteilung.

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

100 Zur Entwicklung der Argumentation, über die das BVerfG zu einer Schutzerstreckung gelangt ist, siehe oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.1. und 2.

zählt¹⁰¹). Die Aufmerksamkeit konzentriert sich außerdem auf die „private“ Situation; die Perspektive bleibt einem „Schutz gegen Erhebung von Informationen aus diesem Lebensbereich“¹⁰² verhaftet.

Mit all dem scheint bei dem gewählten Ansatz ein ontisches Informationsverständnis durch. Er hat insofern dieselben Schwächen wie das Recht auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten.¹⁰³ Er bezieht sich auf Gegebenheiten, auf Inhalte erfolgter Gespräche oder auf festgehaltene Daten und kann den Hinweis nicht umsetzen, daß der „Verwendungskontext“¹⁰⁴ oder die staatlichen Kommunikationszusammenhänge mitzubeachten sind, in die Auskünfte oder Daten eingebracht und als Informationen verwertet werden. Demgegenüber besteht die Leistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gerade darin, den Gegenstand des Schutzes herauszukristallisieren und den Bezug zu den staatlichen Informations- und Datenverarbeitungen herzustellen. Das verweist auch für die Einzelgewährleistungen auf den Weg, sich von der kompakten Vorstellung einer Privatsphäre, bei der man unterschiedliche Kategorien – wie insbesondere Verhalten und Information – unter einem Begriff zu behandeln versucht¹⁰⁵, freizumachen. Statt dessen ist hervorzuheben, daß sich der Schutz gerade auf den Umgang mit Informationen und Daten bezieht. Erst dadurch können die strukturellen Eigenarten des Gegenstandes im dogmatischen Zugriff aufgefangen werden.

bb) Die weiterführenden Entwürfe der Privatheit

Zur weiteren Orientierung ist es an dieser Stelle nützlich, kurz auf die *weiterführenden Entwürfe der Privatheit* einzugehen, die insbesondere soziologische Analysen aufgreifen. Überwiegend wird dabei von den *Funktionen* her gedacht, die ein „privater“ Bereich erfüllt.¹⁰⁶ Individuen benötigten im Umgang mit anderen, zur Bildung oder Wahrung der persönlichen Identität und für ein selbstverantwortliches „role-making“ Spielräume bei der Rollenausfüllung. Diese Spielräume würden durch ein immer schon umfassend vorhandenes Wissen über eine Person und durch entsprechend weitreichend festgelegte Erwartungen zerstört. Nähebeziehungen wie Liebe, Freundschaft oder Vertrauensverhältnisse gelängen nur dann, wenn soziale Kontakte in abgestufter Distanz aufgebaut und erhalten werden könnten. Gelingende Identitätsbildung, angemessene Selbsteinschätzung und individuelle Autonomie seien von den Bedingungen abhängig, unter denen das Bild der Umwelt von

101 Natürlich kann auch gerade dort zwischen den Beteiligten ein Konflikt entstehen, der es nicht erlaubt, bestimmte Beziehungsangelegenheiten oder Gesprächsinhalte einem der Beteiligten als Privatsache zuzuordnen.

102 So die Betonung bei *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 30 und 4.

103 Vgl. Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.b.

104 Vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.dd.

105 Siehe etwa die Darstellung bei *Evers*, Schutz des Privatlebens, S. 282 ff.; *Rüpke*, Privatheit, S. 30 ff.; *Brugger*, Privatsphäre, S. 38 ff. (zur amerikanischen Diskussion). Vgl. außerdem aus der Rechtsprechungsanalyse Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.a., daß die „Privatsphäre“ nicht unmittelbar informationsbezogen konzipiert ist.

106 Die Denkansätze werden von der umfassenden amerikanischen Diskussion beeinflusst. Dazu *Westin*, Privacy in the Modern Democratic State, S. 186 ff.; *Ruiz*, Privacy, S. 22 ff. Ausführlich zur Privatheit außerdem *Rössler*, Wert, passim; *dies.*, Anonymität, S. 30 ff.

einer Person und deren Selbst-Bild entstehe. Sie würden untergraben, wenn umfassende, falsche oder überholte Computerdossiers in der Umwelt kursierten und anderweitig gebildete Einschätzungen prägten oder ersetzten. Auf dieser Basis wird die Privatsphäre als „ein je nach der individuellen und gesellschaftlichen Interessenkonstellation unterschiedlicher Bereich von Nichtinformation über Individuen“ verstanden.¹⁰⁷ Nach anderen Formulierungen markiert sie die „durch die Struktur von sozialen Beziehungen bedingte unterschiedliche Sichtbarkeit von Individuen in unterschiedlichen Kontexten (Umwelten)“ und umschreibt einen jeweils situationsabhängig faßbaren Bereich „relativer Informationslosigkeit über das Individuum“.¹⁰⁸ Sofern man dies mit grundrechtlichen Überlegungen verbindet, wird vorzugsweise auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hingewiesen.¹⁰⁹ Vereinzelt wird die Privatheit auch ausschließlich in den Rahmen gesellschaftlicher (in Abgrenzung gegen staatliche) Zusammenhänge gesetzt. Sie schirme gegen die insbesondere durch die Medien herstellbare Öffentlichkeit, mit der staatliche Kommunikationszusammenhänge nicht gleichzusetzen seien¹¹⁰, oder als Korrelat der Selbstdarstellung vor den Mitbürgern die Bürger untereinander¹¹¹ ab. Der grundrechtliche Schutz richte sich nach dem für den jeweiligen Kontext einschlägigen Einzelgrundrecht und gegen staatliche Maßnahmen, die die im Verhältnis der Bürger untereinander begründeten Wahrnehmungsschranken durchbrächen.¹¹²

Diese Überlegungen führen in entscheidender Hinsicht weiter: Sie zeichnen sich dadurch aus, daß sie das Verständnis von Privatheit in bezug auf das Wissen staatlicher Stellen oder privater Dritter formulieren. Damit erweist sich ein Vorgehen, das anhand eher individualistisch gefaßter Kriterien Gegebenheiten aus sich heraus als „privat“ oder „geheim“ festlegt, sofort als inadäquat. Privatheit erscheint nicht als Eigenschaft, die Gegebenheiten anhaften könnte. Sie wird zu einer *auf der Sozialität der Individuen beruhenden Kategorie* und zu

107 O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 30 und ähnlich S. 35. Ausführlich und gründlich zu Funktionen der Privatheit ebda., S. 35 ff. Die Beschreibung der Privatsphäre steht bereits in einem rechtlichen Zusammenhang. Mallmann geht davon aus, daß sich „Chancen zur Ausfüllung informationeller Freiräume erst als Folge staatlicher Steuerung bisher gleichsam naturwüchsiger Informationsabläufe ergeben“, und sieht es als „Aufgabe der Rechtsordnung, auf Grund einer Untersuchung der jeweiligen Konfliktsituationen die Beziehungen zwischen dem einzelnen und staatlichen und privatwirtschaftlichen Informationsinteressen vorzustrukturieren“ (S. 30). Zur „informationellen Privatheit“ als eine Dimension des Privaten siehe weiter Rössler, Wert, S. 201 ff.

108 P.J. Müller, Gefährdung, S. 64 und 65. Siehe auch ders., Funktionen, S. 107 ff.; Soziale Kontrolle, S. 141 ff. Aufgegriffen wird dies von Jensen, Amtshilfe, S. 6 ff., bes. 9 f., und Heußner, Probleme, S. 62 f.

109 Vgl. Heußner, Probleme, S. 63: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schütze „das Recht zur freien Selbstdarstellung als konstituierende Bedingung individueller Persönlichkeit und über die ‚Privatsphäre‘ die erforderlichen Kommunikationsschranken in den Umweltbeziehungen“. Dies schließt an Jensen, Amtshilfe, S. 11, an, der dem Einzelnen deswegen den „Anspruch, daß gegen oder ohne seinen Willen keine Informationserfassung erfolgt“, zuerkennt. Ohne grundrechtlichen Bezug, aber ähnlich P.J. Müller, Gefährdung, S. 65: Privatsphäre „wird durch Lebensbereiche von Individuen ermöglicht, in denen sie handeln können, ohne daß eine für sie dysfunktionale (nachteilige) Informationsweitergabe an andere erfolgt. Dabei sollte dann schon etwas als dysfunktional verstanden werden, wenn der Empfänger jemand ist, dem ein Mensch eine bestimmte Information nicht oder nicht in dieser Art und Weise gegeben hätte.“

110 So der Akzent bei Forstthoff, Persönlichkeitsschutz, S. 42 f., 46.

111 Schlink, Amtshilfe, S. 194 ff.

112 Zur Einschlägigkeit der Einzelgrundrechte vgl. Schlink, Amtshilfe, S. 199.

einem *Relationsbegriff*, indem sie erst und genau im Blick auf das (potentielle) Wissen anderer über jemanden oder etwas und auf die damit verbundenen Folgen zu verstehen ist.¹¹³ Eine solche Sicht der Privatheit hat in grundrechtlichem Zusammenhang die vorteilhafte Konsequenz, daß etwaige Garantien und Rechte, die sich gerade auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten beziehen, in nahtlosem Anschluß gedacht werden können. Ebenso zwanglos ergibt sich das Erfordernis einer sehr differenzierten Sicht. So leuchtet ohne weiteres ein, daß man nicht von vornherein unterstellen kann, eine Information im staatlichen Kontext sei ebenso wie die Information Privater oder der (privaten) Öffentlichkeit zu behandeln.¹¹⁴

Grundrechtsdogmatisch leiden die Überlegungen aber zum Teil darunter, daß der jeweils entworfene Begriff der Privatsphäre unvermittelt in das Normverständnis eingeführt wird. Daß eine „Privatsphäre“ im Grundgesetz nicht normtextlich fundiert ist, bedeutet jedoch ganz konsequent, daß sie *nicht im Sinne eines Rechtsbegriffs gehandhabt* werden kann, aus dem ein Schutz (oder Nichtschutz) gefolgert werden könnte. Deshalb ist es hinsichtlich der bestehenden Grundrechtsbestimmungen nachrangig, sich zu fragen, was Privatheit eigentlich genau meint¹¹⁵, und es wäre falsch, ein den soziologischen Erkenntnissen folgendes Privatheitsverständnis den Grundrechtsgewährleistungen zu implementieren. So wäre das Recht restlos überfordert, wenn es die unterschiedliche Sichtbarkeit von Individuen in unterschiedlichen Kontexten, die durch die Struktur sozialer Beziehungen bedingt ist, nachzeichnen und sichern müßte.¹¹⁶ Auch wäre es vorschnell, den Begriff der Privatsphäre als Korrelat der Selbstdarstellung vor den Mitbürgern zu definieren und dann Grundrechtsgarantien hinsichtlich staatlicher Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge in diesem Rahmen zu verneinen.¹¹⁷ Ebensowenig kann man einen Schutz mit dem Argument zurückweisen, im staatlichen Zusammenhang fehle „ein konstitutiver Faktor des Rechtsbegriffes der Intimsphäre – nämlich die dialektische Zuordnung zu der heutigen, durch die

113 Der Zugang ist nicht zu verwechseln mit der „Relativität der Privatsphäre“, sofern dabei darauf abgestellt wird, daß der Wille, etwas geheimzuhalten, nur relativ zu den Informationsempfängern zu bestimmen ist (vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.bb.). Deutlich zum Denkansatz etwa Rössler, Wert, S. 225 ff. Vgl. auch Podlech, AK-GG, Art. 2 Abs. 1 Rn 38, Privatheit sei eine mögliche „Eigenschaft des Umgangs mit anderen“. In anderem, aber ähnlichem Zusammenhang siehe Goffman, Stigma, S. 11: für das Verständnis des „Stigmas“ bedürfe es einer Begriffssprache von Relationen, nicht von Eigenschaften; auch hier wird erst im Mitdenken des sozialen Kontexts verständlich, warum der Einzelne etwas geheimhält und zur Vermeidung nachteiliger Deutungen und Reaktionen der Umwelt geheimhalten muß.

114 Dazu, daß auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum informationellen Selbstbestimmungsrecht entsprechende Differenzierungen entwickelt, vgl. oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt D.

115 Anderes gilt natürlich, wenn man Schutzerfordernisse und -ziele herausarbeiten und – sei es auf grundrechtlicher, sei es auf einfachrechtlicher Ebene – Überlegungen de lege lata oder interpretative Überlegungen anstellen will, so etwa bei O. Mallmann, Zielfunktionen, passim.

116 Vgl. aber – zumindest undeutlich – Jensen, Amtshilfe, S. 11, und Heußner, Probleme, S. 63, mit der oben wiedergegebenen Sicht. Der dort gewählte Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG überrascht nicht: Man kann die nähere Ausarbeitung vermeiden, zu der die Einzelgrundrechte zwingen.

117 Vgl. Schlink, Amtshilfe, S. 192 ff., der gegenüber dem Staat dann eine „Freiheit, sich nicht befragen zu lassen“ hervorhebt, siehe etwa S. 198. Damit werden allerdings Verhaltensschutz und Informationsschutz nicht hinreichend getrennt.

technischen Massenmedien hergestellten Öffentlichkeit“¹¹⁸, denn die Intimsphäre ist kein Rechtsbegriff und damit auch nicht als solche Grundlage von Rechtsfolgen. Ohne die Schutzideen gleich zu verabschieden, muß man sich also – so steht nun als Zwischenergebnis fest – *im normativen Ansatz hinreichend deutlich von den Begriffen der Privatheit oder der Privatsphäre lösen*. Man hat von den *Anknüpfungspunkten* auszugehen, *die die Grundrechtsnormen bieten*.

cc) Rekonstruktion: Die Herleitung der Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus dem Normgehalt

Mit all dem wird man darauf verwiesen, zur Herleitung grundrechtlicher Bindungen des staatlichen Umgangs mit Informationen und Daten an die *jeweils benannten Themen* und den *freiheitsschützenden Gehalt* der Einzelgrundrechte anzuknüpfen. Das entspricht dem dritten Argumentationsmuster der Stränge, die sich im Rahmen des Überblicks systematisieren ließen. Indem sie eine Interpretation erfordern, die nicht an formale Kriterien anknüpfen kann, sondern material über den freiheitsschützenden Gehalt zu entwickeln ist, sind die hier interessierenden Normen ihrem Regelungsansatz nach anders angelegt als Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG.

(1) Die präzise Bestimmung des Gegenstandes des Schutzes

Für ein überzeugendes Vorgehen kommt es zunächst darauf an, *den Gegenstand des Schutzes präzise herauszukristallisieren*. Den „Privatsphäre“-Konstellationen liegt, soweit es um den Umgang mit Informationen und Daten geht, jeweils zugrunde, daß bestimmte Ereignisse, Niederschriften oder Gesprächsinhalte, die den Grundrechtsträger betreffen, vorhanden und von staatlichem Wissensinteresse sind. Rechtlich geht es um die Frage, ob die *Einzelgrundrechte, deren Regelungsbereich die jeweiligen Gegebenheiten unterfallen*, den Grundrechtsträger schützen, indem sie *die staatliche Kenntnisnahme und den weiteren Umgang mit erlangten Informationen und Daten determinieren*. Die jeweils Grundrechtsgeschützten könnten dann berechtigt sein, die Kenntnisnahme der in Frage stehenden Angelegenheiten oder eine vorgesehene Umsetzung von Informationen oder Daten abzuwehren. Die jeweiligen Angelegenheiten sollen also nicht direkt in ihrer Entstehung oder in ihrem Ablauf, sondern in der Form geschützt werden, daß sie nicht zur Grundlage staatlichen Wissens werden. Der entscheidende Kontakt- und Zeitpunkt ist dementsprechend der der (anstehenden) staatlichen Erlangung oder der weiteren Handhabung von Informationen und Daten.¹¹⁹

Aus dieser Präzisierung resultiert schon im Vorfeld die wichtige Folgerung, Konstellationen genauer zu unterscheiden, bei denen ein Ansatz, der sich an Sphärenvorstellungen orientiert, zu einem zu undifferenzierten Blick tendiert. So muß man bei der Frage, ob die Beteiligten einer Kommunikation gegen ein staatliches Informationsverlangen grundrecht-

¹¹⁸ Forsthoff, Persönlichkeitsschutz, S. 43, und ähnlich S. 46.

¹¹⁹ Man hat schließlich selten mit einer zeitgleichen staatlichen Beobachtung und überwiegend mit einer nachträglichen Kenntnisgewinnung zu tun. Der Zeitpunkt ist deshalb relevant, weil sich bei der rechtlichen Beurteilung mit dem Zeitablauf Veränderungen ergeben können.

lich geschützt sind, auseinanderhalten, ob der grundrechtliche Schutz darauf zielt, daß das Vertrauensverhältnis zwischen bestimmten Personen gewahrt bleibt, oder ob und zugunsten welcher beteiligten Person er Informationsschutz ist. Betrifft der Grundrechtsgehalt allein die Achtung einer besonderen Vertrauensbeziehung zwischen zwei Beteiligten, mag dies, wenn staatliche Stellen Gesprächsinhalte wissen wollen, das etwaige individuelle (Verhaltens)Recht, nichts zu sagen, als Schweigerecht materiell stärken: Genau diese (Vertrauens)Person soll nicht zum Reden gezwungen werden. Mehr umfaßt der Schutz dann jedoch nicht. Wenn der eine Kommunikationsbeteiligte also – möglicherweise aus guten Gründen – in Kauf nimmt, das ihm von dem anderen entgegengebrachte Vertrauen zu enttäuschen, und die Gesprächsinhalte von sich aus mitteilt, ist der Staat – vorbehaltlich anderer Rechtsbindungen – nicht an einer Kenntnis und Umsetzung des Wissens gehindert. Ebenso ergibt ein etwaiges Gebot der Achtung eines Vertrauensverhältnisses nicht ohne weiteres einen Schutz im Hinblick auf die staatliche Information durch Dritte, die durch Indiskretionen Kenntnisse gewonnen oder Aufzeichnungen erlangt haben.¹²⁰ Sofern ein Grundrecht dagegen im Verhältnis zwischen Grundrechtsberechtigtem und Staat einen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten hergibt, wird der Einzelne in genau dem Sinne geschützt, daß er die staatliche Kenntnis über etwas oder Umsetzungen der Informationen und Daten abwehren darf. Dieses Recht greift, wenn man die gesondert gestützten Rechtsbindungen wegen der Methode ausklammert¹²¹, seinem Inhalt nach unabhängig davon, wie der Staat etwas erfährt. Man kann hier nicht entgegenhalten, Dritte würden „in Ausübung ihrer grundrechtlich geschützten Freiheiten staatlichen Behörden Mitteilung von personenbezogenen Informationen hinsichtlich des Betroffenen machen“,¹²² denn Beurteilungsgrundlage ist nicht die Freiheit Dritter, sondern die (Grund)Rechtsbindung des Staates im Verhältnis zum Grundrechtsträger.

(2) Die tatsächliche Basis der Normkonkretisierung

Die Diskussion um die „Privatsphäre“ als ein in den einzelnen Freiheitsgewährleistungen verankertes Schutzgut zeigt, daß eine auf den Grundrechtsträger und seinen Bereich konzentrierte Perspektive bei der Konkretisierung von Maßgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten dem Gegenstand nicht gerecht wird.¹²³ Statt dessen muß man der Auslegung eine *übergreifende Perspektive* zugrunde legen, bei der die *staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozesse* mitgedacht werden, in die die den Grundrechtsträger betreffenden Beobachtungen, Auskünfte oder Daten einfließen würden. Erst bei einer solchen Betrachtung erschließt sich, welche Informationen die staatliche

120 Zur Unterscheidung zwischen einem Schutz von Vertrauensverhältnissen und einem informationsbezogenen Schutz siehe auch *Pohl*, Informationsbeschaffung, S. 162 ff. Zur Unterscheidung zwischen bloßen (eigenen oder auch fremden) Schweigerechten und einem Informationsschutz siehe *Krause*, Grundrechtliche Grenzen, S. 7. Im Ergebnis vgl. auch *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 90, 93, 94 f., 96, 108, 111 ff.; dies allerdings mit der fehlgehenden Begründung, der Schutz scheitere daran, daß Information insoweit nicht beherrschbar sei.

121 Ausführlicher dazu Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt C.II.1.

122 *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 94 f. und ähnlich S. 90. Vgl. auch *Wolter*, Informationseingriffe, S. 138.

123 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.

Stelle aus den Mitteilungen oder Daten bildete, wie sie sie umsetzte und welche Folgen damit verbunden wären. Diese Grundlage muß somit in dem Umfang herausgearbeitet werden, in dem es für die Ermittlung und Konkretisierung der einschlägigen Norm erforderlich ist.

Auf der einen Seite stehen *das individuelle Verhalten, der Aussagegehalt von Mitteilungen oder der Inhalt von Unterlagen*, auf die sich das staatliche Kenntnis- und Verwertungsinteresse richtet. Welchen Inhalt verlangte Auskünfte oder Unterlagen im einzelnen tatsächlich haben, braucht nicht unbedingt bekannt zu sein. Man kann auch mit Hilfe typisierender Unterstellungen vorgehen, die sich formal an der Situation oder an den Rollen der Teilnehmer einer Kommunikationsbeziehung orientieren, sofern es in konkreten Konstellationen gerade um das Geheimbleiben noch nicht bekannter Angelegenheiten geht. Das ändert aber nichts daran, daß der hier interessierende Schutz immer die Informationskomponente betrifft und in bezug darauf zu begründen ist; das formalisierende Vorgehen dient lediglich der Wahrung eben dieses Schutzes.¹²⁴ Auf der anderen Seite steht der *staatliche Verwendungszusammenhang*¹²⁵, in den Beobachtungen, Mitteilungsinhalte oder Daten einfließen und in dessen Rahmen sie Informationsqualität gewinnen, indem sie mit anderen Kenntnissen verknüpft, aus einer bestimmten Perspektive interpretiert sowie in einen bestimmten Sinnkontext gestellt werden. Die Informationen werden im weiteren Verlauf umgesetzt, sei es dadurch, daß sie zunächst als Daten festgehalten und für einen späteren Abruf bereitgehalten werden, sei es dadurch, daß sie das staatliche Wissen verändern und ein bestimmtes Bild ergeben, sei es dadurch, daß sie in staatliche Entscheidungen und Handlungen einfließen, sei es dadurch, daß sie weitervermittelt werden. Man muß hier eine übergreifende Perspektive einnehmen, die die Abläufe des (vorgesehenen) Umgangs mit Informationen und Daten einschließt, soweit es rechtlich erforderlich ist. Damit können auch die Differenzierung von Informations- und Datenebene und die Verwobenheit von Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen im konkreten Ablauf herausgearbeitet werden. Dadurch wird die genaue Bestimmung des Bezugspunktes grundrechtlicher Bindungen möglich. Noch ausgreifender hat man *weitere Wirkungen* abzuschätzen, die mit dem staatlichen Umgang mit Informationen und Daten erwartbar sind.

Hat man den überindividuellen Kontext und darin bestehende Wirkungsmechanismen herauszuarbeiten, kann man an dieser Stelle *soziologische oder psychologische Untersuchungen zur „Privatsphäre“ oder zu „Geheimnissen“* heranziehen. Deren Erkenntnisse

124 Dem „Sphären“-ansatz stellt sich dieses Problem weniger scharf, und zum Teil präferiert man gerade deswegen diesen Ansatz. Vgl. etwa die Ausführungen bei Rohlf, Privatsphäre, S. 196 ff., der einen informationsbezogenen Schutz grundsätzlich auf das „formale“ Kriterium begrenzter Wahrnehmbarkeit und Zugänglichkeit stützen will. Damit handelt man sich aber Begründungsdefizite und die dargelegten dogmatischen Schwierigkeiten des Sphärenansatzes ein. Will man einen genuine Informationschutz formulieren, muß man den Inhalt von Mitteilungen oder Daten – ggf. in unterstellter Form – in den Begründungszusammenhang einbeziehen. Das BVerfG argumentiert beim Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre auch teilweise mit einem typisierend unterstellten Inhalt, vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.3. In der praktischen Umsetzung wird ein Vorgehen, bei dem die rechtliche Beurteilung inhaltsabhängig ist, mit besonderen rechtlichen Regelungen begleitet werden müssen. Wenn sich eine Unterstellung als falsch erweist, können etwa Lösungsgebote oder Verwertungsverbote greifen. In Zweifelsfällen kann man auch bestimmten Verfahren oder Personen die Durchsicht von Unterlagen vorbehalten.

125 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. sowie Punkt B.II.5.b.dd.

beschreiben also nicht unvermittelt das Schutzgut. Sie sind von Bedeutung, soweit die *tatsächlichen Grundlagen der Normkonkretisierung zu erarbeiten* sind.¹²⁶ Sie zeigen nämlich gerade im Zusammenhang mit Informationen und Wissen soziale Positionen oder Rollen beteiligter Personen, soziale Strukturen oder Wirkungsmechanismen auf. Dabei befassen sie sich regelmäßig allgemein – ohne Differenzierung zwischen Staat und Privaten – mit sozialen Beziehungen. Sie können im Verhältnis zwischen Einzelnem und staatlichen Stellen passen oder zumindest dafür weiterentwickelt werden.¹²⁷

Im Unterschied zu den Angelegenheiten, die mangels Relevanz gar nicht erst als Thema anstehen, werden „Privat“-Angelegenheiten in der sozialen Situation wohl aktualisiert, aus einer Thematisierung aber bewußt ausgeklammert und dem Wissen des jeweils anderen vorenthalten.¹²⁸ Dahinter steht allenfalls nachrangig die Absicht der Täuschung des anderen. Partielle Intransparenzen und informationelle Abschottungen ermöglichen die Integration verschiedener Erwartungen in verschiedenen Umwelten sowie die Abweichung oder differenzierte Handhabung von Erwartungen¹²⁹, die Veränderung eigenen Verhaltens durch das zunächst begrenzte Austesten anderer Handlungsmuster und die Bildung einer komplexen Identität.¹³⁰ In engerem Sinne werden Angelegenheiten als Privatsache ausgespart, weil sie im jeweils anderen Kontext nicht reproduzierbar, nicht zu erläutern oder nicht zu verstehen sind und unangebracht oder peinlich erscheinen, so daß man die Wirkungen vermeiden will, die im Falle der Kenntnis des anderen erwartbar sind. Das „Private“ ist demnach nicht substantiell, sondern kontextabhängig und mit Blick auf die Folgen zu erfassen, die im Falle einer Information des anderen absehbar sind.¹³¹ So kennzeichnet es eine gelingende Selbst-Besinnung oder eine schonungslose Auseinandersetzung mit dem Gewissen, daß man sich von der Frage nach der Erklärbarkeit vor anderen und von Erwar-

126 Soziologische oder psychologische Analysen müssen dabei immer aus normativer Perspektive rekonstruiert werden. Es geht also nicht lediglich darum, einen in anderen Sinnzusammenhängen entwickelten Begriff der Privatsphäre rechtlich zu umhegen. Manche Aspekte einer bestimmten Analyse können irrelevant, andere zu ergänzen sein.

127 Insoweit ist *Forsthoff*, Persönlichkeitsschutz, S. 41 ff., und *Schlink*, Amtshilfe, S. 192 ff.; *ders.*, Recht, S. 242 ff., bes. 244 f., nicht zu folgen.

128 Zu dieser Unterscheidung siehe etwa – dies allgemein zum „Geheimnis“ – *Sievers*, Geheimnis, S. 378 ff., hier 379: „Während die bloße Nichtthematisierung von Möglichkeiten sich aus dem gemeinsamen Sinnkontext etwa aufgrund mangelnder Relevanz ergeben kann, bedeutet die Nichtmitteilung, wie sie dem Geheimnis zugrundeliegt, die Negation von Informationsmöglichkeiten für den Kommunikationspartner, obgleich der der gemeinsamen Sinnaktualisierung zugrundeliegende Sinn die Implikation dieser Möglichkeiten bzw. der entsprechenden Nachrichten erwartbar werden läßt.“ (Hervorh.i.Orig.). Siehe auch *dens.*, Geheimnis und Geheimhaltung, S. 19 ff.

129 In soziologischer Sicht geht man davon aus, daß der Einzelne in einer komplexen Gesellschaft divergierenden und unter Umständen miteinander unvereinbaren Erwartungen ausgesetzt ist, die nicht handzuhaben wären, wenn er sich nicht auf partielle Intransparenzen verlassen könnte. Umgekehrt könnten in der Gesellschaft keine komplexen Erwartungsstrukturen aufgebaut werden, wenn für die Einzelnen nicht Möglichkeiten derer Handhabung bestünden (Intransparenzen dienen also keineswegs nur dem Individualinteresse).

130 Vgl. nur *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 35 ff., *Westin*, Privacy, S. 31 ff.; *Schwartz*, Social Psychology, S. 745 ff., *Kruse*, Privatheit, S. 17 ff., *Rössler*, Wert, S. 201 ff., jeweils m.w.N.

131 Die besondere „Kontextgebundenheit“ von Privatem greift für die juristische Diskussion insbesondere *Rüpke* auf, Privatheit, S. 35 ff. Vgl. auch *Luhmann*, Grundrechte, S. 67: „...intim ist eben jener Komplex von Informationen, der nicht öffentlich zugänglich gemacht werden kann, ohne die öffentliche Selbstdarstellung zu diskreditieren.“ Außerdem *Kruse*, Privatheit, S. 22 f.

tungszwängen freimacht. Den Rückzug in die Privatwohnung benötigt man, damit „Nicht-darstellbares getan werden“¹³² kann. Beiträge, die von einer bestimmten Atmosphäre getragen werden oder situativ bedingt sind, mögen in anderem Kontext verzerrt und nicht mehr nachvollziehbar erscheinen. Wenn der jeweils andere Informationen über „Privates“ erlangt, verändern sich zum einen sein Wissen, insbesondere seine Erwartungen und Einschätzungen gegenüber der Person, und regelmäßig auch sein weiteres Verhalten. Das darf nicht nach zu schlichten Wahrheitsvorstellungen beurteilt werden. Das „Bild“ von anderen Personen ist immer sozial geprägt, vom jeweiligen Kontext abhängig und selektiv.¹³³ Gerade die Information über etwas, was im Rahmen der Beziehung als „privat“ gilt, ist unter Umständen auch für denjenigen, der die Kenntnis gewinnt, schwer zu handhaben. Er mag sich zu Reaktionen – sei es Spott, sei es Befremden, sei es die eigene Abgrenzung (obwohl ihm das, was er über den anderen erfahren hat, nur zu bekannt ist) – gezwungen sehen, die er selbst lieber vermieden hätte (daher pflegt man Privatheit durchaus von beiden Seiten aus zu wahren¹³⁴). Er mag im übrigen zu Mißverständnissen und Fehleinschätzungen gelangen, die Informationen strategisch zugunsten eigener Vorteile nutzen oder auf den anderen nunmehr in einer Weise reagieren, die nach übergeordneten Maßstäben oder aus Sicht der betroffenen Person ungerechtfertigt ist¹³⁵. Zum zweiten werden Befindlichkeit und Verhalten der betroffenen Person durch das Wissen um das Wissen des anderen geprägt. Möglicherweise kann sie Formen der Integration der unerwünschten Kenntnisse des anderen finden. Sie kann sich aber auch in ihren Handlungsmöglichkeiten und in ihrer Autonomie bedroht sehen oder sich ans Licht gezerzt und bloßgestellt fühlen; dies insbesondere mit Blick darauf, daß der andere seinen Privatbereich und seine selektive Selbstdarstellung aufrechtzuerhalten vermag.¹³⁶ Sie kann sich – in Abhängigkeit von den Bedingungen der Konstellation – aus der Beziehung zurückziehen, sich unterwürfig zeigen¹³⁷ oder dem anderen mit Ablehnung und Mißtrauen begegnen. Zum dritten können weit über die situativen Wirkungen hinaus erwartungsvermittelte Anpassungseffekte entstehen. Diese gewinnen besondere Bedeutung vor allem dann, wenn Privatheit nicht nur in zufälliger oder situativ begrenzter Weise mißachtet oder unterlaufen wird. Man würde darauf achten, sich auch in scheinbaren Rückzugsbereichen an die Erwartungen anderer anzupassen, die man

132 *Luhmann*, Grundrechte, S. 67.

133 Vgl. auch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.1., zur Lebach-Entscheidung.

134 Die Wahrung des Privatbereichs liegt regelmäßig auch im Interesse der sozialen Beziehung und derer Funktionsbedingungen. Es gibt dementsprechend soziale Regeln, an die man sich normalerweise hält. Vgl. *Luhmann*, Grundrechte, S. 67; *Schwartz*, Social Psychology, S. 741 ff.; *Kruse*, Privatheit, S. 22; *Rössler*, Wert, S. 212 ff..

135 Hier ist insbesondere das Stichwort der „Stigmatisierung“ einschlägig.

136 Siehe dazu *Westin*, Privacy, S. 33: „This deliberate penetration of the individual's protective shell ... would leave him naked to ridicule and shame... Each person is aware of the gap between what he wants to be and what he actually is, between what the world sees of him and what he knows to be his much more complex reality. ... Every individual lives behind a mask in this manner... If this mask is torn off and the individual's real self bared to a world in which everyone else still wears his mask and believes in mask performances, the individual can be seared by the hot light of selective, forced exposure.“

137 Das hebt etwa *Schwartz*, Social Psychology, S.751, hervor: „The mere knowledge that another ‚knows‘ invokes in the treatment of that other certain amount of humility and deference.“ Vgl. auch *Westin*, Privacy, S. 33.

erwartet.¹³⁸ Es wäre mitlaufend bewußt, daß man sich immer so zu verhalten hat, daß man Angelegenheiten nachträglich in anderen Zusammenhängen offenlegen und darstellen kann, ohne Unverständnis oder Ablehnung befürchten zu müssen. Genau diese Anpassungen hießen im Ergebnis, daß notwendige Funktionsbedingungen sozialen Zusammenlebens – so die Möglichkeit der Selbst-Besinnung, des Aufbaus unterschiedlich distanzierter Beziehungen, der differenzierten Handhabung von Erwartungen verschiedener Umwelten und des von Erwartungen abweichenden Verhaltens – nicht mehr gewahrt wären.

(3) Die Konkretisierung der Normaussagen

Hat man einerseits die als Informationsbasis interessierenden Sachverhalte und andererseits die (vorgesehenen) Informations- und Datenverarbeitungen sowie die zu erwartenden Folgen, also die dadurch gegebene soziale Beziehung zwischen Grundrechtsträger und staatlicher Stelle im Blick, kann die Normauslegung auf diese *soziale Betrachtung* gestützt werden. Das knüpft daran an, daß die Grundrechtsnormen Interpretationen zulassen, die nicht mit individualistischen, sondern mit kontextbezogenen Seh- und Denkweisen arbeiten.¹³⁹ Damit würde der Schutz der Privatsphäre nicht als abgeschottete Sphäre, sondern als *Gewährleistung sozialer Positionen* in dem Sinne entwickelt, daß der Grundrechtsträger in bestimmten Hinsichten in einer sozialen Beziehung geschützt wird. Das ist auch die Folgerung aus den Erörterungen zum „Recht auf Achtung der Privatsphäre“.¹⁴⁰ Indem die Normen nach ihrem Normtext nicht die „Privatsphäre“ schützen, sondern einen bestimmten thematischen mit einem freiheitsschützenden Gehalt verknüpfen, geht es dann um den Schutz der „Privatsphäre“, wenn sich die soziale Konstellation als Frage eines Privatsphärenschutzes beschreiben läßt.¹⁴¹ Privatsphäre ist insoweit (nicht mehr als) ein deskriptives, als solches aber hilfreiches Stichwort im Zusammenhang mit der tatsächlichen Grundlage der Normauslegung.¹⁴²

Bei der auf einer solchen Grundlage erfolgenden Normauslegung hat man zunächst vom *thematischen Gehalt* her zu begründen, daß Verhaltensweisen, Kommunikationsinhalte, Aufzeichnungen oder sonstige Daten, die im außerstaatlichen Bereich entstehen, dem Regelungsbereich einer Grundrechtsnorm zugeordnet werden können und daß, sofern es um den Individualschutz geht, insbesondere auch deren individualschützender Gehalt greift. Für individuelle Verhaltensweisen ist das regelmäßig unproblematisch. Bei Kommunikationsinhalten oder Daten stehen dafür mehrere Kriterien zur Verfügung. Man kann auf die Funktion abstellen, die Aufzeichnungen oder Gespräche erfüllen. So unterfällt ein Tage-

138 Vgl. etwa Schwartz, Social Psychology: „... privacy prevents the ego from identifying itself too closely with or losing itself in (public) roles“; Westin, Privacy, S. 57 ff.; Rössler, Wert, S. 206 ff.

139 Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

140 Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.aa. und bb.

141 In dieser Form, aber auch nur in dieser Form sind Einengungen der Konstellationen möglich, die man unter das Stichwort „Privatsphärenschutz“ fassen kann. Solche Einengungen werden, nachdem die Verbürgung der „Privatsphäre“ weit ausgedehnt worden ist, zur Präzisierung des Schutzes inzwischen wieder gefordert. Vgl. etwa Baston-Vogt, Schutz, S. 399 ff.; Ruiz, Privacy, S. 43 f.

142 Diese Sicht ist zwingend, sobald man auf die einzelnen Freiheitsverbürgungen zurückgreift, ohne ein unzureichendes Sphärenmodell in die Normen zu implementieren.

buch, das zur Auseinandersetzung mit dem eigenen Gewissen geführt wird und solche Gewissensauseinandersetzungen konserviert, dem Regelungsbereich des Art. 4 Abs. 1 Alt. 2 GG.¹⁴³ Man kann hervorheben, in welcher Rolle Gespräche geführt werden. So können Gespräche zwischen Bank und Kunden auch bei den Kunden zur Berufsausübung zählen. Man kann auch den sozialen Kontext heranziehen, in dem Kommunikationen oder deren Aufzeichnungen sich bewegen. So ist bei den Inhalten eines Gesprächs zwischen einem Pressemitarbeiter und seinem Informanten an Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu denken, weil die Angaben im Rahmen der Presse verwertet werden. Auf diese Weise läßt sich von der jeweiligen Norm her verdeutlichen, inwieweit im Hinblick auf die Kommunikationsinhalte oder Daten, denen das staatliche Informationsinteresse gilt, der individualschützende Gehalt der Norm angesprochen und warum welche Person grundrechtsberechtigt sein könnte. Schon an dieser Stelle kann man viel differenzierter vorgehen, als es der Privatsphärenfigur möglich ist. Zugleich wird erkennbar, daß die Relevanz einer Einzelverbürgung keineswegs von bestimmten Aussage- oder Sinngehalten von Kommunikationen oder Daten abhängt; der Inhalt kann durchaus vielfältig sein. Für einen Schutz von Tagebuchinhalten durch Art. 4 Abs. 1 Alt. 2 GG kommt es nicht darauf an, daß in den Niederlegungen ausdrücklich das Gewissen zitiert wird, und die Inhalte eines Gesprächs zwischen Pressemitarbeiter und Informanten unterfallen Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht deshalb, weil über die Presse geredet würde.

Rechtsbindungen für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, die an die dem Regelungsbereich eines Grundrechts unterfallenden Sachverhalte anknüpfen, ergeben sich aufgrund der *Verknüpfung der thematischen Aussage mit dem freiheitsrechtlichen Gehalt*. Entscheidend ist dann, wie man von der regelmäßig vage gefaßten Gewährleistung zu bestimmten Bindungen und Schutzpositionen hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten gelangt. An dieser Stelle muß man sich auf neue Anforderungen einstellen. Denn es geht gerade darum, statt eines individualistisch konstruierten Schutzguts „soziale“ Schutzpositionen zu entwickeln, die den Grundrechtsträger nicht hinsichtlich etwas ihm „selbstverständlich“ Zugehörigem, sondern in einer sozialen Beziehung schützen.

Die Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht hat dazu aber bereits eine Reihe von Anhaltspunkten geliefert. Schon in der ursprünglichen, noch hochabstrakten Konzeption hat das Gericht das Recht auf Achtung der Privatsphäre, sobald dessen Schutz gewichtet werden mußte, durch normgeleitete, vor allem folgenorientierte Argumentatio-

143 Vgl. – als Kritik zur zweiten Tagebuchentscheidung des BVerfG – *Amelung*, Tagebuchentscheidung, S. 1754, 1758 f. *Amelung* legt allerdings den Akzent darauf, ob bzw. daß die Aufzeichnung von Gedanken als Gewissensbetätigung anzusehen und deshalb von der Freiheit, sich seinem Gewissen entsprechend zu verhalten, geschützt ist. Noch deutlicher *Störmer*, Verwertbarkeit, S. 22 f.: Zu fragen sei, ob die Niederschrift der Gewissensauseinandersetzung selbst wiederum die Ausföhrung einer Gewissensentscheidung darstelle. Differenzierter dagegen *Lorenz*, Absoluter Schutz, S. 273 f. Eine Konzentration auf das individuelle Verhalten oder auf eine Entscheidung verfehlt, daß es nicht darum geht, ob das Niederschreiben als Handlung eine Gewissensbetätigung darstellt, sondern ob der Inhalt des Niedergeschriebenen eine Gewissensauseinandersetzung festhält und insofern dem thematischen Gehalt des Art. 4 Abs. 1 Alt. 2 GG unterfällt. Erst so kann man das grundrechtliche Problem dahin formulieren, ob die Aufzeichnung der Gewissensauseinandersetzung als Datum dem staatlichen Zugriff oder der staatlichen Kenntnis und Verwendung entzogen ist.

nen konkretisiert.¹⁴⁴ In der dem Volkszählungsurteil nachfolgenden Rechtsprechung, der das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zur Verfügung steht, hat es den Privatsphärenschutz neu konzipiert. Er wird nicht mehr von einem isoliert gedachten Individuum her, sondern als Bedingung der Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung in der Gesellschaft entwickelt. Zum Teil wird er unmittelbar informationsorientiert angelegt: Bestimmte Angelegenheiten werden gerade gegen die Kenntnisinteressen anderer und gegen die Verwendung gewonnener Informationen geschützt. Nunmehr greift das Gericht auf eine normgeleitete, vor allem folgenorientierte Argumentation nicht erst in der Abwägung, sondern bereits bei der Herleitung des Schutzes zurück: Er erfaßt Verhaltensweisen, Kommunikationen oder Aufzeichnungen, die als solche grundrechtlichen Schutz genießen und möglich bleiben müssen, die aber als Inhalt der Information anderer peinlich wären oder nachteilige Reaktionen auslösten und deswegen vermieden würden, wenn man damit rechnen müßte, daß andere Kenntnis davon erlangen und die erlangten Informationen nutzen. Der hinsichtlich des Wissens anderer bestehende Schutzbedarf trägt die Herleitung des Schutzes der Privatsphäre. Ähnliche Argumentationsmuster finden sich bei den im Überblick dargelegten einzelgrundrechtlichen Interpretationen, die den Schutz der „Privatsphäre“ über den freiheitsschützenden Gehalt entwickeln.¹⁴⁵

Vom Ausgangspunkt aus liegt es auf der Hand, daß die Überbrückung der Differenz zwischen Normtext und bestimmten Pflichten und Rechten allein *im Wege normativer Argumentationen* zu leisten ist. Auf der Basis der übergreifend-sozialen Perspektive, die die typisierte soziale Beziehung zwischen Grundrechtsträger und staatlicher Stelle mit den vielfältigen, von den soziologischen Erkenntnissen zur „Privatsphäre“ aufgezeigten Wirkungsmechanismen erfaßt, ist die individuelle Schutzposition erst noch zu konkretisieren. Dabei handelt es sich um eine „soziale“ Schutzposition in dem Sinne, daß sie den Grundrechtsträger gerade gegen die Gewinnung und Verwendung ihn betreffender Informationen und Daten durch staatliche Stellen (oder – im Rahmen der Drittwirkung – andere Private) schützt. Für einen solchen Schutz genügt es nicht bereits, daß die staatliche Stelle Wissen über eine Person als solches erlangt oder daß die betroffene Person um das beim Staat über sie vorhandene Wissen weiß. So abstrakt sind aber auch die soziologischen Erkenntnisse nicht angelegt; eine soziale Beziehung, in der die „Privatsphäre“ relevant wird, kennzeichnet immer ein spezifisches Wissen über bestimmte Angelegenheiten mit typisierbaren nachteiligen Folgen. Man muß somit einbeziehen, welche Folgen die staatliche Gewinnung und Umsetzung von Informationen oder die Verarbeitung von Daten über die dem thematischen Gehalt unterfallenden Angelegenheiten hätte, und diese Folgen aus Perspektive des Grundrechts normativ beurteilen. Dabei können mehrere Erwägungen eine Rolle spielen. Man kann darauf abstellen, wie sich durch die Gewinnung von Informationen über Verhaltensweisen und Kommunikationsinhalte oder durch den Zugriff auf bestimmte personenbezogene Daten das Wissen auf seiten der sich informierenden Stelle verändert, welche Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten dadurch eröffnet werden und wie sich dies auf die betroffene Person auswirkt. Man kann einbeziehen, inwieweit deren Identität oder Selbstwertgefühl angegriffen werden. Man kann geschützte Verhaltens- oder Kommunika-

144 Vgl. zusammenfassend Zweiter Teil, 5. Kapitel.

145 Vgl. oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.a.

tionsweisen und deren erwartungsvermittelte Anpassung im Falle bestimmter Informations- und Datenverarbeitungen hervorheben. In dem so gesetzten argumentativen Rahmen kommt es dann auf die normative Beurteilung der nachteiligen Folgen an. Dies ist in einen normativen Zusammenhang eingebettet und insofern weder beliebig noch in den tragenden Linien auf den Einzelfall ausgerichtet. Vage Hinweise auf denkbare Nachteile genügen nicht. Nachteilige Folgen müssen zum einen faktisch typischerweise zu erwarten sein. Deshalb ist man darauf angewiesen, die tatsächlichen Grundlagen der Normkonkretisierung hinreichend herauszuarbeiten. Zum anderen müssen nachteilige Folgen nach den Kriterien der Norm rechtsrelevant sein und den Aussagen der thematisch spezifizierten Freiheitsgarantie widersprechen.¹⁴⁶ Gelangt man zu einer solchen normativen Beurteilung, schließt die einschlägige Gewährleistung einen Schutz des Grundrechtsträgers ein, der sich gerade auf das staatliche Wissen und auf den Umgang mit den ihn betreffenden Informationen und Daten bezieht. Sie erstreckt sich also auf Pflichten und Rechte, die die Gewinnung und Verwendung personenbezogener Informationen oder die Verarbeitung personenbezogener Daten determinieren, damit solche Folgen nicht entstehen. Wird sie in dieser Weise konkretisiert, gewinnt man zugleich die *erforderliche Begründung*, warum und inwieweit einer Person überhaupt Rechte zustehen, die auf den Umgang staatlicher Stellen oder – im Rahmen der Drittwirkung – anderer Privater mit personenbezogenen Informationen und Daten gerichtet sind.¹⁴⁷

Diese Rekonstruktion des Privatsphärenparadigmas rückt die Argumentationsmuster an die Oberfläche, die sich in der traditionellen Sicht im unbestimmten Begriff der „Privatsphäre“ verbergen. Im Mittelpunkt steht die Konkretisierung der Norm im Wege normativer Argumentationen zu einem unmittelbar auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten bezogenen Schutz. Sie läßt sich anhand von Beispielen veranschaulichen. Ein prägnantes Beispiel ist die Gewinnung und Verwertung von Informationen aus Tagebuchaufzeichnungen über Gewissensauseinandersetzungen zur Feststellung des Sachverhaltes im Rahmen eines Strafverfahrens.¹⁴⁸ Als tatsächliche Basis der Normauslegung kann man herausarbeiten, daß der Einzelne sich in Tagebuchaufzeichnungen mit einer befürchteten oder erfolgten Abweichung von gesellschaftlichen Normen, deren Richtigkeit er auch für sich selbst anerkennt, beschäftigen und sich einer Selbstkontrolle unterziehen kann: Jemand mag sich seine Disposition zu strafbaren Verhaltensweisen oder begangene Straftaten bewußt machen, diese an verinnerlichten normativen Überzeugungen messen und die Erkenntnisse als Maßstab künftigen Verhaltens einzusetzen bemüht sein.¹⁴⁹ Eine solche Auseinandersetzung erfordert die Offenheit gegenüber dem eigenen Ich und die Lösung von den Erwartungs- oder Erklärbarkeitszwängen, die der Blick auf die soziale Umwelt herbeiführt. Die Aufzeichnungen kennzeichnet, daß nicht sämtliche Gedanken festgehalten werden und regelmäßig ein anderen nicht zugänglicher Sinnhorizont

146 Vgl. bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1. Siehe noch Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.II.2.c.bb.

147 Zu diesem Erfordernis Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.IV.

148 Dazu aus der Rechtsprechung: BHGSt 34, 397 (398 ff.); BGHSt, CR 1995, 51; BVerfGE 80, 367 (373 ff.) – mit dem Ansatz bei Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG –; vgl. auch oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt C.II.2. Außerdem BGHSt 19, 325 (326 ff.).

149 Vgl. näher *Amelung*, Tagebuchentscheidung, S. 1754 f., 1757, 1758 f.

vorhanden ist.¹⁵⁰ Gelangten sie ins Strafverfahren, könnten sie Quelle von Fehlinterpretationen und Fehlentscheidungen sein. Sie wären gegebenenfalls Grundlage des Strafurteils. Der Einzelne wäre dem Druck ausgesetzt, daß er seine Aufzeichnungen und seine Auseinandersetzung mit sich selbst detaillierter erläutern und erklären muß. Zudem können erwartungsvermittelte Anpassungsmechanismen entstehen. Sie verweisen überwiegend auf künftiges Verhalten¹⁵¹, aber zugleich auf den aktuellen Sachverhalt zurück, indem sie belegen, daß das jeweilige Verhalten die Erwartungssicherheit voraussetzt, daß die Aufzeichnungen nicht den Informationsinteressen anderer dienen. Man kann davon ausgehen, daß die hier relevanten Gewissensauseinandersetzungen unterblieben, wenn der Betroffene befürchtete, daß staatliche Stellen zu Zwecken eines Strafverfahrens auf die Aufzeichnungen zugreifen, sie lesen und verwerten.

Grundrechtlich werden Auseinandersetzungen mit dem eigenen Gewissen und deren Aufzeichnungen von Art. 4 Abs. 1 Alt. 2 GG erfaßt.¹⁵² Zur Grundrechtsgarantie gehört der Schutz des Ablaufs der Gewissensauseinandersetzung als Verhalten. Das Freiheitsversprechen sichert dabei, da dies zum Kern der Auseinandersetzungen gehört, ohne den sie nicht funktionierten, die Möglichkeit einer Offenheit gegenüber sich selbst und einer Lösung von Erwartungs- und Erklärbarkeitszwängen zu. Davon wird zugleich das die Gewissensauseinandersetzung ermöglichende und leitende Vertrauen darauf umfaßt, daß andere keine Kenntnis von den Aufzeichnungen erlangen.¹⁵³ Die Auseinandersetzungen sollen gerade auch in ihrem nicht zu vermittelnden Sinnzusammenhang ermöglicht werden. Der Schutz ist in keiner Weise davon abhängig, ob die Inhalte reine Gedanken bleiben oder schriftlich in einem Tagebuch niedergelegt werden.¹⁵⁴ Er wird davon getragen, nicht dadurch gemindert, daß die Aufzeichnungen Normabweichungen festhalten.¹⁵⁵ Sind Gewissensauseinandersetzungen mit Normabweichungen, die dafür erforderliche Lösung von Erwartungs- und Erklärbarkeitszwängen und das Vertrauen auf die Ausgrenzung der Wissensinteressen anderer gewährleistet, widerspräche es eben dieser Gewährleistung, wenn die Aufzeichnungen in einem Strafverfahren gelesen und als Grundlage eines Strafurteils verwertet würden, das die Normabweichungen sanktioniert. Ebenso wäre es mit dem Freiheitsversprechen unvereinbar, wenn der Grundrechtsträger Nachteilen ausgesetzt wäre, weil die Auseinandersetzungsinhalte nicht vermittelbar sind und als Informationsbasis zu Fehldeu-

150 Vgl. *Dalakouras*, Beweisverbote, S. 205 f. m.w.N.

151 Wenn der Staat die direkte offene Beobachtung einsetzt, kann sich in unmittelbarer Reaktion das beobachtete Verhalten verändern. In den Fällen der nachträglichen Ermittlung können erwartungsvermittelte Anpassungsmechanismen das zukünftige Verhalten prägen. Sind entsprechende Erfahrungen allerdings schon in der Vergangenheit gemacht worden, kann das aktuell relevante Verhalten davon beeinflusst sein.

152 Vgl. oben im Text dieses Punktes mit Fn 143.

153 Vgl. dazu auch BVerfGE 80, 367 (381 – unterlegene Ansicht –).

154 Anders BVerfGE 80, 367 (376).

155 Es sei vorsorglich hervorgehoben, daß der grundrechtliche Schutz voraussetzt, daß es nicht einfach nur um Aufzeichnungen über Straftaten, sondern um sich damit beschäftigende Gewissensauseinandersetzungen geht. In BVerfGE 80, 367 (374 ff.) werden die Perspektiven des Grundrechts und die des staatlichen Interesses bzw. der staatlichen Aufgabenerfüllung vermengt, vgl. bereits oben Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt C.II.2. Siehe auch *Amelung*, Tagebuchentscheidung, S. 1755: „Das BVerfG sieht nicht, daß sich eine Paradoxie abzeichnet, wenn man dem Tagebuchführer gerade daraus einen Strick dreht, daß er Kräfte in sich mobilisierte, die ihn zur Rechtstreue anhielten.“

tungen, nicht hinreichend gesicherten Schlußfolgerungen und beeinträchtigenden Entscheidungen führten, deren potentielle Fehlerhaftigkeit sich gleichzeitig nicht erschließt.¹⁵⁶ Der Grundrechtsträger würde sich möglicherweise gezwungen sehen, zur Vermeidung der strafrechtlichen Sanktionen den übergreifenden Horizont seiner Gewissensauseinandersetzung aufzudecken. Über den Einzelfall hinaus ließe es der Verbürgung des Art. 4 Abs. 1 Alt. 2 GG zudem entgegen, wenn – geschützte – Gewissensauseinandersetzungen wegen der Befürchtung einer staatlichen Kenntnisnahme und Verwertung im Strafverfahren unterblieben.¹⁵⁷ Mit all dem läßt sich aus der Gewährleistung die Verpflichtung des Staates herleiten, in einem Strafprozeß die Gewinnung von Informationen aus Tagebuchaufzeichnungen grundsätzlich zu unterlassen. Im Falle einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Ermächtigung¹⁵⁸ wären Rechtsbindungen für die Umsetzung der erlangten Informationen zu entwickeln.

Ein schon anders gelagertes Beispiel wäre der Fall, daß eine staatliche Stelle die Inhalte von Besprechungen der Redaktion einer Zeitung über einen Informanten in Erfahrung bringt und als Daten speichert, um die Staatsfreundlichkeit der jeweils vertretenen Ansichten zu beurteilen und etwa bei Presseauskünften zu berücksichtigen. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet die Freiheit der Presse. Dadurch werden nicht nur Verhaltensweisen, unter anderem Redaktionsbesprechungen mit einer Auswahl und Aufbereitung der Veröffentlichungen, gegen staatliche Reglementierungen geschützt. Daß die „Freiheit“ der Presse gegenüber dem Staat gewährleistet ist, garantiert in allgemeiner Weise die Freigabe aus dem staatlichen Einfluß und aus der Orientierung an staatlicherseits gesetzten oder geneh-

156 In der Rechtsprechung stehen solche Erwägungen z.B. – hier regelmäßig vermischt mit der Privatsphärenkonzeption – hinter dem grundsätzlichen Verbot einer in staatlichen (Gerichts)Verfahren erfolgenden Verwertung von Tonbandaufzeichnungen. Das Verwertungsverbot wird darauf gestützt, daß die Aufzeichnung bloß vorläufige Stellungnahmen oder eine nur aus der Situation heraus verständliche Formulierung konserviert und bei Reproduktion in einem anderen Kontext Authentizität zu vermitteln scheint, obwohl der Sinnhorizont der Situation und des Beitrags allenfalls begrenzt wiedergegeben wird. Vgl. BGHZ 27, 284 (286 ff.) sowie BVerfGE 34, 238 (246 f.) und dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.4. Außerdem etwa BGHSt 14, 358 (359 ff.); BGHSt MDR 1989, 832 (833 ff.); BGHZ NJW 1988, 1016 (1016 f.). Zur parallelen Argumentation bei der Veröffentlichung eines Telephontranskripts in der Presse BGHZ 73, 120 (123, 124). Anders für die aus der Erinnerung erfolgende Wiedergabe eines vertraulichen Gesprächs durch einen Gesprächsteilnehmer: BGHZ 80, 25 (42 f.). Allgemeiner wird die Kontextgebundenheit bestimmter Interaktionen und die nicht kontrollierbare Gefahr von Fehldeutungen in anderen Kontexten von *Rüpke*, Privatheit, bes. S. 51 ff., 75 ff., 87 ff., 115 ff., hervorgehoben. *Rüpke* trennt – auf der Basis eines zu verdinglichten Informationsbegriffs (siehe S. 33) – allerdings zu strikt zwischen Kommunikationsvorgang und Kommunikationsinhalten, so daß er den Schwerpunkt auf die unmittelbare staatliche Teilhabe an Kommunikationen legt und die spätere Reproduktion von Kommunikationsinhalten nur unzureichend erfaßt. Folgt man dem – aufgrund eines anderen Informationsverständnisses – nicht, kann die Kritik von *Rohlf*, Privatsphäre, S. 64 f., teilweise aufgefangen werden; ihr wird hier allerdings nicht vollständig gefolgt, insbesondere nicht darin, daß der zentrale Aspekt in der Selbstbestimmung des Persönlichkeitsbildes liege. Weitergehend kritisch *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 63: Es erscheine verfehlt, das Erfordernis einer informationellen Enthaltsamkeit des Staates mit der Gefahr von Mißverständnissen zu begründen. Die Beispiele, die *Deutsch* nennt, treffen allerdings nicht die Konstellationen, in denen dieses Argument bei der Normkonkretisierung in Betracht kommt.

157 Vgl. die Argumentation in BGHSt 19, 325 (327 f.).

158 Ob und inwieweit Art. 19 Abs. 2 GG einer gesetzlichen Ermächtigung entgegensteht, braucht hier nicht erörtert zu werden. Der „absolut geschützte Kernbereich“ ist jedenfalls eine Frage der Interpre-

men Kriterien.¹⁵⁹ Diese Freigabe bedeutet gerade auch, daß die Arbeit der Presse nicht einer Kontrolle und Beaufsichtigung nach Maßstäben der Staatsfreundlichkeit unterzogen wird. Schon deswegen ist eine zu diesem Zweck erfolgende Sammlung und Umsetzung von Informationen und Daten über die Inhalte von Redaktionsbesprechungen mit der Freiheitsverbürgung unvereinbar. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob die Redaktionsbesprechung nach außen abgeschottet oder „vertraulich“ gestaltet ist. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG verpflichtet die staatlichen Stellen daher, eine solche Informationsgewinnung und -verwertung zu unterlassen, und vermittelt den Grundrechtsträgern entsprechende Abwehrrechte.

Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als weiteres Beispiel sind verfassungsrechtlich weder nach Maßgabe des Willens eines Unternehmens geschützt noch geben die Grundrechtsnormen insofern einen ex ante festliegenden Geheimnisbegriff her, der gegen jegliches Wissen anderer gewendet werden könnte.¹⁶⁰ Vielmehr kann man – je nach Konstellation und Kontext – im Mitdenken der Folgen potentiellen Wissens anderer damit argumentieren, daß die Publizität der zu schützenden Angaben die Wettbewerbs- und Existenzfähigkeit der Unternehmen beeinträchtigte.¹⁶¹ Der „Geheimnis“-schutz, den das einschlägige Grundrecht (insoweit zumindest schwerpunktmäßig: Art. 12 Abs. 1 GG¹⁶²) trägt, bezieht sich dabei auf Kenntnisse und Nutzungschancen der Konkurrenz. Daraus ergeben sich nicht ohne weiteres Rechtsbindungen und Rechte, nach denen eine staatliche Behörde, die die in Frage stehenden Unterlagen beispielsweise zur Prüfung der Erforderlichkeit von Gewässeraufsichtsmaßnahmen anfordert, die Kenntnisnahme und Auswertung der Unterlagen zu unterlassen hat.¹⁶³ Dies kann nur in Betracht kommen, wenn keine hinreichenden Vorkehrungen gegen eine Kenntnisnahme durch Konkurrenten bestehen. Der Grundrechtsschutz greift allerdings zum Beispiel bei einer öffentlichen Auslegung einschlägiger Unterlagen oder bei Auskünften an die Presse.

tation des Wesensgehalts des oben dargelegten Schutzgehalts und nicht nach einem mißverstandenen Kriterium des „Sozialbezuges“ zu bestimmen.

- 159 Vgl. dazu die Ausführungen oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.b. mit Verweis auf *Luhmann*, Grundrechte, S. 97 ff. Siehe auch BVerfGE 20, 162 (174 ff.); 52, 283 (296); 66, 116 (133); 80, 124 (133 f.).
- 160 Das gilt für Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ebenso wie für die „Privatsphäre“. Normalerweise sucht man – wie bei der „Privatsphäre“ – nach einer kontextübergreifenden Definition von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, die dann regelmäßig zivilrechtlich oder wettbewerbsrechtlich geprägt ist, so wenn man dazu Tatsachen zählt, die erstens in Zusammenhang mit einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb stehen, zweitens nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt, also nicht offenkundig sind, drittens nach dem ausdrücklich oder konkludent bekundeten Willen des Unternehmers geheimgehalten werden sollen und viertens den Gegenstand eines berechtigten wirtschaftlichen Geheimhaltungsinteresses des Unternehmers bilden. Vgl. etwa *Breuer*, Schutz, S. 172, der im Anschluß an den ex ante festgelegten Begriff von einem abgestuften Geheimnisschutz in verschiedenen Rechtsverhältnissen ausgeht.
- 161 Vgl. oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.a. mit Fn 60.
- 162 So zutreffend *Wolff*, Schutz, S. 99 ff. Meistens rückt man grundsätzlich Art. 14 Abs. 1 GG in den Vordergrund, weil man von einem feststehenden Geheimnisbegriff ausgeht und das Geheimnis dann als vermögenswerte Position sieht. Vgl. *Schröder*, Geheimhaltungsschutz, S. 19 ff.; *Breuer*, Schutz, S. 174; *Taeger*, Offenbarung, S. 60 ff.
- 163 Zum genannten Beispiel siehe – mit allerdings zu knapper Argumentation – VGH BadWürtt., NVwZ 1991, 1009 (1011).

Es kennzeichnet den dogmatischen Ansatz, daß man sich in mehreren Hinsichten von der Gestaltung und den Restriktionen lösen kann, die die Privatsphärenkonzeption mit sich bringt. Indem man die jeweilige Beziehung zwischen Einzelnem und staatlicher Stelle, insbesondere die vorgesehenen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge und ihre erwartbaren Folgen, aufschlüsselt, hat man als Grundlage eine relationale und eine prozedurale Perspektive. Die Garantien und Rechte greifen erstens relational, zweitens in bezug auf den fortlaufenden Umgang mit Informationen und Daten und hier drittens an exakt bestimmten Punkten.

Erstens sind die Maßgaben *in Abhängigkeit von dem jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext* zu konkretisieren. Sie werden also immer relational entwickelt. Die immer nur relational mögliche Herleitung ist der richtige Kern der These von der Relativität der Privatsphäre¹⁶⁴, die der ursprünglichen Konzeption des Bundesverfassungsgerichts¹⁶⁵ entgegengehalten worden ist. Damit ist nicht ausgeschlossen, daß es Angelegenheiten geben mag, die gegenüber jeglichem Wissen staatlicher Stellen (oder im Bereich der Drittwirkung: anderer Privater) grundsätzlich geschützt sind. Das mag bei Konstellationen im Bereich des Art. 4 Abs. 1 Alt. 2 GG der Fall sein.¹⁶⁶ Regelmäßig werden sich aber Differenzierungen ergeben. Das hat sich eben bereits hinsichtlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gezeigt. Nimmt man Art. 6 Abs. 1 GG als Beispiel, gestalten sich die individuellen Rechte hinsichtlich der Kenntnisinteressen des Familiengerichts über Konflikte zwischen den Ehepartnern im Falle einer Scheidung anders als hinsichtlich eines entsprechenden Kenntnisbegehrens des öffentlichen Arbeitgebers eines der Partner, das zur Beurteilung des außerdienstlichen Verhaltens dienen soll.¹⁶⁷

Zweitens gelangt man über die Argumentation mit abgeschotteten „Privat“bereichen hinaus, die einen fast zwingend darauf verweist, die grundrechtlichen Vorgaben auf einen „Schutz gegen Erhebung von Informationen aus diesem Lebensbereich“¹⁶⁸ zu beschränken

164 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.bb.

165 Indem das Gericht über den Sphärenansatz Angelegenheiten oder Daten dem Privatbereich des Einzelnen zugeordnet hat, hat es die daran anknüpfenden staatlichen Informationsvorgänge als durchweg grundrechtlich determiniert angesehen und erst im Rahmen der Begrenzungsmöglichkeiten einen auf den jeweiligen staatlichen Kontext abgestimmten Schutz entworfen. Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.bb.

166 Es betrifft aber nicht alle Konstellationen und nicht jede Hinsicht. Teilweise – etwa bei Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG – wird in der Norm vorausgesetzt, daß zumindest die Gewissensentscheidung selbst offenbart wird; wie weit die gegebenenfalls erfolgte Auseinandersetzung mit sich selbst zu offenbaren ist, ist allerdings eine zweite Frage. Eine Sphärenkonzeption, nach der in den Wissensbereich fallende Fragen grundsätzlich nicht offenbart werden müssen, hat mit der Schwierigkeit zu kämpfen, daß wegen der Individualisierung des Gewissens „Gewissensfragen weder gegenständlich noch nach dem Inhalt des Gewissensgebots noch nach Gründen und Motiven irgendwie begrenztbar sind“ (*Böckenförde*, Gewissensfreiheit, S. 68 und ausführlich S. 33 ff.).

167 So hat der Ehemann vor dem Familiengericht, in dem es um die Scheidung der Ehe geht, nicht ohne weiteres ein Recht auf Unterlassen der Kenntnisnahme seiner Verhaltensweisen und ihn betreffender Vorgänge, die seine Frau zur Darlegung des Konflikts offenlegt. Anders stellt sich sein Schutz im Verhältnis zu seinem Dienstvorgesetzten oder der Dienstbehörde bzw. im Disziplinarverfahren dar. Das gilt auch dann, wenn seine Frau die ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen über den Scheidungsprozeß an den interessierten Dienstvorgesetzten weiterleitet. Vgl. auch – allerdings auf der Basis des Privatsphärenansatzes – BVerfGE 27, 344 (350 ff.); 34, 205 (208 ff.).

168 *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 30 und 4.

oder eine Erweiterung auf die fortlaufenden Informations- und Datenverarbeitungsprozesse allenfalls als „Fortsetzung der durch die Erhebung begonnenen Einwirkung“¹⁶⁹ zu erfassen. Indem die einschlägige Norm auf der Grundlage einer übergreifenden Perspektive konkretisiert wird, beziehen sich etwaige Rechtsbindungen *nicht lediglich auf die staatliche Gewinnung von Informationen oder auf die Erhebung von Daten*. Sie greifen mit präzise begründbarem normativen Rückhalt *auch in bezug auf die sich anschließenden Umsetzungs- oder Verarbeitungsprozesse*. Entsprechende Maßgaben können aktualisiert werden, wenn die Informationserlangung über den Gesetzesvorbehalt gedeckt wird. Zum Beispiel kann Art. 6 Abs. 1 GG bei der – gesetzlich abgesicherten – Kontrolle von Briefen von Gefangenen an ihre Ehepartner die Garantie hergeben, daß die staatliche Stelle gelesene Briefinhalte nicht in Bewertungen und Entscheidungen umsetzen, die den grundrechtlichen Schutz der Ehe als eine Beziehung, in der man sich entlastet und auf Verständnis hofft, unberücksichtigt lassen.¹⁷⁰ Außerdem kommt die Herleitung von Geheimhaltungspflichten in Betracht, die sich an die staatliche Stelle richten, die bereits Kenntnisse gewonnen und/oder Daten(träger) in Besitz hat.¹⁷¹ Zu denken ist weiter an Garantien und Rechte in bezug auf bestimmte Schlußfolgerungen, die gerade ohne vorausgehende Informationsgewinnung getroffen werden, weil das Grundrecht diese verbietet. Der Schutz wäre hier schnell ausgehebelt, wenn er nicht einschlösse, daß die staatliche Stelle nicht zum Nachteil des Einzelnen unterstellen darf, daß verweigerte Auskünfte oder Unterlagen bestimmte Informationen vermitteln würden.

Drittens können grundrechtliche Maßgaben und Rechte im Rahmen eines bestimmten Kontexts *differenzierend* greifen. Die Umsetzung von Informationen und die Verarbeitung von Daten münden schließlich nicht unbedingt in einen einlinigen Prozeß. Sie können zeitlich gestreckt und in mehrere Nutzungsweisen aufgefächert sein. Werden die Informations- und Datenverarbeitungen aufgeschlüsselt, lassen sich bestimmte Aspekte herausstellen. Man ist nicht darauf angewiesen, immer bereits die staatliche Gewinnung von Informationen oder die Erhebung von Daten der grundrechtlichen Determination zu unterstellen, damit weitere Schritte grundrechtlich erfaßt sind. Die Bindungen können an genau bestimm- baren Punkten des Umgangs mit Informationen und Daten ansetzen. So mögen in sachlicher Hinsicht bestimmte Veränderungen von Informationen, die gegebenenfalls auf Datenverknüpfungen oder -veränderungen beruhen, oder bestimmte Bewertungen relevant sein. In zeitlicher Hinsicht kann eine Gewährleistung – wie etwa der Schutz der Persön-

169 Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 83.

170 Aus der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe BVerfGE 35, 35 (39 f.); 42, 234 (236 f.); 57, 170 (178 f.); 90, 255 (259). Das BVerfG zieht hinsichtlich der grundrechtlichen Verankerung ohne dogmatische Stringenz Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 oder Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG heran, dies gegebenenfalls auch kombiniert. Zur Frage der Abgrenzung siehe auch Schmitt Glaeser, Meinungsfreiheit, S. 63 ff., der dafür plädiert, auf entweder den einen oder den anderen Maßstab oder, als treffendere Lösung, sowohl auf den einen als auch auf den anderen Maßstab abzustellen, aber keine Kombination zugrunde zu legen, weil die Schutzbereiche unterschiedliche Verhaltensweisen gewährleisten. Man muß allerdings sehen, daß die Abgrenzung Schwierigkeiten bereitet, weil die jeweiligen Gewährleistungen gerade *nicht* unterschiedliche Verhaltensweisen gewährleisten, sondern *einen* Kommunikationsbeitrag (Mitteilung an Eltern oder an die Familie) unter *unterschiedlichen Bezugspunkten* focussieren (nämlich einmal als Kommunikation im ehelichen oder familiären Bereich und einmal als Meinungsäußerung).

171 Vgl. BVerfGE 27, 344 (352) und dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.2.

lichkeitsentfaltung mit dem in ihm enthaltenen Resozialisierungsgedanken – gerade für die zeitliche Dauer eines staatlichen Wissens um etwas Maßstäbe setzen. Die Gewinnung und Nutzung einschlägiger Informationen im Kontext eines strafgerichtlichen Verfahrens könnte ab einem bestimmten Zeitpunkt – und eben auch: erst ab einem bestimmten Zeitpunkt – zu unterbleiben haben.¹⁷² Auch können bei mehreren intendierten Nutzungen bestimmte Verwendungsweisen unproblematisch sein, während andere den grundrechtlichen Schutzmechanismen unterfallen.

Die Konkretisierung von Garantien und Rechten (nur) im Blick auf den jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext darf man *nicht mit* „immanenten“ Grenzen verwechseln, aufgrund derer der Schutz von vornherein von Gemeinschaftsinteressen her begrenzt wird. Solange es um die Entwicklung der Rechtsbindungen geht, hat man immer die Perspektive des Grundrechts zu wahren. Nicht dagegen ist die Perspektive des Allgemeininteresses, die das staatliche Vorgehen leitet, einzunehmen. Diese wird gegebenenfalls im Rahmen der Grundrechtsbegrenzung relevant. Der Grundrechtsträger könnte – trotz der Erforderlichkeit des Wissens im Rahmen der Erfüllung behördlicher Aufgaben und Befugnisse – aufgrund der Freiheitsgewährleistung das Recht haben, die staatliche Kenntnis oder die Umsetzung von Informationen über bestimmte Sachverhalte abzuwehren. Die Behörde könnte – wegen der Erforderlichkeit des Wissens – über die grundgesetzlichen Begrenzungsmöglichkeiten und darauf gestützter Gesetze die Kompetenz haben, Kenntnisse zu gewinnen und zu nutzen. Die dogmatische Struktur von Grundrechtstatbestand und Grundrechtsbegrenzung ändert sich also nicht.

3. Der Schutz der Selbstdarstellung

a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur

Neben der Privatsphäre gehört der Schutz der *Selbstdarstellung* zu den zentralen Paradigmata, über die grundrechtliche Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten (auch) aus den einzelnen Freiheitsgewährleistungen entwickelt werden. Teilweise steht dies in direktem Zusammenhang mit dem Recht, Thema und Adressaten der Kommunikation selbst zu wählen. Man formuliert aber einen deutlicheren Umweltbezug und versteht dieses Recht zugleich als Schutz der sich *in Kommunikationen vollziehenden Selbstdarstellung* und der *Selbstbestimmung des Persönlichkeitsbildes*, das der Umwelt – einschließlich staatlicher Stellen – vermittelt wird.¹⁷³ Individuelles Handeln werde von der Umwelt als Information über den Handelnden aufgenommen, die wiederum Grundlage für das Urteil der Umwelt über die Handlung und den Handelnden sei. Dieses Umwelturteil fließe über die Reaktionen der Umwelt an den Handelnden zurück und werde als Bestätigung oder Ablehnung erfahren. Selbstdarstellung vollziehe sich insofern im Austausch von Informationen. Indem der Einzelne über die Art seiner Selbstdarstellung selbst entscheiden dürfe, dürfe er auch über die Abgabe von Informationen über sich bestimmen.

172 Vgl. dazu BVerfGE 36, 174 (187 ff.), dies zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des im BZRG geregelten Verwertungsverbots. Siehe auch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.1., zum Lebach-Urteil.

173 Vgl. C. Mallmann, Datenschutz, S. 58 ff.; Rohlf, Privatsphäre, S. 171, 187 ff. Vgl. auch – mit Differenzierungen – Hoffmann-Riem, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn 58 ff.

Dabei wird nicht allein auf den Persönlichkeitsschutz¹⁷⁴, sondern auch auf das Grundrecht zurückgegriffen, das die Selbstdarstellung thematisch erfaßt. Zum Beispiel schließt man in den Begriff des Bekenntnisses in Art. 4 Abs. 1 GG jede Äußerung und jedes Verhalten ein, das die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Religion oder Weltanschauung nach außen kenntlich machen soll. Er betreffe daher, so wird gefolgert, die sich in der Kommunikation vollziehende religiöse oder weltanschauliche Selbstdarstellung und damit die Abgabe oder Nicht-Abgabe von Individualinformationen einer bestimmten Thematik. Der Staat dürfe diese Abgabe grundsätzlich weder beschränken noch verlangen.¹⁷⁵ Ähnlich wird argumentiert, daß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG mit der Freiheit, den jeweiligen Kommunikationspartner zu wählen, zugleich auch die Freiheit garantiere, welche Meinung in welchem Umfang dem Rezipienten gegenüber offenbart werden solle. Die Meinungsäußerung sei somit nicht nur elementarer Bestandteil der Persönlichkeitsentfaltung, sondern gleichzeitig von prägender Bedeutung für das der Umwelt vermittelte Persönlichkeitsbild.¹⁷⁶ Der Staat dürfe Selbstdarstellungschancen nicht durch systematische Registrierungen und Datenweiterleitungen mit der Folge unterlaufen, daß der Einzelne sich bei jeder späteren Beziehung mit staatlichen Behörden erst mit dem dort registrierten Persönlichkeitsbild auseinandersetzen müsse und nur noch reagieren statt sich agierend selbst darstellen könne.¹⁷⁷

In einer enger angelegten Perspektive betrifft der Schutz der Selbstdarstellung die *Gewährleistung des eigenen Auftretens und selbstgestalteter Kommunikation im Verhältnis zu anderen Bürgern*. Manchmal wird er sogar ausdrücklich ausschließlich für das Verhältnis von Bürgern untereinander entwickelt¹⁷⁸: Indem individuelles Handeln einer Person von der Umwelt zugerechnet werde, indem die Umwelt reagiere und indem die Person sich selbst oder ihrer eigenen Darstellung als ihrem Bild bei anderen begegne und darauf ihrerseits verstärkend oder korrigierend reagiere, sei Selbstdarstellung funktional für die Konstituierung der Persönlichkeit in der Gesellschaft. Dieser Prozeß setze Freiheit als Bedingung voraus, denn nur das freie, nicht das normierte, standardisierte Verhalten könne einer Person als Ausdruck ihrer Individualität zugerechnet werden. Das Verhältnis des Bürgers zum Staat sei aber gerade normiert und kein freier Kommunikationszusammenhang. Der Staat habe sein Bild vom Bürger und sein Verhalten diesem gegenüber daran zu orientieren, ob normierte Merkmale gegeben und normierte Voraussetzungen erfüllt seien. Der Bürger könne weder verlangen noch müsse er sich gefallen lassen, vom Staat auch unter anderen als den rechtlich bedeutsamen, zweckbezogenen und zweckgebundenen Gesichtspunkten behandelt zu werden. Selbstdarstellung müsse deshalb vor dem Staat nicht geleistet werden

174 Vgl. dazu *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 76 ff., der den Datenschutz insgesamt als spezifische Ausformung des Rechts auf Selbstdarstellung ansieht und dieses dann – eher unpräzise – als die prinzipiell nur dem Menschen selbst zustehende Darstellung seiner Person versteht, die der Staat nicht in eigene Regie übernehmen und in Form von Persönlichkeitsbildern dem Grundrechtsträger gleichsam überstülpen dürfe. Siehe auch (mit fallgruppenbezogener Konkretisierung) *Wellbrock*, Persönlichkeitsschutz, S. 59 ff.

175 *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 54 ff., 60 ff. (der das Recht auf Selbstdarstellung als Grundlage des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beschreibt).

176 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 186 f.

177 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 187 ff.

178 Zur dargestellten Argumentation siehe *Schlink*, Bürger als Datenobjekt, S. 155 ff.; *ders.*, Amtshilfe, S. 194 ff.

und sei nicht geschützt. Vielmehr sei gegenüber dem Staat Freiheit gesichert, die die Selbstdarstellung unter Privaten umfasse. Insofern könne das für den jeweiligen kommunikativen Kontext – Religionsausübung, Meinungsbildung, Ehe und Familie, Versammlung, Verein, Berufsbereich – einschlägige Grundrecht Schutz vor staatlichen Maßnahmen gewähren, die über die Ausforschung oder über staatliche Informationsvermittlungen die freie und unbefangene Kommunikation untereinander und das je voneinander entstehende Bild beeinträchtigten.

„... Beispiele sind diejenigen Verbreitungen staatlicher Informationen vor einem öffentlichen Publikum, die den Bürger zum Homosexuellen oder eine Vereinigung zur Gemeinschaft von Verfassungsfeinden abstempeln, jemanden keinen Arbeitsplatz und keinen Geschäftskontakt mehr finden lassen, die Lächerlichkeits- oder Peinlichkeitsschwelle überschreiten, kurz die Selbstdarstellung und Privatheit vor bzw. gegenüber der Gesellschaft zerstören. ... Einschlägige Situationen sind ferner da gegeben, wo staatliche Informationserhebungen über bestimmte Beziehungen bzw. das Wissen um ihre Möglichkeit das Verhalten in den Beziehungen lähmen. Eine Pflicht des Vereins zu Auskünften über seine Mitglieder würde deren Selbstdarstellung im Vereinsleben behindern, ein Recht des Staats zur Ausforschung der Kinder über ihre Eltern den Rückzug vor den gesellschaftlichen Verhaltensanforderungen in die familiäre Privatheit verbauen.“¹⁷⁹

In diesem Sinne berücksichtigt man zum Beispiel bei der Bestimmung des Schutzbereichs des Art. 6 Abs. 1 GG, daß die personelle Abgeschlossenheit sowie die Intensität und Dauer des persönlichen Kontakts Selbstdarstellungen ermöglichen, die einen eigenen Charakter gewinnen und besondere Funktionen erfüllen. Die (funktionierende) Ehe oder Familie stellt ein soziales Netz dar, aufgrund dessen der Einzelne auch in schwierigen Situationen auf Verständnis hoffen kann; sie bietet Rückzugs- und Entspannungsmöglichkeiten; man kann sich von gesellschaftlichen Rollenerwartungen entlasten und muß nicht ständig darauf bedacht sein, nicht „aus der Rolle zu fallen“.¹⁸⁰ Daher wird der Schutz der Grundrechtsnorm auch gegen ein staatliches Vorgehen gerichtet, das die Selbstdarstellung unterbindet, lähmt oder beeinflusst.¹⁸¹ Im Rahmen des Art. 8 Abs. 1 GG sollen Veranstalter und Versammlungsteilnehmer ihr Anliegen in einer eigenen und in Art und Weise selbst bestimmten Darstellung der Öffentlichkeit oder interessierten Zuschauern unterbreiten dürfen, so durch Erklärungen, durch Transparente oder Flugblattverteilung. Versammlungen komme aufgrund der grundrechtlichen Garantie ein staatsfreier Charakter¹⁸² in dem Sinne zu, daß der Prozeß öffentlicher Willensbildung nicht staatlich in bestimmender Weise vorgeprägt werden dürfe. Die Bewertung kundgegebener Meinungen und die Herstellung ihrer sozialen und politischen Geltungskraft sei allein Funktion der Öffentlichkeit selbst, die die geäußerten Meinungen entweder aufgreife oder nicht beachte und damit ihre eigene Auswahl treffe. Auf dieser Basis wird der kommunikative Kontakt zwischen Versammlungsteilnehmern und interessierter Öffentlichkeit sowie das Entstehen eines Bildes von den Teilnehmern und von deren thematischem Anliegen in den grundrechtlichen Schutz eingeschlossen. An den normativen Maßstäben werden dann staatliche Maßnahmen gemessen,

179 *Schlink*, Amtshilfe, S. 199.

180 *Luhmann*, Grundrechte, S. 104 ff.; *Rohlf*, Privatsphäre, S. 174 ff.

181 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 176, 179. Vgl. auch – zur Kontrolle der Briefe von Strafgefangenen an die Ehepartner, Eltern oder Geschwister – BVerfGE 35, 35 (40); 42, 234 (236 f.); 57, 170 (178 f. und 192 f. – Sondervotum –); 90, 255 (260 f.).

182 Der Begriff taucht im Brokdorf-Urteil des BVerfG auf, BVerfGE 69, 315 (349).

die die Kommunikation und die Selbstdarstellung behindern oder in ihren Inhalten verändern, etwa indem wegen des Polizeiaufgebots und einer „einschließenden Begleitung“ ein Kontakt unmöglich gemacht wird, aber auch indem „durch unablässiges offenes Fotografieren von Einzelpersonen und Gruppen, ohne erkennbar anderen Anlaß als die Versammlungsteilnahme, notwendig ein Eindruck von Verdächtigkeit der Personen für Außenstehende erzeugt“¹⁸³ wird.¹⁸⁴

Weitere Beispiele sind die Fälle staatlicher Bekanntmachungen, Äußerungen und Warnungen gegenüber privaten Dritten oder der Öffentlichkeit hinsichtlich bestimmter Personen, Personengruppen oder Produkten.¹⁸⁵ Zu diesen Fällen existiert mittlerweile eine ausgiebige Diskussion. Der grundrechtsdogmatische Zugriff ist dabei in einer Weise uneinheitlich, die sich mit der Vielfältigkeit der Sachverhalte nicht erklären läßt. Häufig legt man den Gewährleistungsbereich in der gewohnten, auf das Individuum (oder die juristische Person) und regelmäßig auf die Betätigungsfreiheit konzentrierten Sicht aus und fragt danach, ob die staatliche Informationsvermittlung als „faktische“ Beeinträchtigung die Schutzmechanismen des Grundrechts auszulösen geeignet ist.¹⁸⁶ Manchmal wird auf das

183 VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (898).

184 Insgesamt vgl. VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (897, 898). Als Berufungsentscheidung siehe OVG Bremen, NVwZ 1990, 1188 (1191 f.), das die verwaltungsgerichtliche Argumentation zum Schutzgehalt insoweit aufgreift und bestätigt. Außerdem vgl. VG Hamburg, NVwZ 1987, 829 (831). Siehe im übrigen OVG NW, DVBl 1995, 373 (374).

185 Dazu BVerfGE 78, 77 (84 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch die öffentliche Bekanntmachung der Entmündigung; BVerfG (Kammerbeschluß), NJW 1988, 3009 (3009 f.) – Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch die Eintragung im Schuldnerverzeichnis. Weiter BVerfG (Kammerbeschluß), NJW 1989, 3269 (3296 f.) – Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und des Art. 4 GG durch Äußerungen der Bundesregierung zur Bewegung Transzendente Meditation; BVerfGE 105, 279 (292 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG durch Äußerungen zur Osho-Bewegung; BVerfGE 105, 252 (264 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 12 GG durch die von der Bundesregierung vorgenommene Veröffentlichung einer Liste DEG-haltiger Weine. Siehe weiter aus der fachgerichtlichen Rechtsprechung OVG Lüneburg, NJW 1992, 192 (192 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG durch die Beurteilung einer Personenvereinigung im Verfassungsschutzbericht. Daneben OVG NW, NJW 1983, 2402 (2402 f.), und BVerwG, NJW 1984, 2591 (2591) – Beeinträchtigungen der Ehre durch Äußerungen der Bundesregierung auf Behauptungen einer Gruppe, die Bundesregierung arbeite in militärischer und nuklearer Hinsicht mit Südafrika zusammen. Außerdem BVerwGE 71, 183 (189 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 12 GG durch die Veröffentlichung einer Transparenzliste über Arzneimittel; OVG NW, GewArch 1988, 11 (12 ff.), sowie BVerwGE 87, 37 (39 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 12 GG durch die von der Bundesregierung vorgenommene Veröffentlichung einer Liste DEG-haltiger Weine; VGH Bad.-Württ., NJW 1986, 340 (340 f.) – Beeinträchtigung der Art. 14, 12 und 2 GG durch Äußerungen einer Handwerkskammer zu unternehmensberatenden Gruppen; OVG NW, DöV 1985, 285 (286) – Beeinträchtigung des Art. 4 GG durch die Äußerung eines Ministers zur Bhagwan-Bewegung; VGH Bad.-Württ., DöV 1989, 169 (169 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 4 GG durch die öffentliche Warnung des Innenministeriums vor sog. Jugendsekten; OVG NW, NVwZ 1991, 176 (177 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 4 GG durch die Äußerung eines Oberbürgermeisters zu einer Religionsbewegung; OVG NW, ZevKR 1987, 219 (219 ff.), BVerwG 82, 76 (78 ff.) – Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und des Art. 4 GG durch Äußerungen der Bundesregierung zur Bewegung Transzendente Meditation. Strukturell modifiziert OVG NW, NWVwBl 1990, 226 (226 ff.); BVerwGE 90, 112 (115 ff.) – staatliche Förderung eines Vereins, der sich öffentlich kritisch mit sog. Jugendreligionen befaßt.

186 BVerwGE 71, 183 (192 ff.); 82, 76 (79); 87, 37 (39 ff.). Aus der Literatur *Ossenbühl*, *Umweltpflege*, S. 29 ff.; *Dolde*, *Behördliche Warnungen*, S. 11 ff.; *Robbers*, *Behördliche Auskünfte*, S. 86 ff.; *Sodan*, *Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit*, S. 860 ff.; *Schulte*, *Informales Verwaltungshan-*

– seiner Formulierung nach immerhin ohne weiteres einschlägige – Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zurückgegriffen.¹⁸⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat in jüngeren Entscheidungen thematisch spezifizierte Gewährleistungen, nämlich Art. 4 GG und Art. 12 GG, als Maßstäbe angesehen und Normkonkretisierungen entworfen, die es auf das Problem der Vermittlung von Informationen zugeschnitten hat.¹⁸⁸ Im Rahmen der Normauslegung wird aber auch die Idee der Selbstdarstellung herangezogen. So soll das als Teil der Wettbewerbsfreiheit geschützte „Recht auf unternehmerische Selbstdarstellung“ das Recht des Unternehmens einschließen, selbst darüber zu bestimmen, wie es sich und seine Produkte vor Dritten und der Öffentlichkeit darstellen will, und damit zugleich die Freiheit umfassen, in der Kommunikation mit anderen Marktteilnehmern nicht gestört zu werden. Mit dem Rückgriff auf den Selbstdarstellungsgedanken soll zwischen Gewährleistungskonkretisierung und Beeinträchtigungsmechanismus Stringenz hergestellt werden.¹⁸⁹ Die Einwirkungen auf die freie Kommunikation müsse der Staat daher rechtfertigen.¹⁹⁰

b) Die soziologischen Konzeptionen der Selbstdarstellung

Hinter der Einführung der Selbstdarstellungsidee in die Grundrechtsinterpretation steht – wie bei den Neubestimmungen der Privatsphäre – der Versuch der Entwicklung eines Freiheitsverständnisses, das im Rückgriff auf psychologische und soziologische Analysen die Sozialität des Grundrechtsträgers berücksichtigt. Was mit „Selbstdarstellung“ genau gemeint ist, wird allerdings regelmäßig nur in begrenztem Umfang erläutert. Der Begriff ist ein originär soziologischer Begriff. Damit genauere Vorstellungen über seine Bedeutung zugrunde gelegt werden können, soll zunächst dem soziologischen Hintergrund nachgegangen werden.

Die soziologischen Überlegungen zur Selbstdarstellung bewegen sich im wesentlichen auf der Ebene von Interaktionen (im Sinne der Kommunikation unter Anwesenden). Diese Ebene zeichnet sich gegenüber anderen Ebenen wie der Organisation oder der Gesellschaft vor allem durch die wechselseitige Wahrnehmung der Beteiligten aus. Aufgrund dessen beeinflussen Mimik, Gestik und Einschätzungen der Persönlichkeit des jeweils anderen

deln, S. 515 ff.; *Schürmann*, Öffentlichkeitsarbeit, S. 262 ff.; *Leidinger*, Hoheitliche Warnungen, S. 928 ff. Vgl. auch bereits oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C.

187 Das OVG Lüneburg, NJW 1992, S. 192 ff., greift auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (lokalisiert in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) hinsichtlich der Frage zurück, ob im Verfassungsschutzbericht Angaben und Bewertungen über eine Personenvereinigung – als Veröffentlichung personenbezogener Daten – erfolgen dürfen. Auch staatliche Warnungen vor dem Produkt eines Unternehmens oder vor einer Religionsbewegung ließen sich unter die Fassung des Entscheidungsrechts über die „Preisgabe“ (im handlungsübergreifenden Sinne des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung), jedenfalls aber unter die „Verwendung“ von Daten subsumieren.

188 BVerfGE 105, 252 (264 ff.); 105, 279 (292 ff.).

189 *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 141 ff.; im Anschluß daran *Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung, S. 622 f., 626; *Gramm*, Aufklärung, S. 77 f. Außerdem *Schlink*, Amtshilfe, S. 199 (dazu auch das Zitat oben Vierter Teil, bei Fn 179).

190 Im Ansatz anders mittlerweile BVerfGE 105, 252 (265 ff.); 105, 279 (294 ff.).

den Kommunikationsablauf und die gebildeten Erwartungen in besonderer Weise.¹⁹¹ Mit dem Begriff der Selbstdarstellung wird das komplexe Zusammenspiel von sozialer Beziehung, Verhalten und Kommunikationsablauf einerseits und dem persönlichem Image andererseits beschrieben. Während man die Komponente der *Darstellung* „zur Bezeichnung des Gesamtverhaltens eines Einzelnen verwendet, das er in Gegenwart einer bestimmten Gruppe von Zuschauern zeigt und das Einfluß auf die Zuschauer hat“¹⁹², verweist die Komponente des *Selbst* auf das „Bild“, das sich in der sozialen Situation von dem Einzelnen bildet. Insbesondere diese Komponente legt die Selbst-Darstellung als eine im Ansatz soziale Kategorie von überindividuellen Bezügen her an.¹⁹³ Denn die sozialen Mechanismen, mit deren Hilfe man den Selbstdarstellungsgedanken formuliert, stellt man sich nicht als linearen Prozeß vor, als würden Zuhörer oder Zuschauer ein Verhalten oder einen Kommunikationsbeitrag gleichsam als „Abbild“ aufnehmen und dann reagieren. Im Gegenteil ist die Idee der Selbstdarstellung erst auf dem Hintergrund der Spannung zu begreifen, die dadurch entsteht, daß die Zuhörer oder Zuschauer Handlungen oder Mitteilungen durch eine eigene Interpretation aus eigener Perspektive verstehen und einschätzen.¹⁹⁴ Der Begriff wird daher von komplizierten sozialen Mechanismen getragen.

Selbstdarstellung tritt als Bestandteil der sozialen Situation und des reflexiven und wechselwirkenden Fortlaufs des aufeinander reagierenden Verhaltens, der Kommunikation und der Erwartungsstrukturen hervor. Der Einzelne stellt sich in einer sozialen Situation auf die Situation sowie auf die anderen Beteiligten ein und ist sich auch bewußt, daß er mit seinem Auftreten einen Eindruck von sich selbst hinterläßt. Das Verhalten, das er wählt, wird demnach von Erwartungserwartungen beeinflusst. Die anderen Beteiligten deuten seinen Beitrag. Diese Leistung vollzieht sich nicht freischwebend, sondern ihrerseits im Rahmen

191 Vgl. nur *Goffman*, Verhalten, passim, und hier zur Rolle der Wahrnehmung in der Interaktion etwa S. 27: „Jeder Mensch kann *sehen*, daß er in einer bestimmten Weise erfahren wird, und er wird zumindest einige seiner Verhaltensweisen an der wahrgenommenen Identität und der ursprünglichen Reaktion derer, die ihn beobachten, ausrichten.“ (Hervorh.i.Orig.).

192 *Goffman*, Theater, S. 23.

193 Vgl. *Goffman*, Theater, S. 231: „In dieser Arbeit wurde das dargestellte Selbst als eine Art von Bild, meistens ein glaubwürdiges Bild, gesehen, das durch die Bemühungen des Darstellers auf der Bühne und in seiner Rolle den anderen nahegebracht wird. Insofern man dieses Bild von dem Einzelnen gemacht und ihm somit ein Selbst zugeschrieben hat, entspringt dieses Selbst nicht seinem Besitzer, sondern der Gesamtszene seiner Handlungen, und wird von den Merkmalen lokaler Ereignisse erzeugt, die sie für Beobachter interpretierbar machen. Eine richtig inszenierte und gespielte Szene veranlaßt das Publikum, der dargestellten Rolle ein Selbst zuzuschreiben, aber dieses zugeschriebene Selbst ist ein Produkt einer erfolgreichen Szene, und nicht ihre Ursache. ... Wenn wir das Selbst analysieren, werden wir also von seinem Besitzer, von der Person ... weggezogen; denn er und sein Körper bieten nur den vorübergehenden Aufhänger für etwas gemeinsam Hergestelltes. Und die Mittel, um ein Selbst zu produzieren und zu behaupten, liegen nicht bei dem Aufhänger; in der Tat sind diese Mittel oft in sozialen Institutionen verankert. Es gibt immer eine Hinterbühne mit Geräten, in der der Körper sich formen kann, und eine Vorderbühne mit feststehenden Requisiten. Es gibt immer ein Ensemble von Personen, deren Tätigkeit auf der Bühne in Verbindung mit den verfügbaren Requisiten die Szene bildet, aus der das Selbst der dargestellten Rolle entspringt, und es gibt eine anderes Ensemble, das Publikum, dessen Interpretationstätigkeit für dieses Auftreten notwendig ist. Das Selbst ist ein Produkt aller dieser Konstellationen und trägt in allen seinen Teilen die Spuren dieser Entstehung.“ Zur Konzeption der Selbstdarstellung als soziale Kategorie vgl. auch *Luhmann*, Grundrechte, S. 60 ff. Im übrigen siehe bereits Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.2.

194 Das korreliert mit dem oben (Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.) dargelegten Informationsverständnis.

und unter Einfluß der sozialen Situation und der wechselseitigen Erwartungen, die gegebenenfalls durch einen vorherigen Umgang miteinander und regelmäßig durch generalisierte Erwartungen geprägt sind. Die Bedeutung, die ein individueller Beitrag gewinnt, bemißt sich also immer auch nach dem übergreifenden sozialen Kontext.¹⁹⁵ Ein die Einzelbeiträge übergreifendes Muster ist das persönliche Image oder das „Bild“, das die Beteiligten von sich und von den anderen – oder genauer: von sich selbst und von sich in den Augen der anderen sowie von den anderen in eigener Sicht und von den anderen in deren Sicht – haben und das in der Situation mitläuft. Der Begriff des „Bildes“ bezeichnet eine Kurzformel für ein Netz von Einschätzungen und Erwartungen, das nur abschätzbar und nie ganz greifbar ist.¹⁹⁶ Die Beiträge und Darstellungen des Einzelnen werden (unter anderem) mit Hilfe des Bildes, das die Umwelt von ihm hat, gedeutet und sind umgekehrt Anlaß der Überprüfung und etwaigen Veränderung des Bildes. Ein bestimmter Beitrag kann also personalen Ausdruckswert über den Moment des Handelns hinaus gewinnen, indem er nicht nur als Weiterführung der Kommunikation aufgegriffen, sondern auch als Ausdruck der Individualität der Person zugerechnet wird, in das Bild der Umwelt von der Person einfließt und den weiteren Umgang miteinander prägt. Er kann aber auch mit dem Moment des Handelns schon wieder vergessen sein, so wenn er den Charakter von etwas Selbstverständlichem hat und sich in die nicht näher thematisierten (Hintergrunds)Erwartungen einpaßt. Nicht jede Handlung oder Mitteilung gewinnt Selbstdarstellungsscharakter.¹⁹⁷ Auf das

195 Als einprägsames Beispiel siehe die Darstellung bei *Goffman*, *Asyle*, passim. *Goffman* legt hier dar, daß Verhalten und Reaktionen nur gedeutet werden können, wenn man den Kontext und die symbolischen Aspekte berücksichtigt, die über die Situation hinaus die Erwartungsstrukturen bzw. das „Bild“ voneinander und von sich selbst prägen. Muß etwa ein Patient in der Psychiatrie für ganz alltäglich-normale Handlungen wie das Aufsuchen der Toilette um Erlaubnis bitten, ist dies in seiner Bedeutung nicht zu verstehen, wenn man sich auf den Zwang, eine Frage stellen zu müssen, beschränken wollte. Vielmehr wird mit solchen Pflichten ein Status in der sozialen Beziehung zugewiesen, indem der Einzelne alltägliche Handlungen nur noch in Abhängigkeit von anderen verrichten kann, die auf Fragen mit betonter Großzügigkeit, mit Zurückweisung oder mit Vertröstung reagieren können und immer die Möglichkeit haben, den vom Einzelnen intendierten Handlungsablauf zu unterbrechen. Symbolische Aspekte im Rahmen der sozialen Beziehung spielen auch dann eine Rolle, wenn das Personal mit Patienten grundsätzlich in Überlautstärke redet, so als könnten diese nicht richtig hören, oder wenn Mitteilungen der Patienten in quasi-medizinischer Diagnose wiederholt oder weitergegeben werden, so daß diesen der Eindruck vermittelt wird, sie seien Personen, deren einfachste Fragen für andere Anzeichen der Behandlungsbedürftigkeit sind. *Goffman* will zeigen, wie stark sich solch subtile Mechanismen auf Verhaltensweisen und Selbstachtung auswirken; die Patienten entwickeln bestimmte Umgangsformen, bestimmte Selbst-Bilder, Anpassungs- und Abwehrmechanismen.

196 Vgl. bereits oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.2.

197 Vgl. *Luhmann*, *Grundrechte*, S. 65: „...der Ausdruckswert des vorgeschriebenen, sozial standardisierten, rollenmäßigen Verhaltens, das offenkundigen Erwartungen entspricht, (wird) nicht der Person zugerechnet.“ Die Abgrenzung zwischen einem Auftreten, das für das Persönlichkeitsbild nicht weiter relevant wird, und einem Auftreten, das Selbstdarstellungswert gewinnt, ist allerdings in empirischer Beschreibung schwieriger, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Das gilt insbesondere dann, wenn man nicht nur auf eine konkrete Interaktion abstellt, sondern unterschiedliche Ebenen von Erwartungen berücksichtigt. So kann auf der Ebene der Interaktion von einer Person gerade erwartet werden, daß sie sich bestimmten Verhaltenserwartungen, die auf Organisations- oder Gesellschaftsebene generalisiert sind, widersetzt. Ein den gesellschaftlichen Erwartungen entsprechendes Verhalten mag dann auf der Interaktionsebene als Ausdruck einer nicht hinreichend couragierten Persönlichkeit gewertet werden. Umgekehrt könnte die jeweilige Umwelt ein Verhalten, das trotz Abweichungsdruck auf Interaktionsebene gesellschaftliche Normen einhält, auch als standhaft oder red-

Auftreten des Einzelnen reagiert die Umwelt mit ihren Beiträgen. Diese sind erstens eine Reaktion auf den vorangegangenen Beitrag und führen die Kommunikation als neuer Beitrag weiter. Zweitens können sie das Bild des Einzelnen von den jeweils anderen Beteiligten beeinflussen. Drittens spiegelt sich in der Reaktion der Umwelt gegebenenfalls das den Einzelnen betreffende Bild der Umwelt wider. In all diesen Hinsichten bemüht der Einzelne sich um Deutungen, gleicht diese mit eigenen (Erwartungs)Erwartungen ab und richtet – womit man wieder bei der Wahl des eigenen Verhaltens wäre – sein weiteres Auftreten entsprechend aus.

Das Image oder das „Bild“ von einer Person entwickelt sich somit als flexibles und veränderliches Netz von Einschätzungen und Erwartungen, das unterschiedliche Aspekte in sich birgt: das Bild, das man von sich selbst hat, oder das Bild, von dem man meint, daß andere es von einem selbst haben, oder das Bild, das man mit seinem Auftreten zu vermitteln wünscht, oder das Bild, das andere tatsächlich haben, oder das Bild, von dem andere meinen, daß man selbst erwartet, daß sie es haben. Es dient als Deutungsmuster, prägt den Umgang miteinander und orientiert das Verhalten.

So eingebettet meint Selbstdarstellung weder nur Selbst-Inszenierungen¹⁹⁸ noch eine Bestimmung des Selbst-Bildes nach Maßgabe individuellen Willens¹⁹⁹ und schon gar nicht die Aufoktroierung des erwünschten Images gegenüber der Umwelt – all dies wären, da der Begriff von der Orientierung an der Umwelt her gedacht und von sozialen Zusammenhängen getragen wird, ganz verfehlt Seheweisen. Das soziologische Interesse richtet sich erstens darauf, den Ablauf von Kommunikationen sowie aufeinander bezogener Handlungen unter Berücksichtigung des Einflusses zu erklären, den das Image der Beteiligten hat. Es wird untersucht, daß und wie man Verhaltensweisen – gegebenenfalls in Abstimmung mit anderen – über Erwartungserwartungen aufbaut und aneinanderknüpft, wie man Reaktionen anderer abschätzt und wie man Störungen handhabt, indem man zum Beispiel Erklärungen für etwas abgibt oder etwas ins Scherzhafte zieht.²⁰⁰ Zweitens gilt das Interesse den Bedingungen der Möglichkeit sozialer Kontakte vor dem Hintergrund der Bedeutung des „Bildes“ voneinander und von sich selbst. Dazu zählt man das Vertrauen darauf, daß die grundlegenden Elemente der Würde und Selbstachtung der Beteiligten auch bei Konflikten gewahrt bleiben. Eben solche Bedingungen werden durch institutionalisierte Verhaltenserwartungen gesichert, so durch Regeln der Beachtung thematischer Tabus oder Umgangsregeln wie Takt und Diskretion. Daß man bei eigenen Fehlern nicht damit zu rechnen braucht, gänzlich bloßgestellt zu werden, und daß man bei Mißgriffen anderer nicht damit zu rechnen braucht, selbst vor einer nicht zu bewältigenden Verlegenheit zu stehen, verschafft jedem Beteiligten Vertrauen und Unbefangenheit im Umgang mit ande-

lich zurechnen. Die Abgrenzung ist also in hohem Maße situationsbestimmt und relativ zur jeweiligen Umwelt.

198 Dazu, daß man die Selbstdarstellungs-idee nicht lediglich im Sinne eines „Theaterspiels“ oder der Inszenierung und Täuschung deuten darf, vgl. *Goffman*, Theater, S. 232 f.

199 Siehe dazu *Goffman*, Rollendistanz, S. 117 f., wo ausdrücklich darauf hingewiesen wird, daß „ein Individuum den Strom der Ereignisse in einer sozialen Situation nicht völlig kontrollieren und daß es deshalb die Information über sich selbst, die in der Situation verfügbar wird, nicht total überwachen kann.“ Vgl. auch *dens.*, Verhalten, S. 24 ff., 41 ff.

200 Vgl. *Goffman*, Rollendistanz, S. 117 f.

ren. Das soll nicht besagen, daß Kontakte immer an solchen Regeln orientiert werden; bei einem peinlichen Mißgriff kann einem auch Schadenfreude entgegenschlagen – das ist aber eine Situation, aus der man sich schnell zurückzieht; der soziale Kontakt ist dann zumindest vorläufig beendet. In diesem Sinne nutzt man Idee und Begrifflichkeit der Selbstdarstellung, um bestimmte Komponenten funktionierender sozialer Beziehungen zu beschreiben: „Normalerweise ist die Aufrechterhaltung des Images eine Bedingung für Interaktion, nicht ihr Ziel.“²⁰¹

c) Die Leistungsgrenzen einer Erweiterung der Verhaltensfreiheit

Diese hier nur knapp wiedergegebenen soziologischen Analysen haben ihren eigenen Blickwinkel und ihren eigenen theoretischen Hintergrund. Deshalb bedarf die Beantwortung der Frage, ob und wie sie bei der Auslegung der Grundrechtsnormen einfließen können, einiger Sorgfalt. Überwiegend gehen die Überlegungen, die den Selbstdarstellungsgedanken im Rahmen der Grundrechtsinterpretation aufgreifen, von den anerkannten *Gewährleistungen der Freiheit des individuellen Verhaltens* aus. Mit Blick auf das in den soziologischen Untersuchungen herausgestellte Zusammenspiel von individuellem Auftreten einerseits und dem Image des Individuums andererseits werden diese Gewährleistungsinhalte dann zu einem Schutz der Selbstdarstellung erweitert. So sollen sich Garantien und Rechte ergeben, die den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten betreffen.²⁰²

Dabei wird aber übersehen, daß der anerkannte Verhaltensschutz auf einem Verhaltensverständnis beruht, das mit der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption zusammenhängt. In dieser (dogmatischen) Konzeption wird das Soziale ausgeblendet und die Perspektive auf das Individuum konzentriert. Handeln erscheint als Ausfluß eines voraussetzungslos gedachten Willens.²⁰³ Dagegen rückt der soziologische Begriff der Selbstdarstellung soziale Beziehungen, die damit verbundenen Erwartungsstrukturen und den situativen Ablauf in den Mittelpunkt. Das individuelle Handeln wird aus den sozialen Zusammenhängen heraus erklärt.²⁰⁴ Damit man dem gerecht wird, reicht es nicht, dem überkommenen individualistischen Verhaltensverständnis einfach nur einen Bezug zur Umwelt anzufügen. Damit kann auch der Schritt zum Wissen oder zum „Bild“ anderer von einem selbst und zu grundrechtlichen Bindungen der Informations- und Datenverarbeitung staatlicher Stellen (oder privater Dritter) nicht gelingen. Das wird in den Argumentationen schnell erkennbar. Daß etwa aus dem Recht, seine Meinung frei zu äußern, ein Recht, seine Meinung nicht zu äußern, und dann möglicherweise auch folgt, daß man seine Meinungsäußerungen gegenüber seinen Kommunikationspartnern dosieren darf, bleibt eine rein individualistisch-verhaltensbezogene Perspektive. Zwar ist man bemüht, die Gewährleistungen selbstbestimmten Verhaltens als Gewährleistungen auch des umweltbezogenen Verhaltens und insofern zugleich als Schutz der Selbstbestimmung des Persönlichkeitsbildes zu verstehen.

201 Goffman, Techniken, S. 17.

202 Siehe insbes. die Nw in Vierter Teil, Fn 172, 174 – 176.

203 Vgl. oben Erster Teil, I. Kapitel, Punkt A.

204 Das entspricht spezifisch soziologischer Sicht, vgl. bereits Erster Teil, I. Kapitel, Punkt B.III.

Dem Ansatz nach kann dies jedoch lediglich darauf abstellen, daß das Bild der Umwelt (unter anderem) über das eigene Handeln beeinflusst wird, und rechtlich nicht mehr hergeben, als daß man der Umwelt mit seinem selbst gewählten Verhalten ein bestimmtes Image zu vermitteln *wünscht* und dieses *erwünschte Image* entsprechend *selbst bestimmen* darf.²⁰⁵ Das führt kaum über den gewohnten Verhaltensschutz hinaus. Schutzerweiterungen hin zum Umgang anderer mit personenbezogenen Informationen und Daten können damit nicht abgesichert werden. Mangels adäquaten Zugriffs beginnt man dann nicht selten, mit einer Ausdehnung der Selbstbestimmungsidee zu operieren, so als begründeten Grundrechte ein umgreifendes Selbstbestimmungsrecht auch über das Bild, das die Umwelt von einem selbst gewinnt, und entsprechende Ansprüche im Hinblick auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten. Diese eher implizite und nie deutlich durchdachte Erstreckung des Selbstbestimmungsgedankens besitzt keinen normativen Rückhalt.²⁰⁶ Sie geht auch an den soziologischen Analysen der Selbstdarstellung vorbei.

d) Rekonstruktion: Die Herleitung der Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus dem Normgehalt

Der Begriff der „*Selbstdarstellung*“ ist – das gilt für ihn ebenso wie für den Begriff der „*Privatsphäre*“ – *kein Rechtsbegriff*. Er beschreibt daher keine Rechtsposition, die als „Recht auf Selbstdarstellung“ – etwa mit dem Inhalt eines Selbstbestimmungsrechts über das eigene Persönlichkeitsbild – feststünde oder schlicht als Erweiterung der Verhaltensfreiheiten eingeführt werden könnte. Man muß sich deshalb *im normativen Ansatz vom Begriff der Selbstdarstellung lösen*.

Wie bei dem Schutz der „*Privatsphäre*“ wird man dann darauf verwiesen, grundrechtliche Bindungen herzuleiten, indem man von den *objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen* ausgeht, die bestimmte Themen mit einem Achtungs-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechen verknüpfen. Die Untersuchungen zur „*Selbstdarstellung*“ könnten in diesem Rahmen Denkmuster und Perspektiven liefern, die zu einem komplexeren Freiheitsverständnis führen und die Grundrechtsinterpretation anregen. Sie dürfen aber nicht unvermittelt den Normaussagen untergeschoben, sondern erst und nur an der Stelle der normativen Argumentation eingesetzt werden, an der sie passen. Für eine überzeugende Konkretisierung der Grundrechtssätze kommt es zunächst darauf an, *den Gegenstand des Schutzes präzise zu bestimmen*.

aa) Die präzise Bestimmung des Gegenstandes des Schutzes

Die Konstellationen, in denen man auf den Gedanken der Selbstdarstellung zurückgreift, betreffen regelmäßig, sofern man ein „Recht auf Selbstdarstellung“ nicht vorschnell an die

205 Vgl. dazu aus der Rechtsprechungsanalyse oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.2. Zur Reduktion des Schutzes der „*Selbstdarstellung*“ auf diesen Aspekt, der dann den Übergang zu einem informationsbezogenen Schutzes aber auch eben nicht mehr leistet, *Duttge*, Recht, S. 303, 304, 307. Siehe außerdem oben im Text dieses Punktes zu den unterschiedlichen Aspekten, die man in bezug auf das „Bild“ der Umwelt von einer Person herausarbeiten kann.

206 Vgl. zur Rechtsprechungsanalyse Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.2, und 4. Kapitel, Punkt A.11.2.b.aa.; im obigen Kontext siehe auch insbesondere BVerfGE 105, 252 (266).

Verhaltensfreiheit anhängt, die staatliche Vermittlung von Informationen an private Dritte. Für die nur zweiseitigen Beziehungen zwischen Einzelem und Staat wird ein solcher Rückgriff teilweise ausdrücklich abgelehnt, weil die Erkenntnisse hier nicht paßten.²⁰⁷ Richtig daran ist, daß die Beziehung zwischen Bürger und Staat besonders gestaltet ist. Insbesondere die exekutive Aufgabenerledigung ist durch Normen rechtlich strukturiert. Die soziologischen Ausarbeitungen zur Selbstdarstellung sind darauf nicht zugeschnitten. Sie beziehen sich im Ansatz außerdem auf Interaktionen, wo sich ein relativ dichter Zusammenhang zwischen den individuellen Darstellungshandlungen, den Reaktionen der anderen Beteiligten sowie dem in der Situation mitlaufenden Netz wechselseitiger Einschätzungen und Erwartungen herstellen läßt. Teilweise wird ein deutlicher Akzent auf die Zurechnung von Beiträgen als Ausdruck der Individualität einer Person gelegt.²⁰⁸ Dies ist auf das Verhältnis zwischen Bürger und Staat nicht zu übertragen.²⁰⁹ Man könnte zwar noch überlegen, inwiefern die Grundzüge der Selbstdarstellungskonzeption – das Zusammenspiel des aneinander orientierten und aufeinander reagierenden Verhaltens, der Erwartungen und des „Bildes“ der Beteiligten voneinander und von sich selbst²¹⁰ – eine für die (soziale) Beziehung zwischen Bürger und Staat anregende Perspektive liefern. Regelmäßig müßten die Analysen zur Selbstdarstellung aber so stark modifiziert und ergänzt werden, daß es nicht mehr um „Selbstdarstellung“, sondern um eigenständig zu beschreibende soziale Mechanismen geht.

Die weitere Erörterung beschränkt sich daher auf die Fälle der staatlichen Vermittlung von Informationen an die Öffentlichkeit oder an private Dritte. Im Unterschied zur Perspektive in den Konstellationen der Privatsphäre setzt man nicht bei den Bereichen an, in denen individuelle Verhaltensweisen, Kommunikationen oder Aufzeichnungen entstehen, an die die Informations- und Datenverarbeitungen anknüpfen (sollen). Man beobachtet vielmehr das Feld, in dem die staatlichen Mitteilungen Informationsqualität gewinnen und Nachteile für den Einzelnen entstehen. Rechtlich geht es dann um die Frage, ob die *Grundrechtsgewährleistung*, deren *Regelungsbereich die Position des Einzelnen erfaßt*, die mit der *Gewinnung und Umsetzung der vermittelten Informationen betroffen* ist, den Grundrechtsträger schützt, indem sie die *staatliche Informationsvermittlung determiniert*. Man fragt also – ähnlich wie bei den Grundrechtsbindungen für staatliche Verfahren²¹¹ – nach gleichsam vorgreifenden Determinanten.

bb) Die tatsächliche Basis der Normkonkretisierung

Arbeitet man den Gegenstand des Schutzes in dieser Weise heraus, ist das staatliche Vorgehen als Basis der Information Dritter zu sehen und unterliegt in dieser Form der rechtli-

207 Insbesondere von *Schlink*, siehe oben die Darstellung in Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.a. mit Fn 178, 179.

208 Dies bei *Luhmann*, Grundrechte, S. 53 ff.

209 Insofern zutreffend *Schlink*, Bürger als Datenobjekt, S. 157 ff.; *ders.*, Amtshilfe, S. 196 ff.

210 Diese Grundzüge finden sich eher in den Analysen und Ausarbeitungen *Goffmans* – siehe die Nw oben im Text dieses Punktes – als in der Darstellung der Selbstdarstellung bei *Luhmann*, Grundrechte, S. 53 ff., die eigene Akzente setzt, denen man nicht zu folgen braucht.

211 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV.

chen Beurteilung. Die jeweiligen Konstellationen erschließen sich erst als Informationskonstellationen und nur als Dreieck, gegebenenfalls sogar erst als Netzwerk.

Die Ermittlung und Konkretisierung der einschlägigen Grundrechtsnorm setzt voraus, daß man die dafür relevanten tatsächlichen Grundlagen herausarbeitet. Damit man die Fälle als Informationskonstellation und Dreiecks- oder Netzwerkverhältnis erfaßt, muß man in *übergreifender Perspektive* das staatliche Vorgehen und den jeweiligen sozialen Kontext herausarbeiten, in dem die Informationen mit bestimmten Folgen gewonnen und umgesetzt würden. Man hat also das staatliche Vorgehen, den jeweils relevanten sozialen Kontext, in dem das staatliche Vorgehen als Information aufgegriffen wird, und die mit der (potentiellen) Informationsvermittlung erwartbaren Wirkungen in dem erforderlichen Umfang zu erfassen und zu beschreiben. Das staatliche Vorgehen darf nicht isoliert betrachtet werden. Insbesondere kommt es nicht vorrangig auf den Inhalt einer Äußerung, sondern auf den Inhalt der aufgrund dieser Äußerung gewonnenen Informationen mit den weiteren Folgen an.²¹² Auch ist nicht von vornherein festgelegt, welche Art von *staatlichem Vorgehen als Basis der Information Dritter* relevant sein kann. Informationen kann der Staat über explizite Mitteilungen, über die Auslegung von Unterlagen oder über Veröffentlichungen vermitteln, aber auch über eine bestimmte staatliche Handlungsweise, aus deren Beobachtung Dritte Informationen schöpfen können.²¹³ Weiter ist der *soziale Kontext*, also der „Wissens- und Verwendungszusammenhang“, herauszuarbeiten, in dem die Dritten aufgrund des staatlichen Vorgehens Informationen erlangen und umsetzen. In diesem Rahmen muß man auch die *Folgen* abschätzen, die mit der Gewinnung und Umsetzung von Informationen verbunden sind. Wegen der weniger weitreichenden rechtlichen Determination kann man dies in den Dreieckskonstellationen, in denen Private die Informationsempfänger sind, nicht so aufschlüsseln wie bei staatlichen Entscheidungsprozessen. Da die grundrechtlichen Bindungen für die staatliche Informationsvermittlung zu entwickeln sind, ist man auf eine präzise Nachzeichnung der im sozialen Kontext zu erwartenden Vorgänge aber auch weniger angewiesen.

An dieser Stelle kann man auf soziologische oder psychologische Analysen, in den hier interessierenden Konstellationen also auch auf die Untersuchungen zur *Selbstdarstellung* zurückgreifen. Die soziologischen Erkenntnisse zur Selbstdarstellung sind somit bei der *Erarbeitung der tatsächlichen Grundlagen der Normkonkretisierung* heranzuziehen. Sie zeigen soziale Zusammenhänge und Wirkungsmechanismen auf. Sie beschreiben die Bedeutung des „Bildes“ einer Person, das als Netz von Einschätzungen und Erwartungen in sozialen Zusammenhängen mitläuft und dabei Verhaltensweisen, Kommunikationsbeiträge und insgesamt die sich eröffnenden Optionen prägt. Sie machen Folgen deutlich, die aufgrund der staatlichen Informationsvermittlung für den Grundrechtsträger zu erwarten sind.

212 Vgl. dazu BVerfGE 97, 391 (405), und dazu Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.b.aa. An diesem Punkt liegt eine zentrale Schwäche des Lösungsvorschlags von Philipp, Verbraucherinformationen, S. 156 ff., die das Greifen grundrechtlicher Bindungen danach differenzieren will, ob der Staat Aussagen über Produkte gerade eines bestimmten Unternehmens oder Aussagen über nur durch bestimmte Merkmale umschriebene Produkte macht.

213 Dazu siehe Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.a. mit Fn 183 f., zur Relevanz eines unablässigen offenen Photographierens, das notwendig den Eindruck von Verdächtigkeit der Personen für Außenstehende erzeugt.

Informationen, die Dritte aufgrund des staatlichen Vorgehens gewinnen, fließen in das sich in den sozialen Zusammenhängen immer neu bildende „Bild“ von Personen oder Gemeinschaften – das Persönlichkeitsbild, das Images eines Unternehmens auf dem Markt, der Ruf einer Religionsgemeinschaft in der Öffentlichkeit – ein. Sie können nachteilige Reaktionen der Dritten auf die Betroffenen herbeiführen, deren Unbefangenheit im Umgang mit anderen beeinträchtigen, ihre – durch den sozialen Kontext erst eröffneten – Entscheidungsspielräume beschränken und sie zu Verhaltensanpassungen zwingen. Die nachteiligen Effekte können, da der Ruf oder das Image als situationsübergreifende Deutungsmuster beständiger sind als die Situation selbst, über den konkreten Anlaß der Informationen hinausreichen.²¹⁴ Die soziologischen Erkenntnisse zur Selbstdarstellung sind, da sie sich im wesentlichen auf die Interaktionsebene beziehen, gegebenenfalls durch weitere Überlegungen, die andere Ebenen berücksichtigen, zu ergänzen. Im übergreifenden Feld läßt sich so ein Zusammenhang zwischen den Beteiligten herstellen, im Rahmen dessen das in Frage stehende staatliche Vorgehen als Information wirken würde. Diese *soziale Betrachtung* kann dann der Normauslegung zugrunde gelegt werden.

cc) Die Konkretisierung der Normaussagen

Einschlägig ist die Grundrechtsnorm, deren Regelungsbereich die sozialen Zusammenhänge und die in diesem Rahmen bestehenden Positionen des Einzelnen erfaßt, auf die die staatliche Informationsvermittlung einwirkte. Ein grundrechtlicher Schutz der „Selbstdarstellung“ kann weder als Erweiterung des Schutzes der Verhaltensfreiheit noch über eine unreflektierte Ausdehnung der Selbstbestimmungsidee auf das Bild, das die Umwelt von dem Grundrechtsträger gewinnt, hergeleitet werden.²¹⁵ Ausgehend von der *Verknüpfung thematischer Aussagen mit einem freiheitsrechtlichen Gehalt* lassen sich Rechtsbindungen für das staatliche Vorgehen herleiten, indem man die Norm auf der herausgearbeiteten Grundlage *kontextbezogen* zu bestimmten Bindungen der staatlichen Informationsvermittlung konkretisiert. Die Konkretisierung wird durch das Wechselspiel mehrerer Aussagen, vor allem auch der Aussagen zur überindividuellen Ebene und zur jeweils rechtlich vorgesehenen Stellung Dritter, geprägt. Insgesamt resultiert daraus eine konstellations- und problemnahe Normauslegung.

Zum Teil wird in den Konstellationen einer staatlichen Informationsvermittlung an Dritte bereits gesehen, daß nur eine kontextbezogene Sehweise paßt. Reaktion ist allerdings ein vollständiger Wechsel auf die überindividuelle Ebene. Man entnimmt dem einschlägigen Grundrecht Aussagen, die schon im Ansatz überindividuell angelegt sind, und leitet daraus die staatlichen Pflichten ab. So wird als Maßstab für Äußerungen zu sogenannten Jugendsekten die Verpflichtung des Staates zu religiöser und weltanschaulicher Neutralität und Toleranz genannt, die man in Art. 4 Abs. 1 und 2 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 3, Art. 33 Abs. 3

214 Ausführlich oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.b. Genau das thematisiert auch der Begriff der „Stigmatisierung“. Vgl. dazu BVerfGE 97, 391 (404 f.).

215 Daß man den Konstellationen mit der Annahme einer „faktischen“ Beeinträchtigung der gewohnten Schutzgüter nicht gerecht wird, wird etwa in BVerwGE 82, 76 (78 ff.) und 87, 37 (39 ff.) auch hinreichend deutlich. Zur Kritik etwa *Schoch*, Informationspolitik, S. 667 ff. Vgl. auch bereits Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C.

und Art. 140 GG sowie Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV verankert. Daraus wird gefolgert, daß dem Staat zwar diffamierende, diskriminierende oder verfälschende Darstellungen, nicht aber kritische Äußerungen als solche verwehrt sind.²¹⁶ Im Bereich unternehmens- oder produktbezogener Informationen wird Art. 12 GG das Ordnungsziel eines funktionsfähigen, transparenten Wettbewerbs zugeschrieben. Daraus folgert man, daß die Vorgaben der Grundrechtsnorm einer staatlichen Informationsvermittlung, die durch zutreffende, sachliche und neutrale Angaben diesem Ziel dient, nicht entgegenstehen. Die Norm vermittelt dann schon deshalb keinen Unterlassungsanspruch.²¹⁷

Eine solche Interpretation erkennt die neuen Anforderungen der zu beurteilenden Fälle. Sie ist aber ihrerseits unterkomplex, indem sie dem Individualschutzcharakter der Grundrechte kaum noch Rechnung trägt. Eine freischwebende Implementation bestimmter Kriterien oder Ordnungsmodelle in die Gewährleistungen wäre jedenfalls verfehlt. So greifen „Wahrheit“ und „Sachlichkeit“ als übergeordnete Maßstäbe staatlicher Äußerungen zu kurz, wenn es um das grundrechtsgeschützte Resozialisierungsinteresse einer Person geht. Auch ist für den Markt oder den Wettbewerb, als Beispiel genommen, zweifelhaft, ob Art. 12 GG, der seinem Text nach die Berufswahl- und -ausübungsfreiheit gewährleistet, das Ordnungsmodell des transparenten Wettbewerbs vorgibt.²¹⁸ Da man rein überindividuell ansetzt, wird zudem der Schritt zum Individualschutz – der ja keineswegs ganz aufgegeben wird – schwierig. Der gewählte Ansatz bedingt, daß die (Re)Subjektivierung der objektiven Pflichten gesondert begründet werden muß. Außerdem legt er zumindest nahe, Inhalt und Reichweite der individuellen Rechtspositionen vollständig aus dem Ordnungsmodell abzuleiten, das der Norm entnommen wird.²¹⁹

In Abgrenzung dagegen ist eine komplexere Form kontextbezogener Konkretisierung erforderlich. Ausgangspunkt sind dabei nicht gleich rein überindividuell ausgerichtete Pflichten oder Ordnungsmodelle. Statt dessen ist die Differenz zwischen dem vagen Gewährleistungsgehalt und den staatlichen Pflichten und individuellen Rechten hinsichtlich der Informationsvermittlung *im Wege normativer Argumentationen* zu überbrücken. In diesem Rahmen läßt sich der Individualschutzcharakter der Grundrechtsnormen hinreichend berücksichtigen. Dogmatisch und methodisch entspricht dies dem Ansatz, der bereits bei der Rekonstruktion des Schutzes der „Privatsphäre“ zugrunde gelegt worden ist.²²⁰ Man argumentiert nur aus einem anderen Blickwinkel und geht dementsprechend von einem anderen

216 BVerfGE 105, 279 (293 ff.); zuvor auch VGH Bad. Würt., NVwZ 1989, 878 (879).

217 Siehe dazu BVerfGE 105, 252 (264 ff.). Ähnlich zur staatlichen Erarbeitung und Verbreitung einer Transparenzliste mit Preisvergleichen und Qualitätssicherungskennzeichen über Arzneimittel OVG Berlin 15, 120 (128 f.); *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme, S. 2711 f. Vgl. außerdem *Schwerdtfeger*, Verbrauchlenkung, S. 722 f. (im Rückgriff auf die Unterscheidung von thematischem und funktionalem Schutzbereich der Grundrechte). Zu Verbraucherinformationen durch die Stiftung Warentest siehe auch BGHZ 65, 325 (334).

218 Als Gegenmeinung nur BVerwGE 71, 183 (193 ff., bes. 195); *Murswiek*, Bundesverfassungsgericht, S. 4.

219 Deutlich BVerfGE 105, 252 (264): „Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitsschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen.“ Kritisch dazu bereits *Albers*, Doctrinal Rights, Rn 20 ff.

220 Siehe Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.cc.(3).

Grundrecht aus.²²¹

Die Untersuchung des Aussagegehalts der Grundrechtsgewährleistungen hat bereits gezeigt, daß der *thematische Gehalt* auch als Thematisierung einer *Rolle in einem sozialen Umfeld* entfaltet werden kann.²²² Die Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gewinnt ihren Charakter und ihren Sinn als Kommunikationsbeitrag und damit in einem Bezug auf andere, die zuhören und sich informieren. Art. 12 GG schützt die Berufsausübung als Grundlage des Erwerbs des Lebensunterhalts²²³ und erstreckt sich daher auf die Chance, sich über die eigene Darstellung und die Kommunikation mit anderen einen Ruf auf dem Markt zu verschaffen, der eine Nachfrage nach dem eigenen Angebot herstellt.²²⁴ Die Rolle in einem sozialen Umfeld erfaßt einerseits individuelle Handlungen und Kommunikationsbeiträge, die an andere adressiert und nur so verständlich sind. Andererseits verweist sie auf das „Bild“ oder den „Ruf“, die in dem jeweiligen Umfeld be- und entstehen. Zumindest an dem „Bild“ oder dem „Ruf“ in dem Umfeld sind andere freilich strukturell beteiligt. Nichts weist dies deutlicher aus als die im juristischen Bereich häufig mißverstandenen soziologischen Untersuchungen zur Selbstdarstellung. Gerade deswegen hat man nicht mit einem Schutzgut zu tun, das sich mit Hilfe individualistischer Denkmuster begreifen und zuordnen ließe. Wegen der strukturellen Beteiligung anderer ist der Grundrechtsträger immer nur in eben einer *Rolle* geschützt. Das ändert nichts daran, daß der Schutz im Ansatz eine Erweiterung gegenüber den „klassischen“ Schutzgütern darstellt; als Schutz einer Rolle ist er aber immer auch begrenzt. Das gilt, indem sich dies schon im Ansatz bei der Entfaltung des thematischen Gehalts ergibt, auch gegenüber dem Staat, im Hinblick auf den das grundrechtliche Freiheitsversprechen greift. Der Schutz einer Rolle heißt, daß bei der weiteren Konkretisierung der Grundrechtsnorm auch die einschlägigen Aussagen zur überindividuellen Ebene und zu den Positionen Dritter in Rechnung zu stellen sind. Solche Aussagen haben also – dies unterscheidet sich von der Ableitung aus einem Ordnungsmodell – im Rahmen der Konkretisierung der grundrechtlichen Bindungen des staatlichen Vorgehens ihren Platz.

Rechtsbindungen und Rechte hinsichtlich der staatlichen Vermittlung von Informationen an private Dritte ergeben sich aufgrund der *Verknüpfung* des *thematischen* mit einem *freiheitsrechtlichen Gehalt*. Ein Schutz des Grundrechtsträgers gegen jegliche Informationsvermittlung als solche läßt sich daraus nicht herleiten. Man muß die Aspekte näher berücksichtigen, die bei der tatsächlichen Basis der Normkonkretisierung herauszuarbeiten sind: welche Informationen Dritte in einem bestimmten sozialen Kontext gewinnen, mit welchem „Bild“ oder welchem Ruf der Grundrechtsträger dadurch zu rechnen hat und welche sonstigen Folge- und Rückwirkungen auf soziale Positionen und Rollen in Kommunikations- und Handlungszusammenhängen zu erwarten sind. In diesem Rahmen ist aus Perspektive des Grundrechts eine normative Beurteilung der nachteiligen Folgen erforderlich, die für den Grundrechtsträger im Falle einer Informationsvermittlung entstünden. Nachteilige Folgen müssen nach den Kriterien der Norm rechtsrelevant und mit deren Freiheits-

221 Zu diesem Unterschied bereits Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.d.aa.

222 Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

223 Vgl. BVerfGE 81, 242 (254).

224 Vgl. dazu auch *Kloepfer*, Informationen, S. 29 f.

versprechen unvereinbar sein.²²⁵ Wegen der Dreiecks- oder Netzwerkkonstellations hat man bei dieser normativen Beurteilung das Zusammenspiel verschiedener Aussagen zu beachten, da die einschlägigen Aussagen zur überindividuellen Ebene und zu den Positionen Dritter einzubeziehen sind. Nicht jeder dem Grundrechtsträger unerwünschte Nachteil ist von Belang. Im übrigen können an dieser Stelle Intensitätserwägungen eingebracht werden. Gelangt man zu dem Ergebnis, daß die staatliche Informationsvermittlung Folgen hätte, die der Freiheitsverbürgung widersprechen, bietet die Gewährleistung dem Grundrechtsträger dagegen Schutz: Sie schließt Bindungen und Rechte im Hinblick auf eine solche Informationsvermittlung ein. Die Konkretisierung der Norm liefert zugleich die *erforderliche Begründung*, warum und inwieweit den Grundrechtsträgern Rechte hinsichtlich der staatlichen Vermittlung von Informationen an Dritte zukommen.

Nimmt man Versammlungen als Beispiel, können staatliche Stellen Dritten Informationen etwa durch ausdrückliche Äußerungen zu den Versammlungsteilnehmern und deren Anliegen²²⁶ oder auch durch ein unablässiges offenes Photographieren ohne erkennbaren Anlaß²²⁷ vermitteln. Negative Äußerungen können einen nachteiligen Einfluß auf das „Bild“ haben, das andere sich von den Teilnehmenden und der Sache bilden, und mögen sie zu skeptischen Reaktionen veranlassen. Diese Reaktionen müssen von den Versammlungsteilnehmern in Rechnung gestellt werden und wirken sich somit auch auf ihr eigenes Auftreten aus. Der Kommunikationsprozeß zwischen Teilnehmern und Dritten wird verändert. Polizeiliche Maßnahmen wie ein unablässiges offenes Photographieren vermitteln Zuschauern den Eindruck einer Verdächtigkeit der Versammlungsteilnehmenden. Das hat zur Folge, daß eine unbefangene Rezeption behindert wird, dies nicht nur, weil die Zuschauer sich wegen ihres eigenen Eindrucks zurückhalten werden, sondern auch, weil sie das Bild berücksichtigen, das andere sich von ihnen machen, wenn sie trotzdem Interesse zeigen. Die Versammlungsteilnehmer müssen ihr eigenes Darstellungs- und Kommunikationsverhalten auf diese Reaktionen einstellen.

Von ihrem thematischen Gehalt her umgreifen Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG die Teilnahme an einer Versammlung und die Äußerung von Meinungen (auch) als Rolle in einem freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildungsprozeß. Das nach Art. 8 Abs. 1 GG geschützte Sichversammeln dient dem Austausch zwischen den Teilnehmenden und darüber hinaus dazu, den Rezipienten oder der Öffentlichkeit einen Eindruck von dem eigenen Anliegen zu vermitteln. Das Äußern einer Meinung ist ein an andere adressierter Kommunikationsbeitrag. Über die Darstellungs- und Äußerungsmöglichkeiten als Verhaltenschancen hinaus werden deswegen auch Einflußchancen der Grundrechtsträger auf das „Bild“ erfaßt, das andere sich von ihnen und von ihrem Anliegen machen. Die grundrechtlichen Aussagen beziehen sich insoweit allerdings – ganz in Übereinstimmung mit der so-

225 Dazu auch oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.cc.(3).

226 Vgl. dazu auch OVG NW NJW 1983, 2402 (2402 f.) und BVerwG, NJW 1984, 2591 (2591), zu Äußerungen der Bundesregierung auf Behauptungen einer Gruppe, die Bundesregierung arbeite in militärischer und nuklearer Hinsicht mit Südafrika zusammen. Außerdem Heintzen, Staatliche Warnungen, S. 548.

227 Vgl. hierzu VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (895 ff.); OVG Bremen, NVwZ 1990, 1188 (1189 ff.) – zur Frage des grundrechtlichen Schutzes von Versammlungsteilnehmern gegen eine polizeiliche Foto- und Videoüberwachung sowie eine „einschließende Begleitung“.

ziologischen Sicht der „Selbstdarstellung“ – im Ansatz (nur) auf eine Rolle in einer Kommunikation. Inhalte und Reichweite des Schutzes dieser Rolle werden von den überindividuellen Vorgaben zur freien Meinungsbildung und von den Vorgaben zu den Schutzpositionen anderer Beteiligter mitbestimmt.

Dieses Wechselspiel der normativen Aussagen zur individuellen Rolle, zu den Rollen anderer und zum sozialen Kontext ist für die weitere Konkretisierung des freiheitsrechtlichen Gehalts der Normen von entscheidender Bedeutung. Beteiligte der in der Versammlungs- und Meinungsfreiheit mitbedachten öffentlichen Meinungsbildung können auch staatliche Stellen sein. Dem steht nicht entgegen, daß der Staat nicht grundrechtsberechtigt ist. Die im Rahmen des Grundrechts thematisierbaren Sinnbezüge auf überindividuelle Ebenen und andere Beteiligte setzen nicht voraus, daß alle Beteiligten grundrechtsgeschützt sind. Namentlich die staatlichen Träger politischer Entscheidungen nehmen eine Rolle ein, bei der sie neben der Rezeption von Stellungnahmen auch selbst Beiträge leisten, die als Information aufgegriffen und in den Meinungsbildungsprozessen verarbeitet werden.²²⁸ Solange solche staatlichen Äußerungen im Rahmen der von Art. 5 Abs. 1 GG mitbedachten staatlichen Rolle Beiträge zur Meinungsbildung sind, also nicht etwa diskriminierende oder stigmatisierende Funktion haben, sind die Grundrechtsträger in *ihrer* Rolle, soweit das Grundrecht diese in seinen Schutz einschließt, nicht berührt. Der Schutz ihrer Rolle wird im normativen Zusammenhang durch den gleichzeitig bestehenden Schutz anderer Rollen bestimmt und unterliegt den daraus resultierenden Grenzen. Insoweit ist der Staat selbst dann nicht verpflichtet, ablehnende Äußerungen zu unterlassen, wenn sie den Einfluß der Grundrechtsträger im Meinungsbildungsprozeß mindern und das „Bild“, das andere von den Grundrechtsträgern und ihrem Anliegen gewinnen, nachteilig beeinflussen. Denn aus den Aussagen zum überindividuellen Kontext und zum Rollenzusammenspiel sowie aus der Rolle, die bestimmten – nur bestimmten – staatlichen Stellen von den Grundrechtsnormen selbst zugewiesen wird, ergibt sich, daß diese Nachteile irrelevant sind. Den Grundrechtsträgern stehen daher, obwohl sie „faktisch“ beeinträchtigt sein mögen, keine Unterlassungsansprüche zu.²²⁹

Geht es dagegen um das Photographieren der Grundrechtsträger durch die Polizei, ist das staatliche Vorgehen, das Informationen vermittelt, kein Beitrag im Meinungsbildungsprozeß. Es soll Sicherheitszwecken dienen. Der Staat steht hierbei außerhalb des Rollenzusammenhanges, der in den Regelungsbereich der Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG einbezogen ist.²³⁰ Konkretisiert man die grundrechtlichen Freiheitsversprechen, insbesondere unter Berücksichtigung nachteiliger Folgen, lassen sich weder die Beeinträchtigung der Einflußchancen und Verhaltensspielräume der Grundrechtsträger noch die Behinderung der Rezeption der Zuschauer noch die Störung des Meinungsbildungsprozesses insgesamt mit der Gewährleistung einer freien individuellen und öffentlichen Meinungsbildung durch Versammlungen vereinbaren. Vorbehaltlich verfassungsmäßiger Begrenzungen verpflichten die Grundrechte den Staat daher dazu, solche Maßnahmen zu unterlassen, und

228 Zutreffend dazu *Murswiek*, Warnungen, S. 1027 f.

229 Vgl. dazu auch, wenn auch nicht in jeder Hinsicht überzeugend OVG NW, NJW 1983, 2402 (2402 f.) und BVerwG, NJW 1984, 2591 (2591).

230 Vgl. zum Verfassungsschutzbericht auch *Murswiek*, Warnungen, S. 1028 f.

vermitteln den Grundrechtsträgern Unterlassungsansprüche.²³¹

Ein anderes Beispiel ist die staatliche Vermittlung negativer Informationen über ein Unternehmen oder dessen Produkte an die Verbraucher. Als Grundlage der Normkonkretisierung läßt sich herausarbeiten, daß negative Äußerungen den Ruf des Unternehmens oder das Image seiner Produkte schädigen können, dies auch über den Anlaß der Äußerung hinaus. Sie können die Kaufentscheidungen der Verbraucher beeinflussen und die Kommunikationschancen sowie die Erwerbsmöglichkeiten des Unternehmens reduzieren. Art. 12 GG schützt die Chance, sich über die eigene Darstellung und die Kommunikation mit anderen einen Ruf auf dem Markt zu verschaffen, der für die eigene Stellung und die Verhaltensoptionen wichtig ist. Dies läßt sich als Thematisierung einer Rolle entfalten, die nicht nur auf handlungsbezogene Darstellungschancen, sondern auch auf Einflußchancen auf das Bild in den Augen anderer verweist. Grundrechtlich ist es jedoch ein Kurzschluß, wenn man von dem (Handlungs)Recht, das Unternehmen oder seine Produkte selbst darzustellen, zu einem Recht ausschließlich eigener Darstellung gelangt, das einen Abwehranspruch gegen jede staatliche Information anderer vermittelt.²³² Der „Ruf“ oder das „Bild“ in den Augen anderer können den Grundrechtsträgern nicht wie ein Schutzgut zugeordnet werden, weil sie sich in überindividuellen Kommunikationszusammenhängen erst bilden und andere daran strukturell beteiligt sind.²³³

Konkretisiert man den freiheitsrechtlichen Gehalt des Art. 12 GG kontextbezogen unter Berücksichtigung nachteiliger Folgen, sind die einschlägigen normativen Aussagen zur überindividuellen Ebene und zu den Positionen Dritter einzubeziehen. Die Bestimmung dieser Aussagegehalte ist zwar teilweise schwierig.²³⁴ So läßt sich darüber streiten, ob

- 231 In diesem Sinne prägnant VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (897, Hervorh.i.Orig.): „Die Grundrechtsausübung im Rahmen des Art. 8 GG und die ihr zugeordnete Sphäre der Öffentlichkeit als Form freier Äußerung und Darstellung von Meinungen sowie der Reaktion und Bewertung dieser Meinungen und Anliegen durch andere Staatsbürger verträgt keine restriktive staatliche Beaufsichtigung der vorgetragenen Meinungen und der Akteure. ... Exzessive Observationen und Registrierungen ... sind geeignet, den ... Prozeß öffentlicher Willensbildung staatlich in bestimmender Weise vorzuprägen, wenn nicht – jedenfalls in der Behinderung der Äußerung und Selbstdarstellung von Minderheiten – zu steuern. Die Bewertung kundgegebener Meinungen und die Herstellung ihrer sozialen und politischen Geltungskraft ist jedoch allein Funktion der Öffentlichkeit selbst, die die geäußerten Meinungen entweder aufgreift oder nicht beachtet und damit ihre Auswahl trifft. ... Eine im wesentlichen schranken- und voraussetzungslose Observierung und Registrierung von Versammlungsteilnehmern ... ist mit den dargelegten Grundsätzen deutlich unvereinbar.“
- 232 Vgl. bereits oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.c. Siehe aber *Philipp*, Verbraucherinformationen, S. 155 ff. Kurzschlüssig ist daher auch die Ansicht *Philipps*, ein Eingriff in das Recht eines Herstellers liege nur und immer dann vor, wenn sich die beanstandete staatliche Äußerung gerade mit seinem Unternehmen befaßt, weil das Selbstdarstellungsrecht nicht weiter als die Möglichkeiten der Selbstdarstellung gehen und der einzelne Hersteller nur darüber entscheiden könne, wie er sein Unternehmen und seine Produkte in der Öffentlichkeit präsentieren wolle (S. 156 f.). Im Anschluß daran auch *Gröschner*, Öffentlichkeitsaufklärung, S. 622 f., 626. Vgl. dagegen BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1989, 3269 (3269); BVerfGE 105, 252 (266).
- 233 Vgl. bereits oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.b. Außerdem *Albers*, Faktische Beeinträchtigungen, S. 240; vgl. auch BVerfGE 105, 252 (278).
- 234 In den hier interessierenden Konstellationen genügt es nicht, statt der (nicht einschlägigen) individuellen Verhaltensfreiheit die interaktionistische Freiheit, Verträge mit Geschäftspartnern abzuschließen, als Schutzgegenstand zu bezeichnen und alle weitere Überlegungen unter dem Aspekt, ob „die grundrechtsgebundene Staatsgewalt in Frage kommende Geschäftspartner von dem geschäftlichen Zusammenwirken abhält“, der Grundrechtsbeeinträchtigung zu überantworten, so aber *Sachs*, Infor-

Art. 12 GG ein Ordnungsmodell des „transparenten“ Marktes zugrunde liegt oder ob er mit dem Anknüpfungspunkt der Berufsfreiheit die individuellen Chancen im Rahmen der immer mitgegebenen Intransparenz des Marktes schützt.²³⁵ Das wirkt sich aber nicht unbedingt auf die Konkretisierung der individuellen Schutzpositionen aus. Vermittelt der Staat etwa Informationen, die falsch sind, schadet dies dem Ruf sowie den Berufsausübungschancen des betroffenen Unternehmens, ohne die grundrechtlich mitbedachten Kommunikationsprozesse des Marktes oder den Informationsstand nachfragender Marktteilnehmer zu fördern.²³⁶ Insofern gibt Art. 12 Abs. 1 GG auch bei Annahme eines Rollenschutzes Unterlassenspflichten her.²³⁷ Verbreiten staatliche Stellen Informationen selektiv, dies im Hinblick auf ein bestimmtes Unternehmen im Vergleich zu anderen, erschließen sich die nachteiligen Folgen nicht allein mit Blick auf die Reaktionen der Umwelt, sondern erst im Vergleich zu den Konkurrenten. Art. 12 GG gewährt, ohne daß ein bestimmtes Ordnungsmodell damit verbunden wäre, den am Wettbewerb teilnehmenden Grundrechtsträgern jedenfalls die gleiche Stellung. Die zu erwartenden nachteiligen Folgen der Informationsverbreitung widersprechen dem Grundrecht zumindest dann, wenn gerade ein bestimmtes Unternehmen oder gerade dessen Produkte zum Thema staatlicher Informationen gemacht werden, ohne daß es dafür einen den normativen Maßstäben genügenden Anlaß oder genügende Gründe gäbe.²³⁸ Auch sind grundrechtlich vermittelte Anhörungsrechte im Sinne eines vorgehenden Verfahrensschutzes entwickelbar, über die auf den Inhalt staatlicher Stellungnahmen Einfluß genommen werden kann.²³⁹

Indem man die Grundrechtsgewährleistungen in dieser Form konkretisiert, haben die Rechtsbindungen und die individuellen Rechte einen „sozialen“ und „relativen“ Gehalt.

mationsinterventionismus, S. 215 f. Eigene Interaktionsbeiträge, also Vertragsangebote, sind wie zuvor möglich. Man muß also, im Falle der staatlichen Information Dritter ggf. vermittelt über den „Ruf“, begründen, inwieweit das Grundrecht den Schutz der Chance einschließt, daß andere die Angebote annehmen. Schon die hinreichend präzise Beschreibung einer solchen Chance setzt die Berücksichtigung des Marktes als Institution und der Entscheidungen anderer voraus, und die Reichweite eines in dieser Form kontextbezogen erweiterten grundrechtlichen Schutzes versteht sich nicht von selbst, sondern muß normativ begründet werden. Gesichert ist etwa, daß der Schutz sich nicht auf jede staatliche Änderung der Rahmenbedingungen des Marktes erstreckt, selbst wenn Geschäftspartner dadurch davon abgehalten werden, Verträge mit jemandem zu schließen, mit dem sie sonst (möglicherweise) Verträge geschlossen hätten. Ähnlich differenzierte Beurteilungen erfordern die Formen staatlicher Information Dritter. Die Figur der Grundrechtsbeeinträchtigung würde überfordert, wenn man erst in ihrem Rahmen die nötigen Präzisierungen leisten wollte. Bereits von der dogmatischen Funktion her gibt nicht sie, sondern der Gewährleistungsbereich dafür Lösungskriterien her.

235 Siehe einerseits BVerfGE 105, 252 (265 ff.); *Lübbe-Wolff*, Rechtsprobleme, S. 2711 f.; andererseits BVerfGE 71, 183 (195); *Schulte*, Informales Verwaltungshandeln, S. 517; *Murswiek*, Bundesverfassungsgericht, S. 4.

236 Das entspricht der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Schutz unrichtiger Tatsachenbehauptungen durch die Meinungsfreiheit, siehe BVerfGE 61, 1 (8) und 85, 1 (15): „Unrichtige Information ist unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut“, weil sie „zu der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen“ kann.

237 Die Behandlung von Informationen, deren Richtigkeit nicht geklärt war oder ist, unterliegt als Risikoerteilungs- oder Beweislastfrage eigenen Regeln.

238 Das – regelmäßig zentrale – Problem der Selektivität erscheint im Rahmen der Konkretisierung des Schutzgehalts also vor allem als Frage der Begründbarkeit der Auswahlentscheidung.

239 Allgemein dazu oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV. Vgl. auch – allerdings mit einem anderen dogmatischen Ansatz – BVerwG, NJW 1991, S. 1770 (1771 f.).

Die Grundrechtsbindungen betreffen im Ansatz (nur) den Akt der Informationsvermittlung an Dritte. Soweit dieser anderweitige staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge vorausgehen, können sie allerdings weiter in den staatlichen Kontext hineingreifen. So können sich neben Pflichten für die Informationsvermittlung selbst beispielsweise Pflichten für die vorangehenden Vorgänge der Zusammenstellung und Bewertung der Daten ergeben, die den Informationen zugrunde liegen. Die Informationsvermittlung bleibt jedoch Bezugspunkt: Die staatliche Stelle hat sie zu unterlassen, wenn die vorangehende Zusammenstellung und Bewertung relevanter Daten den grundrechtlichen Anforderungen nicht genügt. Soweit die grundrechtlichen Bindungen individualschützend sind, vermitteln sie dem Grundrechtsträger subjektive Rechte. So kann ein differenziertes Bündel individueller Rechtspositionen entstehen. Diese sind allerdings durch die Grundrechtsnorm inhaltlich bestimmt und begrenzt.

4. Der Freiheitsschutz der Grundrechtsverbürgungen

a) Interpretationsmuster in Rechtsprechung und Literatur

Bei der Herleitung grundrechtlicher Bindungen für den Umgang mit Informationen und Daten spielen schließlich Begründungsmuster eine wesentliche Rolle, die auf den *Freiheitsschutz* abstellen. Dabei grenzt man sich insbesondere gegen die Hervorhebung des Privatheitsschutzes und gegen die Orientierung an einer ex ante festgelegten Abstufung nach Intim-, Privat- und Öffentlichkeitssphäre ab. Die freiheitsschützenden Maßgaben der Grundrechte sollen den Umgang mit Informationen und Daten auch dann binden, wenn er an das Auftreten in der Öffentlichkeit anknüpft.²⁴⁰ So entnimmt man dem Gehalt des Art. 8 Abs. 1 GG, daß freien Versammlungen ein grundsätzlich staatsfreier und unreglementierter Charakter zukommt.²⁴¹ Die Grundrechtsausübung im Rahmen des Art. 8 GG und die ihr zugeordnete Sphäre der Öffentlichkeit vertrage keine restriktive staatliche Beaufsichtigung der vorgetragenen Meinungen und Akteure.²⁴² Art. 8 GG schütze das möglichst unbeeinflusste Engagement sowie die möglichst ungestörte Kommunikation im Vorfeld und wäh-

240 Frühzeitig in diese Richtung *Arndt*, Rechtsstaat, S. 161. Weiter *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 247: „Nicht alles, was an personenbezogenen Informationen öffentlich zugänglich ist, darf deshalb auch gesammelt, registriert und zwecks späterer (integrierter) Verarbeitung gespeichert werden. ... In einem demokratischen Staat, der von der Öffentlichkeit und durch die Öffentlichkeit lebt, ist kaum etwas so empfindlich wie diese ‚Öffentlichkeitssphäre‘.“ Im Anschluß daran auch *Egloff/Schimmel*, Magna Charta, S. 131 f. Siehe außerdem die Ausführungen *Bäumlers*, Versammlungsfreiheit, S. 472: „Auch die Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die der Betroffene selbst öffentlich in Form der Demonstrationsteilnahme ‚staatsgerichtet‘ kundgibt, enthebt nicht von der Grundrechtsbindung. Die öffentliche Verfügbarkeit der Information erleichtert deren Zugang für die Verfassungsschutzbehörden und erspart es ihnen, diese unter Einsatz ihrer spezifischen Befugnisse – und dann unter Beachtung der hierfür relevanten besonderen Rechtsvorschriften – zu erheben. Über die rechtliche Zulässigkeit von Erhebung und insbesondere Speicherung der Daten ist damit aber noch nichts gesagt. Deren Zulässigkeit ist anhand der Schranken der Versammlungsfreiheit zu prüfen.“

241 So BVerfGE 69, 315 (349), worauf regelmäßig Bezug genommen wird.

242 VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (897); ähnlich OVG Bremen, NVwZ 1990, 1188 (1189), mit einem Nebeneinander des Art. 2 Abs. 1 GG zugeordneten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und Art. 8 GG.

rend der Versammlung. Deshalb schütze er auch vor staatlicher Ausspähung über eine Observation, Bild- und Tonaufnahmen, das Anlegen von Teilnehmerlisten oder das Registrieren von Kfz-Kennzeichen mit nachfolgender Halterabfrage.²⁴³ Zu Art. 5 Abs. 1 GG wird ausgeführt, daß der zu schützende freie – und dies bedeute vor allem: staatsfreie – Kommunikationsprozeß durch die auch nur befürchtete Möglichkeit staatlicher Beobachtung oder verdeckter staatlicher Präsenz grundrechtsrelevant beeinträchtigt werden könne. Gleiches gelte für die auch nur befürchtete Registrierung von Informationsverhalten. Der Schutzbereich der Informationsfreiheit werde daher berührt bei Anwesenheit von Polizeibeamten bei öffentlichen Informationsveranstaltungen, der Registrierung von Zeitschriftenabonnements oder Ausleihen in Bibliotheken oder bei der Speicherung des Nutzungsverhaltens bei neuen Medien.²⁴⁴

Geht man den Erläuterungen der grundrechtlichen Schutzpositionen nach, fallen unterschiedliche, aber doch zusammenhängende Bezugspunkte auf. Häufig wird die *Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit zur Wahrnehmung des jeweiligen Grundrechts* in den Vordergrund gerückt. Die Entschließungsfreiheit werde durch eine staatliche Beobachtung der Grundrechtsausübung getroffen, dies vor allem wegen der Anpassungseffekte dahin, daß man sich von als unliebsam geltendem Verhalten abhalten lasse oder sogar auf die Erwartungskonformität des eigenen Verhaltens achte.²⁴⁵ So sei die Registrierung und Identifizierung von Versammlungsteilnehmern über Foto- oder Videoaufnahmen durch die Polizei oder den Verfassungsschutz geeignet, auf die Entscheidungsfreiheit von Bürgern einzuwirken, da die Informationserhebung von der Grundrechtsausübung abhalten oder die Unbefangenheit von Stellungnahmen stören könne.²⁴⁶ Eine erwartungsvermittelte und die Entschlußfreiheit treffende Beeinträchtigung der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) und – je nach Auslegung und Konstellation – der in Art. 11 geschützten Freizügigkeit

243 Zu Art. 8 GG finden sich häufig Hinweise auf BVerfGE 65, 1 (43) und 69, 315 (349). Vgl. zu den obigen Ausführungen *Kniesel*, Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, S. 860; *Dietel / Gintzel / Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1 Rn 77, 80 ff.; *Brenneisen*, Informationelle Eingriffe, S. 652 f.; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 8 Rn 87; *Henninger*, Observation, S. 713 ff. (hier primär unter Eingriffsaspekten); *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 8 Rn 33, 43, 52; *Kumg*, in: GGK I, Art. 8 Rn 19; *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 8 Rn 51; *Sachs*, Grundrechte, S. 361 f. (Rn 16); *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 180 ff.; v. *Münch*, in: GGK I, 3. Aufl., Art. 8 Rn 17; anders früher *ders.*, Verfassungsschützer, S. 405. Siehe auch *Alberts*, Bedeutung, S. 390 ff., der eine „Überwachungsfreiheit“ von Versammlungen in Auslegung der Tatbestandsmerkmale „ohne Anmeldung oder Erlaubnis“ entwickelt.

244 *Degenhart*, in: BK, Art. 5 Abs. 1 u.2, Rn 150, 356 f. Siehe auch *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 5 I, II Rn 79 f., 99; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn 56; v. *Münch*, in: GGK I, 3. Aufl., Art. 5 Rn 19; *Wendt*, in: GGK I, Art. 5 Rn 27; *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2, Rn 102, 111; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 5 I, II Rn 130.

245 Vgl. nur *W. Schmidt*, Entscheidungsfreiheit, S. 247 f.; *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 55 ff.

246 Siehe VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (896, 897); *Kübler*, Verfassungsschützer, S. 319 f.; *Evers*, Persönlichkeitsrecht, S. 386; *Hartlieb*, Demonstrationsrecht, S. 290 f.; *Bäumler*, Versammlungsfreiheit, S. 470 f.; *Brenneisen*, Informationelle Eingriffe, S. 652 f., 655; *Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, S. 860; *Dietel/Gintzel/Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1 Rn 80 und 82; *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 8 Rn 33, 43, 52; *Kunig*, in: GGK I, Art. 8 Rn 19. Die abschreckende Wirkung von staatlichen Observationen ist gerade für die Versammlungsfreiheit besonders im Zusammenhang mit der Einführung eines Versammlungsverbots diskutiert worden, vgl. *Kühl*, Demonstrationsfreiheit, S. 2382; *Hofmann*, Demonstrationsfreiheit, S. 129 f.

wird für Fälle angeführt, in denen eine dauernde Beschattung²⁴⁷, eine Polizeiliche Beobachtung, die Registrierung des Reiseverhaltens oder die Herstellung von Bewegungsbildern durch Installierung von Peilsendern oder ähnlichen Ortungsgeräten zu befürchten ist²⁴⁸. In unmittelbarer Nähe zur Entschließungsfreiheit, aber mit leicht anderem Akzent wird argumentiert, daß es die „freie“ Ausübung der Grundrechte beeinträchtige, wenn *die Grundrechtsträger damit rechnen müssen, daß ihnen aus dem Gebrauch ihrer Rechte ungerechtfertigte Nachteile entstehen*.²⁴⁹ Objektiv gewendet – also unabhängig von den Erwartungen der Grundrechtsträger formuliert – sollen die Grundrechte auch davor schützen, daß *der Staat die Grundrechtsausübung zum Anlaß ungerechtfertigter Nachteile macht*.²⁵⁰ Etwa seien die Grundrechte der Art. 5 und 8 GG in ihrem Freiheitsgehalt entscheidend darauf angewiesen, daß die Grundrechtsträger nicht befürchten müßten, wegen oder aus Anlaß ihrer Grundrechtsausübung Objekt staatlicher Beaufsichtigung und möglicherweise nachteiliger Maßnahmen zu werden.²⁵¹ Als andere Konstellation wird eine im Wehrinformationssystem über den Verfahrensabschluß hinaus erfolgende Speicherung der Namen der Kriegsdienstverweigerer genannt: Dies könne die Ausübung des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 3 GG beeinträchtigen, indem eine Datengrundlage für jedenfalls bei Veränderung der politischen Verhältnisse denkbare Repressionen bestehen bleibe.²⁵² Auf etwas abstrakterer Ebene bewegen sich die Verweise auf die Aushöhlung der Grundrechte durch die *staatliche Beeinträchtigung der Umstände*, die *Bedingung einer geschützten freien Entfaltung* sind.²⁵³ Zum Beispiel werde das durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, ausgehöhlt, wenn mit Hilfe eines integrierten Informationssystems die Lesegewohnheiten von Bibliotheks- und Archivbenutzern, insbesondere die Ausleihe bestimmter Bücher, festgestellt und daraus Informationen über die politische Gesinnung gezogen würden.²⁵⁴ Die Registrierung der Teilnahme an gewaltlosen Demonstrationen oder von Äußerungen auf politischen und gewerkschaftlichen Versammlungen machte die Grundrechte der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit zur Farce.²⁵⁵

247 Starck, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Abs. 2, Rn 181.

248 Weichert, Informationelle Selbstbestimmung, S. 191 ff.

249 Mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Supreme Court Schrepfer, Datenschutz, S. 94 ff. Siehe auch VG Köln, JZ 1982, 855 (857 f.). Außerdem Dammann, in: Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 10 Rn 31 b; Schweizer, Grundlagen, S. 29 ff.; Hase, Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“, S. 41 ff.; Degenhart, in: BK, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn 150 und 356; Sachs, Grundrechte, S. 361 f. (Rn 16).

250 (Auch) In dieser objektiven Wendung etwa Weichert, Informationelle Selbstbestimmung, S. 180; Schweizer, Grundlagen, S. 29 ff., 38 f., 42 f.; Schrepfer, Datenschutz, S. 102 ff.; Degenhart, in: BK, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn 150 und 356; Sachs, Grundrechte, S. 361 f. (Rn 16).

251 VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (897); OVG Bremen, NVwZ 1990, 1188 (1189); und auch VG Köln, JZ 1982, 855 (857 f.). Vgl. außerdem Degenhart, in: BK, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn 150 und 356.

252 Bull, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 881.

253 Gallwas, Verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 514 (zum Grundrecht auf Achtung des privaten Bereichs); Heußner, Funktion des Datenschutzes, S. 178 f., jeweils mit Hinweis auf die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu Grundrechtsgefährdungen.

254 Bull, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 882; Heußner, Funktion des Datenschutzes, S. 175.

255 Heußner, Funktion des Datenschutzes, S. 175 f.; Bull, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 882.

b) Leistung und Leistungsgrenzen der Argumentationsmuster

Bedingt durch die Abgrenzung gegen den Schutz der Privatsphäre richtet sich die Aufmerksamkeit in der Argumentation zum Freiheitsschutz der Grundrechte auf Handeln und Kommunikation in der Öffentlichkeit. Indem man auf die Verknüpfung einer inhaltlichen Thematisierung mit einem Freiheitsversprechen abstellt, greift man – wie es auch in den „Privatsphäre“-Konstellationen erforderlich ist – auf die Anknüpfungspunkte zurück, die die Grundrechtsnormen bieten. Führt man sich die gemeinsame normtextliche Basis vor Augen, wird schnell erkennbar, daß die Grundrechtssätze *keine Anhaltspunkte* dafür bieten, daß die Rechtsbindungen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten an *einer Unterscheidung von Privatsphäre und Öffentlichkeitssphäre* ausgerichtet sind.²⁵⁶ Weder die „Privatsphäre“ noch die „Öffentlichkeitssphäre“ sind Rechtsbegriffe; sie sind Beschreibungen sozialer Zusammenhänge und Mechanismen. Als solche können sie als Grundlage der Normkonkretisierung herangezogen werden; sie sind den Normen aber nicht unvermittelt zu implementieren. Ob und inwieweit die Grundrechte den Umgang mit Informationen und Daten rechtlich binden, ist also nicht nach einem vorgegebenen Modell der Abstufung von Intim-, Privat- und Öffentlichkeitssphäre, sondern in Auslegung der Grundrechtssätze zu beantworten. Die Beispiele im Rahmen der Argumentationen zum Freiheitsschutz der Grundrechte zeigen zudem – wie auch schon die Überlegungen zur „Selbstdarstellung“ –, daß das Muster privat/öffentlich für viele Konstellationen überhaupt nicht einschlägig ist.

Die Argumentationen mit dem Freiheitsschutz gehen somit zutreffend von den Anknüpfungspunkten der Grundrechtsnormen aus. Im näheren lassen sie allerdings eine Reihe von Fragen offen. Sie tragen nicht und sie zielen auch nicht auf die Folgerung, daß die jeweils einschlägige Freiheitsgewährleistung das Unterbleiben *jeder* staatlichen Gewinnung und Umsetzung von Informationen über ein Geschehen, das dem Regelungsbereich einer Norm unterfällt, verlangt. Zur Versammlungsfreiheit finden sich dementsprechend Unterscheidungen, ob es sich um eine Kenntnismahme politischer Verantwortungsträger zur Information über politisch relevante Themen oder um die Observation durch Polizei und Verfassungsschutz handelt.²⁵⁷ Und wenn die Registrierung des Informationsverhaltens bei Aus-

256 Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG tragen, selbst wenn man den Gewährleistungsgehalt dieser Normen deskriptiv als Schutz der „Privatsphäre“ erfassen will – eine Beschreibung, die bei Art. 10 Abs. 1 GG vom Privatsphärenverständnis abhängt und durchaus nicht gesichert ist –, umfassende Schlußfolgerungen für die Grundrechtsnormen insgesamt nicht. Daß diese Verbürgungen Aspekte erfassen, die man in deskriptiver Systematisierung der „Privatheit“ zuordnen kann, heißt schließlich nicht, daß andere Grundrechte mit eigenständigem Schutzgehalt und eigenständigem Regelungsansatz eine entsprechende Sicht vorsehen. Vgl. auch oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.b., daß man mit der Sphärenkonzeption Parallelen zu dem formalen Ansatz der Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG schafft, die aber wegen der unterschiedlichen normtextlichen Regelungsansätze nicht begründbar sind.

257 Deutlich (aber nicht auf den Sinn der Norm, sondern auf Intention und Willen der Teilnehmenden abstellend) Kübler, Verfassungsschützer, S. 319 f.: „Der Presse, dem Rundfunk, dem Fernsehen und der allgemeinen Öffentlichkeit will sich der Versammlungsteilnehmer zeigen, ihnen gegenüber will er seine Meinung bekennen; sie sind Adressaten seiner Kundgebung, ihrethalben demonstriert er. Dasselbe gilt grundsätzlich und gerade auch dem Staat (genauer: der Regierung) gegenüber; auch hier will und kann der Demonstrant nicht anonym bleiben. ... Der Staat (die Regierung) darf deshalb ebenso offen und öffentlich das offene Bekenntnis jedes einzelnen Versammlungsteilnehmers entge-

leihen in Bibliotheken als Beispiel für eine Beeinträchtigung der Informationsfreiheit genannt wird, so steht doch außer Zweifel, daß eine kommunale Bücherei die Ausleihe von Büchern zur Rückgabeüberprüfung mit Bezug auf die ausleihende Person registrieren muß, ohne daß darin eine Beeinträchtigung des Grundrechts zu sehen wäre. Doch wie die notwendigen Abgrenzungen dogmatisch stringent – und überzeugend auch für andere Konstellationen als die der jeweils prägnanten Beispiele²⁵⁸ – geleistet werden können, bleibt von dem jeweils gewählten Zugang aus unklar.

Die des öfteren angeführte „Staatsfreiheit“ grundrechtlich geschützter Bereiche wie der gesellschaftlichen Meinungsbildung oder freier Versammlungen wäre in Richtung einer grundsätzlichen Abwehr staatlicher Beobachtung und staatlicher Präsenz zu schlicht gedeutet. Es wäre verfehlt, sich hier von der Vorstellung gegen den Staat aus- und abgegrenzter Sphären inspirieren zu lassen und die schon für den „Privatheits“-schutz zu kurz greifende Sphärenkonzeption auszudehnen. Denn damit könnte man kaum vermeiden, daß die – nicht gemeinte und offensichtlich unsinnige – Folgerung, daß „der Staat politisch erhebliche Kommunikationen und Gruppierungen außerhalb des politischen Systems ignoriere, als gingen sie ihn nichts an“²⁵⁹, zur konsequenten Schlußfolgerung wird.²⁶⁰ Daher kommt

genehmen, nämlich als Demonstration, als Diskussionsbeitrag zum demokratischen Meinungsbildungsprozeß. Diese staatliche Kenntnisnahme ist kein Grundrechtseingriff. Sie wird aber zum Grundrechtseingriff, wenn sie sich – sachlich – nicht mehr auf dem Felde öffentlicher demokratischer Diskussion abspielt, im Rahmen und zum Zwecke der öffentlichen Entgegennahme eines Diskussionsbeitrages, sondern wenn sie zur Registrierung dem Staat nicht genehmer Personen erfolgt, zur Katalogisierung seiner Bürger in Listen.“ (Hervorh.i.Orig.). Ähnlich *Hartlieb*, Demonstrationsrecht, S. 289 f. Versuche der Schutzbegründung über das Vertrauen auf eine relative Anonymität in der Versammlung überzeugen hier ebensowenig wie die Verneinung eines Schutzes überhaupt, weil sich eine öffentliche politische Versammlung gerade an „den“ Staat richte.

- 258 Auch wenn der Differenzierungsbedarf hervorgehoben wird, bleibt es dann meist bei Thesen und Beispielen. Siehe etwa *Schweizer*, Grundlagen, der einerseits davon ausgeht, daß „der Schutz vor nachteiligen Informationstätigkeiten ... allerdings nicht so weit vorangestellt werden (darf), dass man dazu kommt, jedes Bearbeiten von personenbezogenen Informationen als eine Beschränkung der Freiheit der betroffenen Personen anzusehen. Eine Person kann vernünftigerweise nicht generell den Anspruch erheben, dass sie ohne besondere Zulässigkeitsregelungen nicht Gegenstand von Informationen sein will und darf ...“ (S. 39, Hervorh. i.Orig.). Andererseits stellt er den Schutz vor staatlicher Kenntnisnahme als solcher heraus: „So verlangt z.B. die Glaubens-, Wissens- und Kultusfreiheit (Art. 49/50 BV), dass die Glaubensüberzeugung oder Weltanschauung grundsätzlich, ohne dass der Staat davon Kenntnis nimmt, gebildet, ausgeübt oder dargestellt werden kann.“ (S. 43). Die weiteren Beispiele betreffen nur bestimmte Nutzungskonstellationen: „So kann z.B. die Wirtschaftsfreiheit verletzt werden, wenn Unternehmensinformationen, die bloss für statistische Zwecke erhoben wurden, zu zweckwidrigen Verwaltungskontrollen verwendet werden. Ebenso wäre z.B. die Ausübung der Petitionsfreiheit verletzt, wenn die Unterschriften von Petitionen zu politisch-polizeilichen Zwecken ausgewertet werden.“ (S. 43).
- 259 Siehe oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.b., das Zitat von *Luhmann*, Grundrechte, S. 97 ff., dies gerade zur Freigabe gesellschaftlicher Kommunikation aus der staatlichen Einflusssphäre.
- 260 Deshalb hilft der zu Art. 8 GG formulierte Abgrenzungsvorschlag von *Bäumler*, Versammlungsfreiheit, S. 471 („Geht es um die Beobachtung gerade der Versammlung oder ihrer Teilnehmer gerade in dieser Eigenschaft?“) allenfalls, soweit es um die Abgrenzung gegen eine gar nicht auf die Versammlung selbst gerichtete Beobachtung geht. Er kann aber staatliche Kenntnisnahmen, denen der grundrechtliche Freiheitsschutz nicht entgegensteht – etwa die Kenntnisnahme durch politische Verantwortungsträger – nicht von Beobachtungsmaßnahmen abgrenzen, die den Abwehrrechtsgehalt des Grundrechts ansprechen. Wie *Bäumler* auch *Kniesel*, Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, S. 860. Deutlichere Differenzierungsansätze bei *Alberts*, Bedeutung, S. 390 ff. (Herleitung einer

man ohne eine genauere Beschreibung dessen, was „Staatsfreiheit“ mit Blick auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten heißen soll, und ohne Differenzierungen nicht aus. Dafür müßte der Ansatz aber präziser ausgebaut werden.

Die Argumentation mit der Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit stützt sich regelmäßig auf eine Abstraktion der geschützten Verhaltensfreiheiten hin zur Willens- oder Entschlußfreiheit.²⁶¹ Faßt man dies als Schutzgut auf, bleibt verschwommen, wie man darüber stringent zur Determination der staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge gelangt²⁶² und unter welchen Voraussetzungen Maßgaben welchen Inhalts begründet werden. Sollen grundsätzlich Pflichten zur Unterlassung der Gewinnung von Informationen und korrespondierende Individualrechte bestehen? Genügt dafür eine subjektive Furcht, die schließlich auch dann zu einer Verhaltensanpassung führt, wenn sie bei einem Blick auf das, was auf staatlicher Seite tatsächlich passiert, ganz unbegründet ist?²⁶³ Und ist die umgekehrte Konstellation – objektiv gibt es staatliche Observationen und daran anknüpfend subtil vermittelte Nachteile, aber dies wirkt sich nicht auf die Entschließungsfreiheit aus, weil es heimlich erfolgt und die Grundrechtsträger weder Kenntnis noch einen Verdacht besitzen – gar nicht grundrechtsrelevant²⁶⁴, oder muß man dann dogmatisch neu ansetzen? Ähnliche Fragen stellen sich, soweit man darauf abstellen will, daß die Grundrechtsträger damit rechnen müssen, daß ihnen aus dem Gebrauch ihrer Rechte ungerechtfertigte Nachteile erwachsen. Mit der Erwartung ungerechtfertigter Nachteile wird zwar ein Zusammenhang zu dem eher objektiv ansetzenden Argument hergestellt, daß die Grundrechte auch dagegen schützen, daß der Staat die Grundrechtsausübung zum Anlaß ungerechtfertigter Nachteile macht. Unzureichend erörtert bleibt aber die ohne weiteres mögliche inhaltliche Differenz zwischen individuellen Erwartungen und objektiven Effekten. Als Beispiel braucht man nur an Aufzeichnungen von Versammlungen zu Zwecken der Einsatzdokumentation zu denken. Nach dem objektiv vorgesehenen Verwendungszweck beziehen sich die Informationen, die im Rahmen der Verwertung von Aufzeichnungen entstehen, nicht auf Personen und dienen auch nicht dazu, deren Versammlungsteilnahme zum Anlaß von Nachteilen zu machen, sondern dazu, den Erfolg eines Einsatzes zu kontrollieren, zukünftige Einsätze zu planen und Fehler zu vermeiden. Unter der Perspektive

„Überwachungsfreiheit“ von Versammlungen, u.a. mit Hilfe der Merkmale „ohne Anmeldung oder Erlaubnis“).

- 261 Deutlich etwa bei *Hartlieb*, Demonstrationsrecht, S. 291: „Die jeweiligen Grundrechtsgewährleistungen erfassen demnach in gleichem Umfang neben der äußeren Handlungsausübung ebenso die innere Willens- und Entschlußfreiheit.“
- 262 Hier ist in der Rechtsprechungsanalyse bereits der Sprung in der Argumentation des Volkszählungsurteils – BVerfGE 65, 1 (42 f.) – aufgefallen, vgl. oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.1.2.
- 263 Das Problem wird gesehen etwa bei *Starck*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Abs. 2, Rn 181, und dort so beantwortet, daß die drohenden Eingriffe hinreichend objektivierbar und nicht nur Hirnspinne sein müßten; im übrigen gebe es keine verfassungsrechtlich geschützte Freiheit vor Angst oder Furcht. Aufgeworfen wird die Frage (in Abgrenzung gegen „exzessive“ Observation) auch von *Dietel/Gintzel/Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1 Rn 82, und *Kniesel*, Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, S. 860. Vgl. auch *Alberts*, Bedeutung, S. 392, der beeinträchtigende Auswirkungen von Observationen auf die Entschließungsfreiheit anerkennt und zugleich die schwierigen dogmatischen Fragen der rechtlichen Umsetzung hervorhebt. Vereinfachend aber dann *ders.*, Novellierungsbedürftigkeit, S. 287.
- 264 Eine insbesondere in älteren Ausführungen gar nicht seltene These, vgl. *Kübler*, Verfassungsschützer, S. 319.

der Entschließungsfreiheit kommt es dagegen auf die Erwartungen an, die die Versammlungsteilnehmenden haben. Solange diese damit rechnen, daß Aufzeichnungen insbesondere zu Zwecken des Verfassungsschutzes ausgewertet und Angaben über die eigene Teilnahme an der Versammlung möglicherweise in einschlägigen Dateien landen, wird die Entscheidung, an der Versammlung teilzunehmen, von dieser Befürchtung beeinflußt. Hebt man den Verwendungszweck und die Anknüpfung objektiver Nachteile hervor, bleibt Art. 8 Abs. 1 GG unberührt; hebt man die individuellen Befürchtungen hervor, wird die gewährleistete Freiheit beeinträchtigt.²⁶⁵

Soweit man – objektivierend – darauf abstellt, daß Grundrechte auch davor schützen, daß der Staat die Grundrechtsausübung zum Anlaß ungerechtfertigter Nachteile macht, kann ein vager Verweis auf „Nachteile“ zur Herleitung von Grundrechtsbindungen für den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten nicht genügen. Anderenfalls wären jede Informationsgewinnung und -umsetzung und jede Datenerhebung und -verarbeitung erfaßt, obwohl nicht feststeht, daß damit tatsächlich Nachteile verbunden sind. Wenn die Anknüpfung von Nachteilen zur Begründung des Schutzes dient, kann dieser Punkt gerade nicht offen bleiben. Außerdem müßte dargelegt werden können, daß es sich nicht um Nachteile handelt, gegen die das Grundrecht gar keinen Schutz gewährt, und auch nicht um Nachteile, die über den Gesetzesvorbehalt und gesetzliche Regelungen gedeckt sind.

Die Argumentationsmuster leiden darunter, daß die Anforderungen, die ein gerade auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten gerichteter Schutz an den dogmatischen Zugang und an die Norminterpretation stellen, noch nicht hinreichend umgesetzt werden. Sie sind durch den Weg in die Abstraktion gekennzeichnet, wenn sie Bereiche als „staatsfrei“ hinstellen oder die Verhaltensfreiheit zur Entschließungsfreiheit abstrahieren. Die bloße Abstraktion der gewohnten Schutzgegenstände kann aber nur zu Schwierigkeiten führen, wie sie eben dargelegt worden sind und wie sie dann insbesondere bei der Komponente der Grundrechtsbeeinträchtigung nochmals hervortreten.²⁶⁶

265 Das VG Bremen, NVwZ 1989, S. 895 (896), bejaht einen Grundrechtseingriff auch für eine Gesamtdokumentation und stellt dabei auf die *technischen Möglichkeiten* der Identifizierung von Personen ab. Es hätte dafür allerdings gründlich begründen müssen, daß und warum die technischen Möglichkeiten die Grundlage rechtlicher Beurteilung sein sollen. Das OVG Bremen, NVwZ 1990, 1188 (1189), legt den Schwerpunkt auf die *Ungewißheit der Teilnehmer*: „Auch bei Übersichtsaufnahmen zur Gesamtdokumentation ist es ... technisch kein Problem, die Bilder so zu vergrößern, daß die Teilnehmer der Demonstration identifiziert werden können. Ob eine solche personenbezogene Verarbeitung der bei der Demonstration erhobenen Daten stattfinden wird, steht bei ihrer Erhebung noch nicht fest und ist insbesondere für die Teilnehmer der Demonstration nicht erkennbar. Gerade diese Ungewißheit darüber, ob und in welcher Weise die bei den Foto- und Videoaufnahmen gewonnenen Informationen später verwandt werden, hemmt die Betroffenen in ihrer Freiheit, sich frei zu entfalten und sich ungehindert zu versammeln... Deshalb stellt bereits die Aufnahme von Bildern, die eine Identifizierung ermöglichen, nicht erst ihre Vergrößerung, eine personenbezogene Datenerhebung und damit einen grundrechtsrelevanten Eingriff dar.“ Siehe zur Diskussion außerdem die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses zum Entwurf eines Gesetzes u.a. zur Änderung des Versammlungsgesetzes (hier: Einfügung des § 12 a VersG), BTdrucks 11/4359, S. 17; Götz, Polizeiliche Bildaufnahmen, S. 114 (mit Bezug auf das aus dem Persönlichkeitsschutz gefolgerte Recht am eigenen Bild); Riegel, Polizeiliche Bildaufnahmen, S. 745 f.; Kniesel, Versammlungswesen, Rn 76, 471 ff.; Brenneisen, Informationelle Eingriffe, S. 654 f.

266 Ansätze, die den Grundrechtsschutz als Verhaltensschutz lesen, haben mit der Rechtsbeeinträchtigung durch den staatlichen Umgang mit Information Schwierigkeiten, die ohne argumentative Brücke nicht zu lösen sind. Vgl. etwa Evers, Persönlichkeitsrecht, S. 386 (zu Photo- und Tonaufnahmen bei

c) Rekonstruktion: Die Herleitung der Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus dem Normgehalt

Die Leistungsgrenzen der Argumentation mit dem Freiheitsschutz der Grundrechte zeigen im Einklang mit den bisherigen Ergebnissen dieser Arbeit, daß ein eigenständiges dogmatisches und methodisches Vorgehen erforderlich ist, wenn man aus den Freiheitsgewährleistungen Garantien und Rechte herleiten will, die den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten binden. Der Blickwinkel in den Konstellationen, in denen allgemein auf den Freiheitsschutz zurückgegriffen wird, entspricht dem, der auch in den Konstellationen der „Privatsphäre“ eingenommen wird. Rechtlich geht es um die Frage, ob und inwieweit die Freiheitsgewährleistungen, deren Regelungsbereich bestimmte Verhaltensweisen, Kommunikationen, Ereignisse oder Daten unterfallen, die Grundrechtsträger auch dahin schützen, daß sie daran anknüpfende Informations- und Datenverarbeitungen determinieren und korrespondierende Individualrechte vermitteln.

Die Konkretisierung solcher Rechtsbindungen erfordert eine *übergreifende Perspektive*, auf deren Grundlage die Normaussagen ausgelegt werden können. Zum einen hat man den jeweiligen Sachverhalt – ein bestimmtes Verhalten, Kommunikationsbeiträge oder Aufzeichnungen wie Presseveröffentlichungen oder Flugblätter – herauszustellen, auf den sich das Kenntnis- und Verwertungsinteresse staatlicher Stellen (oder, soweit es um Drittwirkungskonstellationen geht, privater Dritter) richtet. Zum anderen ist der „Verwendungszusammenhang“ einzubeziehen, mit dem erst deutlich wird, welche Informationen aus den Beobachtungen, Kommunikationsinhalten oder Aufzeichnungen gewonnen und wie diese umgesetzt werden. In diesem Rahmen kommt es auch auf die Folgen an, die mit dem (potentiellen) Wissen verbunden sind. Bei deren Ermittlung oder Prognose kann auf soziologische, psychologische oder anderweitige Untersuchungen zurückgegriffen werden. Was davon einschlägig ist, so möglicherweise Untersuchungen zu den Mechanismen der „Öffentlichkeit“, hängt von der Konstellation ab.

Auf einer solchen Grundlage sind die Aussagen der einschlägigen Grundrechtsnorm *kontextbezogen* zu konkretisieren. Die Form der Konkretisierung ist bereits im Rahmen der Untersuchung der Paradigma der „Privatsphäre“ und der „Selbstdarstellung“ behandelt worden. Im Mittelpunkt stehen normative Argumentationen, die von der Gewährleistung, die einen bestimmten thematischen mit einem freiheitsrechtlichen Gehalt verknüpft, zu bestimmten Rechtsbindungen und Rechtspositionen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten führen. Dabei spielen zum einen soziale Positionen beteiligter Personen und soziale Zusammenhänge, zum anderen die nachteiligen Folgen für die Positionen Betroffener, die mit den Informations- und Datenverarbeitungen zu erwarten und nach den Kriterien der Norm rechtlich zu beurteilen sind, eine besondere Rolle. Zu den rechtlich relevanten Folgen kann zum Beispiel die absehbare Anpassung grundrechtsgeschützter Verhaltensweisen zählen. Das wird in der Diskussion zum Freiheitsschutz im

Versammlungen): „Dem Wortlaut nach greift Art. 8 GG nicht durch, da die Handlungsfreiheit des Bürgers nicht beeinträchtigt wird und er weiterhin nach Belieben Versammlungen einberufen und an Versammlungen teilnehmen kann.“ Evers will dann aber die (Art. 8 GG zugeordnete) Entschließungsfreiheit heranziehen, die faktisch beeinträchtigt werde. Siehe auch *Hartlieb*, Demonstrationsrecht, S. 291: Die Grundrechtsausübung werde nicht direkt angetastet, die politischen Freiheitsrechte blieben also formal gewährleistet.

Ergebnis zutreffend herausgestellt. Die dem Grundrechtsträger zustehende Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit wird aber nicht selbst zum zentralen Schutzgut. Sie ordnet sich vielmehr in den Argumentationszusammenhang ein, über den der einschlägigen Freiheitsgewährleistung Bindungen des Umgangs mit Informationen und Daten entnommen werden. Die normative Argumentation und die damit erkennbaren Schutzerfordernisse bieten die notwendige *Begründung*, warum das Grundrecht den Grundrechtsträgern überhaupt derartige Rechte vermittelt.²⁶⁷

In diesem Rahmen und auf einer solchen Basis kann man die obigen Interpretationsmuster in einer Form einfangen, die die erforderlichen Präzisierungen und Differenzierungen leisten kann. So läßt sich mit Blick auf den vorgesehenen Verwendungszweck differenzieren, ob eine staatliche Registrierung der Buchausleihen in öffentlichen Bibliotheken zur Kontrolle der Rückgabe oder zur Beurteilung politischer Einstellungen nach dem Maßstab der Staatsfreundlichkeit erfolgt. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG garantiert mit dem Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, nicht nur die Freiheit von staatlichen Restriktionen bei der Beschaffung oder der Auswahl von Materialien.²⁶⁸ Die Norm gliedert sich – insbesondere im systematischen Verbund mit den anderen Verbürgungen des Art. 5 Abs. 1 GG – in die Gewährleistung einer insofern „staatsfreien“ gesellschaftlichen Kommunikation und Meinungsbildung ein, als diese aus der Sphäre staatlich-politischen Einflusses freigesetzt und von der Orientierung an staatlich gesetzten oder genehmten Kriterien freigestellt wird.²⁶⁹ Eine staatliche Beaufsichtigung des individuellen Informationsverhaltens nach dem Kriterium der Staatsfreundlichkeit ist mit dem freiheitsrechtlichen Gehalt des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG daher unvereinbar. In gleicher Weise steht die in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistete Freiheit der Presse entgegen, wenn staatliche Stellen Presseveröffentlichungen sammeln und auswerten, um deren Staatsfreundlichkeit zu beurteilen und bei der Handhabung von Presseauskünften zu berücksichtigen.²⁷⁰ Daß es sich dabei um veröffentlichtes Material handelt, ist für die grundrechtlichen Bindungen irrelevant.²⁷¹

Dem Freiheitsversprechen einer Grundrechtsnorm läuft es auch entgegen, wenn der Staat ein dem Regelungsbereich der Norm unterfallendes Verhalten zum Anlaß einer Bestrafung macht.²⁷² Ist dies im Rahmen des jeweiligen grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts durch Straftatbestände gesetzlich gedeckt, kann der Aussagegehalt des Grundrechts an bestimmten Punkten des im Rahmen eines Strafverfahrens erfolgenden Umgangs mit Informationen und Daten greifen, um den Grundrechtsträger vor einem mit den Maßstäben der Norm nicht vereinbaren Vorgehen und vor übermäßigen Beeinträchtigungen zu bewahren. So hat

267 Zum Ansatz ausführlicher Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.cc.

268 Vgl. dazu BVerfGE 27, 71 (80 ff.); 27, 88 (98 ff.); 27, 104 (108 ff.).

269 Vgl. zum systematischen Verbund insbesondere BVerfGE 27, 71 (80 ff.), und bereits oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A. Siehe außerdem Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.b.

270 Zum Beispiel siehe näher bereits oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.cc.(3).

271 Nach verbreiteter und mit Blick auf die obigen Ausführungen unzutreffender Ansicht unterliegt die Auswertung öffentlich zugänglichen Materials grundsätzlich keiner grundrechtlichen Bindung. Zutreffend dagegen OVG NW, DVBl 1995, S. 375 (375).

272 Vgl. die Ausführungen in BVerfGE 81, 278 (290 f., 292 ff.), zu einer an eine der Kunstfreiheit unterfallende Collage anknüpfenden Bestrafung nach § 90 a Abs. 1 Nr. 2 StGB.

das Bundesverfassungsgericht eine Verurteilung wegen übler Nachrede aufgrund von Meinungsäußerungen in einem Flugblatt daraufhin überprüft, ob die Ermittlung des Sinns der Äußerungen, die der Subsumtion unter die Tatbestandsvoraussetzungen der Strafnorm zugrunde liegt, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG verletzt.²⁷³ Das hat es für den Fall bejaht, daß das Gericht dem Grundrechtsträger mit der Feststellung einer ‚versteckten‘ Tatsachenbehauptung Äußerungen in den Mund legt, die er so nicht gemacht hat, und dies dem Strafurteil zugrunde legt.²⁷⁴ Diese Überlegungen werden teilweise durch Erwägungen zu absehbaren Anpassungsmechanismen verstärkt.²⁷⁵ Diese Deutungskontrolle ist nichts anderes als die Annahme einer grundrechtlichen Bindung der staatlichen – hier: strafgerichtlichen – Gewinnung und Umsetzung von Informationen über grundrechtsgeschützte Äußerungen.

Setzt man die Grundrechtsnormen auf der herauszuarbeitenden übergreifenden Grundlage ein, läßt sich auch das Problem der Differenz zwischen den objektiv stattfindenden Informations- und Datenverarbeitungen und der Anpassung des Verhaltens aufgrund individueller Erwartungen behandeln. Diese Erwartungen bleiben vage und können eine entsprechend unbestimmte Furcht begründen, wenn das staatliche Vorgehen nicht zu überschauen und in seinen Konsequenzen nicht abzuschätzen ist. Eine unbestimmte Furcht und darauf beruhende Anpassungsmechanismen blieben aber selbst dann bestehen, wenn der Staat jede Gewinnung von Informationen über den der Norm unterfallenden Sachverhalt unterließe: Jemand könnte immer noch Überwachungen und Nachteile befürchten, die er nicht wahrnimmt und die sich subtil vermitteln. Das zeigt, daß es dabei nicht vorrangig um einzelgrundrechtliche Bindungen geht, die die Abläufe des Umgangs mit Informationen und Daten determinieren. Es geht vielmehr darum, (auch) das individuelle Wissen darüber sicherzustellen. Das aber verweist auf eine ganz eigenständige Anforderung, nämlich auf die Frage der *Transparenz* des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten für die Betroffenen. Dadurch sind objektive Vorgänge und die subjektiven Erwartungen der Grundrechtsträger in Einklang zu bringen.²⁷⁶ Das Problem ist daher als eigenständige Anforderung zu thematisieren und im Rahmen der aus den Freiheitsgewährleistungen resultierenden staatlichen Unterlassungspflichten nicht zu lösen.

Im Ergebnis sind die Freiheitsgewährleistungen auch im hier interessierenden Zusam-

273 Vgl. BVerfGE 43, 130 (135 ff.). Das BVerfG prüft dies im Rahmen der Verfassungsbeschwerde unter der Fragestellung, ob die Einwirkung von Grundrechten auf das Straf- oder Strafverfahrensrecht nicht beachtet oder fehlerhaft bestimmt worden ist. Das setzt voraus, daß die Grundrechtsnorm überhaupt entsprechende Aussagegehalte und Rechtsbindungen enthält und daß der Grundrechtsträger eine Verletzung solcher Rechtsbindungen subjektivrechtlich geltend machen kann. Vgl. auch oben Erster Teil, I. Kapitel, Punkt B.II.

274 Zunächst BVerfGE 43, 130 (136 f.); sodann verallgemeinernd BVerfGE 82, 43 (51 f.): Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG gebiete, daß „der Sinn einer Äußerung nicht in einer Weise ermittelt wird, die der Bedeutung der Meinungsäußerung für die Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen und seine Teilnahme am politischen Leben wie auch für die freie Kommunikation in der Gesellschaft insgesamt widerspricht.“. Siehe weiter BVerfGE 93, 266 (295 f.). Vgl. schließlich BVerfGE 67, 213 (222 ff.); 75, 369 (376 ff.); 81, 278 (290, 294 ff.); 81, 298 (304 ff.) – zur Deutung von künstlerischen Darstellungen im Rahmen strafrechtlicher Beurteilungen.

275 Vgl. die Argumentationen in BVerfGE 43, 130 (136); 82, 43 (52, 53); 93, 266 (295). Dies knüpft an BVerfGE 42, 143 (159 – Sondervotum –) an. Siehe auch *Schmitt Glaeser*, Meinungsfreiheit, S. 65 ff. Vgl. außerdem – jeweils zur Kunstfreiheit – BVerfGE 67, 213 (223); 81, 278 (290).

276 Vgl. auch bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

menhang mit Hilfe normativer Argumentationen zu bestimmten Rechtsbindungen und Schutzpositionen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu konkretisieren. Objektivrechtliche Aussagen und individuelle Rechte haben einen „sozialen“ und „relativen“ Gehalt. Sie werden in Abhängigkeit von dem jeweiligen Wissens- und Verwendungskontext konkretisiert. Da die anstehenden Verarbeitungsprozesse und der Verarbeitungskontext bei der Erarbeitung der tatsächlichen Grundlagen der Norminterpretation aufgeschlüsselt und die jeweiligen Normen auf der Basis dieser übergreifenden Perspektive konkretisiert werden, betreffen die herleitbaren Bindungen nicht allein die Kenntniserlangung. Sie können sich auch auf eine anschließende Speicherung von Daten oder Verwendung von Informationen beziehen. Vor allem sind sie für jede Verarbeitungsphase eigenständig zu bestimmen. Sie determinieren die Informations- und Datenverarbeitung also prozeßübergreifend, an genau bestimmbar Stellen und in unter Umständen differenzierender Form. Soweit die Bindungen individualschützenden Charakter haben, vermitteln sie den Grundrechtsträgern subjektive Rechte.

II. Die Konkretisierung gegenstandsgerechter Rechtsbindungen und Rechtspositionen aus den thematisch spezifizierten Gewährleistungen

1. Ertrag und Defizite der zentralen Paradigmata

Aus der bisherigen Untersuchung folgt einerseits, daß sich aus den thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen Rechtsbindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten herleiten lassen. Sie enthalten aber nicht etwa „spezielle Garantien“ einer „informationellen Selbstbestimmung“, indem sie Entscheidungsrechte über die Preisgabe und Verwendung von Daten hergäben, die sich thematisch dem Bereich einer bestimmten Verbürgung zuordnen ließen. Darauf läuft keines der erörterten Paradigmata hinaus. Sie zeichnen sich vielmehr durch eigenständige Argumentationsmuster und eigenständige Schutzbeschreibungen aus. Daher wäre die Formulierung, das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ könne auch den einzelnen Grundrechten zugeordnet werden, von vornherein mißverständlich.

Andererseits hat die Untersuchung ergeben, daß die vorfindlichen Interpretationsmuster nur begrenzt tragfähig sind. Im Kern liegt das daran, daß sie den traditionellen Formen individualistisch gefaßter Schutzgüter verhaftet bleiben. Das betrifft sämtliche der behandelten Figuren. Die Figur eines „Rechts auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten“ mag die Entscheidungs- und Auswahlfreiheit des Grundrechtsträgers begründen können; ein genuin informations- und datenbezogener Schutz folgt aus ihr nicht. Das Paradigma der „Privatsphäre“ gelangt, sofern man darunter Bereiche oder Sachverhalte versteht, die gegen unerwünschte Einblicke abgeschottet werden, über eine sphärenbezogene Abwehrformel nicht hinaus. Das „Recht auf Selbstdarstellung“ bleibt ein Schutz des Verhaltens, der mehr als kurzschlüssig begründet wird, wenn er sich auf das Bild des Grundrechtsträgers in der Umwelt erstrecken soll. Den Ansatz beim Freiheitsschutz der Grundrechtsverbürgungen kennzeichnen zwar die Vorteile einer normorientierten Argumentation; auch er gerät aber in Schwierigkeiten, wenn er die „Staatsfreiheit“ eines bestimmten sozialen Bereichs oder die Entschließungsfreiheit der Grundrechts-

träger in den Vordergrund rückt.

Damit ist bei allen Argumentationslinien deutlich geworden, daß eine Normauslegung, die sich nach überkommenen Mustern auf den Grundrechtsträger und seinen Bereich konzentriert, dem Gegenstand nicht gerecht wird. Hier bestätigt sich, was bereits in der Gegenstandsanalyse herausgearbeitet werden konnte.²⁷⁷ Der in Rede stehende Schutz kann nicht beschrieben werden, als ginge es um Vorgänge, die als „natürliche“ Freiheiten begriffen werden könnten oder ohne weiteres dem Einfluß der geschützten Personen unterlägen. Es geht gar nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, um deren Entscheidungs-, Wahl- oder Verhaltensfreiheiten. In Rede steht der Schutz gegen, das Wissen über und der Einfluß auf den Umgang staatlicher Stellen oder – im Rahmen der Drittwirkung – privater Dritter mit Informationen und Daten, die die Grundrechtsträger betreffen. Bei einem solchen Schutz, „gegenstand“ sind die staatlichen Stellen oder die anderen Privaten notwendig mitzudenken, da sie ihrerseits strukturell beteiligt sind. Die individualistischen Denk-, Beschreibungs- und Zuordnungsmuster der traditionellen Dogmatik gehen fehl.

Allerdings haben sich viele der Überlegungen zur Privatsphäre, zur Selbstdarstellung oder zum Freiheitsschutz als anregend und als entwicklungsfähig erwiesen, sobald sie mittels einer Rekonstruktion in einen neuen dogmatischen Ansatz eingebettet wurden, der die Charakteristika eines informations- und datenbezogenen Schutzes beachtet. Im Rückblick zeigt sich, daß man die jeweiligen Argumentationsfiguren mit ihren tragfähigen Komponenten zu einer gemeinsamen Form der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen rekonstruieren kann. Diese Form der Konkretisierung ist wiederum nicht auf die überkommenen Paradigmata begrenzt. Sie ist offen für neue Schutzerfordernisse, etwa für einen Schutz der Anonymität, wie er insbesondere im Kontext des Internet als Paradigma relevant wird.²⁷⁸ Sie ist aber insgesamt mit eigenständigen Inhalten, einer eigenständigen Dogmatik und einem eigenständigen methodischen Vorgehen verbunden.

2. Inhaltliche, dogmatische und methodische Komponenten einer gegenstandsgerechten Konkretisierung

a) Grundrechtsgewährleistungen als Verknüpfung eines thematischen Gehalts mit einem freiheitsrechtlichen Versprechen

Inhaltlich und dogmatisch kann die Entwicklung gegenstandsgerechter grundrechtlicher Bindungen und individueller Rechte darauf aufbauen, daß das Grundrechtsverständnis längst über die traditionelle Dogmatik hinausgeführt worden ist. Im Ansatz sind die grundrechtlichen Gewährleistungen objektivrechtliche Normen, die einen bestimmten themati-

277 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.

278 Vgl. die Beiträge in *Bäumler/von Mutius* (Hrsg.), Anonymität, passim; *Rötzer*, Recht, S. 27 ff.; *Möller*, Regulierung, S. 267 ff. Auch für das zunehmend relevante Paradigma der Anonymität gilt, daß darauf gerichtete Bindungen und Rechte außerhalb der Gewährleistungsbereiche der Art. 10 und 13 GG in der beschriebenen Form kontextbezogen entwickelt werden müssen. Ein umgreifend-abstraktes „(Grund)Recht auf Anonymität“ ergibt sich weder aus den thematisch spezifizierten Gewährleistungen noch aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Anders: *Bäumler*, Recht auf Anonymität, S. 5 (mit Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung); v. *Mutius*, Anonymität, S. 15 ff. (mit Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht).

schen Gehalt mit einem Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechen verknüpfen. Soweit den objektivrechtlichen Bindungen individualschützender Charakter zukommt, vermitteln sie den Grundrechtsträgern zugleich subjektive Rechte.

Dieser Ansatz öffnet den Blick dafür, daß die Aussagen der Grundrechtsnormen auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedliche Facetten entfaltet werden können.²⁷⁹ Insbesondere erlauben sie Interpretationen, die nicht mit individualistischen, sondern mit kontextbezogenen Seh- und Denkweisen arbeiten. Der jeweilige thematische Gehalt, der nicht selten substantivisch gefaßt und selbst bei den verhaltensorientierten Fassungen nicht bloß individualistisch zu verstehen ist, kann überindividuelle Sinnbezüge ebenso aufnehmen wie die Freiheits-, Schutz- oder Unverletzlichkeitsversprechen, die in ihren unterschiedlichen Formulierungen abstrakt gehalten und in komplexer Weise auslegungsfähig sind.²⁸⁰ So können grundrechtliche Bindungen und individuelle Schutzpositionen entwickelt werden, die erst im überindividuellen Kontext ihren Sinn erhalten oder sich auf den traditionell staats-,internen“ Bereich erstrecken. Der Ansatz läßt es auch zu, Rechtsbindungen und Schutzpositionen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten gegenstandsgerecht zu konkretisieren.

b) Die problembezogene Beschreibung der tatsächlichen Basis der Ermittlung und Konkretisierung der einschlägigen Grundrechtsnorm

Gegenstandsbedingt erfordern Rechtsbindungen und Schutzpositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten eine *übergreifende Perspektive* als Basis der Normauslegung. Zum einen muß man die als Informationsgrundlagen interessierenden Vorgänge oder Daten erfassen, die den Grundrechtsträger betreffen. Je nach Konstellation kann auch die soziale Position oder Rolle relevant sein, die infolge einer Umsetzung oder Vermittlung von Informationen beeinträchtigt würde. Zum anderen müssen die Verarbeitungsprozesse und Verwendungszusammenhänge auf seiten des Staates (oder gegebenenfalls auf seiten privater Dritter) mitgedacht werden, in die die Sachverhalte oder Daten einfließen oder in denen Informationen wirken würden. Die (potentiellen) Informations- und Datenverarbeitungen sind dabei, soweit nötig, in ihren einzelnen Phasen aufzuschlüsseln, ohne daß man diese aber aus den kontextualen Bezügen herausnehmen und isolieren darf.²⁸¹ Erst bei einer solchen Betrachtung erschließt sich, welche Informationen aus den Mitteilungen oder Daten gebildet, wie lange sie gespeichert und als Informationsgrundlagen zur Verfügung stehen, wie sie umgesetzt und welche Folgen damit einhergehen würden. Hat man einerseits die den Grundrechtsträger betreffenden Vorgänge, Daten oder Positionen, andererseits die Informations- und Datenverarbeitungen sowie die zu erwartenden Folgen, also die dadurch gegebene soziale Beziehung zwischen Grundrechtsträger und staatlicher Stelle oder auch das Netzwerk zwischen Grundrechtsträger, privaten Dritten und staatlicher Stelle im Blick, wird eine *soziale Betrachtung* möglich.

279 Ausführlich dazu Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B., Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

280 Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

281 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

An diese Stelle gehören *soziologische oder psychologische Untersuchungen*, wie es sie etwa zur *Privatsphäre* oder zur *Selbstdarstellung* gibt. Deren Erkenntnisse beschreiben also nicht unvermittelt ein grundrechtliches Schutzgut. Vielmehr ist darauf insofern zurückzugreifen, als es um die *Ausarbeitung der tatsächlichen Basis der Normkonkretisierung* geht. Sie können die soziale Position oder Rolle des Einzelnen, die sozialen Bedingungen der Möglichkeit solcher Positionen oder soziale Strukturen und Beeinträchtigungsmechanismen deutlich machen. Sie zeigen Folgen auf, die mit Informations- und Datenverarbeitungen verbunden sein können. Daher ist man hier auch nicht auf die populären Stichworte der Privatsphäre oder der Selbstdarstellung beschränkt. Mit Beobachtungs- und Beschreibungsformen aus sozialer Perspektive kann man in umfassender Weise individuelle Rollen und Positionen in sozialen Kontexten beschreiben. Man kann hervorheben, wie sich mit einer Gewinnung und Umsetzung personenbezogener Informationen oder Daten das Wissen auf seiten der sich informierenden Stelle verändert und welche Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten dadurch geschaffen werden. Im Mittelpunkt können auch das Bild der Umwelt von einer Person, das Selbst-Bild oder das Selbstwertgefühl stehen. Das gilt etwa, wenn ein bestimmtes Wissen anderer mit einer Bloßstellung oder Stigmatisierung verbunden ist. Man kann die Ebene der Erwartungen im sozialen Kontext einbeziehen, die das individuelle Verhalten prägen und ohne die es nicht oder nur eingeschränkt möglich wäre, und Folge- und Rückwirkungen in Kommunikations- und Handlungszusammenhängen in den Blick nehmen. Dazu gehört zum Beispiel die erwartungsvermittelte Anpassung eines eigentlich möglichen und als „frei“ geschützten Verhaltens. Damit ergeben sich insgesamt neue Sehweisen im Hinblick auf die Position und die Entfaltungschancen des Individuums.

c) Die neuartige Konkretisierung der Grundrechtsaussagen zu bestimmten Rechtsbindungen und Rechtspositionen

aa) Tatsächliche und normative Ausgangslage

Wird die tatsächliche Basis der Normauslegung so herausgearbeitet, ist deutlich, daß sich die anschließende *Auslegung der Grundrechtsaussagen* nicht nach den Mustern der traditionellen Dogmatik richten darf. Man wird noch einmal auf den Konstruktionscharakter und auf die reduzierten Freiheitskonzeptionen der klassischen Eingriffsabwehr hingewiesen, die mit anderen als strukturell individualistischen Schutzgehalten Schwierigkeiten hat.²⁸² Geht es um einen Schutz im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, ist es gerade nicht möglich, Schutzgüter zu formulieren, die sich auf die Beobachtung allein des Individuums oder der Individualsphäre stützen. Statt dessen ist der individuelle Schutz auf der herausgearbeiteten Basis aus überindividueller Perspektive in der jeweils relevanten Beziehung zwischen Grundrechtsträger und staatlicher Stelle oder auch in dem private Dritte einschließenden Netzwerk zu entwerfen. Das setzt voraus, daß man an das abstrakte Verständnis der Grundrechtsgewährleistungen als Verknüpfung eines bestimmten thematischen Gehalts mit einem Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechen anknüpft. Die Grundrechtsaussagen

282 Vgl. *Albers*, Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen, S. 236 ff.

müssen sodann *kontextbezogen* zu bestimmten Bindungen und Schutzpositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten konkretisiert werden. Dogmatisch kommt der Konkretisierung der einschlägigen Grundrechtsnorm auf der herausgearbeiteten tatsächlichen Basis somit eine zentrale Rolle zu. Dabei weisen sowohl die tatsächliche Basis als auch der normative Ansatz darauf hin, daß man zugleich mit neuen Inhalten und eigenständigen Argumentationsmustern umzugehen hat.

bb) Konkretisierungsform und Argumentationsmuster

Wegen der übergreifend herauszuarbeitenden tatsächlichen Basis, die sowohl den Bereich auf seiten des Grundrechtsträgers als auch die vorgesehenen Informations- und Datenverarbeitungen mit ihren Folgen erfaßt, können die einzelnen Freiheitsgewährleistungen mit ihrem jeweiligen *thematischen Gehalt* an unterschiedlichen Ansatzpunkten anknüpfen. Das Grundrecht, dessen Regelungsbereich bestimmte Sachverhalte – Verhaltensweisen, Gesprächsinhalte oder Niederschriften und sonstige Daten – unterfallen, kann Rechtsbindungen und Rechte im Hinblick auf den Umgang mit Informationen und Daten hergeben, der an diese Sachverhalte anknüpft. Etwa greift bei einem Tagebuch, das Gewissensauseinandersetzungen festhält und das die Staatsanwaltschaft in einem Ermittlungsverfahren als Informationsgrundlage nutzen möchte, die Gewährleistung des Art. 4 GG. Soll eine Versammlung mit ihren Teilnehmern zu Zwecken des Verfassungsschutzes mitlaufend beobachtet und aufgezeichnet werden, ist Art. 8 GG einschlägig. Zum anderen kann die Grundrechtsgewährleistung, der die Bereiche oder Positionen unterfallen, die infolge der Gewinnung oder Umsetzung der Informationen nachteilig betroffen wären, vorgehend Determinanten setzen. So kommt der Schutz der Glaubensfreiheit in Betracht, wenn staatliche Stellen Informationen an die Öffentlichkeit vermitteln, die nachteilige Folgen für die freie Religionsausübung der Mitglieder der Glaubensgemeinschaft nach sich zieht.

Ob und inwiefern ein thematisch einschlägiges Grundrecht dann Rechtsbindungen und Schutzpositionen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten hergibt, ist über die *Konkretisierung* des mit dem thematischen Gehalt verknüpften *Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechens* zu beantworten. Die einschlägige Gewährleistung schützt den Grundrechtsträger gegen die Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung von Informationen und gegen die Verarbeitung von Daten nicht bereits deshalb, weil sich Informationen oder Daten auf ihn beziehen. Der thematisch spezifizierbare Personenbezug reicht als solcher nicht aus. Das hat sich bereits für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung als Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung von Daten²⁸³ und nunmehr auch bei den thematisch spezifizierten Gewährleistungen gezeigt. Die herausgearbeitete tatsächliche Basis der Normkonkretisierung, die die Beobachtung sozialer Positionen und Zusammenhänge sowie der Folgen einschließt, die mit Informations- und Datenverarbeitungen verbunden sein können, zeigt jedoch auf, inwiefern zwischen dem Grundrechtsträger und staatlichen Stellen oder privaten Dritten aufgrund deren Umgangs mit Informationen und Daten überhaupt Beziehungen bestehen, die über den Aspekt hinausgehen, daß der

283 Oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.IV.3.

Sinngehalt der Informationen auf den Grundrechtsträger verweist. Im Mittelpunkt stehen damit weniger die Sachverhalte (das Verhalten, die Gesprächsinhalte, die Daten), die Grundlage der Informationen sind. In das Zentrum der Aufmerksamkeit rücken vielmehr die Gewinnung und Umsetzung der Informationen einschließlich der entsprechenden Datenverarbeitungen sowie die Folgen, die im Zusammenhang damit zu erwarten sind.

Aus der Perspektive der Freiheitsgewährleistung, deren freiheitsrechtlicher Gehalt sich (auch) auf überindividuelle Zusammenhänge und auf soziale Positionen des Grundrechtsträgers beziehen kann, kommt es im Verhältnis zwischen Grundrechtsträger und Staat oder im Netzwerk zwischen Grundrechtsträger, Staat und privaten Dritten somit zum einen auf den übergreifenden Kontext und die darin bestehenden sozialen Positionen, zum anderen auf die Folgen an, die die Gewinnung und Umsetzung der Informationen und die Verarbeitung von Daten insoweit herbeiführen. Das steht in Einklang mit den Erkenntnissen, die die Analysen sowohl der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als auch der Diskussion um den Datenschutz ergeben haben.²⁸⁴ Im Rahmen der Gewährleistung können zum Beispiel umweltorientierte und -abhängige Verhaltens- oder Kommunikationsmöglichkeiten, individuelle Rollen in sozialen Kontexten, das „Bild“ oder der „Ruf“ einer Person in ihrer sozialen Umwelt oder deren Selbst-Bild, Selbstwertgefühl oder Identität thematisiert werden. Sie sind dem Grundrechtsträger allerdings nicht in traditioneller Manier als Gegenstand einer individuellen Rechtsposition zuzuordnen. Deshalb betrachtet man, anstatt einen Vorher/Nachher-Vergleich im Hinblick auf eine feststehende Position vorzunehmen, die sozialen Abläufe und die darin bestehenden Positionen, die im Vergleich alternativer Verläufe, etwa bei erlangtem oder bei nicht erlangtem staatlichen Wissen, als nachteilig (gegenüber den denkbaren Alternativen) beschrieben werden können.

In diesem Rahmen sind bereits bei der Konkretisierung der grundrechtlichen Schutzposition die antizipierten Nachteile oder nachteiligen Folgen relevant, die mit dem Umgang mit den Informationen und Daten verbunden wären. Das ist anders als in der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption, in der nachteilige Folgen für ein Schutzgut erst bei der Eingriffskomponente eine Rolle spielen. Es ist aber gegenstandsbedingt. Da die staatliche Tätigkeit den „Gegenstand“, auf den sich der Schutz bezieht, erst erzeugt, kann man Bindungen und Rechtspositionen, die sich auf den staatlichen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten richten, nicht formulieren, ohne den Staat schon im Ansatz mitzudenken.²⁸⁵ Sie bestehen zudem nicht bereits aufgrund des Personenbezuges der Informationen oder Daten oder aufgrund des staatlichen Wissens über eine Person als solchem, und auch die Konzeption einer dem Staat gegenüber abgeschotteten privaten oder – abstrakter – „staatsfreien“ Sphäre hat sich als nicht hinreichend ausarbeitungsfähig und als nicht gegenstandsgerecht erwiesen.²⁸⁶ Unter diesen Umständen muß man auf die sozialen Beziehungen im jeweiligen sozialen Kontext und auf die Nachteile oder nachteiligen Folgen abstellen, die die Gewinnung und Umsetzung von Informationen oder die Verarbeitung von Daten für den Grundrechtsträger hätte. Ohne deren Berücksichtigung und deren normative Beurteilung lassen sich die Grundrechtsbindungen und

284 Vgl. zusammenfassend Zweiter Teil, 5. Kapitel; Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.

285 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.II.

286 Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.aa. und 4.b.

Rechtspositionen, die hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten bestehen, nicht beschreiben. Freilich relativieren sich die Unterschiede zur traditionellen Eingriffsabwehr, wenn man im Auge behält, daß auch dort die einschlägige Freiheitsgewährleistung und die nachteiligen Folgen staatlichen Vorgehens relationiert werden, allerdings in einer sehr engen Verknüpfung einer bestimmten Form von Schutzgütern und deren regelungsidentischer Beeinträchtigung durch einen Eingriff.²⁸⁷ Erst die Form der Schutzgüter, die sich aus einer auf das Individuum konzentrierten Perspektive heraus entwerfen lassen, und diese enge Verknüpfung ermöglichen ein Ordnungsmuster von Gewährleistung und Eingriff, das mit einer linear laufenden Beobachtung erst des individuellen Bereichs und dann des staatlichen Vorgehens abgearbeitet werden kann.²⁸⁸ Diese Relationierung gestaltet sich im Bereich der Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten notwendig anders, vor allem komplexer. Man muß vielschichtigere, nicht individualistisch zuordbare Facetten der Grundrechtsgewährleistung und vielfältige Nachteile staatlichen Vorgehens miteinander in Verbindung bringen. Zugleich lassen die Charakteristika des Gegenstandes den Einsatz des in der „klassischen“ Eingriffsabwehr möglichen Ordnungsmusters nicht zu.

Die nachteiligen Folgen müssen im Rahmen der Konkretisierung aus Perspektive des Grundrechts normativ beurteilt werden. Da man mit vielschichtigen Facetten der Grundrechtsgewährleistung und mit vielfältigen Nachteilen zu tun hat, ist dies ein gesonderter Schritt, der bei der traditionellen Eingriffsabwehr zwar auch vorhanden, aber in der dogmatischen Konzeption aufgehoben und deshalb nicht gesondert begründungsbedürftig ist. Methodisch kann man in bestimmten Hinsichten an die allgemeinen Überlegungen anschließen, die es zu Folgenerwägungen gibt.²⁸⁹ Man muß aber darauf achten, daß man die verschiedenen Aspekte der Diskussion – zum Beispiel Fragen der Normauslegung unter Berücksichtigung der Folgen, die eine Auslegung im Vergleich zu Alternativen für das Normziel hätte, oder Fragen der gerichtlichen Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung der fallspezifischen Folgen einer Entscheidung – auseinanderhält.²⁹⁰ Im hier interessierenden Zusammenhang geht es darum, die Folgen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten in sozialen Kontexten, die der Freiheitsgarantie des thematisch einschlägigen Grundrechts widersprechen, in die Konkretisierung des Grundrechts einzubeziehen. Tragfähige Folgenerwägungen sind – wie die konkretisierenden Argumentationen überhaupt – weder beliebig noch rein einzelfallbezogen. Vage Hinweise auf denkbare Nachteile genügen nicht. Nachteilige Folgen müssen zum einen faktisch typischerweise zu erwarten sein. Deshalb ist man darauf angewiesen, die tatsächlichen Grundlagen der Normkonkretisierung hinreichend herauszuarbeiten. Zum anderen müssen nachteilige Fol-

287 Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A. Auch hier handelt es sich (selbstverständlich) um eine dogmatisch hergestellte Beziehung zwischen Gewährleistung und staatlichem Vorgehen.

288 Dazu Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A., auch mit Erörterung der damit verbundenen Limitationen.

289 Z.B. *Schlink*, Bemerkungen, S. 103 ff.; *Degen*, Pressefreiheit, S. 212 ff.; *Hassemer*, Berücksichtigung, S. 494 ff.; *MacCormick*, Argumentation, S. 48 ff.; *Grimm*, Entscheidungsfolgen, S. 139 ff., mit dem auch im obigen Rahmen richtigen Hinweis darauf, daß Folgenerwägungen ein praktisch seit langem genutztes Instrument sind. Ausführlich und über den obigen Rahmen hinaus *Deckert*, Folgenorientierung, passim. Vgl. auch *Luhmann*, Recht, S. 377 ff.

290 Zur Notwendigkeit solcher Differenzierungen siehe nur *MacCormick*, Argumentation, S. 49 f.; *Deckert*, Folgenorientierung, S. 37 ff., 89 ff. Zu eingeschränkt etwa *Ossenbühl*, Grundsätze, Rn 36.

gen nach den Kriterien der Norm rechtsrelevant und mit ihrem Freiheitsversprechen unvereinbar sein.²⁹¹ Die Norm setzt somit Selektions- und Beurteilungskriterien. Die immer notwendige Beurteilung der Folgen beläßt Raum für Intensitätserwägungen.

Bei der Folgenbeurteilung ist zu beachten, daß man Nachteile hinsichtlich individueller Rollen in sozialen Kontexten, hinsichtlich des „Bildes“ oder der „Rufes“ einer Person in ihrer sozialen Umwelt oder hinsichtlich umweltorientierter und -abhängiger Verhaltens- und Kommunikationschancen aufgreift, und insoweit vermittelt die einschlägige Grundrechtsgewährleistung dem Grundrechtsträger nicht in jeder Hinsicht Schutz.²⁹² Im Gegenzug kann ein breites Spektrum neuartiger Schutzfacetten und nachteiliger Wirkungen erörtert werden. Zwischen Gewährleistung und nachteiligen Folgen braucht keine vergleichbar enge Verknüpfung vorzuliegen, wie sie die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption aufweist. Die nachteiligen Folgen müssen aber im Rahmen des freiheitsrechtlichen Gehalts der einschlägigen Gewährleistung thematisierbar sein.²⁹³ Rechtlich relevant können Nachteile sein, die im Rahmen und infolge der Gewinnung und Umsetzung der Informationen oder der Verarbeitung der Daten entstehen. Informationen über jemanden entfalten Wirkungen auf seiten des Sich Informierenden oder in dem Kommunikationsnetz, in das sie einfließen, indem sie das Wissen verändern und in Entscheidungen und Handlungen umgesetzt werden können.²⁹⁴ Auf der Grundlage des aufgeschlüsselten Verwendungszusammenhangs kann man bestimmte Schritte herausstellen – ohne sie aber aus den kontextuellen Bezügen herauszunehmen – und den Punkt des Prozesses präzise bestimmen, auf den man abstellt. Hierzu gehören beispielsweise Kenntnisaufnahmen vor dem Hintergrund der dadurch eröffneten Verwendungsmöglichkeiten, bestimmte Deutungen eines Sachverhaltes (vor dem Hintergrund damit verbundener Folgen), die Dauer der Speicherung bestimmter Daten, die Umsetzung von Informationen in bestimmte Entscheidungen und Handlungen oder die Vermittlung von Informationen an Dritte. Bei der normativen Beurteilung ist wichtig, daß man die Perspektive des Grundrechts beibehält und nicht etwa diejenige der staatlichen Aufgabenerledigung einnimmt.²⁹⁵ Hat man mit dem Netzwerk zwischen Grundrechtsträger, Staat und anderen Privaten zu tun, können Nachteile für das Bild oder den Ruf einer Person bei den privaten Dritten eine Rolle spielen. Hier ist bei der Beurteilung das Zusammenspiel verschiedener Aussagen, vor allem der einschlägigen Aussagen zur überindividuellen Ebene und zu den Positionen Dritter, zu beachten.²⁹⁶ Weiter kann man Nachteile aus dem Blickwinkel des Grundrechtsträgers als Person thematisieren. Rechtlich relevant können etwa Beeinträchtigungen des Selbstwertgefühls oder Unbefangenheit im Umgang mit anderen sein, die der Einzelne mit der Verwertung bestimmter

291 Vgl. bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1. Vgl. außerdem: *Schlink*, Bemerkungen, S. 103 ff.; *Degen*, Pressefreiheit, S. 212 ff.; *Grmm*, Entscheidungsfolgen, S. 145, 156.

292 Näher Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.cc (3), 3.d.cc. und 4.b. und c.

293 Das setzt in den Konstellationen, in denen die Gewährleistung den Sachverhalt erfaßt, an den Informationen und Daten anknüpfen, nicht voraus, daß die Nachteile wiederum gerade den von der Gewährleistung thematisierten Bereich treffen, vgl. etwa die Beispiele im Vierten Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.4.c.

294 Oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

295 Siehe dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2., 4. Kapitel, Punkt C.II.2.

296 Vgl. Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.d.cc.

Informationen oder auch bloß aufgrund des Wissens um das Wissen anderer erleidet.²⁹⁷ Auch dabei gilt, daß nicht wegen jeder nachteiligen Wirkung Schutz beansprucht werden kann.²⁹⁸ Zu den Nachteilen, die rechtlich relevant sein können, zählen schließlich Verhaltenseinschränkungen im Wege der Selbstregulation oder Störungen der Unbefangenheit einer Kommunikation zwischen mehreren Beteiligten. Diese Effekte sind mit den anderen Nachteilen verklammert: man unterläßt ein bestimmtes Verhalten, bringt einen bestimmten Kommunikationsbeitrag nicht ein oder hält etwas nicht in Datenform fest, weil man die Beeinträchtigungen vermeiden will, die man im Falle einer Gewinnung und Verwendung entsprechender Informationen durch staatliche Stellen oder andere Privater erwartet. Von einer rechtlichen Relevanz solcher Anpassungsmechanismen wird man immer dann ausgehen können, wenn Informations- und Datenverarbeitungen, die an effektiv geschützte Verhaltens- und Kommunikationsweisen oder Aufzeichnungen anknüpfen, dazu führten, daß eben diese geschützten Formen modifiziert würden oder unterblieben.

Im Rahmen jeweils tragfähiger Erwägungen können auch die Rechtsfolgen einfließen, die gegebene gesetzliche Vorschriften vorsehen. Die regelungsidentischen Beeinträchtigungen durch Eingriffsmaßnahmen, die zu erwarten sind, wenn die staatliche Stelle das Wissen erlangt, daß die Tatbestandsvoraussetzungen einer gesetzlichen Ermächtigung erfüllt sind, sind aber keine aus sich heraus relevanten Nachteile, wegen derer das Grundrecht, dessen Regelungsbereich die als Informationsgrundlage interessierende Angelegenheit unterfällt, das Unterlassen der Informationsgewinnung oder -umsetzung geböte. Diese Beeinträchtigungen beruhen auf den Rechtsfolgen, die an den Tatbestand einer gesetzlichen Vorschrift geknüpft sind; insoweit gibt es einen eigenständigen (Rechts)Schutz. Sofern die Vorschrift verfassungsmäßig ist, ist sie bei der argumentativen Konkretisierung der grundrechtlichen Bindungen und Rechtspositionen im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten vorauszusetzen. Auch die Selbstbeschränkung des Verhaltens, die auf der Erwartung gesetzlich gedeckter Eingriffe im Falle eines Normverstößes beruht und der bezweckten Verhaltensreglementierung entspricht, zählt nicht zu den rechtsrelevanten Folgen. Vorhandene und – im Falle der Verfassungsmäßigkeit – voraussetzende Normen sehen diese Reduktion des Verhaltensspielraums rechtlich vor. Der Betroffene wird daher nicht einmal gegen traditionelle Grundrechtseingriffe selbst und zum zweiten – wegen derselben nachteiligen Folgen – davor geschützt, daß die staatliche Stelle die Informationen gewinnt, die zur Prüfung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen und zur Begründung der Maßnahme erforderlich sind. Informations- und datenbezogene Bindungen und Rechte können sich zwar so auswirken, daß die Behörde Gegebenheiten nicht erfährt, aufgrund derer Eingriffsmaßnahmen erlassen werden könnten. Sie zielen aber nicht auf eine Hinderung am Vollzug von Rechtsnormen und nicht auf einen „Doppel“schutz.²⁹⁹ Hinter ihnen stehen vielmehr eigenständige Schutzziele.

297 Vgl. dazu auch die Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, EuGRZ 1994, S. 59 (61).

298 Vgl. dazu BVerfGE 97, 391 (404), und dazu Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt A.II.2.b.aa.

299 Dahin gerät man notwendig, wenn man den Schutz als Entscheidungsrecht über die Verwendung persönlicher Daten beschreibt (so als habe man das Recht, grundsätzlich selbst zu bestimmen, ob eine Behörde einen selbst betreffende Daten zur Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen und zur Begründung einer gesetzlich vorgesehenen Eingriffsmaßnahme verwenden darf). Ein „Doppel“schutz wird – über eine „Freiheit vor staatlicher Informationssammlung und -weitergabe“ – im übrigen ex-

Im Einklang mit der erweiterten tatsächlichen Basis der Normauslegung ist somit ein relativ breites Spektrum normativ tragfähiger Argumente denkbar, die eine Verbindung zwischen der vagen Verbürgung und bestimmten Maßgaben herstellen können. Im Hinblick auf die nachteiligen Folgen für die „sozialen“ Positionen des Grundrechtsträgers, die mit dem freiheitsschützenden Gehalt der einschlägigen Grundrechtsgewährleistung unvereinbar wären, gibt diese Gewährleistung bestimmte staatliche Pflichten und individuelle Rechte her, die sich auf die Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung personenbezogener Informationen und auf die Verarbeitung personenbezogener Daten richten. Sie setzt dafür Determinanten, damit diese Folgen nicht entstehen. Die einzelgrundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit Informationen und Daten werden also nicht durch ein Schutzgut im traditionellen Sinne, dessen Beeinträchtigung der Staat zu unterlassen verpflichtet ist, sondern durch eine konkretisierende Argumentation bestimmt, die von der Grundrechtsverbürgung zu staatlichen Pflichten und korrespondierenden subjektiven Rechten führt. Damit löst sich das Problem, das bei grundrechtlichen Bindungen des Umgangs staatlicher Stellen (oder – im Rahmen der Drittwirkung – privater Dritter) mit personenbezogenen Informationen und Daten immer wieder aufgeworfen, bei den üblicherweise konstruierten Schutzgütern jedoch allenfalls unzureichend behandelt wird: In der Normkonkretisierung, die sich auf offengelegte normative Argumente und Wertungen stützt, steckt die *notwendige Begründung*, warum und inwieweit dem Einzelnen darauf gerichtete Rechte überhaupt zustehen.³⁰⁰

cc) Konkrete Rechtsbindungen und Rechtspositionen

Als Konsequenz dieser Form der Grundrechtskonkretisierung haben die Rechtsbindungen und die darüber vermittelten Rechtspositionen einen „sozialen“ und „relativen“ Gehalt. Zudem können sie, da der staatliche Kontext und die staatlichen Verarbeitungsprozesse aufgeschlüsselt werden, für jede Phase eigenständig – das heißt jedoch nicht: isolierend – bestimmt werden. Sie liegen wie die organisations- und verfahrensbezogenen Grundrechtsmaßgaben quer über den staatlichen Kommunikations- und Verarbeitungsprozessen.³⁰¹ Man kann sich also von der Vorstellung befreien, daß ein bestimmtes Grundrecht vorrangig die Erhebung und nachfolgende Phasen allenfalls als Fortsetzung einer durch die Erhebung begonnenen Einwirkung erfaßt. Indem die Bindungen quer über den Verarbeitungsprozessen liegen, können sie phasenbezogen und differenzierend greifen und an genau bestimmbareren Stellen Determinanten setzen. Damit handelt es sich um grundsätzlich *punktueller* Rechtsbindungen und Rechtspositionen. Schon wegen der unterschiedlichen Ansatzpunkte, an denen die thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen anknüpfen können, ist es möglich, daß Informations- und Datenverarbeitungen, die faktisch als ein einheitlicher Prozeß erscheinen, den Bindungen mehrerer Grundrechte unterliegen.

plizit begründet bei *Schwan*, Datenschutz, S. 121 ff. *Schwan* unterläuft dann, weil er dies erkennt, seine eigene Konzeption mit der Ansicht, eine Ermächtigung zu Folgeeingriffen enthalte zumindest bei einem gewissen Maß an Bestimmtheit auch die Ermächtigung zum Informationseingriff in sich.

300 Zu diesem Erfordernis Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C.IV.

301 Vgl. auch insbesondere Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV., 2. Kapitel, Punkt C.IV., zu den Grundrechtsbindungen staatlicher Organisation und Verfahren und den dazu bestehenden Parallelen.

Die grundrechtlichen Bindungen können die staatliche Stelle bereits zur Unterlassung der Kenntnisnahme bestimmter Sachverhalte verpflichten. Sie können die Dauer einer Speicherung von Daten determinieren. Sie können die Veränderung erlangter Informationen durch bestimmte Wertungen verbieten. Sie können bestimmte Verwendungsweisen gewonnener Informationen unterbinden. Sie können dazu verpflichten, die Übermittlung bestimmter Daten an private Dritte zu unterlassen. Im Kern hat man also mit Unterlassungspflichten zu tun. Sofern den Bindungen ein individualschützender Charakter zukommt, vermitteln sie (auch) *subjektive Rechte*. Der Grundrechtsgeschützte kann dann die Einhaltung der Maßgaben beanspruchen und gegebenenfalls durchsetzen.³⁰² Indem die Positionen der Betroffenen in dieser Weise auf der Norm beruhen, stellen sie – das entspricht dem „Gegenstand“ des Schutzes³⁰³ – grundrechtlich konstituierte Positionen dar.

Berücksichtigt man, daß die Grundrechte auch bei der traditionellen Eingriffsabwehr als staatliche (Unterlassens)Pflichten, denen individuelle Rechte entsprechen, zu denken sind³⁰⁴, unterscheidet sich die konkretisierende Bestimmung der Grundrechtsbindungen im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten davon weniger, als es auf den ersten Blick den Anschein hat. Eine dogmatisch und methodisch eigenständige Auslegung der Grundrechtsnormen hat man insbesondere aus drei, bereits erläuterten Gründen zu handhaben: Die individuellen Rechtspositionen beruhen nicht auf einem individualistisch gefaßten Schutzgut, sondern auf einer komplexen Normkonkretisierung, bei der einerseits der übergreifende Kontext und die darin bestehenden sozialen Positionen, andererseits die Folgen eine Rolle spielen, die die Gewinnung und Umsetzung der Informationen und die Verarbeitung von Daten insoweit herbeiführten. Nachteilige Folgen für den Grundrechtsträger spielen bereits bei der Normkonkretisierung eine Rolle, nicht erst beim Eingriff. Die rechtliche Relevanz nachteiliger Folgen ist, da nicht mehr allein die Rechtsfolgen eines Eingriffs rechtsrelevant sind, im Rahmen der normativen Argumentation gesondert zu beurteilen.

Den individuellen Rechtspositionen fehlt damit die Selbstverständlichkeit, die den herkömmlichen Schutzgütern zugesprochen wird. Sie bekommen einen kasuistischen Einschlag. Sie sind deshalb durch größere Rechtunsicherheit gekennzeichnet und unter Umständen beständiger Kritik ausgesetzt. Dieses Resultat ist jedoch, wie sich an vielen Punkten, insbesondere auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrecht³⁰⁵, gezeigt hat, Konsequenz der Erweiterung des Grundrechtsschutzes in Bereiche, die die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption nicht erfassen kann.³⁰⁶ Der „Preis“, den man bezahlt, wird kompensiert durch den Vorteil, daß man sich aus den Limitationen der „klassischen“ Eingriffsabwehr mit ihren hochselektiven Freiheitsbeschreibungen lösen und an die längst komplexere Sicht anderer Wissenschaften anschließen kann. Dann liegen Schutzerfordernisse oft auf der Hand. Überlegungen, die beispielsweise die Bedeutung des Bildes oder des Rufes einer Person in ihrer sozialen

302 Zur Dogmatik siehe Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.II.

303 Siehe bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.I.

304 Dazu *Degen*, Pressefreiheit, S. 290 ff.

305 Siehe vor allem Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.4.

306 Vgl. insbesondere Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III., IV. und V.

Umwelt oder die Gefahren erwartungsvermittelter Selbstregulationen des Verhaltens hervorheben, werden auch als juristische Argumentationsmuster ohnehin bereits verwendet und können sich dogmatisch verfestigen. Die Konsequenz einer Rechtsunsicherheit läßt sich abmildern. Die Rechtsbindungen und Rechtspositionen sind im Wege einer normativen Argumentation konkretisierungsbedürftig, so daß auf Kritik und auf neue Fälle reagiert werden muß, ohne daß dies die vollständige Unsicherheit des jeweils konkretisierten Schutzes zur Folge hätte. Sie haben einen kasuistischen Hintergrund, ohne daß sie rein einzelfallorientiert bestimmt werden dürften.

Mit all dem können die thematisch spezifizierten Grundrechte einen besonderen, inhaltlich geprägten Schutz bieten. Das teilen sie mit dem besonderen Schutz, den Art. 8 EG-DSRiL für bestimmte Kategorien von Daten („sensitive“ Daten) vorsieht. Dennoch ergeben sich allenfalls begrenzte Parallelen oder Überschneidungen. Das liegt daran, daß Art. 8 EG-DSRiL unter Ausblendung des Verwendungskontexts eine Typisierung wählt, die an den Daten und den typischerweise vermittelten Informationsgehalten festgemacht wird.³⁰⁷ Demgegenüber setzen die Bindungen der grundgesetzlichen Gewährleistungen kontextbezogen an; die immer auch nötigen Typisierungen stehen in dem dadurch gesetzten Rahmen. Von dem – seinerseits typisierten – Kontext aus werden erst die Informationsgehalte von Beobachtungen, Mitteilungen oder Daten und die nachteiligen Folgen bestimmt. Die grundrechtlichen Bindungen erfordern also eine immer kontextbezogene, relative und differenzierende Sicht. Damit kann man der Erkenntnis Rechnung tragen, daß es ganz abstrakt nur bei wenigen Daten möglich ist, sie als solche als besonders schutzbedürftig einzustufen und kontextunabhängig angemessene rechtliche Determinanten zu entwerfen.³⁰⁸ Über solche Konstellationen geht der Schutz der einzelnen Grundrechte hinaus.

Im Ergebnis sind die thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen im Bereich des Umgangs mit Informationen und Daten grundsätzlich einsatzfähig. Sie bieten ein offenes Konzept, das nicht auf bestimmte Muster, etwa das der „Privatsphäre“, reduziert ist. Die Breite der thematisierbaren Gesichtspunkte und Argumentationsmuster zeigt im Gegenteil auf, daß und warum der „Datenschutz“ nicht durch eine einheitliche Schutzidee, sondern durch vielfältige Schutzerfordernisse geprägt wird. Wegen ihrer Rückbindung an normative Argumentationen haben die entwickelbaren Bindungen und Rechtspositionen in ganz anderer Weise Gewicht als ein Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten.

d) Zusätzliche Komponenten und Voraussetzungen der Konkretisierung

Allerdings ergibt sich hier noch kein vollständiges Bild. Die Überlegungen sind im weiteren durch drei Komplexe zu ergänzen. Zum einen ist die Komponente des Grundrechtseingriffs zu behandeln. Das ist um so wichtiger, als sich die neuartige Konkretisierung der

307 Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.bb.

308 Vgl. dazu *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 29: Die unterschiedliche Sensitivität von Daten könne auf die Annahme gestützt werden, daß bestimmte Daten typischerweise bzw. in typischen Verwendungen bestimmte soziale Folgen haben oder zumindest Gefährdungen mit sich bringen. Im übrigen *Roßnagel/Pfitzmann/Garsika*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 81: Abstrakte Listen besonders schützenswerter Daten seien eher kontraproduktiv.

Grundrechtsaussagen notwendig auf das Eingriffsverständnis auswirkt.³⁰⁹ Zum anderen hängt die Möglichkeit einer solchen Konkretisierung von Voraussetzungen ab, die nicht ohne weiteres gegeben sind.³¹⁰ Des weiteren unterliegen die Grundrechtsgewährleistungen den grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten; sie können also eingeschränkt werden.³¹¹

C. Die Anpassung des Eingriffsverständnisses

I. Eingriffsbeschreibungen im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten

Der „klassische“ Eingriff im Sinne einer regelungsidentischen Verkürzung der gewährleisteten Spielräume über sanktionsbewehrte Ge- oder Verbote ist vornehmlich auf eine Entscheidungs- und Verhaltensreglementierung zugeschnitten.³¹² Erstreckt man die grundrechtlichen Normaussagen überhaupt auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, kommt man nicht umhin, einen Anpassungsbedarf auf seiten der Eingriffskomponente anzuerkennen. Die Annahme grundrechtlicher Schutzpositionen – wie auch immer im einzelnen formuliert – wäre schließlich sinnlos, wenn man an einem Eingriffsbegriff festhielte, an dem ein wirksamer Grundrechtsschutz sofort wieder scheiterte.

Daß Gewährleistungsinhalt und Eingriffsbegriff aufeinander abzustimmen sind, zeigt zunächst ein Blick auf Art. 10 und Art. 13 GG. Bei diesen Grundrechten ist ein Eingriffsverständnis anerkannt, das an dem normtextlichen Verbürgungsgehalt und den darauf beruhenden Rechten orientiert ist.³¹³ Sobald aus den übrigen Grundrechtsnormen Maßgaben für den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten hergeleitet werden, tritt auch dabei der Zusammenhang zwischen den jeweils entwickelten Gewährleistungsinhalten und den Anpassungserfordernissen auf seiten der Eingriffsfigur schnell hervor. Die Ausarbeitungen zum Eingriff bieten allerdings ein außerordentlich heterogenes Bild.

Da der Anpassungsbedarf auf der Hand liegt, wird nur vereinzelt – und gegebenenfalls je nach Schutzposition selektiv – auf das traditionelle Eingriffsverständnis verwiesen.³¹⁴ In

309 Dazu sogleich Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt C.

310 Dazu Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt D.II.

311 Siehe dazu noch Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt B.II.

312 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.

313 Vgl. zu Art. 10 GG BVerfGE 30, 1 (18): „... diese ‚Beschränkung‘ ist in der ‚Überwachung‘ des Brief-, Post- und Telegrafentelegraphenverkehrs, im ‚Abhören‘ von Gesprächen und im Öffnen und Lesen von Briefen zu sehen ...“; 67, 157 (169, 171 f.); 85, 386 (398): „Da Art. 10 Abs. 1 GG die Vertraulichkeit der Kommunikation schützen will, ist jede Kenntnisnahme, Aufzeichnung und Verwertung von kommunikativen Daten durch die Deutsche Bundespost und andere staatliche Stellen Grundrechtseingriff.“. Vgl. auch BVerfGE 107, 299 (313 f.); BVerfG, Urteil vom 03.03.2004, 1 BvF 3/92, abrufbar unter <http://www.bverfg.de>, Rn 105, 153, 158. Noch weiterführend BVerfGE 100, 313 (366 f.). Zu Art. 13 GG BVerfGE 32, 54 (72 ff.); 51, 97 (106 ff.); 75, 318 (326 ff.); BVerfGE 109, 279 (309, 327, 374). Im übrigen vgl. nur *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 10 Rn 14, 17 f.; *Kunig*, in: GGK I, Art. 13 Rn 17 ff.

314 Vgl. etwa *Vahle*, Verfassungsrechtliche Maßstäbe, S. 435 (Hervorh.i.Orig.): „Ein Eingriff in das Grundrecht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln, liegt in bloß informationellen Tätigkeiten regelmäßig nicht. Ziel einer Datenerhebung ist nicht die Einschränkung der Rechte aus Art. 8 Abs. 1 GG.“

der Regel bemüht man sich um eine eigenständige Bestimmung von „Informations“eingriffen. Des öfteren findet sich die Ansicht, es handele sich um „faktische“ Beeinträchtigungen.³¹⁵ Gelegentlich wird der Gedanke der Gefährdung grundrechtlich geschützter Freiheit herangezogen.³¹⁶ Im näheren werden regelmäßig die einzelnen Schritte der Informationsgewinnung und -umsetzung oder die Phasen der Datenerhebung und -verarbeitung als abgrenzbare Formen staatlichen Vorgehens herausgetückt, und man versucht, deren Eingriffscharakter zu beurteilen.³¹⁷ Dabei werden der Begriff der Information einerseits und der des Datums andererseits und die entsprechenden Prozesse häufig nicht differenziert. Die Beurteilung der Eingriffsqualität bestimmter Verarbeitungsschritte erfolgt dann in Abhängigkeit von den jeweils zugrunde gelegten Schutzpositionen. Sie ist also schon wegen der Unterschiedlichkeit der jeweiligen Ansätze uneinheitlich.

Vereinzelt wird die traditionelle Eingriffsabwehrkonzeption modifiziert. Ausgangsbasis sind der Vorbehalt des Gesetzes³¹⁸ und die Sicht des Art. 2 Abs. 1 GG als allgemeines Freiheitsrecht, das in eine „Freiheit vor staatlicher Informationssammlung und Informationsweitergabe“³¹⁹ konkretisiert wird. Daran wird die Folgerung angeschlossen, „daß ein jeder staatlicher Akt der Informationsbeschaffung und auch eine jede Weitergabe von Informationen, soweit es sich um Informationen personenbezogenen Inhaltes handelt, einen ‚Eingriff in Freiheit‘ im Sinne des Vorbehaltes des Gesetzes und einen Eingriff auch in die Freiheitsgrundrechte darstellt.“³²⁰

Bei den oben dargestellten Argumentationslinien einer auch einzelgrundrechtlichen Verankerung von Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten wird die Aufmerksamkeit meist vorrangig auf die Erlangung von Informationen oder die Erhebung von Daten gelenkt. Das erklärt sich damit, daß zumindest die Kenntnisnahme oder die Datenerhebung noch relativ problemlos an die Gewährleistungskonkretisierung angeschlossen werden können, sei es in Form des Eindringens in Privatsphären, sei es in Form aufgedrängter Teilhabe an einer Kommunikation, sei es in Form der Observation eines grundrechtlich geschützten Verhaltens. Regelmäßig bestimmen dann die Maßgaben und Rechte, die man den Grundrechten entnimmt, die Reichweite des Schutzes; manchmal nutzt man aber auch die Eingriffskomponente für Schutzbegrenzungen. So werden Begrenzungen des Rechts, die Adressaten von Kommunikationsbeiträgen selbst zu wählen, teilweise über den Eingriff begründet³²¹; Ausnahmen sollen dann im Falle eines inadäqua-

315 Etwa *Schmidt-Jortzig*, Meinungs- und Informationsfreiheit, Rn 26; *Degenhart*, in: BK, Art. 5 Abs. 1 u. 2, Rn 150 und 356; *Hoffmann-Riem*, in: AK-GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn 39, 111; *Kunig*, in: GGK I, Art. 8 Rn 19; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 5 I, II Rn 130; *Evers*, Persönlichkeitsrecht, S. 386; *Dietel/Gintzel/Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, § 1 Rn 77; *Kniesel/Tegtmeyer/Vahle*, Handbuch, Rn 517 ff.; *Eberle*, Informationstechnik, S. 145.

316 Vgl. z.B. *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 83 f. Zum phasenspezifischen Rückgriff auf den Gedanken der Grundrechtsgefährdung, hier insbesondere für die Datenspeicherung, s. noch unten im Text.

317 Vgl. etwa *Rogall*, Informationseingriff, S. 58.

318 *Schwan*, Datenschutz, S. 125 f., 127 ff.

319 *Schwan*, Datenschutz, S. 121, 130 ff., 146 ff.

320 *Schwan*, Datenschutz, S. 127 f. Vgl. auch *dens.*, Amtsgeheimnis, S. 5 ff.

321 Vgl. die Nw oben in Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.a.

ten Beobachtungsdrucks³²² oder exzessiver Observationen³²³ gelten. Die jeweils zugrunde gelegten Schutzpositionen bestimmen im weiteren die Möglichkeit, die Informations- oder Datenverarbeitungen zu erfassen, die sich an die Kenntnisnahme oder Erhebung anschließen. Spätestens bei der Eingriffsbestimmung wird deutlich, daß man diese Verarbeitungsprozesse, die auf Seiten des Staates oder gegebenenfalls bei privaten Dritten stattfinden, allenfalls brüchig mit der je konkretisierten Schutzposition verbinden kann. So wird der Speicherung von Daten manchmal die Eigenschaft als eigenständiger Eingriff abgesprochen, weil sie auf der einen Seite nicht über den Eingriff in die Privatsphäre durch die Kenntniserlangung hinausgehe und auf der anderen Seite noch nicht das Selbstdarstellungsrecht verletze, das erst durch die Reproduktion oder die Weitergabe der gewonnenen Kenntnisse beeinträchtigt werde.³²⁴ Manchmal wird ihr Eingriffsqualität zuerkannt, weil sie wegen der Möglichkeit beliebiger Summierung, beliebigen Verbundes und beliebiger Auswertung sowie aufgrund der Unkenntnis der Betroffenen über den Umfang, die Verwertbarkeit und die Verwertung des Datenbestandes zusätzliche Risiken und freiheitshemmende Effekte begründe.³²⁵ Manchmal betrachtet man sie als Grundrechtsgefährdung.³²⁶ Die Veränderung oder die Nutzung gespeicherter Daten und die Verwertung von Informationen werden selten thematisiert, im Falle einer Thematisierung aber regelmäßig Eingriff bezeichnet.³²⁷ Die Vermittlung von Informationen oder die Übermittlung von Daten an andere staatliche Stellen wird in der Regel dann als Eingriff eingestuft, wenn ein bestimmter Verarbeitungszusammenhang verlassen wird.³²⁸

322 *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 99 ff., 143 ff.

323 Hier dient die Passage im Brokdorf-Beschluß als Orientierung, BVerfGE 69, 315 (349): „Mit diesen Anforderungen wären erst recht behördliche Maßnahmen unvereinbar, die über die Anwendung grundrechtsbeschränkender Gesetze hinausgehen und etwa den Zugang zu einer Demonstration durch Behinderung von Anfahrten und schleppende vorbeugende Kontrollen unzumutbar erschweren oder ihren staatsfreien unreglementierten Charakter durch exzessive Observationen und Registrierungen verändern.“ Eindeutige Folgerungen kann man daraus allerdings kaum ziehen. *Höfling*, in: Sachs, GG, Art. 8 Rn 51, und *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 180, weisen darauf hin, daß man die Passage auch dahin verstehen kann, daß „exzessive“ Observationen auch über gesetzliche Ermächtigungen nicht gedeckt werden können, ohne daß im übrigen der Eingriffscharakter fehlen müßte. *Bäumler*, Versammlungsfreiheit, S. 470, interpretiert im Umkehrschluß, daß wohl zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß nicht jede Observation und Registrierung unzulässig ist.

324 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 206 f.

325 Vgl. etwa *Kniesell/Tegtmeyer/Vahle*, Handbuch, Rn 523 ff. (unter Ausnahme von Bagatellbeeinträchtigungen). Siehe außerdem *Gallwas*, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 518 (im Hinblick auf das Grundrecht auf Achtung des privaten Bereichs, das *Gallwas* als einen „die Freiheitsrechte flankierenden Anspruch auf Schutz vor freiheitsgefährdenden Maßnahmen“ – so S. 515 – bezeichnet). Vgl. auch *Zöllner*, Informationsordnung, S. 20, 23 (mit Bezug auf das Persönlichkeitsrecht): Es gehe darum, inwieweit in der Speicherung personenbezogener Daten eine Aneignung der fremden Persönlichkeit liegen könne. Dies komme in Frage, wenn die gespeicherten Daten nach Art und Zahl geeignet seien, die Persönlichkeit des Betroffenen widerzuspiegeln.

326 *Rogall*, Informationseingriff, S. 65.

327 Siehe *Kniesell/Tegtmeyer/Vahle*, Handbuch, Rn 524; zur Verwertung von Informationen insbesondere im Rahmen der staatlichen Entscheidungsfindung *Hüsch*, Verwertungsverbote, S. 139 ff. (mit Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne eines Entscheidungsrechts über Preisgabe und Verwendung von Daten). Unklar *Rogall*, Informationseingriff, S. 64 f.

328 Siehe z.B. *Schlink*, Amtshilfe, etwa S. 202 f.; *Rogall*, Informationseingriff, S. 65; *Kniesell/Tegtmeyer/Vahle*, Handbuch, Rn 580 ff. (mit der Annahme fehlender Eingriffsqualität auch bei Kongruenz der Informationsbeschaffungsbefugnisse verschiedener Behörden).

Neben der isolierten Beurteilung einzelner Schritte gibt es Beurteilungen auf der Basis von übergreifenden Verarbeitungszusammenhängen und von Interdependenzen zwischen einzelnen Phasen oder Aspekten. So wird aus der Grundrechtswidrigkeit einer Datenerlangung gefolgert, daß nachfolgende Speicherungen, Verwertungen und Übermittlungen ihrerseits die Qualität einer rechtswidrigen Grundrechtsbeeinträchtigung gewinnen.³²⁹ Mit bestimmten Schutzbedarfsargumenten wird auf die Datenverarbeitungstechnik abgestellt: die rechnergestützte Aufzeichnung oder Verarbeitung führe zur Eingriffsqualität.³³⁰

Teilweise werden noch *zusätzliche Eingriffskriterien* eingeführt, die *phasenspezifisch ausgearbeitet und eingesetzt* werden. So soll für die Kenntnisnahme das Kriterium der Finalität insofern eine Rolle spielen, als nur einer zielgerichteten Informationsbeschaffung, nicht aber der zufälligen Kenntnisnahme Eingriffscharakter zukommen soll.³³¹ Insbesondere im Zusammenhang mit der Ansicht, es gehe um „faktische“ Beeinträchtigungen, verlangt man für das Vorliegen eines Eingriffs das Überschreiten einer Schwelle der Beeinträchtigungsintensität.³³² Manchmal zieht man auch die „Wesentlichkeitstheorie“ heran.³³³ Mehrere Indikatoren werden zugrunde gelegt, wenn es auf eine Gesamtschau ankommen soll. Mit mehr oder minder großem Gewicht sollen erstens die Art der verarbeiteten Informationen, zweitens die Art und Methoden der Informationsverarbeitung, drittens die Frage, welche staatliche Stelle die Informationen verarbeitet und zu welchen Zwecken dies geschieht, viertens die Unmittelbarkeit des Betroffenseins und fünftens die Frage, ob die staatliche Informationsmaßnahme nach ihrer Art dem Bürger Abwehr- und Rechtsschutzmöglichkeiten nimmt, in eine Beurteilung der einzelnen Phasen der Informationsverarbeitung einfließen.³³⁴

329 Vgl. *Eberle*, Verwertungsverbot, S. 352, 355 ff. (mit Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne eines Entscheidungsrechts über Preisgabe und Verwendung von Daten). Außerdem (mit Bezug auf den Persönlichkeitsschutz) *Zöllner*, Informationsordnung, S. 19.

330 *Rogall*, Informationseingriff, S. 63 (Grundrechtsgefährdung bei computergestützter Verarbeitung wegen der mit einer solchen Verarbeitung verbundenen Risiken und Mißbrauchsmöglichkeiten); *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 101 f., 140 f. (bei bestimmten Gewährleistungsgehalten für technische Aufzeichnungen unter Hinweis auf den Authentizitätsgehalt einer Aufzeichnung); *Peitsch*, Grundrechtswesentlichkeit, S. 726 f. (mit Blick auf die Speicherkapazität und die schnelle Verfügbarkeit bei automatisierten Systemen). Vgl. auch *Guttenberg*, Heimliche Überwachung, S. 574.

331 Vgl. für den Privatsphärenschutz *Rohlf*, Privatsphäre, S. 202 (Hervorh.i.Orig.): „Im Hinblick darauf, daß die Qualifizierung des Verhaltens als Eingriff in ein Freiheitsrecht zur Folge hat, daß der Staat dafür grundsätzlich einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, müssen die Fälle ausgeschieden werden, in denen die Kenntniserlangung eine nicht beabsichtigte und auch nicht zu erwartende Nebenfolge ist. ... Andererseits wird man nicht erst dann einen zielgerichteten Eingriff annehmen dürfen, wenn die Informationsbeschaffung Hauptzweck der Handlung ist, sondern schon immer dann, wenn sie einer vorausgesehene und in Kauf genommene Nebenfolge oder gar Neben Zweck ist.“ Siehe auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 5 I, II Rn 130. Außerdem *Evers*, Privatsphäre, S. 45 f.; *Steinmüller* u.a., Grundfragen, S. 95; *Deutsch*, Heimliche Erhebung, etwa S. 143, 144; *Wolter*, Informationseingriffe, S. 138; *ders.*, Beweisverbote, S. 529; *Guttenberg*, Heimliche Überwachung, S. 574 (für das Persönlichkeitsrecht). Vgl. außerdem – mit anderem Akzent – *Eberle*, Informationstechnik, S. 145: Für einen Eingriff komme es darauf an, ob die staatliche Informationsverarbeitung zielgerichtet auf persönliche Daten ausgerichtet sei.

332 Etwa *Ahlf*, Begriff des „Eingriffes“, S. 48 ff.; *Kniesel/Tegtmeyer/Vahle*, Handbuch, Rn 516 ff.

333 *Peitsch*, Grundrechtswesentlichkeit, S. 723 ff.; *Woertge*, Prinzipien, S. 79.

334 *Rogall*, Informationseingriff, S. 63 ff. (mit den oben genannten Beschreibungen der Schutzpositionen). Vgl. außerdem *Wolter*, Beweisverbote, S. 529; *ders.*, Informationseingriffe, S. 137 ff.

II. Die Abstimmung von Gewährleistungsinhalten und Grundrechtsbeeinträchtigungen

Die Probleme, die die Interpretationen der einzelnen Grundrechtsgewährleistungen aufweisen, bei denen man eine gegenüber dem Staat ausgegrenzte (Privat)Sphäre konzipiert oder den Strukturen des Verhaltensschutzes verhaftet bleibt, spiegeln sich bei der Bestimmung des „Eingriffs“ wider. Die jeweils entwickelten Schutzzinhalte sind nicht hinreichend auf die staatsseitig laufenden Informations- und Datenverarbeitungen zugeschnitten. Das führt zum einen schnell dazu, daß notwendige Differenzierungen vernachlässigt werden, insbesondere die zwischen dem Umgang mit Informationen und Daten einerseits und den in diesem Rahmen eingesetzten Methoden andererseits. Zum anderen muß die Eingriffsbestimmung die Relationierung von Grundrechtsgehalt und staatlichem Vorgehen leisten, wenn dies nicht durch die Konkretisierung der Gewährleistungsinhalte geschieht.

1. Die Unterscheidungen zwischen dem Umgang mit Informationen und Daten, den Methoden und dem Modus

Die Eingriffsproblematik kann nur dann präzise angegangen werden, wenn man danach unterscheidet, unter welchem Aspekt man das staatliche Vorgehen betrachtet. Gegenstand rechtlicher Betrachtung kann erstens der *staatliche Umgang mit Informationen und Daten* als solcher sein. Zweitens können die in diesem Rahmen eingesetzten *Methoden* in Frage stehen, die im Verhältnis zu den Informations- und Datenverarbeitungen selbst als Begleitmaßnahme³³⁵ oder als ein jeweils eingesetztes Mittel bezeichnet werden können. Beispiele für Methoden sind die Observation³³⁶, die Befragung³³⁷, die Beschlagnahme von Unterlagen oder die Durchsuchung von Wohnungen. Auch Techniken der Datenverarbeitung stellen als solche ein Instrumentarium dar, das man zur Methode zählen kann.³³⁸ Drittens kann der *Modus* des staatlichen Umgangs mit Informationen und Daten eigenständige Probleme aufwerfen. Damit soll hier die Unterscheidung von offenem und heimlichem staatlichen Vorgehen – etwa beim Einsatz verdeckter Ermittler oder behördlich geführter V-Leute – bezeichnet werden. Ermittelt zum Beispiel die Polizei Informationen mit Hilfe der auf Freiwilligkeit aufbauenden Befragung als Methode, macht es für die rechtliche Beurteilung noch einen entscheidenden Unterschied, ob die Befragung offen als Befragung durch die Polizei zu bestimmten polizeilichen Zwecken oder ohne diese Offenlegung und ohne entsprechendes Wissen der befragten Person erfolgt.³³⁹

335 Siehe auch die Unterscheidung von Begleiteingriffen und Informationseingriffen bei *Schwan*, Datenschutz, S. 128 ff.

336 Die Observation ist als Methode, die ggf. systematisch oder planmäßig erfolgen kann, zu unterscheiden von den Beobachtungen i.S. von Wahrnehmungsinhalten, die Grundlage der staatlichen Information sind.

337 Vgl. zur polizeilichen Befragung nach nordrhein-westfälischem Recht *Gusy*, Polizeiliche Befragung, S. 614 ff.; *Müller*, Polizeiliche Datenerhebung, passim.

338 Vgl. oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.: Die Technik ist als solche ist „Umwelt“ des Umgangs mit Informationen und Daten im sozialen System.

339 Vgl. auch *Gusy*, Polizeiliche Befragung, S. 619 f.

Interdependenzen sind mit dieser Differenzierung nicht ausgeschlossen, sondern treten damit erst deutlich hervor. Die jeweils eingesetzte Methode und der Modus können natürlich die Informationen und die Daten beeinflussen, die staatliche Stellen erlangen und umsetzen. So werden verdeckte Ermittlungen gerade deswegen geführt, weil eine offene Befragung nicht die gewünschten gesicherten Informationen erbrächte. Der wechselseitige Einfluß ist auch hinsichtlich der jeweils eingesetzten Technik erkennbar.³⁴⁰ Im Ansatz der rechtlichen Beurteilung müssen der Umgang mit Informationen und Daten, die Methoden und der Modus aber auseinandergehalten werden.³⁴¹ Geht es darum, welche Informationen von der staatlichen Stelle mit welchen Wirkungen gewonnen und genutzt werden, wird eine Frage behandelt, die quer zu den eingesetzten Methoden und zum Modus liegt.

Die Differenzierungserfordernisse werden auch aus grundrechtlicher Perspektive deutlich. Je nach zu beurteilendem Gesichtspunkt können verschiedene Grundrechte greifen. So müssen bei der Beurteilung einer Auskunftspflicht die Verpflichtung zu einer Mitteilungshandlung, die die Verhaltensfreiheit, etwas mitzuteilen oder zu schweigen, betrifft, und die Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Inhalte, an die sich die staatliche Informationsgewinnung und -umsetzung anschließen, unterschieden werden.³⁴² Der Einsatz von Plauderdrogen, um ein insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutz der „Privatsphäre“ genanntes Beispiel³⁴³ anzuführen, könnte als Methode einheitlich nach Art. 2 Abs. 1 GG und/oder Art. 1 Abs. 1 GG zu beurteilen sein, während für die Ausforschung bestimmter Gegebenheiten, beispielsweise von Wissensfragen oder individuellen Meinungen, die inhaltlichen Aussagen der jeweiligen Einzelgewährleistungen greifen können.³⁴⁴ Den staatlichen Einsatz verdeckter Ermittler oder behördlich geführter V-Leute zur Ausforschung einer Person könnte man – vor allem mit Blick auf die Täuschung und Ausnutzung des Vertrauens, das der Einzelne in die heimlich ermittelnde Person setzt – als Frage des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit unabhängig davon behandeln, nach welchem Grundrecht sich die Gewinnung und Nutzung der jeweils ermittelten Informationen richten. Die Methode einer Informationserlangung kann außerdem zugleich als Informationsvermittlung grundrechtsrelevant sein, etwa wenn und weil sie Dritten *uno actu* Informatio-

340 Ausführlicher Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A.III.

341 Vgl. insgesamt auch *Peitsch*, Informationsbeschaffung, S. 127 f. Außerdem *Schweizer*, Grundlagen, S. 30. Siehe auch OVG NW, DVBl 1995, 373 (373 ff.) dazu, daß eine Ermächtigung zum „Sameln“ unmittelbar nichts über die hierbei erlaubten Methoden sage.

342 Vgl. die Entscheidung des BVerfG zur Auskunftspflicht im Konkursverfahren (BVerfGE 56, 37 <41 ff.>), wo das BVerfG den Verhaltenszwang als Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und die Informationserlangung als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht prüft, dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.III.3. Das Differenzierungserfordernis wird häufig übersehen, und man meint deshalb, auch im Bereich des Schutzes hinsichtlich der staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge zumindest teilweise auf den „klassischen“ Eingriff zurückgreifen zu können. Vgl. *Eberle*, Informationstechnik, S. 144; *Rogall*, Informationseingriff, S. 62, 82.

343 Vgl. oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.a. Das Beispiel wird häufig zur Plausibilisierung des Schutzes des „forum internum“ genannt.

344 Vgl. auch *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 4 Rn 14 und 72, mit dem Hinweis, daß die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von Narkoanalysen oder Plauderdrogen nicht ausschließlich im Zusammenhang mit Glaubens- und Wissensfragen zu sehen sei, weil sie auch dort nicht anders behandelt werden könne, wo der einzelne Bürger, der einer solchen Behandlung unterzogen werden solle, von vornherein erkläre, daß die Frage, ob er antworten wolle, für ihn weder eine Glaubens- noch eine Wissensfrage sei.

nen vermittelt. Beispiel sind polizeiliche Photographien und Videoaufnahmen bei einer öffentlichen Versammlung, die bei den Passanten den Eindruck der Verdächtigkeit erzeugen.³⁴⁵ Nicht jede der Hinsichten braucht grundrechtsrelevant zu sein. Zum Beispiel wird der auf Freiwilligkeit aufbauenden Befragung durch die Polizei als Methode die Grundrechtsrelevanz fehlen, solange sie offen erfolgt. Das heißt nicht, daß deswegen auch die Gewinnung und Umsetzung so erlangter Informationen keinen grundrechtlichen Bindungen unterliegen.³⁴⁶ Die in einer bestimmten Form erfolgende Ermittlungsmaßnahme und die staatliche Informationsgewinnung können auch verschiedene Personen betreffen.³⁴⁷ Eine offene und auf Freiwilligkeit aufbauende Befragung eines Dritten über den Betroffenen durch die Polizei braucht die Rechte des Dritten nicht zu berühren, kann aber im Verhältnis zum Betroffenen wegen des Modus (als ihm gegenüber nicht offene Ermittlung) und wegen der Gewinnung und Umsetzung bestimmter Informationen rechtsrelevant sein.

Mit der Differenzierung ergeben sich *informations- und datenbezogene, modusbezogene* und *methodenbezogene* Rechtsfragen.³⁴⁸ Auch bei den rechtlichen Bindungen und in der rechtlichen Beurteilung können sich dabei Interdependenzen ergeben. Insbesondere können bei dem Einsatz bestimmter Methoden besondere Bindungen für den Umgang mit Informationen und Daten bestehen, die ohne diese Methode nicht gegeben wären. Umgekehrt sind die Methoden mit den informations- und datenbezogenen Bindungen abzustimmen. Auch fragt sich, ob und welche Rechtsfolgen die Verletzung von Grundrechts- oder auch Gesetzesbindungen bei dem staatlichen Einsatz einer bestimmten Methode hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Umgangs mit Informationen und Daten hat. Indem dieser und jene grundsätzlich entkoppelbar sind, sind Differenzierungen der Rechtswidrigkeitsverdichte in dem Sinne denkbar (ohne deswegen schon begründbar zu sein), daß die Rechtswidrigkeit der Methode nicht unbedingt zur Rechtswidrigkeit des Umgangs mit Informationen und Daten zu führen braucht.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, daß die Bestimmung des „Eingriffs“ nicht an realen staatlichen Maßnahmen orientiert werden darf, die als bestimmte und einheitliche Handlungsweisen erscheinen. Ein bestimmtes Vorgehen kann unter verschiedenen Aspekten rechtlichen Bindungen unterliegen. Es kann dementsprechend in der einen Hinsicht mit den Bindungen vereinbar, in der anderen Hinsicht eine Grundrechtsbeeinträchtigung sein. Es kann sich bei einer scheinbar einheitlichen Maßnahme auch um mehrere Rechtsbeeinträchtigungen handeln, wenn verschiedene Grundrechtsbindungen mißachtet werden.

345 VG Bremen, NVwZ 1989, 895 (897, 898); OVG Bremen, NVwZ 1990, S. 1188 (1191 f.), und dazu oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.3.a. Zu offenen Ermittlungen des Verfassungsschutzes OVG NW, DVBl 1995, 373 (373 ff.).

346 Vgl. auch Gusy, Polizeiliche Befragung, S. 618, daß es im nordrhein-westfälischen Recht an Regelungen darüber fehlt, wann die Aussage verweigert werden darf.

347 Peitsch, Informationsbeschaffung, S. 128. Vgl. auch bereits oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.1.b., Punkt B.I.2.c.cc.(1), daß der Staat von der Grundrechtsbindung im Verhältnis zu einem Grundrechtsträger, die wegen der staatlichen Information gegeben ist, nicht deshalb enthoben ist, weil die Information auf der freiwilligen Mitteilung eines Dritten beruht.

348 Vgl. auch Peitsch, Informationsbeschaffung, S. 128: „Die unterschiedliche Rechtswirkung erfordert jeweils eigene Ermächtigungsgrundlagen, die gerade die spezifische Grundrechtseinwirkung zulassen. ... Deshalb ist es geboten, Ermittlungsbefugnisse und Datenerhebung als zwei Komponenten ei-

2. Grundrechtsbeeinträchtigungen als Abweichung von den inhaltlichen Vorgaben der Grundrechtsnormen

Mit diesen Differenzierungen kristallisiert sich das Problem der Bestimmung des Eingriffsbegriffs gerade in bezug auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten schärfer heraus. Was ein „Grundrechtseingriff“ ist, erschließt sich nur im Zusammenhang mit den Aussagen der Grundrechtsnormen und mit Blick auf die dogmatische Funktion der Eingriffskomponente.

Bruchlinien und Argumentationsdefizite der obigen Eingriffsbeschreibungen lassen sich dann näher aufschlüsseln. Grundrechtsdogmatische Zusammenhänge werden nicht hinreichend beachtet, wenn man Art. 2 Abs. 1 GG in der Interpretation als „allgemeines Freiheitsrecht“ oder als „Auffang-Freiheitsgrundrecht“ auf eine „Freiheit vor staatlicher Informationssammlung und Informationsweitergabe“ erstreckt, die Schutz vor „Informationseingriffen“ in Form der Beschaffung und Weitergabe von Informationen personenbezogenen Inhaltes gewähren soll.³⁴⁹ Die Deutung des Art. 2 Abs. 1 GG als „allgemeines Freiheitsrecht“ steht im Zusammenhang mit der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption.³⁵⁰ Diese ist sowohl hinsichtlich der Schutzgegenstände als auch hinsichtlich des Eingriffsbegriffs durch Limitationen gekennzeichnet. Sie erfasst staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge gerade nicht.³⁵¹ Auch die Orientierung an der Unterscheidung von klassischen („rechtlichen“) Beeinträchtigungen und „faktischen“ Beeinträchtigungen ist nicht sinnvoll.³⁵² Grundrechtsbindungen des staatlichen Umgangs mit Informationen und Daten sind mit Hilfe weiterführender Interpretationen der Gewährleistungsaussagen zu entwickeln, die gerade voraussetzen, daß man das Grundrechtsverständnis aus der traditionellen Eingriffsabwehr löst.³⁵³ Dann sind Argumentationen mit der Unterscheidung von „rechtlichen“ und „faktischen“ Beeinträchtigungen und die Herleitung darauf gestützter rechtlicher Folgen weder dogmatisch begründbar noch inhaltlich treffend. Werden die Gewährleistungsinhalte nicht gegenstandsadäquat konkretisiert, gewinnt man auf seiten der Eingriffskomponente zudem keinen genügenden Rückhalt aus dem Zusammenhang mit der Gewährleistung und gerät in eine relativ losgelöste Eingriffsbestimmung. Das führt zu dem heterogenen Bild, das oben konstatiert worden ist. Es entsteht die Tendenz, den „Eingriff“ an faktisch beschreib- und abgrenzbaren Vorgängen, etwa an den technisch differenzierbaren Phasen der Datenverarbeitung, statt an rechtlichen Kriterien zu orientieren. Teilweise verschieben sich in die Eingriffsbestimmung Gesichtspunkte, die Fragen der Reichweite der Gewährleistung sind. Häufig verschwimmt die Differenzierung zwischen der Beschreibung von Inhalt und Reichweite der Gewährleistung, der Bestimmung des Eingriffs-

nes komplexen Informationsbeschaffungsvorgangs gesondert, aber zusammenhängend und umfassend zu normieren.“

349 So *Schwan*, Datenschutz, S. 127 ff., auch im Rückgriff auf den Vorbehalt des Gesetzes.

350 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A., und Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.2. und 3.

351 Ausführlich Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A., 2. Kapitel, Punkt C.III. Kritik an Schwans Position unter dem Aspekt, die Grundrechtsposition werde unzulänglich herausgearbeitet, bei *Kloepfer*, Datenschutz, S. 23; *Rogall*, Informationseingriff, S. 31; *Ernst*, Verarbeitung, S. 50 f.; *Duttge*, Recht, S. 302.

352 Allgemein vgl. bereits oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C.

353 Siehe allgemein Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.IV.

begriffs und der subsumierenden Beurteilung faktischer Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge als Grundrechtseingriff.

Die Analyse der thematisch spezifizierten Freiheitsgewährleistungen hat gezeigt, daß sich aus den Grundrechtsnormen Bindungen und Rechte herleiten lassen, die ihrem Inhalt nach den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten determinieren. Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG enthalten einen Regelungsansatz, der auf formal-äußerlichen Kriterien aufbaut. Bei den übrigen Grundrechten ist dagegen auf einer umfassend herausgearbeiteten tatsächlichen Basis eine Konkretisierung erforderlich, die zum einen auf den übergreifenden Kontext und die darin bestehenden sozialen Positionen, zum anderen auf die Folgen abstellt, die die Gewinnung und Umsetzung der Informationen und die Verarbeitung von Daten mit sich brächte. Nachteilige Folgen sind bereits bei der Konkretisierung der grundrechtlichen Schutzpositionen relevant. Denn diese bestehen eben nicht bereits aufgrund des Personenbezuges der Informationen oder Daten oder aufgrund des staatlichen Wissens über eine Person als solchem. Daher stellt erst die Berücksichtigung und normative Beurteilung nachteiliger Folgen eine Verknüpfung zwischen Gewährleistung und staatlichem Vorgehen her, mit Blick auf die sich Bindungen und Rechte begründen lassen, die sich auf die Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung personenbezogener Informationen und auf die Verarbeitung personenbezogener Daten richten. Damit ergeben sich die entwickelbaren grundrechtlichen Bindungen und Rechtspositionen relational zum Wissens- und Verwendungskontext. Sie setzen zudem an ganz bestimmten Punkten der Informations- und Datenverarbeitungen an. Sie können beispielsweise das Unterlassen der Informationsgewinnung gebieten, Geheimhaltungspflichten vorsehen, bestimmte Nutzungsweisen verbieten oder die Nutzungen zeitlich begrenzen.

Indem sich die normativen Maßgaben und Rechte selbst auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten beziehen, wird eine Relationierung von Grundrecht und staatlichem Vorgehen – anders als im traditionellen Eingriffsabwehrkonzept – bereits über die Aussagen der Norm und nicht erst über den Grundrechtseingriff geleistet. Dadurch wird die Eingriffskomponente von der Überfrachtung mit Kriterien, die diese Relationierung leisten, entlastet.³⁵⁴ Zugleich lassen sich die Normaussagen und die Beurteilung des staatlichen Vorgehens in einen bruchlosen Zusammenhang bringen.

Die Komponente des Eingriffs erscheint in Abhängigkeit von den Aussagen der Norm als *(Grund)Rechtsbeeinträchtigung*.³⁵⁵ Der Begriff der Grundrechtsbeeinträchtigung läßt sich beschreiben als *eine dem Staat zurechenbare Abweichung von den Vorgaben der Grundrechtsnorm*, die für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten bestehen.³⁵⁶

Grundrechtsdogmatisch ist der Begriff der Grundrechtsbeeinträchtigung damit exakt bestimmbar. Ob eine Gewinnung oder Verwendung von Informationen, ob eine Erhebung,

354 Vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt A., daß das Gewährleistungsverständnis im traditionellen Konzept unbestimmt bleiben kann, weil der Eingriffsbegriff mit seinen Kriterien individualisierend wirkt und zugleich die Grundrechtsrelevanz staatlichen Vorgehens begrenzt.

355 Vgl. auch Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt C., und 2. Kapitel, Punkt C.III.

356 Zum grundrechtsdogmatischen Ansatz vgl. auch *Scherzberg*, Grundrechtsschutz, S. 211 ff., bes. S. 218 f.; *ders.*, „Objektiver“ Grundrechtsschutz, S. 1134 ff.

Speicherung, Veränderung, Nutzung oder Übermittlung von Daten als „Eingriff“ die grundrechtlichen Schutzmechanismen auslösen, ist eine *Frage der Subsumtion* unter diesen Begriff. Einzelne Phasen sind also nicht von vornherein als „Informationseingriff“ zu beschreiben. Einen „Informationseingriff“ im Sinne einer feststehenden Figur, die durch bestimmte Merkmale gekennzeichnet ist, gibt es nicht. Statt dessen ist der „Eingriff“ – oder: die Rechtsbeeinträchtigung – ein abstrakt zu formulierender dogmatischer Begriff, unter den bestimmte Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge fallen können.

Die dogmatische Funktion der Kategorie der Grundrechtsbeeinträchtigung bleibt trotz der veränderten, den neuartigen Gewährleistungsinhalten angepaßten Fassung bestehen. Die Kategorie bleibt Zwischenglied in der Kette Gewährleistungsgehalt und Individualrechtsposition – Grundrechtsbeeinträchtigung – Grundrechtsverletzung. Eine Grundrechtsbeeinträchtigung löst den grundrechtlichen Reaktionsanspruch aus; Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsverletzung sind wegen des grundrechtlichen Gesetzesvorbehalts nicht identisch.

Zusätzliche Kriterien können unter dem Aspekt der Zurechenbarkeit herausgearbeitet werden. Sie ergeben sich aber nicht pauschal und generell. Soweit die Zielgerichtetheit staatlichen Vorgehens als Kriterium genannt wird, wird häufig unzureichend zwischen der Methode der Informationserlangung und der Informationsgewinnung selbst unterschieden. Die Informationsgewinnung als solche ist weniger mit Hilfe von handlungsbezogenen Kriterien – wie der Finalität –, sondern vielmehr als Phase im Rahmen eines sich gegebenenfalls anschließenden Umsetzungsprozesses zu beurteilen. Flüchtige oder unvorhersehbare Beobachtungen, die ein Amtsträger als Person wahrnimmt, ohne sie weiter zu beachten, brauchen nicht als staatliche Informationsgewinnung zurechenbar zu sein. Wird ein Sachverhalt dagegen als Information aufgegriffen und umgesetzt, ist es gleichgültig, ob die staatliche Stelle die Erlangung der Kenntnis angestrebt hat oder nicht. Die Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik als solche ist sowohl in sozialer als auch in rechtlicher Hinsicht nur deshalb relevant, weil sie Einfluß auf die Datenbasis, die darauf beruhenden Informationen und auf deren Handhabung hat.³⁵⁷ Sofern die Eingriffsqualität des staatlichen Vorgehens mit der jeweils eingesetzten Technik begründet wird, stehen dahinter regelmäßig materiale Erwägungen, so die relativ unbegrenzten Speicher- und die schnellen Zugriffsmöglichkeiten, die die Herstellung von Persönlichkeitsprofilen ermöglichen. Dann aber sind nicht die Techniken entscheidend, sondern die allerdings durch die jeweilige Technik beeinflussen Informations- und Datenverarbeitungen selbst, für die bestimmte Rechtsbindungen herzuleiten sind. Sofern für die Annahme eines Eingriffs eine Schwelle der Beeinträchtigungsintensität verlangt wird, will man regelmäßig einen als zu weit empfundenen Schutzzumfang begrenzen. Auf seiten der Eingriffsfigur gibt es jedoch keine Maßstäbe, nach denen sich hinreichend intensive und zu geringfügige Belastungen voneinander abgrenzen ließen. Man sucht den Rückhalt deshalb in einem Vergleich mit dem „klassischen“ Eingriff und der Forderung nach einer „eingriffsgleichen“ Beeinträchtigungsintensität. Jeder derartige Vergleich setzt allerdings voraus, daß man es mit zumindest vergleichbaren Schutzgütern und mit vergleichbaren Formen der Beeinträchtigung zu tun hat. Die traditionellen Schutzgüter und ihre Reglementierung durch „klassische“ Ein-

357 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.

griffe unterscheiden sich jedoch so deutlich von den Schutzgehalten und Beeinträchtigungsmechanismen im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten, daß sie nicht unmittelbar miteinander vergleichbar sind. Dagegen können Überlegungen zur Intensität nachteiliger Folgen, wie die Analyse der einzelgrundrechtlichen Bindungen ergeben hat, bei der Auslegung der Grundrechtsaussagen einfließen. Gibt die Norm dann Maßgaben und Rechte her, hängt die Qualifizierung des davon abweichenden staatlichen Vorgehens als Grundrechtsbeeinträchtigung nicht mehr von Intensitätserwägungen ab.

D. Ergebnisse: Schutz durch die thematisch spezifizierten Gewährleistungen auf der Basis eines grundlegend geregelten Umgangs mit Informationen und Daten

I. Die Einschlägigkeit und die Einsatzfähigkeit der thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen

Die Grundrechtssätze setzen Rechtsbindungen für das staatliche Vorgehen, indem sie eine *Verknüpfung bestimmter inhaltlicher Themen mit einem Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechen* enthalten. Nach Text und Sinn sind sie nicht auf bestimmte Perspektiven und nicht auf eine bestimmte Form der Beschreibung von Schutzgegenständen, insbesondere nicht auf den Schutz individuellen Verhaltens, festgelegt. Vielmehr lassen sich *unterschiedliche Schutzfacetten und -dimensionen* ausarbeiten.

Die Normen schließen *Rechtsbindungen und Rechte* ein, die die *staatliche Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung von Informationen und die Erhebung, Verarbeitung oder Übermittlung von Daten* determinieren. Deren Konkretisierung richtet sich nach dem Regelungsansatz der jeweiligen Grundrechtsnorm. Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG sind durch formal-äußerliche Kriterien gekennzeichnet, die den ihnen unterfallenden Bereich schützen. Im Mittelpunkt des Art. 10 GG, der im Bereich des informations- und datenbezogenen Schutzes eine zunehmende Rolle spielt und in vielfältigen Dimensionen zu entfalten ist, steht die *Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation*. Die Geheimnisqualität der Brief- und Telekommunikation in der Vermittlungsphase und deren daraus resultierende Transparenz zählen für die Teilnehmer zu den Bedingungen der Möglichkeit einer freien und unbefangenen Kommunikation. Über einen formalen Regelungsansatz gewährleistet Art. 10 GG diese Bedingungen und schützt die Grundrechtsträger darauf bezogen jeweils eigenständig als Kommunikationsteilnehmer. Seine Schutzwirkungen erstrecken sich auf den Umgang mit Informationen und Daten, der einer Kenntnisnahme geschützter Kommunikationsvorgänge nachfolgt. Art. 13 Abs. 1 GG kann in ähnlicher Weise ausgelegt werden. Aufgrund des formalen Ansatzes können zu den Bindungen dieser Grundrechtsnormen andere Grundrechtsgewährleistungen mit ihren näheren inhaltlichen Maßgaben verstärkend hinzutreten.

Bei den anderen Grundrechtsgewährleistungen bedarf die Entwicklung der Rechtsbindungen und Rechtspositionen einer konkretisierenden Argumentation. Wie der Überblick zu den *Argumentationslinien in Literatur und Rechtsprechung* gezeigt hat, stützt man sich

insoweit im wesentlichen auf Rechte auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten, auf das Privatsphärenparadigma, auf den Schutz der Selbstdarstellung und auf den Freiheitsschutz der Grundrechtsverbürgungen. Man bleibt dabei regelmäßig den aus dem traditionellen Grundrechtsverständnis gewohnten Denkweisen verhaftet, indem man vom Individuum her handlungs- oder sphärenorientiert ansetzt. So gelingt es nicht, im Rahmen der Gewährleistung eine überzeugende Brücke zu dem Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten zu schlagen, der sich auf seiten des Staates oder – je nach Konstellation – auf seiten anderer Privater vollzieht. Die Schwachstellen der Argumentation werden häufig dadurch überspielt, daß man Begriffe wie den der „Privatsphäre“ oder den der „Selbstdarstellung“ behandelt, als seien sie Rechtsbegriffe, und den Normen ein vorgefertigtes und verkürztes Verständnis soziologischer Erkenntnisse unterlegt. Viele der Überlegungen zur Privatsphäre, zur Selbstdarstellung oder zum Freiheitsschutz sind aber anregend und entwicklungsfähig, sobald sie mittels einer Rekonstruktion in einen neuen dogmatischen Ansatz eingebettet werden, der die Charakteristika eines informations- und datenbezogenen Schutzes beachtet. Sie lassen sich zu einer gemeinsamen Form der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen rekonstruieren. Diese Form der Konkretisierung ist wiederum nicht auf die überkommenen Argumentationsfiguren beschränkt, sondern bietet ein Konzept, das auch für neue Schutzerfordernisse offen ist. Sie ist aber mit eigenständigen Inhalten, einer eigenständigen Dogmatik und einem eigenständigen methodischen Vorgehen verbunden.

Auf der Grundlage der *normtextlichen Verknüpfung des thematischen mit einem freiheitsrechtlichen Gehalt* sind Rechtsbindungen und Rechtspositionen zu entwickeln, die sich gerade auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten richten. Ihre Konkretisierung unterscheidet sich gegenstandsbedingt von der traditionellen Sicht, bei dem man aus einer auf den Einzelnen konzentrierten Perspektive individuelle Schutzgüter formuliert. Sie erfolgt in der nach rechtlichen Kriterien typisierten *Relation* zwischen Grundrechtsträger und staatlicher Stelle oder zwischen Grundrechtsträger, privaten Dritten und staatlicher Stelle. Grundrechtsdogmatisch baut man darauf auf, daß die Grundrechte objektivrechtliche Normen sind, die verschiedenartige Aussagen enthalten und überindividuelle Sinnbezüge ebenso aufnehmen wie sie staats-, „interne“ Abläufe binden können. Entsprechend lassen sie sich auf der Grundlage der erforderlichen übergreifenden Perspektive *kontextbezogen* mit Hilfe von *normativen Argumentationen* zu bestimmten Rechtsbindungen hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten konkretisieren. Die Rechte des Einzelnen sind auf den Normaussagen beruhende, inhaltlich begrenzte Rechtspositionen.

Bei den *tatsächlichen Grundlagen der Normkonkretisierung* muß man zum einen die als Informationsbasis relevanten Sachverhalte – Beobachtetes, Mitteilungs- oder Gesprächsinhalte, Unterlagen oder sonstige Daten – erfassen. Je nach Konstellation kann es hier auch auf die soziale Position oder Rolle des Grundrechtsträgers ankommen, die infolge einer Umsetzung oder Vermittlung von Informationen beeinträchtigt würde. Zum anderen ist der jeweilige Deutungs- und Verwendungskontext herauszuarbeiten, in dessen Rahmen Informationen gewonnen werden und die weiteren Umsetzungsprozesse – einschließlich der Transformation in Daten sowie der Speicherung, der Veränderung und des Abrufs von Daten – stattfinden. Weiter sind vor allem die Folgen abzuschätzen, die der Umgang mit Informationen und Daten erwarten läßt. Bei dieser Ausarbeitung der tatsächlichen Basis der

Normkonkretisierung kann auf soziologische oder psychologische Erkenntnisse, etwa zur Privatsphäre, zur Selbstdarstellung oder zur Öffentlichkeit, zurückgegriffen werden. Sie beschreiben die soziale Position oder Rolle des Einzelnen, die sozialen Bedingungen der Möglichkeit solcher Positionen oder soziale Strukturen und Beeinträchtigungsmechanismen. Sie zeigen Wirkungsmechanismen bestimmter Informationen in sozialen Zusammenhängen auf, zum Beispiel Wissens- und Verhaltensänderungen der informierten Personen oder Stellen, Bloßstellung- und Stigmatisierungseffekte, Mechanismen der Verhaltensanpassung oder Kommunikationsstörungen. Damit ergeben sich neue Sehweisen im Hinblick auf die Position und die Entfaltungschancen des Individuums. Auf dieser übergreifenden Basis läßt sich näher darlegen, *warum welche Grundrechtsnorm an welchen Stellen des relevanten Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten Maßgaben welchen Inhalts setzt.*

Damit stehen nicht bestimmte Sachverhalte (das Verhalten, die Gesprächsinhalte, die Daten), die Basis von Informationen sind, im Mittelpunkt. Vielmehr rücken die Informations- und Datenverarbeitungen und ihre Wirkungen, die auf der Kenntnis der jeweiligen Sachverhalte beruhen, in das Zentrum der Aufmerksamkeit. Sie sind nicht erst eine Frage des Eingriffs (oder etwa „faktischer“ Beeinträchtigungen) in einen Schutzbereich, den man unabhängig davon schon vorher festlegen könnte, sondern Grundlage der Konkretisierung der grundrechtlichen Garantien und Rechte. Daß man sich von der gewohnten Stufung zwischen dem Schutzbereich, der sich aus einer auf das Individuum konzentrierten Perspektive heraus formulieren läßt, und dem Eingriffsakt, bei dem man das staatliche Verhalten betrachtet, lösen muß, stimmt damit überein, daß die traditionelle Form der Trennung von Gesellschaft und Staat bei den Grundrechtsbindungen des staatlichen Umgangs mit Informationen und Daten nicht paßt.

Bei der *Ermittlung des thematisch einschlägigen Grundrechts* ergeben sich je nach dem Gegenstand des Schutzes unterschiedliche Ansatzpunkte und Perspektiven. Das beruht auf der übergreifenden Grundlage, die sowohl den Bereich auf seiten des Grundrechtsträgers als auch die vorgesehenen Informations- und Datenverarbeitungen mit ihren Folgen erfaßt. Zum einen kann *ein Grundrecht, dessen Regelungsbereich bestimmte Sachverhalte – Verhaltensweisen, Gesprächsinhalte oder Niederschriften und sonstige Daten – unterfallen, Rechtsbindungen und Rechte im Hinblick auf den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten hergeben, der an diese Sachverhalte anknüpft.* Diese Konstellationen liegen der Argumentation zur Privatsphäre und zum Freiheitsschutz zugrunde. Zum anderen kann *die Grundrechtsgewährleistung, der die Bereiche oder Positionen unterfallen, die infolge der Gewinnung oder Umsetzung der Informationen nachteilig betroffen wären, gleichsam vorgehend Determinanten setzen.* Dieser Ansatzpunkt ist im Zusammenhang mit der Argumentation zum Schutz der Selbstdarstellung und hier hinsichtlich der staatlichen Vermittlung von Informationen an Dritte behandelt worden. Grundsätzlich können sich aber auch im bloß zweiseitigen Verhältnis zwischen Einzelnem und staatlicher Stelle von diesem Ansatzpunkt aus Rechtsbindungen ergeben.

Ob und inwiefern ein thematisch einschlägiges Grundrecht dann Rechtsbindungen und Schutzpositionen hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten hergibt, ist über die *Konkretisierung* des mit dem thematischen Gehalt verknüpften *Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechens* zu beantworten.

Die einschlägige Gewährleistung schützt den Grundrechtsträger gegen die Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung von Informationen und gegen die Verarbeitung von Daten nicht bereits deshalb, weil sich Informationen oder Daten auf ihn beziehen. Vielmehr kommt es im Verhältnis zwischen Grundrechtsträger und Staat oder im Netzwerk zwischen Grundrechtsträger, Staat und privaten Dritten zum einen auf den übergreifenden Kontext und die darin bestehenden sozialen Positionen, zum anderen auf die Folgen an, die die Gewinnung und Umsetzung der Informationen und die Verarbeitung von Daten insoweit herbeiführten. Im Rahmen der Gewährleistung sind umweltorientierte und -abhängige Verhaltens- oder Kommunikationsmöglichkeiten, individuelle Rollen in sozialen Kontexten, das „Bild“ oder der „Ruf“ einer Person in ihrer sozialen Umwelt oder deren Selbst-Bild, Selbstwertgefühl oder Identität thematisierbar. Nachteilige Folgen, die gegenstandsbedingt bereits bei der Konkretisierung der grundrechtlichen Schutzpositionen zu berücksichtigen sind, müssen nach den Kriterien der Norm rechtsrelevant und mit ihrem Freiheitsversprechen unvereinbar sein. Rechtsrelevante Nachteile können im Rahmen und infolge der Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung der Informationen oder der Verarbeitung der Daten entstehen, so beispielsweise durch Kenntnisnahmen vor dem Hintergrund der dadurch eröffneten Verwendungsmöglichkeiten, bei bestimmten Deutungen eines Sachverhaltes vor dem Hintergrund damit verbundener Folgen, aufgrund der Dauer der Speicherung bestimmter Daten oder aufgrund der Umsetzung der Informationen in bestimmte Entscheidungen oder Handlungen. Weiter können Beeinträchtigungen des Selbstwertgefühls oder der Unbefangenheit im Umgang mit anderen eine Rolle spielen. Rechtlich relevant können außerdem Verhaltenseinschränkungen im Wege der Selbstregulation oder Störungen der Unbefangenheit der Kommunikation sein, wenn der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten dazu führte, daß effektiv geschützte Verhaltens- und Kommunikationsweisen modifiziert würden oder unterblieben. Im Hinblick auf die nachteiligen Folgen für die „sozialen“ Positionen des Grundrechtsträgers, die mit dem freiheitsschützenden Gehalt der einschlägigen Grundrechtsgewährleistung unvereinbar wären, gibt diese Gewährleistung bestimmte staatliche Pflichten und individuelle Rechte her, die sich auf die Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung personenbezogener Informationen und auf die Verarbeitung personenbezogener Daten richten. Sie untersagt somit etwa die staatliche Kenntnisnahme eines bestimmten Sachverhalts, bestimmte Deutungsweisen oder bestimmte Verwertungen erlangter Informationen oder die Vermittlung der Informationen an private Dritte. Indem die Rechtsbindungen individualschützenden Charakter haben, vermitteln sie dem Grundrechtsträger subjektive Rechte.

Die grundrechtlichen Vorgaben werden bei einer so angelegten Konkretisierung in *Abhängigkeit vom jeweils involvierten Wissens- und Verwendungskontext* entwickelt und stellen immer *nur relational zu begründende Vorgaben* dar. Sofern es um staatliche Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge geht, erstrecken sich die Bindungen *auf die Abläufe des Umgangs mit Informationen und Daten*. Daraus resultiert ein fester normativer Rückhalt für Rechtsbindungen, die in die fortlaufenden Verarbeitungsvorgänge eingewebt sind. Zugleich können die Determinanten *differenziert und an unterschiedlichen Punkten der zugrunde liegenden Verarbeitungsverläufe* einsetzen. Sie können beispielsweise die Gewinnung bestimmter Informationen oder Datenerhebungen unterbinden, auf die Verkürzung der zeitlichen Dauer personenbezogener Wissens gerichtet sein, bestimmte Verände-

rungen von Daten untersagen, bestimmte Nutzungen erlangter Informationen ausschließen oder die Vermittlung von Informationen und die Übermittlung von Daten steuern. Im Ergebnis entsteht ein differenziertes Bild und ein Bündel von Maßgaben und Rechten.

Die thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen enthalten somit *keine* „*speziellen Garantien*“ einer „*informationellen Selbstbestimmung*“, die Entscheidungsrechte über die Preisgabe und Verwendung von Daten umfaßten, die sich thematisch dem Bereich einer bestimmten Verbürgung zuordnen ließen. Sie geben mehr als den besonderen Schutz her, den Art. 8 EG-DSRiL für „sensitive“ Daten vorsieht. Mit ihrem offenen Konzept und der Breite der in ihrem Rahmen thematisierbaren Gesichtspunkte und Argumentationsmuster können sie aufgreifen, daß der „Datenschutz“ nicht durch eine einheitliche Schutzidee, sondern durch *vielfältige Schutzerfordernisse* geprägt wird. Die Normkonkretisierung mit der normgeleiteten Argumentation liefert die erforderliche Begründung, warum und inwieweit dem Grundrechtsträger Rechte zustehen, die sich auf den Umgang anderer mit personenbezogenen Informationen oder Daten richten. Den entwickelbaren Garantien und Rechten kommt in ganz anderer Weise materiales Gewicht zu, als es bei dem scheinbar weitreichenden Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten der Fall ist.

Bei der Eingriffsfigur sind der *Umgang mit Informationen und Daten*, die dabei eingesetzten *Methoden* und der *Modus* zu unterscheiden. Daher gibt es informations- und datenbezogene, methodenspezifische und modusspezifische Rechtsfragen. Konkretisiert man die Grundrechtsgewährleistungen zu Rechtsbindungen, die sich ihrem Inhalt nach auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten beziehen, wird eine Relationierung von Grundrecht und staatlichem Vorgehen bereits über die Aussagen der Norm und nicht erst über den Grundrechtseingriff geleistet. Die Eingriffskomponente läßt sich in Abhängigkeit von den Aussagen der Norm als *Grundrechtsbeeinträchtigung* beschreiben, die im Falle einer *dem Staat zurechenbaren Abweichung von den grundrechtlichen Maßgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten* gegeben ist. Diese Fassung entspricht der Abstraktion der Relationen zwischen Staat und Bürger, die grundrechtlichen Bindungen unterliegen. Sie trägt der veränderten dogmatischen Rolle Rechnung, die dem Eingriff deswegen zukommt. Das Grundrecht wird verletzt, wenn die Beeinträchtigung verfassungswidrig ist.

II. Die Integration in eine Zwei-Ebenen-Konzeption

Die Einsatzfähigkeit der Einzelgewährleistungen – Art. 10 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 GG hier ausgenommen – baut bei einem solchen Ansatz auf Voraussetzungen auf. Rechtsbindungen, die mit Blick auf den vorgesehenen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten sowie dessen Folgen zu konkretisieren sind und in den Prozessen an bestimmten Punkten greifen, setzen die Möglichkeit einer Beschreibung eben dieses Umgangs voraus. Das ist bereits in der Rechtsprechungsanalyse aufgefallen.³⁵⁸ Man muß die jeweils relevante Relation zwischen Grundrechtsträger und staatlicher Stelle oder das

358 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

Netzwerk zwischen Grundrechtsträger, anderen Privaten und staatlicher Stelle in der übergreifenden Perspektive herausarbeiten können, die für die Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistung erforderlich ist. Insbesondere muß man den „Verwendungszusammenhang“ erfassen, in dessen Rahmen Beobachtungen, Mitteilungsinhalte oder Daten Informationsqualität gewinnen und Informationen sowie Daten mit bestimmten Folgen verarbeitet werden.

Die Ausarbeitung der übergreifenden Perspektive als Grundlage der Norminterpretation ist nur möglich, wenn der „Verwendungszusammenhang“ (relativ) *begrenzt* ist. Würden Beobachtungen, Mitteilungsinhalte oder Daten, die den Grundrechtsträger betreffen, als Informationen in unübersehbar vielfältige Kommunikations- und Entscheidungsbereiche einfließen, beliebig weitervermittelt und beliebig genutzt, könnte man keinen abgegrenzten Wissens- und Deutungskontext hervorheben. Man könnte nicht vorwegvollziehen, welche Sinngehalte entstehen und welche Nachteile der Einzelne überhaupt zu erwarten hat. Man wäre unter solchen Umständen darauf angewiesen, auf einen Auffangtatbestand zurückzugreifen, der nicht sachlich spezifiziert, sondern übergreifend-abstrakt angelegt ist.³⁵⁹ Außerdem muß der „Verwendungszusammenhang“ *inhaltlich näher bestimmbar* sein. Es muß eine Aufschlüsselung der Abläufe des (vorgesehenen) Umgangs mit Informationen und Daten möglich sein, soweit es rechtlich erforderlich ist. Erst damit können die Differenzierung von Informations- und Datenebene und die Verwobenheit von Informationsprozessen und Datenverarbeitungen im konkreten Ablauf herausgearbeitet werden, so daß die genaue Bestimmung des Bezugspunktes grundrechtlicher Bindungen möglich wird. Im übrigen muß die *Transparenz der Informations- und Datenverarbeitungen* für die Grundrechtsträger sichergestellt sein. Ohnedem wären zwar die objektiv entstehenden Nachteile möglicherweise *begrenzt*. Die Ungewißheit und Erwartungsunsicherheit der Grundrechtsträger könnten aber dennoch breitgefächerte Anpassungseffekte hervorrufen, die den Grundrechtsverbürgungen entgegenlaufen.

Die Abhängigkeit von den beschriebenen Voraussetzungen trägt jedoch nicht gleich die Folgerung, daß die einzelnen Gewährleistungen nicht einsatzfähig sind. Zunächst hat man zu prüfen, ob die Voraussetzungen nicht vorliegen oder herzustellen sind. Das zeigt die Erwägung, daß auch eine Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Auffangtatbestand dazu führte, daß der jeweilige Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten gesetzlich zu regeln ist. Verstünde man Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Auffangtatbestand zum Schutz der personalen Grundbefindlichkeit³⁶⁰, ließe er sich keineswegs beliebig einschränken, also insbesondere nicht mit generalklauselartigen Gesetzesermächtigungen, die in unbestimmter Form Informations- und Datenverarbeitungen

359 Vgl. bereits Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A., mit der Feststellung, daß der Rückgriff auf die einzelnen Gewährleistungen besondere Anforderungen stellt, die beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten überspielt werden können.

360 *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 86 mit Fn 279, sieht Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Schutz der „personalen Grundbefindlichkeit“ als zentrale normative Grundlage der Bindungen staatlicher Informations- und Datenverarbeitungen an, weil es nicht möglich sei, die freiheitshemmenden Auswirkungen einer (unzulässigen) Datenverarbeitung auf den Lebensbereich zu begrenzen, dem die Daten entstammen. Eine so enge Verknüpfung zwischen Gewährleistungsgehalt und nachteiligen Folgen erfordert die Konkretisierung der thematisch spezifizierten Gewährleistungen jedoch nicht.

erlaubten. Die geforderten Regelungen hätten vielmehr näher festzulegen, unter welchen Voraussetzungen welche Daten von welcher Stelle erhoben, wie sie verarbeitet und als Information genutzt oder an welche Stellen sie wann übermittelt werden dürfen. Mit solchen Festlegungen wird der Umgang mit Informationen und Daten rechtlich strukturiert. Lassen sich dann Verarbeitungsprozesse und Nutzungsmöglichkeiten vorwegvollziehen, kann man aber in neuer Weise fragen, ob in einem nunmehr bestimmbareren Zusammenhang ein Einzelgrundrecht einschlägig ist.

Solange man mit der Situation eines ungebundenen und nicht abschätzbaren Umgangs mit Informationen und Daten zu tun hat, gibt es grundrechtsdogmatisch zwei Möglichkeiten. Entweder liegen die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Grundrechte außerhalb der grundrechtlichen Vorgaben und werden nicht ihrerseits grundrechtlich gesteuert. Oder man kann verschiedene Ebenen grundrechtlicher Anforderungen unterscheiden und auf eine Norm zurückgreifen, die einen anderen Ansatzpunkt und einen höheren Abstraktionsgrad aufweist als die sachlich spezifizierten Einzelgewährleistungen und der deshalb in der hier relevanten Hinsicht Regelungswirkungen zukommen könnten. In diesem Fall ließe sich eine „Grundrechtskooperation“ entwickeln, bei der die Voraussetzungen der Einsatzfähigkeit der einzelnen Freiheitsgewährleistungen durch anderweitig herleitbare Grundrechtsbindungen geschaffen werden.³⁶¹ So ließe sich auch vermeiden, daß man in die Zirkularität gerät, die in der Rechtsprechungsanalyse hervorgetreten ist und die es ausschließt, daß die Grundrechte ihre Maßstabsfunktion in einer zumindest relativen Hierarchie von Grundrecht und Gesetz entfalten können.³⁶²

Damit liegt die Überlegung nahe, zwei Ebenen zu unterscheiden und die Grundrechtsbindungen in eine Zwei-Ebenen-Konzeption zu integrieren. Auf einer grundlegenden Ebene ist nach Grundrechtsvorgaben zu fragen, aufgrund derer der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten zu regulieren ist und zugleich individuelle Kenntnisrechte zu verankern sind. Eine grundlegende Regulierung der Informations- und Datenverarbeitungen führte dazu, daß diese in bestimmtem Umfang in abstrakter, vorwegvollziehender Weise beschrieben werden könnten. Auf der zweiten Ebene könnten die einzelnen Gewährleistungen mit den Inhalten und in den dogmatischen Formen, die in diesem Kapitel entwickelt worden sind, an bestimmten Stellen der Verarbeitungsvorgänge als punktuelle Bindungen und Rechtspositionen hinzutreten. Eine Zwei-Ebenen-Konzeption bietet somit eine Lösung, bei der im Rahmen einer übergeordneten Konzeption sichergestellt wäre, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die sachlich spezifizierten Freiheitsgewährleistungen greifen können.

361 Zur „Grundrechtskooperation“ *Kloepfer*, Grundrechte, S. 17.

362 Zweiter Teil, 5. Kapitel.

10. Kapitel

Grundrechtliche Vorgaben zur Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten

Nimmt man Art. 10 und Art. 13 GG aufgrund ihres eigenständigen Regelungsansatzes aus, setzt die Herleitung gegenstandsgerechter grundrechtlicher Bindungen aus den thematisch spezifizierten Freiheitsgewährleistungen nach den bisherigen Ergebnissen voraus, daß man die jeweiligen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge beschreiben, abgrenzen und aufschlüsseln kann. Darüber hinaus müssen sie in bestimmtem Umfang auch für die Grundrechtsträger transparent sein. Die Voraussetzungen der Einsatzfähigkeit der einzelnen Freiheitsgewährleistungen könnten allerdings im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption aufgrund anderweitig herleitbarer Grundrechtsbindungen sichergestellt sein. Dafür benötigt man eine Norm, die einen anderen Ansatzpunkt und einen höheren Abstraktionsgrad aufweist als die sachlich spezifizierten Einzelgewährleistungen. Eine solche Norm könnte genau die erforderlichen Anforderungen an die grundlegende Regelung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten stellen. An dieser Stelle liegt der Gedanke an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nahe.

A. Die Regelungsanforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

I. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als abstrakt-vorgelagerte Gewährleistung

Art. 2 Abs. 1 GG verknüpft die Entfaltung der Persönlichkeit mit einer Freiheits- und einer Rechtsgewährleistung. Indem er sich auf die „Persönlichkeit“ sowie auf deren „freie Entfaltung“ bezieht, hat er keinen sachlichen Ansatzpunkt und ist somit nicht sachlich begrenzt.

Deswegen wird Art. 2 Abs. 1 GG häufig als grundlegende Norm im Verhältnis zwischen Bürger und Staat verstanden. In der traditionellen Sicht gilt er – wie das Verständnis als allgemeines Freiheitsrecht widerspiegelt – als Grundregelung der Beziehung zwischen Person und Staat.³⁶³ Er wird dabei allerdings als prinzipiell umfassende Bestimmung begriffen, die in den Einzelgrundrechten konkretisiert und von diesen gegebenenfalls verdrängt wird.

Dagegen unterscheidet man Ebenen und gelangt zu jeweils eigenständigen Anwendungsbereichen, wenn man ihn als Verbürgung sieht, die in Konstellationen eingesetzt werden kann, die auf einer gegenüber den sachlich spezifizierten Gewährleistungen höheren Abstraktionsebene zu erfassen sind. Diese Bedeutung gewinnt die Verbürgung zum Beispiel bei der Herleitung individueller Rechte in staatlichen Verfahren. Sofern man unabhängig davon, welche beeinträchtigenden Wirkungen mit der Abschlusßentscheidung entstehen³⁶⁴, auf den Umgang mit der Person als solchen abstellt, ist Art. 2 Abs. 1 GG die passende

363 Siehe Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I., zur Rechtsprechung des BVerfG m.w.N.

364 Dazu näher Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV.

Gewährleistung.³⁶⁵ Das Bundesverfassungsgericht greift darauf außerdem dann zurück, wenn Nachteile und Beeinträchtigungen zwar gesichert, aber (noch) nicht genau bestimmbar, abstrakt zu beschreiben und nicht einem sachlich spezifizierten Grundrecht zuordbar sind.³⁶⁶ Art. 2 Abs. 1 GG erfüllt in diesem Rahmen *nicht* die Funktion einer bündelnden Vorschrift oder eines Auffangtatbestandes.³⁶⁷ Er wird vielmehr mit eigenständigem Gehalt auf einer Ebene herangezogen, die den konkreten Konstellationen und Beeinträchtigungen, die den einzelnen Freiheitsgarantien unterfallen, vorgelagert ist.

Wie alle Grundrechte braucht das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung darüber hinaus weder auf die Abwehr staatlicher Eingriffe noch auf den Schutz gegen punktuelle Nachteile beschränkt zu werden. Es handelt sich um eine objektivrechtliche Gewährleistung, deren Aussagegehalte sich auf unterschiedlichen Ebenen in verschiedene Pflichten und Rechte konkretisieren lassen.³⁶⁸ Sowohl über den Begriff der „Persönlichkeit“, der immer auch mit Blick auf die Sozialität zu begreifen ist, als auch über den Begriff der „Entfaltung“, die immer auch von sozialen Faktoren geprägt wird, können überindividuelle Sinnbezüge eingebracht und soziale Zusammenhänge mitthematisiert werden.³⁶⁹ Dadurch lassen sich grundlegende Aspekte und Bedingungen individueller Freiheit rechtlich einfangen: „Die persönliche Freiheit liegt seit jeher auf einer andern ‚Ebene‘ als die traditionellen Freiheitsrechte, welche (u.a.) Freiräume gewährleisten: Sie schützt *essentielle, existentielle Voraussetzungen* für die Ausübung jeglicher Freiheit.“³⁷⁰

Als eine in diesem Sinne grundlegende Norm läßt sich Art. 2 Abs. 1 GG auch im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten einsetzen. Grundsätzlich sind seine Schutzwirkungen, verknüpft mit der Garantie der Unverletzlichkeit der Menschenwürde, längst darauf übertragen worden. Die Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG liegt daran, daß das Achtungs- und Schutzgebot dieser Norm ein Recht darauf hergibt, daß ein staatliches Verhalten bestimmte Minimalia nicht unterschreitet, und insofern bereits aus sich heraus Perspektiven verlangt, wie sie für normative Bindungen der Informations- und

365 Siehe dazu etwa BVerfGE 41, 246 (249); 46, 202 (209 ff.); 56, 22 (36 f.); 57, 250 (274 ff.); 63, 45 (60 ff.); 63, 380 (390 ff.); 64, 135 (144 ff.); 66, 313 (318 f.); vgl. auch 38, 105 (111 ff.). Art. 2 Abs. 1 GG wird hier teilweise in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip eingesetzt; trotzdem hat er – wie sich in den jeweiligen Ausführungen zum Verbot der Objektstellung des Menschen und zu den Chancen einer Einflußnahme zeigt – nicht lediglich die Funktion einer Versubjektivierung des objektivrechtlichen Prinzips.

366 Vgl. etwa BVerfGE 9, 83 (88) – Folgebeeinträchtigungen durch Strafverurteilung; 11, 150 (163) – Nachteile durch die Ablehnung der Unzulässigkeitserklärung der Vollstreckung sowjetzonaler Strafurteile; 10, 89 (102 ff.); 15, 235 (239 ff.); 38, 281 (297 ff.) – Zwangsmitgliedschaft in einem öffentlichrechtlichen Verband; 19, 93 (95 f.) – Nachteile durch Zwangspflegschaft; 58, 257 (272 ff.) – Nachteile durch Nichtversetzung in der Schule.

367 Diese Funktion kommt der Norm allerdings ebenfalls zu, vgl. noch Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt A.II.

368 Zu den grundrechtsdogmatischen Grundlagen ausführlich oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.

369 Ausführlich Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

370 *Saladin*, Persönliche Freiheit, S. 100 (Hervorh.i.Orig.; für die schweizerische Bundesverfassung). *Saladin* hebt hervor, daß die persönliche Freiheit bei diesem Verständnis „nicht ohne weiteres ... in einem Verhältnis einfacher Subsidiarität zu den übrigen Grundrechten, jedenfalls nicht zu den Freiheitsrechten“ steht (S. 102).

Datenverarbeitungen staatlicher Stellen (oder auch privater Dritter) erforderlich sind.³⁷¹ Insgesamt zeichnet sich der grundrechtsdogmatische Zugriff durch seine Eigenständigkeit gegenüber den traditionellen Mustern aus. Daran scheitert die Herleitung grundrechtlicher Bindungen aber nicht. Die Untersuchung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat ergeben, daß eben deswegen zwischen dem Schutz der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ und dem Schutz des „Rechts auf Achtung der Privatsphäre“ sowie des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“, die wiederum dem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ zugrunde liegen, differenziert wird. Die thematisch spezifizierten Freiheitsgewährleistungen schließen, ihre Einsatzfähigkeit vorausgesetzt, ebenfalls Bindungen für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten ein.

Kommen Art. 2 Abs. 1 GG, dies gegebenenfalls in der Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, Schutzwirkungen als Gewährleistung grundlegender Bedingungen individueller Freiheit zu und erstrecken sich die Aussagen der Grundrechte auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, kann man beide Gesichtspunkte miteinander verknüpfen. Das liegt schon deshalb nahe, weil auch das Grundverhältnis zwischen Staat und Person traditionell zwar mit Hilfe der Trennung von Staat und Gesellschaft und insofern als grundsätzlich unbegrenzte Freiheitssphäre des (isolierten) Individuums begriffen wird, aber vor dem Hintergrund der Weiterentwicklung des Grundrechtsverständnisses seinerseits vielfältiger zu beschreiben ist. Demnach läßt sich Art. 2 Abs. 1 GG im Bereich der Informations- und Datenverarbeitung auf einer grundlegenden Ebene mit der Funktion heranziehen, die er auch in traditionellen Zusammenhängen übernimmt. Dies gilt um so mehr, als der Umgang staatlicher Stellen (oder – im Rahmen der Drittwirkung – privater Dritter) mit personenbezogenen Informationen und Daten gleichermaßen freiheitsrelevant ist.

Die den konkreten Nachteilen vorgelagerte Situation, die bei einem unbegrenzten, unstrukturierten und intransparenten Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten besteht, wird in der „Datenschutz“-diskussion als fundamentale Freiheitsgefährdung beschrieben.³⁷² Der staatlichen Verwaltung könnte mit dem kombinierten Einsatz überkommener, rechnergestützter und vernetzter Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken ein umgreifender Fundus an Daten zur Verfügung stehen, der allen Stellen zum Zugriff offen steht. Ursprünglich war dies aus Anlaß der Idee umfassender Datenbanken thematisiert worden.³⁷³ Mittlerweile besteht ohne weiteres die Möglichkeit, einen umfassenden Datenpool durch die Vernetzung dezentraler Rechner zu realisieren.³⁷⁴ Mit dessen Hilfe könnten in vielfältiger Weise Informationen erzeugt und entsprechend vielfältig mit breitgefächerten Wirkungen umgesetzt werden. Jede staatliche Stelle könnte weitreichende Kenntnisse über den Einzelnen gewinnen, die mit ihrer Aufgabe nichts zu tun haben und dafür nicht erforderlich sind. Neben den nachteiligen Wirkungen ganz bestimmter Informationen könnten Persönlichkeitsprofile gebildet werden, die ein immer selektives und

371 Vgl. dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.1.

372 Zum folgenden bereits Erster Teil, 2. Kapitel, B.III.

373 Zur Idee umfassender Datenbanken als Anlaß der Datenschutzdiskussion oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

374 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.

möglicherweise inaktuelles, aber trotzdem festgefügtes Bild von einer Person vermitteln.³⁷⁵ Sachwidrige Vor-Urteile und sachwidrige Entscheidungen könnten die Folge sein.³⁷⁶ Bei undeterminiertem Umgang mit Informationen und Daten könnte deren Nutzung auf Verhaltenskontrollen und -steuerungen erstreckt werden, die über die jeweiligen staatlichen Kompetenzen hinausgehen.³⁷⁷ Veränderungen von Daten, beispielsweise durch Wertungen oder Zusätze, die veränderte Informationen vermitteln, erfolgten ohne steuernde Maßgaben und unkontrolliert; unter Umständen sind sie bei dem späteren Rückgriff auf die Daten nicht (mehr) als solche erkennbar und nachvollziehbar. In zeitlicher Hinsicht könnten Daten praktisch unbegrenzt gespeichert werden. Auch wenn sie nicht im engeren Sinne falsch wären, könnten sie die Betroffenen ohne eine Chance des Vergessens mit einer längst überholten Vergangenheit belasten.³⁷⁸

Zugleich bestünden Gefahren eines unrichtigen, also fehlerhaften, inaktuellen, unvollständigen und kontextgelösten Wissens, die mehr als früher ein regelungsbedürftiges Problem sind.³⁷⁹ In inhaltlicher Hinsicht könnte die Richtigkeit von Informationen und Daten im Rahmen der einzelnen Verarbeitungsvorgänge, also etwa bei der Erfassung von Informationen in Datenform oder bei der Datenveränderung, und im Ablauf des Verarbeitungsprozesses insgesamt gefährdet sein. Dieser könnte zum Beispiel zu einem Kontextverlust führen, aufgrund dessen die Informationen, die aus den von einer bestimmten Stelle aus einem spezifischen Anlaß zu einem bestimmten Zweck erlangten Daten zu einem späteren Zeitpunkt gewonnen werden, verkürzt oder verfälscht würden. Besondere Fehlerquellen könnten bei bestimmten Erhebungsmethoden liegen oder technikbedingt sein. In der zeitlichen Dimension brächte eine theoretisch unbegrenzt mögliche Speicherdauer besondere Gefahren der Inaktualität oder der unkontrollierten Mischung veralteter und aktueller Daten mit sich. Ein fehlerhaftes, selektives oder inaktuelles Wissen wirkte sich auf die sachliche Aufgabenerledigung aus. Die staatlichen Entscheidungen und Handlungen könnten ihrerseits fehlerhaft oder sachwidrig werden.

Richteten sich die Beschreibungen zunächst vor allem auf die öffentliche Verwaltung, werden sie inzwischen mit Blick auf die zunehmend vernetzte Kommunikation und Datenverarbeitung erweitert. Die denkbaren Szenarien haben sich nicht geändert, sondern im Gegenteil verschärft. Die Digitalisierung, die Vernetzung und die Datenverarbeitungstechniken erlauben eine umfassende Beobachtung und Dokumentation des Verhaltens der Teilnehmer im Netz und umfangreiche Sammlungen von Daten. In verschiedenen Hinsichten können Persönlichkeits- und Nutzungsprofile hergestellt oder selektiv bestimmte Angaben über eine Person zusammengestellt werden. Dieses Wissen kann zu nachteiligen und gegebenenfalls sachwidrigen Entscheidungen führen oder auch für vielfältige Einflüsse auf die betroffene Person genutzt werden. Zudem steigern sich die Möglichkeiten der

375 Zur Diskussion um die Herstellung von Persönlichkeitsprofilen siehe bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1. und 2.

376 Vgl. etwa O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 35 ff.; Schrepfer, Datenschutz, S. 78 ff.

377 Dazu etwa Simitis, Datenschutz, S. 499 ff.; ders., Unvollständigkeit, S. 573 ff.

378 Dazu etwa O. Mallmann, Zielfunktionen, bes. S. 40.

379 Siehe näher bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

Manipulation von Daten und die Gefahren für die Richtigkeit erzeugter Informationen.³⁸⁰

Die Betroffenen wären aus ihrer Perspektive einem für sie zunehmend undurchschaubaren Umgang mit Informationen und Daten und darauf beruhenden Entscheidungen und Handlungen ausgesetzt. Diese werden nur in bestimmten, keineswegs in allen Konstellationen an sie gerichtet und ihnen bekannt. Daher wäre nicht gesichert, daß sie von für sie nachteiligen und korrekturbedürftigen Entscheidungen erführen oder die Ursache von Nachteilen herausfinden könnten. Verunsicherungen und Mechanismen der erwartungsvermittelten Anpassung des individuellen Verhaltens könnten die Folge sein. Das individuelle Verhalten würde möglicherweise in einer weit über das erwünschte und weit über das begründbare Maß hinausreichenden Weise daran orientiert, daß es beobachtet werden, in das „Bild“ des Staates oder anderer Personen einfließen und zu nicht kontrollierbaren Nachteilen führen kann.³⁸¹ Auf der hier erörterten Ebene und unter den beschriebenen Bedingungen beträfe dies das Verhalten in übergreifender Weise und in zahlreichen Hinsichten.³⁸² Der Einzelne wäre in einem grundsätzlichen Sinne in der Entfaltung seiner Persönlichkeit beeinträchtigt.³⁸³ Man mag zusammenfassend formulieren, daß die „personale Grundbefindlichkeit“³⁸⁴ betroffen wäre.

Mit all dem sind nicht bloß punktuelle Beeinträchtigungen angesprochen. Man hat es mit der den einzelnen Freiheitsgewährleistungen vorgelagerten Ebene grundlegender Bedingungen individueller Freiheit zu tun. Der Fokus richtet sich auf den Umgang gerade mit *personenbezogenen* Informationen und Daten, indem man eine spezifische Betroffenheit und einen spezifischen Schutzbedarf der Personen herausarbeiten kann, auf die die Daten oder die gebildeten Informationen verweisen. Diese Einschränkung ändert nichts daran, daß sich diese Ebene sehr komplex gestaltet. Denn der Umgang mit Informationen und Daten setzt sich aus Prozessen mit unterschiedlichen Phasen und vielfältigen Wirkungsmechanismen zusammen. Er ist außerdem mit anderweitigen Ebenen verflochten, insbesondere der Ebene sachlicher Entscheidungen in einem bestimmten Kontext. Darüber

380 Zu allem Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.

381 Dazu *Arndt*, Rechtsstaat, S. 168; *Simiutis*, Datenschutz, S. 499 ff., bes. 511 f.; *O. Mallmann*, Zielfunktionen, S. 39 ff.; *Podlech*, Aufgaben, S. 32 ff.; *Sasse*, Sinn und Unsinn, S. 13 f.; *Schrepfer*, Datenschutz, S. 80, 87 ff.; *Schweizer*, Grundlagen, S. 29 f.; vgl. auch *Bull*, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 876.

382 Siehe näher auch bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III., und Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt A.

383 Vgl. dazu auch *Arndt*, Rechtsstaat, S. 159 (Hervorh.i.Orig.): „Denn um Demokratie von der Wurzel her wachsen zu lassen, ist für den Jedermann, der ein „Einzelner“ ist, *Freiheit von Furcht* das erste Erfordernis.“ Ähnlich *Denninger*, Verfassungstreue, S. 27 ff., der – im Hinblick auf Verfassungsschutzfragen – die von der geschriebenen Verfassung vorausgesetzte Grundverfassung des Bürgers anspricht, ohne welche die institutionellen Elemente der freiheitlichen demokratischen Grundordnung leerliefen und ihren Zweck verfehlten und zu der u.a. die Freiheit von Angst (vor einer heimlichen oder offenen Observierungspraxis der Verfassungsschutzämter) als Bestandteil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und als Element der aktivbürgerlichen, demokratieverwirklichenden Grundrechtsbetätigung zählen soll. Kritik an diesem Gedanken findet sich bei *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 136 m.w.N., der aberkennt, daß die „Freiheit von Angst“ nicht im Sinne eines klassischen Individualrechtsguts und subjektiven Rechts zu verstehen ist.

384 So der treffende (allerdings im Rahmen einer anderen Grundkonzeption eingesetzte) Begriff bei *Schmitt Glaeser*, Privatsphäre, Rn 85 f.

hinaus ist er abhängig von der Gestaltung und dem Einsatz der jeweiligen Techniken. Entsprechend mehrdimensional und vielfältig stellt sich der Schutzbedarf der Personen dar, auf die sich die Informationen und Daten beziehen. Hinzu kommt die Betroffenheit aufgrund der faktisch allenfalls begrenzt gegebenen Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten.

Schon deswegen müssen die Grundrechtsbindungen auf dieser Ebene in einer Weise näher konkretisiert werden, die der Komplexität der von ihnen erfaßten Sachlage gerecht wird. Schutzziel ist die Verhinderung der Freiheitsbeeinträchtigungen, die zu erwarten sind, wenn der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten den (grund-)rechtlichen Grenzen und Maßgaben nicht unterläge.³⁸⁵ Neben Art. 2 Abs. 1 GG kann Art. 1 Abs. 1 GG auf der grundlegenden Ebene in bestimmten Hinsichten Aussagen hergeben, die einschlägig sind. Etwa steht die Menschenwürde einem umfassenden Datenverbund der staatlichen Verwaltung, wie er bei rechtlich uneingeschränkter Informations- und Datenverarbeitung denkbar wäre, entgegen, weil er Informationen über den Einzelnen in Form eines weitreichenden Persönlichkeitsprofils hergeben kann.³⁸⁶ Ebenso wäre die Menschenwürde berührt, wenn staatliche Stellen heimlich Daten über persönliche Angelegenheiten verarbeiten und dem Betroffenen jegliche Informationsmöglichkeiten darüber vorenthielten.³⁸⁷ Die Verbürgung der Unantastbarkeit der Menschenwürde braucht man insofern nicht in jedem Fall, sondern nur in den Fällen einzubeziehen, in denen ihre Aussagen einschlägig sind. In diesem Sinne ergänzen ihre Maßstäbe Art. 2 Abs. 1 GG als Leitmaßstab.

Im Ergebnis greift somit auf der grundlegenden Ebene die Kombination des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Da dieser Normenkombination hier die Funktion eines den einzelnen Freiheitsgewährleistungen vorgeschalteten Schutzes zukommt, sind mit den zu entwickelnden Bindungen zugleich die Bedingungen aufzufangen, die für den Schutz durch diese Gewährleistungen erforderlich sind.³⁸⁸ Indem man sich auf einer konkreten Konstellation vorgelagerten Ebene bewegt, allgemein-grundlegende Bedingungen individueller Freiheit thematisiert und Anforderungen an die rechtliche Regulierung der Informations- und Datenverarbeitungen entwickelt, läßt sich außerdem ein Bezug zur Gesellschaft als übergeordnetem System herstellen. In diesem Rahmen kann der – auch im Volkszählungs-urteil hervorgehobene³⁸⁹ – Zusammenhang zwischen der Demokratie und der rechtlichen Determination des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten herausgear-

385 Es ist kein Zufall, daß man sich dabei auf dieser Abstraktionsebene an die überkommene Rechtsstaatsidee erinnert fühlt. Denn bestimmte Überlegungen zur individuellen Freiheit und ihren Bedingungen, die dieser Idee zugrunde liegen, werden im Hinblick auf die – aus überkommener Sicht staats„internen“ – staatlichen Kommunikations- und Informationsprozesse weiterentwickelt. Parallelen werden in der Literatur gelegentlich hervorgehoben, vgl. etwa *Denninger*, Verfassungstreue, S. 26 ff., oder auch *Podlech*, Aufgaben, S. 23 ff.

386 Zur insoweit gegebenen Relevanz der Menschenwürde siehe nur *Sasse*, Sinn und Unsinn, S. 13.

387 Vgl. auch *Häberle*, Abhörentscheidung, S. 151 f.

388 Siehe auch *Simitis*, Datenschutz, S. 514: „Die Verarbeitungsregelung ist ... Vorstufe der einzelnen Freiheitsrechte, die erst in einer auch und gerade durch normativ abgesicherte Anforderungen an den Verarbeitungsprozeß geprägten staatlichen und gesellschaftlichen Ordnung ent- und bestehen können.“

389 BVerfGE 65, 1 (43). Siehe dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

beitet werden und bei der Konkretisierung der Regelungsinhalte einfließen.³⁹⁰

II. Schutzziele und Aussagegehalte

Konkretisiert man die Maßstäbe des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf dieser Basis, kann man sie nicht in die Form eines „klassischen“ Individualguts zwingen. Selbst wenn man das Schutzziel in untechnisch-bündiger Form als Wahrung der (Bedingungen der Möglichkeit der) Selbstbestimmung des Einzelnen beschreiben will, darf man nicht die kurzschlüssige Folgerung ziehen, der Gewährleistungsinhalt sei als Entscheidungsrecht des Einzelnen über den Umgang mit den ihn betreffenden Informationen und Daten zu umschreiben.³⁹¹ Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG läßt sich auch nicht schlicht die Aussage herleiten, daß der Staat oder auch private Dritte jeglichen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten grundsätzlich zu unterlassen hätten. Das ist weder das Schutzziel noch wäre es die passende Reaktion auf die beschriebenen Freiheitsgefahren.

Vielmehr zielen die grundrechtlichen Vorgaben darauf, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht weitgehend ungebunden, unbegrenzt, undurchschaubar und an den Betroffenen vorbei verläuft. Sie richten sich daher in erster Linie darauf, daß einfachrechtliche Bindungen und Rechte geschaffen werden. Dogmatisch ist man nicht auf den Umweg über grundsätzliche Unterlassungsgebote und die Möglichkeit gesetzlicher Ermächtigungen angewiesen. Da man sich auf der Ebene grundlegender Bedingungen individueller Freiheit bewegt, hat man es mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als objektivrechtlicher Freiheitsgewährleistung zu tun, die verschiedenartige staatliche Pflichten und individuelle Rechte hergibt. Dazu können Unterlassungspflichten, aber auch Regelungs- und Gestaltungsaufträge an die Gesetzgebung gehören, die sich auf die freiheitsgerechte Strukturierung bestimmter Bereiche durch gesetzliche Normen richten.³⁹² Erst die Anerkennung mehrerer Grundrechtsfunktionen ermöglicht es, die Grundrechtsaussagen zu Bindungen zu konkretisieren, die den Freiheitsgefahren entgegenwirken, die weitgehend ungebundene und intransparente Informations- und Datenverarbeitungen mit sich brächten.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG stellt auf der hier erörterten Ebene somit zunächst *Anforderungen an die Gesetzgebung*. „Die Verfassung ordnet also nicht die Daten den jeweils in Betracht kommenden einzelnen zu, um Herrschaftsrechte zu begründen, sondern

390 Dazu *Simitis*, Amtshilfe, S. 2796: „Vorschriften über die Verarbeitung personenbezogener Daten sind unverzichtbare Vorbedingung der Existenz von Grundrechten überhaupt, damit aber auch der Existenz einer auf die Partizipation des einzelnen angewiesenen und von ihr bestimmten Gesellschaft. Anders ausgedrückt: Der Datenschutz zählt zu den strukturellen Voraussetzungen eines demokratischen Staates.“ Außerdem *ders.*, Datenschutz, S. 513 f. Daneben *Denninger*, Verfassungstreue, S. 27 ff.; *Sasse*, Sinn und Unsinn, S. 14 ff. Allgemein für die „persönliche Freiheit“ *Saladin*, Persönliche Freiheit, S. 100: „Sie ist in einem umfassenden Sinne Voraussetzung für die Ausübung aller andern Grundrechte, und sie ist damit unabdingbarster Baustein eines demokratischen Rechtsstaats.“

391 Daß eine solche Fassung ein Kurzschluß ist, wird also auch an dieser Stelle noch einmal deutlich. Vgl. bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

formuliert an die Adresse des Gesetzgebers die Verpflichtung, den Kommunikationsprozeß organisatorisch durch Vorkehrungen abzusichern, die eine offene, für den Betroffenen erkennbare und nachvollziehbare Verarbeitung ebenso gewährleisten wie sie manipulative Verarbeitungsstrategien oder die Verbreitung unzutreffender Informationen ausschließen.³⁹³ Das Grundrecht verlangt eine *Vergesetzlichung*.³⁹⁴ Deren Inhalt und Reichweite bestimmen sich nach den dazu entwickelbaren Aussagen zur Verteilung der Regelungs- und Konkretisierungskompetenzen.³⁹⁵ In der Terminologie der „Wesentlichkeitstheorie“³⁹⁶ heißt dies, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht in jedem Detail, sondern in den Hinsichten gesetzlich zu regeln ist, die nach den Maßstäben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG „wesentlich“ sind. Im näheren ergibt sich ein komplexes Wechselspiel zwischen Grundrechtsanforderungen und gesetzlichen Regelungen.³⁹⁷

Anforderungen sind in diesem Rahmen (nur) für Informations- und Datenverarbeitungen herzuweisen, die von den Grundrechtsträgern handeln und sie betreffen. Gebunden wird also der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. Die „Personenbezogenheit“ ist allerdings weder in isolierter Betrachtung des einzelnen Datums noch mit Blick auf die einzelne Information, sondern im übergreifenden Kontext und unter Umständen je nach Beziehung relativ zu bestimmen.³⁹⁸ Der Kontext und damit die Personenbezogenheit lassen sich durch rechtliche Bestimmungen gestalten. Zu denken ist dabei nicht nur an explizite Vorschriften zur Anonymisierung und Pseudonymisierung, sondern etwa auch an Regelungen darüber, welche Angaben welchem Teilnehmer zugänglich sind und wer somit welche Informationen bilden kann.³⁹⁹ Der Gesetzgeber kann also teilweise beeinflussen, ob ein Umgang mit *personenbezogenen* Informationen und Daten vorliegt oder nicht.

Ausgehend von den Schutzziele und -inhalten des Grundrechts sind Regelungen in mehreren Hinsichten geboten. Diese lassen sich unterscheiden, hängen aber auch in bestimmtem Umfang zusammen und bauen aufeinander auf. Damit einer tendenziell ungebunden und unüberschaubar verlaufenden Informations- und Datenverarbeitung begegnet wird, gebietet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erstens eine *sachgerechte Begrenzung*

392 Ausführlicher Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

393 *Simitis*, Gedächtnisverlust, S. 1492.

394 Siehe auch *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 88 f., dazu, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Vergesetzlichung initiiert, wie sie auch im Strafvollzugs- oder Schulbereich herbeigeführt worden ist.

395 Siehe dazu allgemein Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

396 Vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

397 Dazu sogleich Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.IV.

398 Zum Begriff des personenbezogenen Datums Art. 2 lit a EG-DSRlL, § 3 Abs. 1 BDSG, *Dammann*, in: *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 3 ff.; *Tinnefeld*, Geschützte Daten, Rn 18 ff. Ausführlich auch zur Relativität und zur Personenbeziehbarkeit *Saeltzer*, Daten, S. 218 ff.

399 Beispiel im Bereich der Verwaltung ist die Krankenversichertennummer nach § 290 SGB V, die in sich keine Hinweise auf die Person des Versicherten enthält und deshalb nur bei einer Verknüpfbarkeit mit bestimmten weiteren Daten personenbezogen ist; siehe dazu *Eul*, Informations- und Datenschutzregelungen, Rn 87. Beispiel im Bereich der Kommunikation im Internet sind die Verpflichtungen der Dienste, die Inanspruchnahme von Leistungen anonym oder pseudonym mit der Folge zu ermöglichen, daß der Personenbezug entfallen kann, vgl. etwa § 4 Abs. 1 TDDSG. Zum relativ gegebenen Personenbezug von IP-Adressen vgl. *Schulz*, „Datenschutzaufrag“, S. 165 ff.

und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten und die Sicherstellung der *Transparenz* der Verarbeitungsabläufe. Dieses Gebot hat bereits deshalb seinerseits mehrdimensionale Implikationen, weil es die Bezüge zur sachlichen Ebene, zur Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik oder zur System- und Technikgestaltung aufnimmt. Es verlangt eine übergreifend-grundlegende Steuerung. Seine näheren Maßgaben unterscheiden sich somit von einem punktuell wirkenden Schutz vor dem „Mißbrauch“ personenbezogener Daten: Sie reichen einerseits weiter, belassen der Gesetzgebung aber andererseits vielfältige Ausgestaltungs- und Konkretisierungsspielräume. Zweitens ist den Grundrechtsträgern die *Möglichkeit der Kenntnis* des sie betreffenden Umgangs mit Informationen und Daten zu gewährleisten. Da die objektive Reglementierung und die Kenntnischancen ohne eine Möglichkeit der Einflußnahme der Grundrechtsträger auf die sie betreffenden Informations- und Datenverarbeitungen unvollständig und grundrechtlich unzureichend wären, ist drittens die *rechtliche Gewährleistung individueller Einflußchancen* erforderlich. Viertens müssen *Kontrollmechanismen und -institutionen* verankert werden, die das Problem bewältigen, daß sich der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten faktisch weitgehend losgelöst von den betroffenen Personen vollzieht. In allen Hinsichten geht es um komplexe Vorgaben, die noch näher zu entfalten sind.

1. Sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit Informationen und Daten

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt zunächst eine sachgerechte und transparenzsichernde Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Diese Vorgaben zielen darauf, die Grundrechtsträger auf der Ebene grundlegender Bedingungen individueller Freiheit vor den übergreifenden Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsentfaltung oder gegebenenfalls der Menschenwürde zu schützen, zu denen ein vollständig ungebundener, unbegrenzter und intransparenter Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten führte. Die Vorgaben wirken im Zusammenspiel. Sie sind sowohl mit Blick auf die sachbezogenen Regelungsstrukturen als auch mit Blick auf die Charakteristika der Informations- und Datenebene näher zu konkretisieren. Außerdem lassen sich die Determination der Verarbeitungsabläufe und die ihr vorgelagerte System- und Technikgestaltung unterscheiden.

Bei der Umsetzung der Anforderungen an eine *sachgerechte Begrenzung und Gestaltung* bieten die sachbezogenen Regelungsstrukturen zentrale Anknüpfungspunkte. Denn Informationen und Daten werden – unabhängig davon, inwieweit Informations- und Datenverarbeitungen und Sachentscheidungen voneinander entkoppelt sind – als Grundlage sachbezogener Entscheidungen und Handlungen zur Aufgabenerledigung benötigt. Die Verarbeitungsabläufe lassen sich begrenzen und strukturieren, indem sie mit der sachlichen Ebene, im staatlichen Bereich also den sachlichen Aufgaben und Befugnissen, rechtlich verklammert und in dem damit geschaffenen Rahmen näher determiniert werden. Daneben können die sachlichen Regelungsstrukturen, die Organisation der Aufgabenwahrnehmung und die eingesetzten Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken ihrerseits in bestimmter Form gestaltet werden, damit die grundrechtlichen Anforderungen angemessen umgesetzt

werden. Die weitergehenden Anforderungen an eine *transparente Gestaltung* verpflichten dazu, die Informations- und Datenverarbeitungsabläufe möglichst überschaubar und nachvollziehbar zu gestalten. Ohnedem ließen sich weder die sachgerechte Begrenzung und Gestaltung, die vor allem auch in Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zu realisieren ist, noch Kenntnis- und Einflußrechte der Betroffenen wirksam gewährleisten.⁴⁰⁰ Die Anforderungen an eine transparente Gestaltung sind bereits im Rahmen der Regelungen zu berücksichtigen, mit denen der Umgang mit Informationen und Daten sachgerecht begrenzt und gestaltet wird. Dementsprechend konnte das Bundesverfassungsgericht einige Aspekte des Gebots der Transparenz in der gesetzgeberischen Verpflichtung zur Normenklarheit einfangen.⁴⁰¹ Eine transparente Gestaltung kann aber darüber hinaus eigenständige Vorschriften erfordern.

So wie gesetzlich begründete Aufgaben/Befugnis-Zusammenhänge nicht entkoppelt und die begründeten Befugnisse nicht für eine andere Aufgabe eingesetzt werden dürfen⁴⁰², sind personenbezogene Informationen und Daten dann für die Exekutive grundsätzlich nicht „frei“, sondern nur nach Maßgabe der grundlegend geregelten und einerseits mit den sachlichen Kompetenzen, andererseits untereinander abgestimmten Verarbeitungsvorgaben und -zusammenhänge verfügbar.⁴⁰³ Die so entstehenden Bindungen und Begrenzungen staatlicher Informations- und Datenverarbeitungen sind mit dem (deskriptiven) Begriff der „informationellen Gewaltenteilung“ gemeint.⁴⁰⁴

Die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG richten sich demnach nicht darauf, daß für jeden einzelnen Informations- und Datenverarbeitungsvorgang eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen wird. Sie begründen kein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“.⁴⁰⁵ Ebensowenig bedingen sie die detaillierte gesetzliche Determination selbst der

400 Hinsichtlich des teilweise schlagwortartig verwendeten Begriffs der „Transparenz“ der Informations- und Datenverarbeitung wird hier unterschieden zwischen der objektiven Nachvollziehbarkeit der Verarbeitungsvorgänge und dem eigenständigen Strang der Kenntnismöglichkeiten der Betroffenen.

401 Vgl. dazu *Bäumler*, Normenklarheit, S. 362 ff.

402 Gründlich erläutert bei *Schlink*, Amtshilfe, S. 85 ff., bes. S. 105 ff.

403 Plastisch *Simitis*, Datenschutz, S. 515: Der Verarbeitungsregelung falle die Aufgabe einer Allokation der Information zu. Siehe auch *Schuppert*, Einheit der Verwaltung, S. 767, mit dem anschaulichen Vergleich zu der anders ansetzenden Konstruktion bei der Finanzbeschaffung und Finanzverwendung, die gerade nicht in einen einheitlichen Regelungszusammenhang gebracht, sondern voneinander entkoppelt werden.

404 Vgl. etwa bei *Steinmüller u.a.*, Grundfragen, S. 90 f.; *Bull*, Datenschutz contra Amtshilfe, S. 691; *Heußner*, Zweckbindung, S. 233 f., 240. Der Begriff „informationelle Gewaltenteilung“ ist kein Rechtsbegriff. Kritisch zur Assoziation zur Gewaltenteilung *Oldiges*, Einheit der Verwaltung, S. 742 f. Vgl. auch *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 114 Fn 390.

405 Das „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ wird mit Blick auf § 4 Abs. 1 BDSG teilweise als Grundprinzip des derzeitigen Datenschutzrechts angesehen. Vgl. etwa – mit partiell kritischer Intention – *Rofßnagel/Pfützmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 15, 70 f.; *Bizer*, Datenschutzrecht, S. 581 f.; *Moos*, Datenschutz, S. 516 f. (mit Blick auf das Recht der Tele- und Mediendienste); *Fuhrmann*, Technikgestaltung, S. 125 f. Für den öffentlichen Bereich paßt diese Beschreibung aber schon deswegen nicht, weil § 4 Abs. 1 BDSG insoweit nur das Erfordernis gesetzlicher Grundlagen hervorhebt und daneben die Gleichwertigkeit der Einwilligung des Betroffenen festhält. Folgt man dem obigen Konzept, kommt hinzu, daß die grundrechtlichen Vorgaben gerade keine Ermächtigungen für jeden einzelnen Datenverarbeitungsschritt, sondern eine Grundregulierung verlangen, aufgrund derer bestimmte Anforderungen an die Informations- und Datenverarbeitungen sichergestellt werden. Auch

Datenverarbeitung, die sich in einem bestimmten, grundlegend geregelten Verarbeitungs- und Verwendungszusammenhang als „trivial“ darstellt.⁴⁰⁶ Der Gesetzgebung obliegt es vielmehr, auf einer grundlegenden Ebene gesetzliche Lösungen zu entwickeln, mittels derer der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in Abstimmung sowohl mit den sachlichen Kompetenzen als auch der Verarbeitungsregelungen untereinander sachgerecht begrenzt und transparent gestaltet wird. Ihr stehen Spielräume zu, unterschiedliche Konzeptionen zu realisieren. Das gilt um so mehr, als die jeweiligen gesetzlichen Regelungen in vielfältiger Weise aufeinander aufbauen, aber auch einander ersetzen können. Je nach sachlichem Regelungsfeld führen die Maßgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu unterschiedlichen Regelungserfordernissen. In diesem Sinne ist die grundrechtsgeleitete gesetzliche Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten auch auf der Ebene der Grundregulierung „gefährdungsabhängig“.⁴⁰⁷

a) Gesetzliche Determination der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge

Eine sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist dadurch zu gewährleisten, daß die *Verarbeitungsvorgänge* in einer bestimmten Form und in einem bestimmten Umfang *gesetzlich determiniert* werden. Form und Reichweite dieser Determination hängen dabei auch von den sachlichen Regelungsstrukturen ab. Hier sind insbesondere staatliche und private Regelungsfelder mit Rücksicht auf ihre strukturellen Eigenheiten zu unterscheiden, die aus verfassungsrechtlicher Perspektive bestehen. Aber auch in sich sind staatliche oder private Regelungsgebiete so heterogen, daß eine gesetzliche Determination der Informations- und Datenverarbeitungen differenziert sein und aus einer Kombination allgemeiner und bereichsspezifischer Regelungen bestehen muß.⁴⁰⁸

Da das Verhalten der staatlichen Verwaltung bereits durch sachliche Kompetenzen geprägt wird, hat der Gesetzgeber deren Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten sachgerecht zu begrenzen und zu gestalten, indem er die Verarbeitungsvorgänge mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen *rechtlich verklammert* und in dem damit geschaffenen Rahmen *näher determiniert*. Dadurch wird unter anderem sichergestellt, daß kein umfassender Datenpool hergestellt wird, auf den alle Stellen beliebig zugreifen können, und daß Informationen und Daten nicht aus bloßer staatlicher

im privaten Bereich ist ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ schon deswegen nicht grundrechtlich gefordert. Im übrigen hängt die Bedeutung des § 4 Abs. 1 BDSG hier davon ab, wie sich die gesetzlichen Erlaubnisse gestalten. Vgl. zur EG-DSRil Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.3.

406 Vgl. dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. Eine Beschreibung von Daten oder Datenverarbeitungsvorgängen als „trivial“ oder „belanglos“ ergibt sich somit ausschließlich relativ zum Verwendungszusammenhang und setzt dessen Bestimmbarkeit und die Bestimmbarkeit der erzeugbaren Informationsgehalte voraus. Unter diesen Voraussetzungen ist eine solche Beschreibung aber möglich.

407 Weitere Erfordernisse „gefährdungsabhängiger“ Regelungen ergeben sich daraus, daß einzelgrundrechtliche Bindungen zu den Maßgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hinzutreten können. Zum „gefährdungsabhängigen Schutz“, aber ohne die Differenzierung unterschiedlicher Ebenen und Maßgaben *Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 527 ff.; *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 23.

408 Näher noch Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.III.3.

Neugierde⁴⁰⁹ oder ohne Anlaß und Zweck gewonnen und gespeichert werden. Das Bundesverfassungsgericht hat dies als Verbot einer „Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbar Zwecken“ beschrieben.⁴¹⁰ Außerdem wird gewährleistet, daß die staatlichen Stellen nicht Daten verarbeiten und Informationen erzeugen, ohne daß es für die Aufgabenerfüllung erforderlich wäre. Werden die Gewinnung und Umsetzung von Informationen sowie die Verarbeitung von Daten mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen rechtlich verklammert, entstehen dadurch bereits Verarbeitungszusammenhänge, die durch sachorientierte Grenzen und Strukturen gekennzeichnet sind. Nähere Determinanten bauen darauf auf. In welchen Hinsichten und mit welcher Regelungsdichte und -tiefe sie notwendig sind, hängt vom jeweiligen Regelungsbereich ab. In Betracht kommt eine nähere Determination sämtlicher oder einzelner Verarbeitungsvorgänge dadurch, daß nach betroffenen Personen differenziert wird, daß mehr oder weniger detaillierte tatbestandliche Voraussetzungen für die Verarbeitungsvorgänge festgelegt werden oder daß die Informationen oder Daten inhaltlich umschrieben werden, die verarbeitet werden dürfen oder deren Verarbeitung ausgeschlossen sein soll.

Eine sachgerechte Gestaltung besteht zudem nur dann, wenn – mit Rücksicht auf je gegebene strukturelle Gefährdungen – die *Richtigkeit* der Informationen und Daten gesichert wird.⁴¹¹ Denn die Aufgabenerfüllung erfordert in der Regel (nur) richtige Informationen und Daten. Die Anforderungen an die Sicherstellung der Richtigkeit sind bereits im Rahmen der Gestaltung der Regelungen zu realisieren. Darüber hinaus sind in mehr oder weniger weitreichendem Umfang besondere Vorschriften erforderlich. Die Reichweite der Regelungserfordernisse hängt von den Bedingungen des Regelungsbereichs und der eingesetzten Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik ab. Die Vorgaben zielen auf der hier in Rede stehenden Ebene nicht darauf, die immer denkbare Fehlerhaftigkeit von Informationen und Daten unter allen Umständen auszuschalten. Sie sind vielmehr eine Reaktion auf spezifische Gefahren für die Richtigkeit, die etwa mit dem kombinierten Einsatz der Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken oder durch besondere Methoden der Datenerhebung entstehen.⁴¹² Der Gesetzgebung stehen deshalb mehrere Regelungsoptionen offen, über die in verschiedener Form und an unterschiedlichen Stellen der Informations- und Datenverarbeitungen Sicherungen, Prüfvorkehrungen und Korrekturmöglichkeiten eingebaut werden können.

Neben der Abstimmung mit der Sachebene gibt die Maßgabe einer sachgerechten Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten der Gesetzgebung eine Koordination der Regelungen der einzelnen Verarbeitungsvorgänge

409 Anders als beim Staat kann „Neugierde“ bei Privaten rechtlichen Schutz genießen.

410 BVerfGE 65, 1 (46); vgl. auch BVerfGE 77, 65 (77 f.)

411 Der aus eher technischem Kontext stammende Begriff der „Datensicherheit“, an den man hier denken mag, fällt rechtlich unter die sachgerechte Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit Informationen und Daten, soweit er etwa die Zugänglichkeit von Daten innerhalb übergreifender Systeme für bestimmte berechnete Personen umfaßt, und unter die Richtigkeitsgewähr, soweit er z.B. die Sicherung von Daten gegen verfälschende Manipulationen bezeichnet.

412 Vgl. dazu bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III. 1 und 2.

untereinander auf. Die Regelungen der jeweiligen Verarbeitungsschritte sind danach *untereinander* und *mit anderen Regelungskomponenten*, etwa hinsichtlich der Erhebungsmethoden, so *abzustimmen*, daß ein konsistenter Verarbeitungszusammenhang besteht. Diese Anforderung hat den Hintergrund, daß die einzelnen Phasen der *Verarbeitungsprozesse* faktisch voneinander entkoppelbar sind. Bindungen, die an verschiedenen Stellen greifen, könnten miteinander unvereinbar sein, und Bindungen an einer Stelle, etwa bei der Datenerhebung, könnten an späteren Stellen, etwa bei Datenverknüpfungen, unterlaufen werden, wenn nicht ein abgestimmter *Verarbeitungszusammenhang* hergestellt wird. Das steht hinter der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, die gesetzlichen Regelungen dürften nicht „tendenziell Unvereinbares“ miteinander verbinden.⁴¹³ Die Koordination wird teilweise bereits durch die Verklammerung der Verarbeitungsvorgänge mit den Aufgaben und Befugnissen erreicht. Sie kann, soweit der Gesetzgeber zusätzliche Regelungen vorsehen muß, ihrerseits zu weiteren Begrenzungen führen.

Wegen des Einflusses der *Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken* muß die Gesetzgebung Einsatz und Kennzeichen der Techniken im abstrahierten und typisierten Verarbeitungskontext schon bei der Gestaltung der gesamten Regelungen berücksichtigen. Wegen technischer Eigenheiten können besonders gestaltete oder zusätzliche Bestimmungen notwendig sein, die die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten begleiten und absichern. Die Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken sind im hier interessierenden Zusammenhang jenen Regelungen (analytisch) nachgeschaltet.

b) Gesetzliche Regelungen zur System- und Technikgestaltung

Die Anforderungen, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an die sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten stellt, richten sich über die gesetzliche Determination der Verarbeitungsvorgänge in ihren Verarbeitungskontexten hinaus darauf, daß die Gesetzgebung *Regelungen zur System- und Technikgestaltung* trifft.⁴¹⁴ Die grundrechtlichen Anforderungen können solche Regelungen entweder verlangen oder jedenfalls auch dadurch realisiert werden.

Systemgestaltung und Technikgestaltung sind den *Verarbeitungsprozessen* (analytisch) vorgelagert. Sie bestimmen im Vorfeld den Rahmen und die Bedingungen konkreter Informations- und Datenverarbeitungen. Der Begriff der Systemgestaltung bezieht sich auf abgrenzbare soziale Systeme oder Teilsysteme, im Rahmen derer in Kommunikations-, Entscheidungs-, Informations- und Datenverarbeitungsverfahren Aufgaben erledigt oder bestimmte Ziele verfolgt werden und in denen sich die Verarbeitungsvorgänge bewegen. Damit werden die Formen der Aufgabenerledigung und der näheren Entscheidungs- und Verarbeitungsverfahren unter Einbeziehung der eingesetzten Kommunikations- und Da-

413 BVerfGE 65, 1 (61 ff.); siehe dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b.bb.

414 Vgl. auch Erwägungsgrund 46 der EG-DSRIL, der darauf gerichtet ist, daß für den Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten technische und organisatorische Maßnahmen bereits zum Zeitpunkt der Planung des Verarbeitungssystems ge-

tenverarbeitungstechniken erfasst.⁴¹⁵ Die Systemgestaltung prägt somit auf einer den einzelnen Verarbeitungsvorgängen vorgelagerten Ebene den Verarbeitungs- und Verwendungskontext, der dann auf der Ebene der Determination der Verarbeitungsvorgänge weiter präzisiert werden kann. Die Technikgestaltung umfaßt die Entwicklung, die Auswahl, den Einsatz und die Konfiguration von Datenverarbeitungsnetzwerken, -anlagen, -programmen oder Speichermedien. Als Teilkomponente des gesamten Kommunikationssystems ist sie in die Systemgestaltung eingegliedert. Sie kann aber auch abstrakt betrachtet werden und eigenständiger Bezugspunkt der rechtlichen Steuerung sein.⁴¹⁶

Daß die grundrechtlichen Anforderungen gesetzliche Regelungen zur System- oder Technikgestaltung verlangen oder dadurch erfüllt werden können, beruht auf mehreren Gesichtspunkten. Zum einen gibt es zahlreiche Kontexte, in denen rechtliche Vorgaben für das Verhalten der Adressaten allein nicht genügen können, weil sie keine angemessene Determinationskraft entfalten oder weil ihre Beachtung nicht hinreichend kontrollierbar ist.⁴¹⁷ Beim Internet als globalem Netz ist für viele der dort laufenden Informations- und Datenverarbeitungen deutlich, daß eine gesetzliche Determination, die auf nationaler Ebene auf die rechtliche Herstellung begrenzter Verarbeitungszusammenhänge und auf die Gestaltung der Verarbeitungsvorgänge zielt, nur in eingeschränktem Umfang greift.⁴¹⁸ Aber auch unabhängig davon kann eine gesetzliche Steuerung auf der vorgelagerten Ebene der System- oder Technikgestaltung mit Rücksicht auf die Determinationskraft oder die Kontrollmöglichkeiten geboten oder angezeigt sein.

Zum anderen wirken sich die engen Wechselwirkungen aus, die zwischen den Informations- und Datenverarbeitungen auf der einen Seite und der Ausgestaltung der Kommunikationssysteme sowie der Techniken auf der anderen Seite bestehen. Die sachlichen Strukturen, die Organisation und die Verfahren der Kommunikation, der Entscheidungsfindung oder der Aufgabenerledigung bilden den Rahmen und die Bedingungen der Informations- und Datenverarbeitungen. Sie prägen zum Beispiel mit, welche personenbezogenen Daten benötigt werden, wieviele Personen darauf Zugriff haben und wie transparent Verarbeitungsabläufe gestaltet werden können. Unter Umständen erlauben sie es in ihrer vorgefundenen Gestalt nicht, die Informations- und Datenverarbeitungen anforderungsgerecht zu gestalten. Möglicherweise könnte eine alternative Gestaltung die benötigten Daten oder die Zugriffserfordernisse deutlicher begrenzen und mit mehr Transparenz verbunden sein. Die jeweiligen Kommunikations- und Datenverarbeitungstechni-

troffen werden müssen.

415 Der Begriff wird uneinheitlich definiert. Näher noch Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.III.1.a.

416 Allgemein zum Verhältnis von Technik und Recht und zu den verschiedenen Funktionen des Technikrechts *Roßnagel*, Regelungen, bes. S. 364 ff.; *Franzius*, Technikermöglichkeitenrecht, S. 487 f., 491 ff.

417 *Kloepfer*, Technologien, S. 98 ff.; *Simitis*, Erosion, S. 26 ff.; *Roßnagel*, Allianz, S. 19 f., 24.

418 *Roßnagel*, Allianz, S. 19; *Fuhrmann*, Technikgestaltung, S. 115 ff. Ist ein gefordertes Verhalten technisch nicht realisierbar, bleibt die Möglichkeit, auf den Einsatz der Technik zu verzichten. Ein Verzicht kann aber weitreichende und seinerseits unerwünschte Folgen für die Aufgabenerledigung haben und mag oft praktisch unrealistisch sein. Das gilt um so mehr, wenn ein vielschichtiges technisches System eingesetzt wird, im Rahmen dessen die normativen Anforderungen zwar nicht in jeder Hinsicht, aber doch überwiegend erfüllt werden können.

ken beeinflussen ebenfalls den Rahmen und die Bedingungen der Informations- und Datenverarbeitungen. Bestimmte technische Anlagen und Verarbeitungsprogramme bieten spezifische Nutzungsformen und -optionen; sie setzen aber immer zugleich naturwissenschaftlich-verarbeitungstechnische Grenzen. Wird eine solche Technik eingesetzt, können normative Verhaltensanweisungen von den Adressaten nur innerhalb des technisch eröffneten Spektrums befolgt werden.⁴¹⁹ Insofern bestimmen die Techniken etwa darüber, wie Daten im System erfaßt und wie der Datenbestand strukturiert werden kann, wie personell differenzierte Zugriffsbefugnisse umgesetzt werden können oder wie transparent das Datenverarbeitungssystem ist.⁴²⁰ Mit der Weiterentwicklung der Hard- und Software und der Vernetzung haben sich die technischen Möglichkeiten freilich vervielfältigt und flexibilisiert. Dadurch liefert die Technik selbst den Anlaß und die Chance einer „Ergänzung“ des bisherigen Datenschutzrechts um Elemente eines Rechts der Technikgestaltung.⁴²¹ Ihre Steuerung liegt um so näher, als technischer Schutz viel effektiver sein kann als Verhaltensanordnungen.⁴²²

Während die sachliche, organisatorische und technische Ausgestaltung der Kommunikationssysteme bei der gesetzlichen Determination der Verarbeitungsvorgänge als Bezugspunkt vorausgesetzt wird, ist sie bei der System- oder bei der Technikgestaltung selbst Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelungen.⁴²³ Solche Regelungen sind *grundrechtlich geboten*, soweit erst sie dazu führen, daß die Anforderungen umgesetzt werden, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an die sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten stellt. Grundrechtsbindungen können sich auch auf zweiter Stufe ergeben, also mit Blick auf vorab bereits getroffene Regelungsentscheidungen.⁴²⁴ Regelungen zur System- und Technikgestaltung können zum einen mit Rücksicht auf den jeweiligen Regelungskontext aus sich heraus notwendig sein. Eine sachgerechte Begrenzung oder die Sicherstellung der Richtigkeit der Informationen verpflichten dann beispielsweise zur Differenzierung sachlicher Aufgaben und zur organisatorischen, technischen und personellen Abschottung der Verarbeitungsbereiche der jeweiligen Stellen, die die Aufgaben erfüllen.⁴²⁵ Regelungen zur System- und Technikgestaltung können zum anderen notwendig sein,

419 Vgl. auch *Fuhrmann*, Technikgestaltung, S. 117.

420 Ausführlicher oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.1. und 2.

421 *Bizer*, Datenschutz, S. 46 (Hervorh.i.Orig.).

422 *Roßnagel*, Allianz, S. 23 f.; *Nedden*, Risiken, S. 69.

423 Dazu auch die Ausführungen bei *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 101: „Wenn eine gewählte Abrechnungsform als Zweck der Erforderlichkeitsprüfung zugrunde gelegt wird, kann die Verarbeitung personenbezogener Daten erforderlich sein. Wird der abstraktere Zweck, die erbrachte Leistung abzurechnen, zum Bezugspunkt der Erforderlichkeitsprüfung, ergibt sich für die verantwortliche Stelle die Pflicht, nach einer Gestaltung der Abrechnungsverfahren zu suchen, die diesen Zweck erfüllt, aber ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten auskommt. Eine solche Systemgestaltung ist der Kern des Systemdatenschutzes.“

424 Vgl. noch Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.IV.2.

425 Auf der Basis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hat das BVerfG ein solches Gebot hinsichtlich der Trennung von Statistik und Verwaltungsvollzug entwickelt. Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b., 4. Kapitel, Punkt B.I.

damit der Realisierung der gesetzlichen Determinanten, die für die einzelnen Verarbeitungsvorgänge gelten, keine strukturellen, für die verantwortliche Stelle unabänderlichen systemischen oder technischen Hindernisse entgegenstehen.

Soweit Regelungen zur System- oder Technikgestaltung nicht grundrechtsgeboten sind, stellen sie eine *Regelungsoption* dar, auf die zur *Realisierung der grundrechtlichen Anforderungen* zurückgegriffen werden kann. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit einer Effektivierung. Vor allem bietet sich ihm ein Spielraum, die grundrechtlichen Anforderungen entweder durch eine nähere Determination der Verarbeitungsvorgänge oder durch Regelungen zur Systemgestaltung umzusetzen.

Die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schließen die Pflicht zur *Koordination* der gesetzlichen Vorschriften ein, soweit diese Voraussetzung der sachgerechten Begrenzung, Gestaltung und Transparenz des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist. Die Regelungen zur System- und Technikgestaltung sind untereinander abzustimmen. Der Gesetzgeber muß diese Regelungen außerdem schon wegen der engen Wechselwirkungen mit den Normen koordinieren, die die einzelnen Verarbeitungsvorgänge determinieren.

2. Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt zweitens, daß der Staat den Grundrechtsträgern die Möglichkeit der Kenntnis des sie betreffenden Umgangs mit Informationen und Daten gewährleistet. Auch dieses Gebot stellt zunächst Anforderungen an die Gesetzgebung. Das gilt schon deshalb, weil es keineswegs durch nur eine, bereits in bestimmter Weise vorgegebene Handlung, insbesondere nicht nur durch Auskunftserteilung, zu erfüllen ist.⁴²⁶ Die Vorgabe, Kenntnismöglichkeiten zu gewährleisten, ist in diesem Rahmen nicht als „verfahrensrechtliche Schutzvorkehrung“ zu beschreiben.⁴²⁷ Sie stützt sich auf *zwei Gesichtspunkte*, die die Gesetzgebung unter Umständen unterschiedlich binden.

Die Verpflichtung des Staates, Kenntnismöglichkeiten zu gewährleisten, und korrespondierende Rechte der Grundrechtsträger sind – darin stimmt der grundrechtliche Schutz mit Art. 10 – 12 EG-DSRiL überein⁴²⁸ – schon als solche ein wesentliches Element des Art. 2

426 Dazu noch näher Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt C.I.2. und Punkt C.II. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gibt deshalb *nicht unmittelbar einen Auskunftsanspruch* der Betroffenen her; eine solche Sicht wirkt – ganz entgegen den Absichten derer, die einen solchen Anspruch herleiten (und dann darauf beschränkt bleiben) – *schutzverkürzend*.

427 In der Konstellation des Volkszählungsurteils tauchten Auskunftspflichten nur als verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen auf (BVerfGE 65, 1 <46>), weil die Daten über die Ausfüllung der jeweiligen Bögen beim Bürger erhoben wurden, so daß sie und – angesichts der Maßgaben des Urteils – auch die vorgesehenen Verarbeitungen den Betroffenen bekannt waren. Bei den Auskunftspflichten ging es daher gar nicht mehr um die oben erörterten Kenntnischancen, sondern eher um Aufklärung und Belehrungen (vgl. BVerfGE 65, 1 <59>). Man darf daraus also nicht folgern, daß gesetzlich einzuräumende Auskunftsansprüche *immer* die Funktion einer verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrung hätten.

428 Vgl. Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.c.aa.: Die EG-DSRiL gewährt Wissensrechte, die auf dem Beteiligtsein oder der „Betroffenheit“ der Person beruhen, auf die sich Daten beziehen.

Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Ganz im Unterschied zu traditionellen Schutzgütern ist es das Charakteristikum des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten, daß er sich weitgehend losgelöst von der Person vollzieht, auf die sich die Informationen und Daten beziehen. Das heißt zugleich, daß die jeweilige Person davon nicht notwendig etwas weiß.⁴²⁹ Indem über sie Informationen gewonnen und verwendet oder Daten verarbeitet werden, gehen die Vorgänge sie aber an; sie ist davon „betroffen“. Diese Betroffenheit hat aus verschiedenen Gründen rechtliche Relevanz. Da die Schutzpositionen, die die Grundrechte vermitteln, nicht auf die Schutzgüter der klassischen Eingriffsabwehr beschränkt sind, gewinnt die Stellung der Person in sozialen Kontexten bei der Konkretisierung von Schutzpositionen Bedeutung. Zum einen bestehen mehr oder weniger enge Zusammenhänge zwischen den auch traditionell geschützten Verhaltensfreiheiten und dem Wissen der geschützten Person hinsichtlich der sie betreffenden Vorgänge in ihrer sozialen Umwelt. Die Orientierung und die Erwartungssicherheit, die für eine freie Entfaltung der Persönlichkeit notwendig sind, werden erst ermöglicht, indem die geschützte Person in bestimmtem Umfang grundsätzlich ihrerseits Kenntnis über das Wissen erlangen kann, das staatliche Stellen (oder – vermittelt über die Drittwirkung – private Dritter) über sie haben.⁴³⁰ Wie sich auch im Rahmen der Erörterung der Einzelgrundrechte gezeigt hat⁴³¹, führten Informations- und Datenverarbeitungen, die Personen zwar betreffen, ihrer Kenntnis aber unzugänglich sind, zu Beeinträchtigungen der persönlichen Befindlichkeit, zu Verunsicherungen und zu einer erwartungsvermittelten Anpassung des Verhaltens. Man mag dies als „Wissenskomponente“ freier Entfaltung der Persönlichkeit bezeichnen.⁴³² Hinzu kommt die auch unabhängig von Verhaltenschancen thematisierbare Bedeutung dieses Wissens für die Persönlichkeits- und Identitätsbildung, für das Selbstwertgefühl und die Selbst-Behauptung oder für die orientierungsgebende Einschätzung des Bildes, das die soziale Umwelt sich bildet.⁴³³ Soweit der Staat in Rede steht, ist die Kenntnisgewähr außerdem eine Frage des Umgangs mit den Individuen als Person: Es zählt zu den aus Persönlichkeitsschutz und Menschenwürde folgenden (rechts)staatlichen Pflichten, die Grundrechtsträger im Hinblick auf die sie angehenden Angelegenheiten nicht im ungewissen zu belassen, sondern ihnen Teilhabe- und Einflußchancen einzuräumen. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt, daß der Einzelne nicht bloßes Objekt staatlichen Handelns – oder

429 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

430 Das macht das BVerfG bereits bei der Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Volkszählungsentscheidung deutlich, BVerfGE 65, 1 (43), und dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2. Vgl. auch *Benda*, Menschenwürde, S. 124; *Heußner*, Funktion des Datenschutzes, S. 175; *Denninger*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 55 f. Aus der fachgerichtlichen Rechtsprechung, in der dieser Aspekt sich häufig mit dem der Kenntnis als Voraussetzung der Rechtswahrnehmung vermischt, vgl. etwa BayVGh, NVwZ 1990, S. 775 (777); OVG NW, DVBl 1995, S. 371 (372); RhPfVerfGH, NJW 1999, S. 2264 (2264). Vgl. außerdem BVerwGE 89, 14 (18).

431 Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.4.

432 Den Begriff wählt *Lodde*, Informationsrechte, S. 40, dies allerdings im Kontext des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung des BVerfG mit der Überlegung, daß die Wissenskomponente dem Ausgleich der Beschränkungen dient, die die Informations- und Datenverarbeitung erst zulassen.

433 Diese Aspekte hat das BVerfG bislang nur begrenzt im Kontext des Rechts auf Kenntnis über die eigene Abstammung angesprochen.

hier näher: staatlicher Informations- und Datenverarbeitungen – sein darf.⁴³⁴ Er geriete aber in einen Objektstatus, wenn ihm grundsätzlich die Möglichkeit vorenthalten bliebe, von den ihn betreffenden Informations- und Datenverarbeitungen zu erfahren und darauf Einfluß zu nehmen.⁴³⁵

Sofern aus diesen Gründen Kenntnismöglichkeiten zu gewährleisten sind, ist dies nicht von weitergehenden berechtigten Interessen der betroffenen Person abhängig. Es genügt, daß die Person wissen will, was staatliche Stellen, oder, soweit die Drittwirkung greift⁴³⁶, was private Dritte über sie wissen.⁴³⁷ Im Ansatz ist die Gewährleistung individueller Wissensmöglichkeiten allgemein relevant. Bereichsspezifisch mag ihr besonderes Gewicht zukommen, etwa wenn das Wissen für die Identität von Bedeutung ist oder wenn erhebliche Nachteile mit den auf die Informations- und Datenverarbeitung gestützten Entscheidungen verbunden sein können.⁴³⁸ Trotzdem handelt es sich nicht um eine isoliert zu verstehende Gewährleistung von Kenntnischancen überhaupt. Herleitung und Inhalt grenzen sie auch gegen den allgemeinen Zugang zu Daten ab, selbst wenn sich hinsichtlich der dogmatischen Strukturen Parallelen ergeben können.⁴³⁹ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt sie vielmehr wegen der Besonderheiten seines Schutzgegenstandes. Durch eben diesen Schutzgegenstand erfährt sie zugleich inhaltliche Präzisierungen.

Darüber hinaus sind die Verpflichtung zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten und die entsprechenden individuellen Rechte aus den Wechselbeziehungen zwischen den grundrechtlichen Schutzpositionen des Einzelnen herleitbar. Die Kenntnis ist das Zwischenglied zwischen der objektiven Steuerung der Informations- und Datenverarbeitungsabläufe und den Einflußchancen, die dem Grundrechtsträger zustehen.⁴⁴⁰ Der Grundrechtsträger kann seinen rechtlich zu sichernden Einfluß auf die losgelöst von ihm verlaufenden Informations- und Datenverarbeitungen nur realisieren, wenn seine Kenntnismöglichkeiten

434 Siehe dazu *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Kommentierung bis 2002), Art. 1 Abs. 1 Rn 28 ff. Außerdem etwa BVerfGE 27, 1 (6); 45, 187 (228); 50, 166 (175).

435 Siehe auch *Schweizer*, Grundlagen, S. 32.

436 Es wird deutlich sein, daß hier keine unmodifizierte Transformation der für den Staat geltenden Grundsätze möglich ist. Vgl. allgemein Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.I.

437 Siehe auch *Pitschas*, Informationsverwaltungsrecht, S. 123. Das BVerwG hat seine insoweit abweichende frühere Rspr. – vgl. die deutlich verfassungswidrigen Entscheidungen BVerwGE 84, 375 (379 ff.); BVerwG, NJW 1990, S. 2765 (2765 ff.), und dazu *Simitis/Fuckner*, Selbstbestimmung, bes. S. 2715 f. – mittlerweile selbst zumindest relativiert, wenn nicht aufgegeben, siehe etwa BVerwGE 89, 14 (17 f.). Siehe auch gegenüber den früheren BVerwG-Entscheidungen BVerfG (Kammerbeschuß), DVBl 2001, S. 275 (275): Dort wird nicht umfassend über die verfassungsrechtlichen Fragen entschieden, aber immerhin ausgeführt, daß die Gesetzgeber mit den inzwischen gegenüber Polizei und Verfassungsschutz eingeräumten Auskunftsrechten den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Rechnung tragen.

438 Zum Recht auf Einsicht in die Akten zur eigenen Krankengeschichte BVerfG (Kammerbeschuß), NJW 1999, S. 1777 (1777 f.); BGer, EuGRZ 1996, S. 399 (402 f.); im Ansatz offenlassend BVerwGE 82, 45 (48, 51); einschränkend BGHZ 85, 339 (342 ff.); BGH, NJW 1985, S. 674 (675 f.); BGHZ 106, 146 (148 ff.), im Anschluß an BGHZ 85, 327 (bes. 332). Weiter BayVGh, NVwZ 1990, S. 775 (777). Zur Einsicht in die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes vgl. *Trute*, Regelungen, S. 1044 f. Siehe hierzu insgesamt noch Vierter Teil. 11. Kapitel, Punkt A.II.

439 Zur Diskussion dazu oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.II.

440 Vgl. bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

gesichert sind. Aufgrund dieses Zusammenhanges ergibt sich somit ebenfalls die Verpflichtung, Kenntnischancen zu gewährleisten.⁴⁴¹ Sie ist dabei funktional auf die individuellen Einflußrechte bezogen. Im Vergleich zur Herleitung über die Wissenskomponente freier Persönlichkeitsentfaltung können sich daher dichtere Grundrechtsmaßgaben ergeben. Die Verpflichtung zur Gewährleistung von Kenntnischancen ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG – und nicht sogleich aus Art. 19 Abs. 4 GG –, weil dem Grundrechtsträger Einflußchancen auch und gerade gegenüber der Stelle, die Informationen über ihn gewinnt und verwendet oder Daten über ihn verarbeitet, verbürgt werden, ohne daß der Gerichtsschutz eine Rolle zu spielen braucht.⁴⁴² In konkreten Konstellationen können thematisch spezifizierte Freiheitsgewährleistungen verstärkend hinzutreten, sofern sie durch die Verarbeitungsvorgänge beeinträchtigt würden, deren Kenntnis der Grundrechtsträger begehrt. Die Grundrechtsbindungen verdichten sich aber insgesamt in der Regel nicht dahin, daß eine bestimmte Form der Informationserteilung, etwa die Auskunft, vorgegeben wäre.

Im Bereich der öffentlichen Gewalt verstärkt Art. 19 Abs. 4 GG die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Hinblick auf die eingeräumte Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes. Die Norm gewährt dem Einzelnen einen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle in den Fällen, in denen eine Verletzung individueller Rechte möglich erscheint.⁴⁴³ Sie setzt diese Rechtspositionen voraus⁴⁴⁴, hat mit *ihren* Schutzzinhalten aber ihrerseits Grundrechtsqualität und vermittelt individuelle Rechte.⁴⁴⁵ Sie kann Vorwirkungen für das Vorgehen der Verwaltung im Vorfeld potentieller Gerichtsverfahren entfalten.⁴⁴⁶ Insofern schließt sie einen Anspruch darauf ein, daß die Verwaltung diesen Rechtsschutz nicht vereitelt oder unzumutbar erschwert.⁴⁴⁷ Gewährt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG individuelle Rechte im Hinblick auf staatliche Informations- und Datenverarbeitungen – etwa: Rechte auf Unterlassen, auf Berichtigung, auf Löschung –, ist die Kenntnis der Grundrechtsträger Voraussetzung für die gerichtliche Durchsetzung der ihnen zustehenden Rechte. Sofern die Kenntnis nur durch Informationshandlungen der jeweiligen staatlichen Stelle zu erreichen ist, lassen sich auch aus Art. 19 Abs. 4 GG staatliche Pflichten zur Gewährleistung der Kenntnis und darauf

441 Vgl. auch BVerfGE 100, 313 (361) – zu Art. 10 GG; 109, 279 (363) – zu Art. 13 GG; BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 2001, S. 1057 (1059); OVG Bremen, NVwZ 1983, S. 358 (360); OVG Bremen, NJW 1987, S. 2393 (2394, 2395); OVG Berlin, NVwZ 1987, S. 817 (818); Kay, Recht, S. 76; Kunig, Grundsatz, S. 601; Mayer-Metzner, Auskunft, S. 122 ff.; Simitis/Fuckner, Selbstbestimmung, S. 2717.

442 BVerfGE 100, 313 (361); 109, 279 (363 f.); BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 2001, S. 1057 (1059).

443 BVerfGE 35, 263 (274); 37, 150 (153); 40, 272 (275); 49, 252 (256 f.); 51, 268 (284); 55, 349 (369); 67, 43 (58); 77, 275 (284); 84, 34 (49).

444 Vgl. etwa BVerfGE 51, 176 (185); 78, 214 (226); 83, 182 (194); 84, 34 (49); Lorenz, Gebot, S. 395.

445 Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. IV Rn 7; Papier, Rechtsschutzgarantie, Rn 1. Zu kurz BVerfGE 84, 375 (378).

446 BVerfGE 65, 1 (70).

447 BVerfGE 69, 1 (49).

gerichtete Individualrechte herleiten.⁴⁴⁸ Diese Pflichten und Rechte sind im Bereich der Informations- und Datenverarbeitung, ebenso wie bei dem zweiten Schutzaspekt im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, funktional auf die anderweitig bestehenden Rechte bezogen. Die Rechtsweggarantie tritt insofern verstärkend zu den Vorgaben jenes Grundrechts hinzu.⁴⁴⁹ Eine Verdichtung der Maßstäbe, die zu einer bestimmten Form der Informationserteilung verpflichtete, ist auch Art. 19 Abs. 4 GG nicht ohne weiteres zu entnehmen.

Inhaltlich beziehen sich die zu gewährleistenden Kenntnismöglichkeiten auf den *Umgang* mit den Informationen und Daten, die die Grundrechtsträger betreffen. Zugleich zielen sie im Rahmen des gewährleisteten Schutzes auf die *Information* des Grundrechtsträgers; es kommt auf seine Perspektive und seine Wissens Chancen und -interessen an.⁴⁵⁰ Unter beiden Gesichtspunkten reicht es nicht aus, nur Auskunftspflichten hinsichtlich der zur Person gespeicherten Daten vorzusehen. Vielmehr müssen sich die Grundrechtsträger über die Verarbeitungszusammenhänge und die Verarbeitungsverläufe, über Verwendungszwecke und damit verbundene Folgen informieren können. Da sich die Informations- und Datenverarbeitungsprozesse losgelöst von den Betroffenen vollziehen, bedarf es zunächst einer grundsätzlichen Orientierung. Im näheren sind konkrete Kenntnischancen zu sichern. Zeitlich folgt aus dem Gesichtspunkt, daß den Grundrechtsträgern das Recht auf Wissen um das über sie vorhandene Wissen zusteht, das Recht, sich grundsätzlich jederzeit informieren zu können. Soweit die Verpflichtung zur Kenntnisgewähr funktional auf die Möglichkeit der Wahrnehmung anderweitiger Rechtspositionen bezogen ist, können sich daraus eingeschränkere Maßstäbe für den Zeitpunkt ergeben.

Die normativen Vorgaben sind somit durch einen Komplex von Regelungen auf unterschiedlichen Ebenen und in unterschiedlichen Hinsichten zu erfüllen. In gewissem Umfang werden Kenntnismöglichkeiten bereits durch die gesetzliche Reglementierung des Umgangs mit Informationen und Daten bewirkt: „Wenn rechtlich definiert und entschieden ist, welche Art von Daten welchen Behörden zugänglich gemacht werden darf, weil sie diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen, weiß der betroffene Bürger, welchem Zweck die Informationen dienen, und er kann sich in seinem Verhalten hierauf einrichten.“⁴⁵¹ Daneben ermöglichen etwa Veröffentlichungsbestimmungen, Pflichten zur Beteiligung der Betroffenen, zum Beispiel bei Datenerhebungen oder bei späteren Veränderungen von Daten und Informationen, sowie Benachrichtigungs- oder Einsichts- und Auskunftsansprüche die Kenntnis der jeweils relevanten Informations- und Datenverarbeitungs-

448 Allgemein: *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. IV Rn 256; *Schenke*, in: Bonner Kommentar, Art. 19 IV Rn 428; *Lorenz*, Rechtsschutz, S. 262 ff. Vgl. auch *Pipkorn*, Auskunftsansprüche, S. 174 ff.; *Lübbe-Wolff*, Anspruch, S. 599 f., zur Frage der Information über ermessensbindende Verwaltungsvorschriften.

449 Siehe BVerfGE 65, 1 (70); 100, 313 (364). Außerdem OVG Bremen, NVwZ 1983, S. 358 (360); OVG Berlin, NVwZ 1987, S. 817 (818); OVG Bremen, NJW 1987, S. 2393 (2394); OVG NW, DVBl 1995, S. 371 (372); *Bäumler*, Auskunftsanspruch, S. 199 f.; *Geiger*, Datenschutz, S. 756; *Kay*, Recht, S. 76; *Lodde*, Informationsrechte, S. 159; *Mayer-Metzner*, Auskunft, S. 135 ff.

450 Zum ähnlich zu beurteilenden Zugangsanspruch nach dem UIG *Kugelmann*, Rechtsstellung, S. 284.

451 *Benda*, Menschenwürde, S. 124.

prozesse. Die Regelungen sind mit den sachlichen Normen und mit den Normen, die die Informations- und Datenverarbeitungen begrenzen und strukturieren, abzustimmen, insbesondere auch auf die technikbedingten Eigenheiten einzustellen.⁴⁵²

3. Sicherstellung von Einflußmöglichkeiten

Da die objektive Regulierung und die Kenntnischancen ohne eine Möglichkeit der Einflußnahme der Grundrechtsträger auf die sie betreffenden Informations- und Datenverarbeitungen unvollständig und grundrechtlich unzureichend wären, ist drittens die *rechtliche Gewährleistung individueller Einflußchancen* erforderlich. Das Erfordernis von Chancen der Einflußnahme folgt zum einen daraus, daß die gesetzgeberischen Pflichten zur Regelung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten gerade auch um des Schutzes der Grundrechtsträger willen bestehen. Die Informations- und Datenverarbeitungen sollen, selbst wenn sie objektiv angemessen geregelt wären, nicht an den Grundrechtsträgern vorbei verlaufen, sondern sie einbeziehen. Das ist der richtige Kern des Gedankens der „Selbstbestimmung“, wie er der bundesverfassungsgerichtlichen Fassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zugrunde liegt. Zum anderen ergänzen rechtlich gewährleistete Einflußpositionen die begrenzten Steuerungswirkungen der abstrakt-typisierenden gesetzlichen Determination, indem sie den Grundrechtsträgern die (Möglichkeit der) Beteiligung an den *konkreten* Verarbeitungsabläufen garantieren. Insofern bieten sie dem Gesetzgeber in bestimmten Umfang sogar eine Option anstelle detaillierterer Determinanten für die Verarbeitungsvorgänge.

Die Beteiligungs- und Einflußchancen sind als gesetzlich gesicherte Positionen in die jeweils geregelten Informations- und Datenverarbeitungsprozesse einzubetten. So wie diese Regelungen komplex und vielfältig sind, können auch die Formen der Beteiligung und der Einflußmöglichkeiten inhaltlich vielfältig sein. Sie beschränken sich nicht auf Ansprüche auf Unterlassen, sondern richten sich darüber hinaus auf eine positive Einflußnahme: der Grundrechtsträger soll sein Wissen und seine Sicht hinsichtlich der ihn betreffenden Angelegenheiten einbringen können. Vom Zeitpunkt her sind sie in die Verarbeitungsverläufe so einzugliedern, daß sie für den Vorgang, an dem der Grundrechtsträger zu beteiligen ist oder in bezug auf den ihm eine Einflußnahme zusteht, wirksam werden können.⁴⁵³

Die gebotenen Einflußmöglichkeiten sind zunächst zu sichern, indem die gesetzlichen Bestimmungen, die die grundrechtlichen Maßgaben umsetzen, *individualschützenden Charakter* erhalten und subjektivrechtlich durchsetzbar sind. So werden objektivrechtliche Pflichten zur Unterlassung bestimmter Verarbeitungsvorgänge, zur Berichtigung von Daten oder zur Löschung nicht (mehr) erforderlicher Daten zugleich individuelle Unterlassens-, Berichtigungs- und Lösungsansprüche vermitteln. Daneben sind *besondere Rechtspositionen* festzulegen. Zu den Beteiligungschancen zählen die Anhörung oder der Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen. In Betracht kommen aber auch Ansprüche auf

452 Vgl. Mayer-Metzner, Auskunft, S. 99 ff.

453 Siehe dazu Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III.

die Möglichkeit einer „Gegendarstellung“, wenn über die Richtigkeit von Daten oder über die Plausibilität beigefügter Wertungen Streit besteht. Ein Recht der Betroffenen, festgehaltene Angaben um eine eigene Darstellung zu ergänzen, dient der Vervollständigung der Sehweisen und der Richtigkeit der gebildeten Informationen im weiteren Sinne.⁴⁵⁴ Das Recht, gegen anstehende konkrete Verarbeitungen Widerspruch einzulegen⁴⁵⁵, oder die Abhängigkeit einer Verarbeitung von der Einwilligung der betroffenen Person stellen ebenfalls Einflußmöglichkeiten dar. Einwilligungserfordernisse sind im hier zugrunde liegenden Konzept nicht die selbstverständliche Folge eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sondern gesonderte Einflußpositionen, die der Gesetzgeber sachgerecht in den jeweiligen Regelungsbereich einordnen und ausgestalten kann.⁴⁵⁶ Einflußchancen können nicht zuletzt im Kontext der Vorgaben zur System- und Technikgestaltung geregelt werden: Den betroffenen Personen kann – im Sinne eines „Selbstdatenschutzes“ – das Recht eingeräumt werden, die Verarbeitung der sie betreffenden Daten in den konkreten Konstellationen in systemisch oder technisch abgesicherten Formen in bestimmtem Umfang zu steuern.⁴⁵⁷ Der Gesetzgeber kann den für die Verarbeitung Verantwortlichen bestimmte Pflichten auferlegen, etwa (auch) anonyme Kommunikationsmöglichkeiten anzubieten, oder individuelle Ansprüche festlegen. Darüber hinaus sind gesonderte Vorschriften denkbar, zum Beispiel in Form der Förderung der Inanspruchnahme von Verschlüsselungstechniken.

4. Institutionalisierung adäquater Kontrollen

Die danach aufgrund des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebotenen Regelungen werden durch die Anforderung einer *Institutionalisierung adäquater Kontrollen* ergänzt. Diese Anforderung stellt eine Reaktion darauf dar, daß der Umgang mit Informationen und Daten weitgehend losgelöst von den geschützten Personen verläuft. Er kristallisiert sich nicht in begrenzten Abschlußentscheidungen, sondern vollzieht sich, zumal unter Berücksichtigung der Datenverarbeitungstechniken, in komplexen Prozessen und Zusammenhängen. Hinzu kommt, daß eine begleitende Kontrolle schon an Stellen und zu Zeitpunkten greifen muß, bei denen eine konkrete Betroffenheit noch nicht individualisierbar ist. Das gilt etwa mit Blick auf die System- und Technikgestaltung oder mit Blick auf Verarbeitungen mit spezifischen Risiken, hinsichtlich derer sich aus Art. 20 EG-DSRiL das Erfordernis einer Vorabkontrolle ergibt.

454 Vgl. bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.1.

455 Vgl. dazu Art.14 EG-DSRiL und dazu oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.c.bb. Zur Umsetzung: § 20 Abs. 5 BDSG.

456 Näher noch Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt D.II.2. Anders etwa *Geiger*, Einwilligung, S. 35 ff.; *Körner*, Einwilligung, S. 139 ff.; *Schulz*, „Datenschutzbeauftragter“, S. 158, 161; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 44 f., 72 ff., 90 ff., die ihre eigenen Ausführungen durch (zutreffende) Hinweise darauf einschränken, daß die Einwilligung im öffentlichen Bereich strukturbedingt keine zentrale Rolle spielen kann.

457 Dazu *Garstka*, Selbstdatenschutz, bes. S. 169 ff.; *Roßnagel*, Konzepte, bes. Rn 35 ff.; *Schrader*, Selbstdatenschutz, S. 206 ff.; *Hansen/Krause*, Selbstdatenschutz, S. 127 ff.

Die Institutionalisierung von Kontrollen hat die Funktion, daß die Umsetzung der rechtlichen Regelungen durch deren Adressaten von einer diesen gegenüber unabhängigen Instanz mitvollzogen, hinreichend überwacht und dadurch gesichert wird. Insoweit ist – wie auch Art. 28 Abs. 1 S. 2 EG-DSRiL vorsieht – die Unabhängigkeit der kontrollierenden Instanz als deren Merkmal vorgegeben. Eine bestimmte Kontrollinstitution ist dagegen nicht vorgegeben. Im gegebenen Regelungssystem sind vor allem die – auf verschiedenen Ebenen bestellten – Datenschutzbeauftragten zu nennen.⁴⁵⁸

Die Reichweite der Kontrollbefugnisse folgt den Funktionen der Kontrolle.⁴⁵⁹ Angesichts der Komplexität des Kontrollgegenstandes werden sich die Befugnisse inhaltlich und zeitlich differenziert gestalten. Die Kontrolle kann sich auf eine anforderungsgerechte System- und Technikgestaltung oder auf konkrete Verarbeitungsabläufe richten. Sie kann im Vorfeld der Realisierung eines Verarbeitungssystems ansetzen oder eine nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle aus bestimmtem Anlaß sein. Der Gesetzgeber muß mit Blick auf die verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben mehrere Formen der Kontrolle einrichten und miteinander kombinieren, ohne daß ihm die Ausgestaltung im Detail vorgeschrieben wäre.

Die Entscheidungsbefugnisse, die der Kontrollinstanz zugewiesen werden müssen, sind demgegenüber schwieriger zu bestimmen. Das gilt bereits für den staatlichen und mehr noch für den privaten Bereich. Es liegt daran, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in einer Weise integraler Bestandteil der Wahrnehmung der Aufgaben und Befugnisse ist⁴⁶⁰, die es jedenfalls im Bereich der Grundregulierung problematisch machte, den Kontrollstellen umfassende Einwirkungsbefugnisse im Sinne von Unterlassungs- oder Löschanordnungen einzuräumen. Vor diesem Hintergrund beläßt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG der Gesetzgebung – ebenso wie Art. 28 Abs. 3 EG-DSRiL – Gestaltungsspielräume, soweit die Wirksamkeit der Kontrolle gewahrt bleibt. Sie darf besondere Formen der Dissensregulierung zwischen der für die Informations- und Datenverarbeitung verantwortlichen und dabei an das Gesetz gebundenen Stelle einerseits und der Kontrollstelle andererseits einführen und dies bei der Zuweisung von Entscheidungsbefugnissen an diese berücksichtigen. Sie darf außerdem das Bestehen anderer Kontrollmechanismen in ihre Überlegungen einbeziehen.⁴⁶¹

458 Siehe §§ 4 f und 4 g BDSG – behördliche oder betriebliche Datenschutzbeauftragte; §§ 22 ff. BDSG – Bundesbeauftragter für den Datenschutz; für nicht-öffentliche Stellen und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen § 38 BDSG – Aufsichtsbehörden. Zur Diskussion um einheitliche Kontrollstellen im öffentlichen und privaten Bereich *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 189 ff. Ansonsten ausführlich *Mitrou*, Kontrolle des Datenschutzes, passim; *Zöllner*, Datenschutzbeauftragte, passim. *Zöllner* bezweifelt die verfassungsrechtliche Verankerung der Institutionalisierung und Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter (S. 174 ff.). Allerdings würdigt er hinsichtlich der Kontrollerfordernisse insgesamt nicht hinreichend, daß das Kenntnis- und Einflußpotential der Betroffenen auch unter Berücksichtigung der Verbesserungsmöglichkeiten (siehe die Vorschläge zur Verbesserung des Gerichtsschutzes unter anderem durch in-camera-Verfahren und zum Abbau von Transparenzdefiziten, S. 211 ff.) allein nicht ausreicht.

459 Siehe allerdings zur Problematik der Kontrolle des Betriebsrats durch den behördlichen Datenschutzbeauftragten BAG, NJW 1998, S. 2466 (2466 ff.).

460 Vgl. auch BAG, NJW 1998, S. 2466 (2468).

461 Vgl. dazu auch *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 194 ff., mit

Im Vergleich zu den Einflußrechten und Rechtsschutzgarantien, die der betroffenen Person zur Verfügung stehen müssen, dienen die institutionalisierten Kontrollen der gegenstandsbedingten Kompensation und Ergänzung. Sie haben keinen Ersatzcharakter. Insofern können sie selbst präzisiert und zugleich in eine übergreifende Konzeption der Kontrollmöglichkeiten integriert werden.

III. Die Interdependenzen mit den sachlichen Regelungsbereichen

1. Das Erfordernis einer Abstimmung mit den sachbezogenen Vorgaben

Die Vorgaben einer sachgerechten und transparenz sichernden Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind nur unter Berücksichtigung des jeweiligen Regelungsbereichs zu realisieren und ohne eine Abstimmung mit den bereits vorhandenen anderweitigen Determinanten gar nicht zu leisten. Denn Information ist ein grundlegendes Element, und der Umgang mit Informationen und Daten ist in Kommunikations- und Handlungszusammenhänge eingewebt.⁴⁶² Diese sind wiederum rechtlich bereits durch verschiedene Determinanten erfaßt. Eine sachgerechte Begrenzung und Gestaltung bedarf daher einerseits eigenständiger Regelungsmuster. Andererseits erfordert sie eine angemessene Integration in die bereits gegebenen Strukturen, die immerhin den Kontext und damit die Informations- und Datenverarbeitungen selbst prägen. Anders als das vom Bundesverfassungsgericht formulierte Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten, das zu einer weitreichenden und die sachlichen Regelungsstrukturen überlagernden Determination führt⁴⁶³, gibt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nach der hier zugrunde liegenden Konzeption somit Anforderungen her, die sogar aus sich heraus auf eine Koordination der verschiedenen Determinanten gerichtet sind. Es obliegt der Gesetzgebung, die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten in ein übergreifendes Konzept einzugliedern, im Rahmen dessen sie mit den Vorgaben zu den Handlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten, zu den Kommunikationsstrukturen oder zur Organisation und zum Verfahren in dem jeweiligen Regelungsgebiet abgestimmt sind.

2. Die Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Bereichen

Die daraus resultierenden Differenzierungs- und Anpassungserfordernisse sind rechtlich (mit)geprägt. Zu den Leitunterscheidungen zählt die Unterscheidung zwischen staatlichem und privatem Bereich. Sie ergibt sich im hier interessierenden Zusammenhang nicht vorrangig daraus, daß die Grundrechtsbindungen dogmatisch in unterschiedlicher Weise zu

Forderungen nach einer weiter als bisher reichenden Ausgestaltung der Einwirkungsbefugnisse bei gleichzeitiger Erörterung der Problematik.

462 Erster Teil, 2. Kapitel Punkt A.I.

463 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2., B.IV.3. Die Rechtswirkungen, die ein solches Entscheidungsrecht (eigentlich) entfaltet, sind nie wirklich ernst genommen und auch keineswegs vollständig umgesetzt worden.

entwickeln sind, weil ihnen Private nicht unmittelbar unterliegen.⁴⁶⁴ Sie ergibt sich viel fundamentaler daraus, daß das Grundgesetz den Staat aus vielfältigen Gründen anders konstituiert als es den privaten Bereich regelt. Grob gefaßt wird der Staat als Rechtsstaat rechtlich konstituiert, indem ihm Kompetenzen zugewiesen sind. Der private Bereich wird unter dem Aspekt der Freiheit erfaßt und gewährleistet, ohne daß es hier auf die unterschiedlichen Freiheitskonzeptionen ankäme.⁴⁶⁵ Die in beiden Bereichen bereits vorhandenen sachbezogenen Determinanten gestalten sich deshalb im Grundsatz jeweils anders. Die Gesetzgebung findet verschiedene Anknüpfungspunkte vor, mit denen die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu koordinieren sind.

Freilich ist die Leitunterscheidung zwischen staatlichem und privatem Bereich ihrerseits differenzierungsbedürftig und aufzufächern. Schon auf staatlicher Seite gibt es sehr unterschiedliche Regelungsbereiche. Sie reichen von traditionell hoheitlich geprägten Aufgaben wie denen der Polizei über die vielfältigen Tätigkeitsfelder und Instrumentarien der Umweltbehörden bis hin zu den persönlichkeitsnahen beratungsintensiven Aufgaben der Jugendhilfe oder der Drogenberatung. Sie weisen entsprechend unterschiedliche Muster der Aufgabenwahrnehmung auf und passen sich teilweise nicht einmal in ein modifiziertes Bild des Gesetzesvollzuges ein.⁴⁶⁶ Sie schließen vielfältige Formen relativ verselbständigter Verwaltungseinheiten ein⁴⁶⁷, die – wie etwa die Landesmedienanstalten⁴⁶⁸ – so nah im Gewährleistungsbereich eines Grundrechts operieren, daß ihnen des öfteren eine partielle relative Grundrechtsberechtigung zugesprochen wird. Umgekehrt umfaßt der private Bereich seinerseits unterschiedlichste Felder. Überkommene und zu schlichte Prämissen und Grundprinzipien des Privatrechts müssen vielfach überdacht und neu angelegt werden. Das gilt um so mehr angesichts der Privatisierungen ehemals hoheitlich wahrgenommener Aufgaben etwa in der Telekommunikation, aber auch in Feldern wie der Arbeitsvermittlung. Der private Bereich schließt Verträge unterschiedlichster Natur, haftungsrechtliche Beziehungen, Arbeitsverhältnisse oder Leistungen und Dienste in Telekommunikationsnetzen ein. Die Abstimmungserfordernisse und Interdependenzen mit den sachlichen Regelungsstrukturen stellen sich je unterschiedlich dar.

Inwieweit es sachgerecht ist, Determinanten übergreifend für sämtliche Regelungsfelder zu setzen, hängt von deren Inhalt ab.⁴⁶⁹ So gelten die Vorgaben der EG-Datenschutzricht-

464 Vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.I.

465 Zu unterschiedlichen Freiheitskonzeptionen Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III. Zur konstitutiv wirkenden Unterscheidung von Kompetenz und Freiheit auch *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht, S. 15.

466 Zur Vielfältigkeit bereits des überkommenen, erst recht des modernen Verwaltungsvollzugs sowie zu den Formen seiner Beobachtung und Beschreibung *Rossen*, Vollzug, passim.

467 Vgl. insoweit, auch mit Ausführungen dazu, daß es keine schlichten Kriterien für die Zuordnung von Organisationen gibt, die „zwischen“ Staat und Gesellschaft stehen, *Bumke*, Aufgabe, S. 29 ff.

468 Ausführlich dazu *Bumke*, Aufgabe, passim.

469 Auf dieser Basis könnte mancher Prinzipienstreit durch mehr Konkretion und mehr Differenzierung an Sachlichkeit gewinnen. Zur nachhaltigen Diskussion um den partiell übergreifenden Ansatz des BDSG *Ehmann*, Prinzipien, S. 14 ff. Skeptisch auch, aber deutlich differenzierter *Rüpke*, Aspekte, S. 187 ff. Für die – dann allerdings wiederum differenzierende und im wesentlichen auf Kreditinformationssysteme oder Personalinformationssysteme bezogene – Übertragung bestimmter Grundsätze

linie zwar prinzipiell übergreifend⁴⁷⁰, sind aber in Teilen hochabstrakt und im Rahmen der Umsetzungsspielräume ausfüllungsbedürftig. Normativ setzen gleichgelagerte Schutzkonzeptionen voraus, daß sowohl die Eigenständigkeit der Informations- und Datenebene als auch die Abstraktionsebene gleichermaßen geltende Determinanten erlauben.

Schutzkonzeptionen, die sich in weitem Umfang undifferenziert gestalten, wären jedenfalls verfehlt und würden der aufgezeigten Vielfalt der Regelungsfelder nicht gerecht. Soweit es um die Unterscheidung des öffentlichen und des privaten Bereichs geht, liegt angesichts derer fundamentalen Verschiedenheit im breiten Spektrum der Regelungsfelder auf der Hand, daß viele Strukturmuster nicht gleichermaßen passen.⁴⁷¹ Der vage Hinweis darauf, daß Datensammlungen und Informationen im öffentlichen und im privaten Bereich gleichermaßen „Macht“ oder ein „Verfügenspotential“ über die betroffene Person vermittelten, oder die Überlegung, die Privatsphäre beeinträchtigten private ebenso wie öffentliche Datensammlungen, reicht als Begründung nicht. Die Beeinträchtigungsmechanismen sind im Informationsbereich zwar nicht unmittelbar an die Verfügbarkeit von Zwangsmitteln geknüpft. Jedoch sind die übergreifenden normativen Strukturen und die Verflochtenheit der Informationsebene mit den sachlichen Handlungs- und Entscheidungsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Zum Beispiel sind – ungeachtet des in beiden Fällen bestehenden Schutzbedarfs betroffener Personen – die Handlungs- und Zwangsmöglichkeiten der Polizei, die sich ihr auf der Basis erlangter Informationen eröffnen, andere als die eines Kreditinstituts, das Daten aus einem Kreditinformationssystem abfragt. Ebenso gestalten sich die Rechtmäßigkeitsanforderungen an die polizeilichen Kompetenzen und deren Wahrnehmung anders als die rechtlich geschützten Interessen des Kreditinstituts, das die Kreditvergabe absichern will. Damit ist keineswegs ausgeschlossen, daß eine nähere Analyse der sachlichen Regelungsstrukturen und der Regelungserfordernisse auf Informations- und Datenebene zu Determinanten gelangt, die in bestimmtem Umfang in öffentlichen und privaten Regelungsbereichen gleichermaßen gelten. In Bereichen, in denen die Aufgabenwahrnehmung privatisiert worden ist, ohne daß sie ihre Bedeutung als „öffentliche“ Aufgabe verloren hätten, mag dies sogar naheliegen.⁴⁷² Das ist aber das Ergebnis der Analyse und der Abstimmung, nicht ihre Voraussetzung.

3. Allgemeine und bereichsspezifische Regelungen

Das Erfordernis einer Koordination mit den sachlichen Determinanten verweist auf die Notwendigkeit bereichsspezifischer Regelungen.⁴⁷³ Soweit sich bestimmte Maßgaben

O. Mallmann, Datenschutz, S. 94 ff. Vgl. außerdem *Kloepfer*, Technologien, S. 94 ff.

470 Oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.1.3.

471 Zu kurz etwa *Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 146; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 44, 48 ff.

472 Vgl. insgesamt dazu auch *Simitis*, Privatisierung, S. 649 ff., der allerdings weitreichende Folgerungen in Richtung einer Angleichung zieht. Ähnlich *Hamm*, Technologien, S. 83 ff. Richtig ist, daß die Informations- und Datenverarbeitung in privaten Bereichen ihrerseits nicht pauschal mit rudimentären Regelungen geregelt werden darf.

473 Daß der Gegenstand bereichsspezifische Regelungen bedingt, wird häufig hervorgehoben. Nachhaltig *Simitis*, Melderecht, S. 259 ff.; *ders.*, Datenschutzrecht, S. 37 ff.; *ders.*, Gedächtnisverlust, S. 1493 ff.

abstrahieren lassen oder systembildend-übergreifend gelten können, liegt ein Querschnitts- und Auffanggesetz nahe.⁴⁷⁴ Diesem kommen dann Bündelungs-, Entlastungs-, Harmonisierungs- und Systembildungsfunktionen zu.⁴⁷⁵ Im vorhandenen Regelungssystem übernehmen vor allem Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes und der Landesdatenschutzgesetze diese Rolle. Die von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geforderte Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten wird durch die Kombination allgemeiner und bereichsspezifischer Normen geleistet.

Bei der Gestaltung dieser Kombination stehen der Gesetzgebung Spielräume zu. Querschnitts- und Auffangregelungen sind mit den ihnen zukommenden Funktionen praktisch unverzichtbar.⁴⁷⁶ Soweit sie harmonisierend und systembildend wirken, tragen sie dazu bei, daß die Regelungen insgesamt vereinfacht und verständlicher werden können. Mit Rücksicht auf die Vielfältigkeit sachlicher Regelungsgebiete ist die Formulierung allgemeiner Grundsätze und Regeln freilich äußerst anspruchsvoll. Bereichsspezifische Regelungen mögen gegenwärtig häufig lediglich allgemeine Grundsätze wiederholen. Ihre eigentliche Funktion läge – zumal nach der in dieser Arbeit entwickelten Konzeption der Grundrechtsbindungen – darin, den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten im jeweiligen Regelungsfeld so zu steuern, daß die Regelungsanforderungen und -probleme, die sich in weitem Umfang bereichsspezifisch stellen, in Abstimmung mit den sachlichen Regelungsstrukturen sachgerecht und sachnah gelöst werden. Sie können Präzisierungen formulieren, die sich nur mit Blick auf die sachlichen Strukturen beschreiben lassen. Sie können aber auch eigenständige Lösungen bieten, die in anderen Regelungsfeldern nicht passen. Die Vorstellung, man könne den Regelungserfordernissen mit Grundsatzbestimmungen und wenigen bereichsbezogenen Modifikationen Rechnung tragen⁴⁷⁷, greift zu kurz. Sie fördert einen „Daten“-schutz, der äußerlich bleibt und deshalb „bürokratisch“ gerät. „Daten“-schutz ist jedoch kein besonderes Rechtsgebiet, das neben den sachlichen Strukturen stehen und gleichsam von außen hinzukommen könnte. Die Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist eine neue grundlegende Dimension, die mit den vorhandenen sachlichen Regelungsstrukturen koordiniert und in sie integriert werden muß.⁴⁷⁸ Darauf ist die Kombination allgemeiner und bereichsspezifischer Bestimmungen abzustimmen. Zu berücksichtigen ist außerdem, daß neben den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG weitere Bindungen der einzelnen Freiheitsgewährleistungen greifen können.

Außerdem etwa *Sasse*, Persönlichkeitsrecht, S. 227, 230; *Heußner*, Funktion des Datenschutzes, S. 186 ff.

474 Tatsächlich hat sich die Datenschutzgesetzgebung genau umgekehrt entwickelt, nämlich von einem generalklauselartigen Gesetz hin zu differenzierten bereichsspezifischen Regelungen. Vgl. *Simitis*, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Einleitung Rn 18 ff.

475 Vgl. dazu allgemein *Groß*, Beziehungen, S. 57 ff., bes. S. 70 ff.

476 Dazu *Kloepfer*, Informationsgesetzbuch, S. 242 f.

477 Etwa *Roßnagel/Pfutzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 13, 43 f., mit dem zusätzlichen Vorschlag, das allgemeine Gesetz solle präzise Vorschriften enthalten und offene Abwägungsklauseln möglichst vermeiden; vgl. ansonsten insbesondere S. 74 ff. Weniger radikal *Bizer*, Strukturplan, S. 11 ff. Siehe außerdem den Antrag der Abgeordneten *Tauss/Griefahn et al.*, Umfassende Modernisierung des Datenschutzes voranbringen, BTDrucks. 14/9709, S. 4 (Punkt 3).

478 Grundlegender dazu *Albers*, Information, S. 75 f., 77, 86 ff.

IV. Das Wechselspiel und die relative Hierarchie zwischen Grundrechtsanforderungen und gesetzlichen Regelungen

1. Die Mehrdimensionalität der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Die grundrechtlichen Gewährleistungsinhalte und die Anforderungen, die bislang umrissen worden sind, stellen eine ganz andere Konzeption dar als das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ in der vom Bundesverfassungsgericht gewählten Form. Ein Entscheidungsrecht des Einzelnen über die Preisgabe und Verwendung der ihn betreffenden Daten beläßt den grundrechtlichen Schutz vollständig im Rahmen der klassischen Eingriffsabwehrdogmatik.⁴⁷⁹ Dagegen nutzt der hier verfolgte Ansatz sämtliche Grundrechtsfunktionen und gelangt zu einem Bündel von Rechtsbindungen unterschiedlichen Inhalts und unterschiedlicher Struktur.

Sofern Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eine mit der sachlichen Ebene abgestimmte, transparenzsichernde Regulierung der Informations- und Datenverarbeitungen verlangt, kann man sowohl hinsichtlich der Vorgaben zur System- und Technikgestaltung als auch hinsichtlich der Determination der einzelnen Verarbeitungsvorgänge Vergleiche zu überindividuellen Ansätzen wie den funktionsgrundrechtlichen Interpretationen im Bereich der Rundfunkfreiheit und zu den grundrechtlichen Maßgaben für die staatliche Organisation oder für staatliche Verfahren ziehen.⁴⁸⁰ Jene Interpretationen führen zu Grundrechtsbindungen, die auf eine rechtliche Ausgestaltung bestimmter sozialer, außerstaatlicher Zusammenhänge gerichtet sind. Die Maßgaben für die staatliche Organisation und staatliche Verfahren wirken demgegenüber auf staatsinterne Entscheidungsabläufe ein.⁴⁸¹ Sie setzen den Staat als einen Kommunikationszusammenhang voraus, der – vor allem auch durch Rechtsnormen – bereits strukturiert und insofern beschreibbar ist.⁴⁸² Das ist bei den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ganz ähnlich, denn die Begrenzung und Gestaltung der Informations- und Datenverarbeitungen ist nur in Abstimmung mit der sachlichen Ebene und auch nur in Abstimmung der Regelungen untereinander zu leisten. Anders als die eher vereinzelt greifenden organisations- und verfahrensbezogenen Bindungen betreffen die Determinanten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG die ihnen unterfallenden Prozesse in übergreifender Weise. Sie verpflichten den Gesetzgeber aber keineswegs, die faktischen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge in jeder Hinsicht vorzuzeichnen. Er muß sie vielmehr mit grundlegenden Vorschriften so ausgestalten, daß sie in einer mit der sachlichen Ebene abgestimmten Weise begrenzt, strukturiert

479 Vgl. – auch zu den damit notwendig verbundenen Schwierigkeiten – Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

480 Vgl. auch *Schweizer*, Grundlagen, S. 36 und 44 f., der insgesamt von einem „konstitutiv-institutionellen Grundrechtsschutz“ spricht, soweit es um das vom Gesetzgeber zu entwickelnde Instrumentarium an materiellrechtlichen Grundsätzen, verfahrensrechtlichen Vorkehrungen und organisatorischen Maßnahmen, das die Datenverarbeitung transparent und kontrollierbar macht sowie die Mitwirkung betroffener Personen unterstützt, und um bereichsspezifische Regelungen wichtiger Informationshaushalte geht.

481 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV.

482 Zu dieser Parallele vgl. bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.II. und IV.

und transparent gestaltet sind. Insgesamt bestehen entscheidende Unterschiede zu der Determinationsform, -reichweite und -tiefe eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten.⁴⁸³

Die Pflichten und Rechte hinsichtlich der Gewährleistung individueller Kenntnis- und bestimmter Einflußmöglichkeiten sind dadurch gekennzeichnet, daß sie (positives) staatliches Handeln verlangen. Sie sind *nicht* eingriffsabwehrrechtlich zu konstruieren. Man kann an die Entwicklung staatlicher Leistungspflichten und individueller Leistungsrechte aus den Grundrechtssätzen anknüpfen.⁴⁸⁴ Der leistungsrechtliche Gehalt von Grundrechten reduziert sich nicht auf ein „Minimum“ an Leistung oder Schutz. Es kommt vielmehr darauf an, inwiefern sich die grundrechtlichen Aussagen zu konkreten Pflichten verdichten lassen.⁴⁸⁵ Unabhängig davon kann man die hier interessierenden Kenntnis- und Einflußrechte gegen die im Grundrechtsbereich gewöhnlich diskutierten Leistungsrechte deswegen abgrenzen, weil sich das Verhältnis zwischen Grundrechtsträger und Staat anders gestaltet als bei der klassischen Trennung von Gesellschaft und Staat. Informations- und Datenverarbeitungen, die sich auf eine Person beziehen, sind nicht ursprünglich der einen oder der anderen Seite zuzuordnen, sondern nur im Mitdenken beider Seiten zu erfassen. Die Kenntnisrechte des Einzelnen beziehen sich auf sein Wissen um das anderweitig vorhandene Wissen über ihn selbst; die Einflußrechte beziehen sich auf die Chance der Einflußnahme auf den ihn angehenden Umgang mit Informationen und Daten.⁴⁸⁶ Ansprüche auf Akteneinsicht oder auf Auskunft werfen andere Probleme auf als beispielsweise Ansprüche auf finanzielle Unterstützung oder Schutzansprüche. Zum Beispiel stellt sich die Frage des „Vorbehalts des Möglichen“ nicht in dem Maße wie bei Geldtransferleistungen, sondern – als Verwaltungsaufwand – (nur) in einer Form, wie sie auch bei Eingriffsabwehransprüchen auftauchen kann.⁴⁸⁷

2. Regelungs- und Konkretisierungskompetenzen

Zielt der Inhalt der grundrechtlichen Verbürgung auf eine sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung der Informations- und Datenverarbeitungen sowie auf die Gewährleistung individueller Kenntnis- und Einflußchancen, kommt dem Gesetzesvorbehalt nicht die Funktion einer Zulassung von Eingriffsermächtigungen, sondern die Funktion der *Zuweisung von Regelungs- und Konkretisierungskompetenzen* zu.⁴⁸⁸ Die gesetzlichen Regelungen dienen nicht schlicht der Rechtfertigung von Eingriffen aufgrund überwiegender Allgemeininteressen. Sie stellen *steuernde Maßgaben* dar, die zum Schutz der betroffenen Personen bei gleichzeitiger Berücksichtigung anderweitiger Belange gesetzt werden.

483 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

484 Näher oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V.

485 Vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V.

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

487 Dies zum Beispiel im Rahmen der Anforderungen des Übermaßverbots, vgl. BVerfGE 77, 84 (110 f.), und dazu *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 67 III 3 (S. 722).

488 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III. und V.

Die Ausarbeitung von Inhalt und Reichweite der grundrechtlichen Anforderungen an die Gesetzgebung hat sich an den dogmatischen Grundlinien zu orientieren, die hierzu entwickelt werden können.⁴⁸⁹ Voraussetzung jeder grundrechtlichen Bindung ist, daß man Aussagen mit einem in bestimmter Weise verpflichtenden Inhalt formulieren kann. Das Problem, inwiefern man den textlich vagen Grundrechtsnormen eine Verdichtung zu bestimmten Aussagen entnehmen kann, gehört zu den Kernfragen aller über die „klassische“ Eingriffsabwehr hinausführenden Grundrechtsinterpretationen.⁴⁹⁰ Es läßt sich auflösen, indem Aussagen auf unterschiedlichen Ebenen und Abstraktionsstufen sowie hinsichtlich unterschiedlicher Gesichtspunkte entwickelt werden. Insbesondere sind Maßgaben unter Berücksichtigung bereits vorhandener Normierungen oder Maßstabsetzungen auf zweiter Stufe denkbar. So ergibt sich ein Wechselspiel zwischen Grundrecht und gesetzlicher Umsetzung der Anforderungen. Dabei bleibt die Hierarchie zwischen Verfassung und Gesetz für die konkrete Maßstabsetzung immer bestehen.

Im hier interessierenden Bereich kann die Gesetzgebung bei der Umsetzung der Anforderungen, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an die Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten stellt, in vielfältiger Weise zwischen alternativen Regelungsmöglichkeiten wählen. Etwa kann sie zu unterschiedlichen Kombinationen der Vorgaben zur System- und Technikgestaltung und der Determination konkreter Verarbeitungsvorgänge gelangen oder deren sachgerechte Begrenzung mittels verschiedener Anknüpfungspunkte erreichen. Im Anschluß an bestimmte gesetzgeberische Entscheidungen können die grundrechtlichen Anforderungen im Wege der Maßstabsetzung auf zweiter Stufe zu weiteren Regelungserfordernissen führen. Die Verpflichtung zur Gewährleistung von Kenntnischancen kann im Ansatz ebenfalls auf unterschiedliche Weise erfüllt werden, zum Beispiel durch die Beteiligung des Grundrechtsträgers an bestimmten Verarbeitungsvorgängen, durch eine Benachrichtigung, durch die Gewährung von Dateien- oder Akteneinsicht oder durch Auskünfte. In Abhängigkeit von dem Regelungsbereich und der gesetzgeberischen Regelung der Verarbeitungsverläufe mag sich eine bestimmte Form der Kenntnisgewähr als geboten erweisen. Da den verfassungsrechtlichen Anforderungen somit vielfach mit verschiedenen Regelungselementen auf verschiedene Weise Rechnung getragen werden kann, verbleiben der Gesetzgebung auf unterschiedlichen Ebenen und in verschiedenen Hinsichten zahlreiche Spielräume.⁴⁹¹ Der vermeintliche Widerspruch zwischen grundrechtlichen Anforderungen an die (positive) Gesetzgebung und dem Demokratieprinzip kann hier aufgefangen werden.

Außerhalb des Bereichs, der dem Parlamentsvorbehalt unterfällt, besteht die Möglichkeit der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen nach Art. 80 Abs. 1 GG.⁴⁹² Inwieweit

489 Vgl. dazu oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III. und V.

490 Vgl. auch Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V., dazu, daß die Verdichtung bestimmter Ansprüche im „klassischen“ Eingriffsabwehrkonzept durch die *Dogmatik* und nicht etwa durch die *Aussageinhalte* der Grundrechtsnormen erzeugt wird.

491 Das wird etwa für die Rundfunkfreiheit vom BVerfG auch betont, vgl. bes. BVerfGE 83, 238 (296 ff.); 87, 181 (198 ff.).

492 Vgl. *Eberle*, Informationstechnik, S. 146 ff. Außerdem, auch mit Kritik zur Wesentlichkeitstheorie: *Busch*, Verhältnis, passim.

Regelungen dem Gesetz vorbehalten sind, hängt vom Regelungsfeld und von den sinnvollerweise zu normierenden Aspekten des Sachbereichs ab.⁴⁹³ Geschaffene Vorschriften sind von der Exekutive grundrechtsgerecht zu konkretisieren. Gerade im Bereich des Umgangs mit Informationen und Daten ist sie gegenstandsbedingt mit eigenständigen Konkretisierungsleistungen eingebunden. Wegen der Reichweite und Tiefe der Determination, die die Steuerung von Informations- und Datenverarbeitungen grundsätzlich mit sich bringt und die neuartig ist, liegen auf der Ebene der Grundregulierung sogar prinzipielle Überlegungen zur Verteilung von Konkretisierungskompetenzen nahe.⁴⁹⁴ So kommt eine grundrechtsgeleitete System- und Technikgestaltung ohne exekutive Konkretisierungskompetenzen – oder im Bereich der Drittwirkung: ohne eine „regulierte Selbstregulierung“ Privater,⁴⁹⁵ – nicht aus. Ebensowenig sind die konkreten Verarbeitungsabläufe in ihren Verarbeitungszusammenhängen in jeder Hinsicht durch die Gesetzgebung zu determinieren. Allerdings können zu den Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einzelne Grundrechtsgewährleistungen hinzutreten und besondere Anforderungen gerade an die gesetzliche Regelung stellen.⁴⁹⁶

3. Die Vermittlung subjektiver Rechtspositionen

Die grundrechtlichen Bindungen können von den Grundrechtsträgern geltend gemacht werden, sofern die objektivrechtlichen Aussagen zugleich subjektive Rechte vermitteln. Das hängt nach den allgemeinen dogmatischen Grundsätzen davon ab, ob und inwieweit man eine Aussage mit einem in bestimmter Weise verpflichtenden Inhalt herausarbeiten und ihr den Zweck zuerkennen kann, den Einzelnen zu begünstigen und ihm die Durchsetzung der Beachtung der Norm zu ermöglichen.⁴⁹⁷ Grundsätzlich können auch der Verpflichtung der Gesetzgebung, gesetzliche Regelungen zu schaffen, subjektive Rechte entsprechen.⁴⁹⁸ Das gilt hinsichtlich grundrechtlicher Anforderungen an die gesetzliche Ausgestaltung sozialer oder staatlicher (Kommunikations)Zusammenhänge⁴⁹⁹ ebenso wie hinsichtlich der Gewährleistung leistungsrechtlicher Positionen⁵⁰⁰. Denn einerseits können

493 Siehe insbesondere BVerfGE 47, 46 (82 f.) – zum Schulunterricht –.

494 Zu den Konkretisierungskompetenzen der Exekutive, die eine Programmierung *im* Gesetzesvollzug einschließen, grundlegend *Rossen*, Vollzug, S. 27 ff. Vgl. weiter die zwar nicht mit Blick auf die Steuerung des Umgangs mit Informationen und Daten erfolgenden, aber anregenden Ausführungen zum Erfordernis eines partiell neuen Verständnisses des Gesetzesvorbehalts im Gewährleistungsstaat bei *Ladeur/Gostomzyk*, Gesetzesvorbehalt, S. 150 ff.

495 Zur „regulierten Selbstregulierung“ *Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 537 f. m.w.N.

496 Zum Zusammenspiel der verschiedenen Bindungen noch Vierter Teil, 11. Kapitel.

497 Vgl. oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.II.

498 Dazu insgesamt *Eisele*, Rechte auf Normerlaß, bes. S. 180 ff.

499 Vgl. für die Rundfunkfreiheit BVerfGE 87, 181 (198): Der „Pflicht des Gesetzgebers, die Finanzierung der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten zu gewährleisten, entspricht ein ebenfalls aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG folgendes Recht der Anstalten, die zur Erfüllung ihres Auftrags erforderlichen Mittel zu erhalten.“

500 Vgl. dazu *Sodan*, Anspruch, S. 602 ff.

Ausgestaltungsanforderungen und Leistungs- oder Schutzpflichten gerade auch dem Schutz des Einzelnen zu dienen bestimmt sein – das ist zumal bei den Anforderungen an die Gewährleistung von Kenntnis- und Einflußchancen evident –, und andererseits wird im ersten Schritt eben der Gesetzgeber in die Pflicht genommen, weil die Maßgaben einer gesetzlichen Präzisierung bedürfen. Dogmatisch steht der subjektivrechtlichen Qualität der objektivrechtlichen Aussagen weder entgegen, daß gerade der Gesetzgeber verpflichtet und aufgrund individueller Initiative zu einem Tätigwerden veranlaßt wird⁵⁰¹, noch greift als Einwand durch, daß die gesetzlichen Regelungen, die mit einem Individualanspruch durchgesetzt würden, allgemein gölten⁵⁰². Der Unterschiedlichkeit der Vorgaben nach Adressaten und Inhalt wird vielmehr dadurch Rechnung getragen, daß die subjektiven Rechtspositionen immer schon im Ansatz dem Gehalt und der Dichte der objektivrechtlichen Bindungen folgen. Auch individuelle Rechte bestehen demnach auf unterschiedlichen Abstraktionsstufen sowie hinsichtlich unterschiedlicher Gesichtspunkte und haben an der stärkeren Verflochtenheit von Verfassungsaussagen und einfachrechtlichen Vorschriften teil.⁵⁰³ Im übrigen kann der Einzelne Rechte nur geltend machen, soweit gerade er durch bestimmte Normaussagen geschützt wird. Im hier behandelten Bereich können sie ihm also von vornherein nicht in bezug auf Informations- und Datenverarbeitungen zukommen, die nicht von ihm handeln und ihn nicht betreffen. Stehen sie ihm zu, mag das Gesetz wegen seiner allgemeinen Geltung hinsichtlich des begünstigten Personenkreises den Individualanspruch überschreiten; es ist jedoch die verfassungsrechtlich geforderte Erfüllungsweise.⁵⁰⁴ Trotz der veränderten Interpretation des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG haben die Grundrechtsmaßgaben somit in bestimmtem Umfang Individualrechtscharakter, indem sie die Stellung der einzelnen Grundrechtsträger in den jeweiligen Kommunikationsverläufen thematisieren und diese als Betroffene und Beteiligte schützen.⁵⁰⁵

Für den Fall, daß die Gesetzgebung ihren Regelungspflichten unzureichend oder nicht nachkommt oder noch nicht nachgekommen ist, gibt es mittlerweile eine Reihe von Lösungsmöglichkeiten. Lückenhafte Vorschriften können einer verfassungskonformen richterrechtlichen Ergänzung zugänglich sein.⁵⁰⁶ Fehlen notwendige gesetzliche Regelungen überhaupt, läßt sich der Weg entwickeln, daß die Fachgerichte die gesetzgeberischen

501 Ausführlicher *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 65 II 5 (S. 552 ff.) und § 67 IV 1 (S. 724 ff.); Stern, ebda., § 73 III 7 (S. 1283 ff.); *Robbers*, Anspruch, S. 950.

502 Den Einwand nennt z.B. *Jellinek*, System. S. 97. Dagegen *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 65 II 5 (S. 553 f.) und § 67 IV 1 (S. 726); *Robbers*, Anspruch, S. 950.

503 Letzteres kommt in den eben in Fn 499 zitierten Ausführungen des BVerfG deutlich zum Ausdruck.

504 Siehe *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht III/1, § 67 IV 1 (S. 726).

505 Daß die hier relevanten Anforderungen im Ansatz aus dem objektivrechtlichen Gehalt und dabei aus einer übergreifenden Perspektive zu entwickeln sind, heißt also nicht, daß die Grundrechtsvorgaben nicht zugleich subjektive Rechte vermitteln können, vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.II., Zweiter Teil mit Fn 536.

506 (Zu) Weitreichend: BVerfGE 84, 212 (226 f.). Im Akzent anders und im Grundsatz mit Rückgriff auf die „Übergangsfrist“ BVerfGE 88, 103 (116). Daß diese Entscheidung die „Wesentlichkeitsformel“ auf die Rechtsprechung übertrüge – so *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn 268, und im Anschluß daran mit Kritik *Halter/Mayer/Möllers*, Wesentlichkeitstheorie, S. 61 ff. –, ist eine überzogene Interpretation.

Regelungspflichten durch eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht klären oder – je nach Fallkonstellation – Betroffene unmittelbar Verfassungsbeschwerde erheben können.⁵⁰⁷ Gerade im Bereich des Umgangs mit Informationen und Daten hat sich auch das Argumentationsmuster der „Übergangsfrist“⁵⁰⁸ zu einem Instrument entwickelt, das der Gesetzgebung eine Zeitspanne zur Erfüllung ihrer Regelungspflichten einräumt und zugleich den Belangen der Grundrechtsträger in bestimmtem Umfang entgegenkommt.⁵⁰⁹ Zwar ist es anfällig für eine extensive Ausnutzung. Dennoch ist es unverzichtbar.

Wenn der Gesetzgeber mit gesetzlichen Bestimmungen die Grundrechtsaussagen in Inhalt und Umfang individualbegünstigend konkretisiert, existieren die individuellen Rechte gegenüber Exekutive und Judikative in spezifizierter Form. Regelt der Gesetzgeber also beispielsweise die Löschung personenbezogener Daten oder Ansprüche auf Dokumenteneinsicht in einer bestimmten Weise, setzen die gesetzlichen Vorschriften, soweit sie im Bereich des grundrechtlichen Konkretisierungsspielraums liegen⁵¹⁰, die Grundrechtsmaßgaben in nähere Pflichten und Rechte um. Die Aussagen des Grundrechts sind in den einfachrechtlichen Vorschriften „aufgehoben“. Eine exekutive Verletzung gesetzlicher Regelungen, die die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG umsetzen, kann demnach zugleich gegen das Grundrecht verstoßen.

4. Grundrechtsverletzung und Gesetzeswidrigkeit

Obwohl ein Verstoß der Exekutive gegen grundrechtskonkretisierende Gesetzesbestimmungen zugleich das Grundrecht verletzen kann, ist auf der hier behandelten Ebene nicht undifferenziert von einer *immer* auch gegebenen Grundrechtsverletzung auszugehen. Insoweit gibt es jedenfalls Unterschiede zwischen punktuellen Leistungs- oder Schutzansprüchen einerseits⁵¹¹ und Regelungs- und Ausgestaltungsvorgaben andererseits. Auch wenn gesetzliche Vorschriften übergreifend-abstrakt eine gesetzgeberische Umsetzung dieser Vorgaben darstellen, sind sie regelmäßig nur Teilelemente einer umfassenden Konzeption, deren Verletzung im Einzelfall für sich genommen nicht das Gewicht zu haben braucht, mit dem ein Grundrechtsverstoß erreicht wäre. Es kommt vielmehr auf die

507 BVerwGE 80, 355 (358); *Sodan*, Anspruch, S. 607 f. m.N.

508 Allgemein dazu für Fälle, in denen exekutive Eingriffe aufgrund eines veränderten Grundrechtsverständnisses einer gesetzlichen Grundlage bedurften: BVerfGE 33, 1 (13); 33, 303 (347); 41, 251 (267); 51, 268 (287 f.); 73, 280 (297); 79, 245 (250 f.); 85, 286 (401). Siehe auch BVerfGE 85, 386 (400 f.), als Konstellation, in der das BVerfG ohne Änderung des Grundrechtsverständnisses einen Eingriff mangels gesetzlicher Grundlage für verfassungswidrig gehalten, aber die Schutzlücke hervorgehoben hat, die entstünde, wenn man dem Gesetzgeber nicht Gelegenheit gäbe, seiner Schutzpflicht nachzukommen. Außerdem BVerfGE 79, 245 (250 f.), als Fall, in dem für Leistungen der Verwaltung eine gesetzliche Grundlage für erforderlich gehalten wurde.

509 Zur Reduktion exekutiver Eingriffsbefugnisse vgl. BVerfGE 41, 251 (267 f.); 51, 268 (291 f.); 58, 257 (280 f.); 73, 280 (298 f.); 76, 171 (189); 79, 254 (261). Zur Beachtung anderweitiger Grundrechtsmaßgaben durch die Verwaltung in der Übergangsphase BVerfGE 73, 280 (298 f.).

510 Zu dem Problem, daß Grundrechtskonkretisierung und zusätzliche einfachgesetzliche Rechtspositionen nicht mehr so einfach auseinanderzuhalten sind, siehe oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt D.

511 Siehe bereits oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.V.

Funktion der Vorschrift sowie auf das Gewicht und die Folgen ihrer Verletzung an. Beispielsweise ist, selbst wenn der Gesetzgeber die Übermittlung von Daten grundlegend zu regeln hat, nicht jede rechtswidrige Weitergabe sogleich grundrechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit auf einfachrechtlicher Ebene bleibt unberührt. Die Schutzgehalte (auch) des Grundrechts werden freilich etwa dann angesprochen, wenn im jeweiligen Regelungsbereich der Abschottung bestimmter Wissensgrundlagen einer Behörde gegenüber einer anderen oder gegenüber Privaten nach dem Regelungskonzept des Gesetzgebers besondere Bedeutung zukommt. Sie greifen des weiteren dann, wenn Datenübermittlungen systematisch oder gleichsam institutionalisiert an den Gesetzen vorbeigehen, so daß die Folgen entstehen, vor denen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG schützt. Grundrechtsverletzungen und Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen über den Umgang mit Informationen und Daten sind also zu unterscheiden.

V. Fazit: Grundrechtliche Anforderungen und gesetzliche Umsetzung

Im Ergebnis enthält Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf der grundlegenden Ebene mehrdimensionale, komplexe Rechtsbindungen. Sie richten sich im Ansatz als Regelungsanforderungen an die Gesetzgebung. Gerade da sie sich mehrdimensional und komplex gestalten, sind sie ihrerseits im Wechselspiel mit den gesetzgeberischen Regelungsentscheidungen zu spezifizieren, ohne daß dies die – dann allerdings relative – Hierarchie zwischen verfassungsrechtlichen Maßstäben und gesetzlicher Umsetzung aufhebe. Im folgenden wird dem für die drei inhaltlich ausschlaggebenden Stränge nachgegangen, in die sich die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auffächern lassen. Die grundrechtlichen Anforderungen und die ihrer Umsetzung dienenden zentralen gesetzlichen Regelungselemente werden zunächst für den Strang der sachgerechten und transparenzsichernden Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten, sodann für die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten und schließlich für die Sicherstellung von Einflußchancen erörtert.

B. Die sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit Informationen und Daten

I. Die Einbettung der Regelungen in die jeweiligen Regelungszusammenhänge

Die aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Anforderungen sind nur zu realisieren, indem die gesetzlichen Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten in Regelungszusammenhänge eingebettet werden. Sie sind erstens mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen zu koordinieren. Zweitens sind sie untereinander abzustimmen. Vom Gegenstand her muß man die Ebene der sachlichen Aufgaben, die Ebene der Kommunikationssysteme mit den darin eingegliederten Datenverarbeitungssystemen, die Ebene der Informationsvorgänge und die Ebene der Datenverarbeitungsprozesse einerseits unterscheiden, andererseits die jeweiligen Verbindungspunkte und die Verflochtenheit berücksichtigen.

1. Die Koordination mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen

Die Abstimmung mit der sachlichen Ebene erfordert im staatlichen Bereich, daß man die staatlichen Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge in ihrer Verwobenheit mit den Entscheidungen und Handlungen im Rahmen der sachlichen Aufgaben und Befugnisse betrachtet. Der Staat ist als ein Bereich vorauszusetzen, der bereits arbeitsteilig organisiert und durch eine rechtliche Normierung der Aufgabenerledigung strukturiert ist. Die Erfüllung der sachlichen Aufgaben wird schon durch die grundgesetzlichen Bestimmungen über die Verteilung der Gesetzgebungs- und der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern bzw. zwischen Bund, Ländern und Gemeinden dezentralisiert und dekonzentriert. Bundes- oder landesgesetzliche Aufgabenzuweisungen und die sachlichen, örtlichen und instanziellen Zuständigkeiten knüpfen an ein weiter differenziertes Organisationsgefüge der Verwaltung an, wobei dann organisationsrechtlich Zurechnungszusammenhänge hergestellt werden. Die Art und Weise der Aufgabenerledigung ist regelmäßig durch gesetzliche Entscheidungsprogramme näher geregelt. Teilweise ist dies verfassungsrechtlich zwingend. Die Grundrechte als Abwehrrechte fordern – vor allem wegen des Übermaßverbots – über die Zuweisung von Aufgaben hinaus die Auswahl und Festlegung bestimmter Ermächtigungen.⁵¹² Außerdem macht die Ausdehnung der grundrechtlichen Gewährleistungsinhalte und der Gesetzesvorbehalte nähere gesetzliche Determinationen des Verwaltungshandelns erforderlich.⁵¹³ Unabhängig von grundgesetzlichen Erfordernissen steht der zuständigen Gesetzgebung eine gesetzliche Bindung der Art und Weise der Aufgabenerledigung durch konkretisierende Entscheidungsprogramme grundsätzlich offen.⁵¹⁴ Vor diesem Hintergrund sind den jeweiligen Verwaltungsstellen im Organisationsgefüge in der Regel nicht lediglich Aufgaben zugewiesen. Vielmehr werden die Entscheidungsprozesse durch Kompetenzen im Sinne von Aufgaben-Befugnis-Zusammenhängen und durch andere Vorgaben feiner normiert. Die Zuständigkeit der jeweiligen Stelle bezieht sich auf die Erfüllung der Aufgabe durch die Wahrnehmung der Befugnisse und nach Maßgabe der sonst vorgesehenen näheren Bestimmungen.⁵¹⁵ So erklärt sich auch, daß die Aufgaben selbst in den Gesetzeskomplexen häufig gar nicht genannt, sondern nur aus den Regelungsgegenständen und den Entscheidungsprogrammen implizit zu erschließen sind.

512 Ausführlich dazu *Schlink*, Amtshilfe, S. 85 ff., bes. 105 ff.

513 Siehe oben Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.III. und V.

514 Zur Diskussion um den „Verwaltungsvorbehalt“ *Maurer*, Verwaltungsvorbehalt, S. 135 ff.; *Schnapp*, Verwaltungsvorbehalt, S. 172 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Rechtsstaat, Rn 57. Vgl. auch *Bryde*, Einheit der Verwaltung, S. 188, mit dem zutreffenden Hinweis, daß ein Verwaltungsvorbehalt die Verwaltungsdifferenzierung nicht in Frage stellt, sondern eher geeignet ist, sie zu verstärken, weil er sich nicht schlechthin begründen läßt, sondern nur als flexibler Schutz für die Sachnähe der Entscheidung gegenüber gesetzlicher Überprogrammierung.

515 Kompetenzen und Zuständigkeiten sind hiernach nicht Synonyme. Der Kompetenzbegriff bezeichnet die Relation von Aufgabe und Befugnis, der Zuständigkeitsbegriff die Bezogenheit dieses durch Aufgabe und Befugnis konstituierten Gegenstandes auf das Subjekt, das die Aufgabe in Wahrnehmung der Befugnisse zu erfüllen hat. Siehe *Schlink*, Amtshilfe, S. 142 f., in Präzisierung von *Wolff*, *Wolff / Bachof*, Verwaltungsrecht II, S. 14 f.; außerdem *Krebs*, Verwaltungsorganisation, Rn 24 f., 35 ff. Anders etwa *Stettner*, Grundfragen, S. 35 ff., der Kompetenz und Aufgabe unterscheidet und im übrigen Kompetenz und Zuständigkeit gleichsetzt.

Die Aufgaben, die theoretisch hochabstrakt formuliert und umgekehrt tendenziell unendlich zergliedert werden können, werden somit durch die gegebenen gesetzlichen Regelungen schon in einer bestimmten Weise spezifiziert. Die Exekutive erfüllt die Aufgaben in jeweils sachverhalts- bzw. individualbezogenen und insofern konkreten Entscheidungsprozessen. Der Gesetzgeber muß sich bei der näheren Determination der Aufgabenerfüllung daher, auch wenn er auf seiner Regelungsebene nur abstrahierend-typisierend vorgehen kann, an vorgestellten Konstellationen orientieren. Auf dieser Basis sind unter Beachtung der Regelungspflichten aufgrund des Parlamentsvorbehalts und insbesondere auch unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes Aufgaben und Befugnisse einander zuzuordnen. Das kann bereits auf gesetzlicher Ebene die Aufschlüsselung in Teilaufgaben einer Verwaltungsstelle erfordern. Im übrigen sind ergänzende Bestimmungen zu treffen. Die gesetzlichen Normen reichen dann von präzisen Regelungen gleichgelagerter Fälle bis hin zu Regelungen, die eine Vielzahl von Konstellationen in hochabstrakten Aufgabenbeschreibungen bündeln und einen fallbezogen-flexiblen Einsatz ihrerseits relativ abstrakt gehaltener Befugnisse gestatten. Trotz ihrer Gestaltung werden die letztgenannten Vorgaben aber nicht sogleich und nur abstrakt gedacht, sondern stellen eben eine Bündelung vielfältiger Konstellationen in abstrahierenden Gesetzesfassungen dar. Der Exekutive obliegt es, die Aufgaben und Befugnisse sachverhalts- oder individualbezogen zu konkretisieren.

Hat man so den jeweiligen Regelungskomplex im Blick, hat die Gesetzgebung⁵¹⁶ Verarbeitungszusammenhänge zu schaffen, die sich als zusätzliche Regelungen für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in die schon durch Aufgaben, Befugnisse und sonstige Bestimmungen vorstrukturierten Entscheidungsprozesse integrieren.⁵¹⁷ Das

516 Zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Land *Wochner*, Datenschutzdurcheinander, bes. S. 234 ff. Bei bundesrechtlichen Regelungskomplexen, die keine bereichsspezifischen Datenschutzbestimmungen enthalten und die durch die Länder ausgeführt werden, könnte die Frage des anzuwendenden Datenschutzgesetzes Schwierigkeiten bereiten; entsprechenden Streit und Unklarheiten soll die Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BDSG vermeiden.

517 In diesem Zusammenhang liegt auf der Hand, daß es schwierig ist, im Informations- oder Datenschutzrecht eine Grenze zwischen Verfahrensrecht und „materiellem“ Recht zu setzen. Das spiegelt sich wider in der Frage, ob eine Datenschutzgesetzgebung eine Regelung des „Verwaltungsverfahrens“ im Sinne des Art. 84 Abs. 1 GG darstellt. Siehe dazu aus der Rechtsprechung BVerfGE 14, 197 (220 f.) und 55, 274 (318 ff. und 331 ff. – Sondervotum –). Nach dieser Entscheidung sind Vorschriften über das Verwaltungsverfahren im Sinne von Art. 84 Abs. 1 GG „jedenfalls gesetzliche Bestimmungen, die die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im Blick auf die Art und Weise der Ausführung des Gesetzes einschließlich ihrer Handlungsformen, die Form der behördlichen Willensbildung, die Art der Prüfung und Vorbereitung der Entscheidung, deren Zustandekommen und Durchsetzung sowie verwaltungsinterne Mitwirkungs- und Kontrollvorgänge in ihrem Ablauf regeln“ (320 f. in Anlehnung an BVerfGE 37, 363 <385, 390>). Dem folgt der Hinweis auf eine „Doppelgesichtigkeit“ von Regelungen: „Ein materieller Gesetzesbefehl kann eine Ausgestaltung erhalten, die auch das ‚Wie‘ des Verwaltungshandelns verfahrensmäßig bindend festlegt“ (320; siehe auch bereits BVerfGE 37, 363 <390 f.>). Die im zu entscheidenden Fall geregelten Vorlagepflichten und Offenbarungs- und Verwertungsverbote werden dann als Verfahrensregelungen angesehen (322 ff.). Siehe demgegenüber das Sondervotum Rottmann, BVerfGE 55, 274 (331 ff.).) Zur Datenschutzgesetzgebung außerdem *Bull*, in: AK-GG, Art. 84 Rn 17 („überwiegend Verwaltungsverfahrenrecht, ausgenommen die darin begründeten Rechte der Betroffenen“); *Simitis*, in: ders. (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 1 Rn 1 ff., bes. 8 ff. (zumindest die Rechte der Betroffenen und die Vorschriften über die Kontrolle insbes. durch Datenschutzbeauftragte als „materielles“ Recht); *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 84 Rn 14 f. („alle zur Strukturierung der Informationsgewinnung und -verarbeitung vorge-

gilt unabhängig davon, ob es sich um abstrakt-systembildende Vorschriften in einem eigenständigen Gesetz oder um bereichsspezifische Normen handelt. Die geforderten Regelungen können sich in die organisationsrechtlich vorgesehene Verwaltungsgliederung einfügen und sie unberührt lassen, sofern nicht aufgaben- oder organisationsändernde Vorschriften gefordert sind, die der nach den Art. 83 ff. GG je zuständige Gesetzgeber sicherzustellen hat⁵¹⁸. Im Rahmen der ihn bindenden rechtlichen Vorgaben kann der jeweils zuständige Gesetzgeber die sachlichen Aufgaben und Befugnisse auch neu, zum Beispiel differenzierter oder transparenter, gestalten, damit die darauf abzustimmenden Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG besser Rechnung tragen können. Hier liegen Übergänge zur System- und Technikgestaltung.

2. Die Koordination zwischen der System- und Technikgestaltung und der Determination der Verarbeitungsvorgänge

Systemgestaltung und Technikgestaltung beziehen sich auf die Systeme im Vorfeld konkreter Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge, die mittels sozialer oder technischer Kriterien abgrenzbar sind.⁵¹⁹ Die Systemgestaltung kann die Ebene der sachlichen Aufgaben und die Ebene der Verarbeitungsprozesse miteinander vermitteln, indem die Aufgabenerledigung oder die Entscheidungsverfahren mit Blick auf die dafür nötigen Informations- und Datenverarbeitungen anders organisiert werden. Sie kann sich auch, der Ebene der sachlichen Aufgaben nach- und der Ebene der Verarbeitungsvorgänge vorgeordnet, beispielsweise auf die organisatorische Abschottung von Verarbeitungsbereichen richten. Die Technikgestaltung bezieht sich auf Datenverarbeitungssysteme. Damit ist sie der Ebene der sachlichen Aufgaben nachgeordnet; sie beeinflusst aber die Bedingungen der Datenverarbeitung und damit zugleich die Bedingungen des Umgangs mit Informationen.

Daher müssen die Regelungen zur System- und Technikgestaltung zum einen mit den (sonstigen) Aufgaben- und Befugnisnormen abgestimmt werden. Zum anderen muß der Gesetzgeber sie mit den Vorschriften koordinieren, die die einzelnen Verarbeitungsvorgänge determinieren. Diese Determination muß auf der Systemgestaltung aufbauen, weil diese den Rahmen und die Bedingungen der Verarbeitungsvorgänge prägt. Allerdings wirkt die Ebene der Verarbeitungsvorgänge auf die Systemgestaltung vor, indem erst der Blick auf jene Ebene erhellt, wie Maßgaben zwecks Systemgestaltung sachgerecht zu formulieren sind. In gleicher Weise sind die Wechselwirkungen zwischen den Vorgaben zur Technikgestaltung und den Regelungen der Verarbeitungsvorgänge zu berücksichtigen. Vorgaben zur technischen Gestaltung der Datenverarbeitungssysteme wirken sich auf die Verarbeitungsvorgänge und auf die darauf gerichteten Regelungserfordernisse aus, weil sich die Datenverarbeitung innerhalb der verarbeitungstechnischen Optionen und Grenzen

sehenen Normen <können> unter diesen weiten Verfahrensbegriff fallen ...“).

518 Huber, Grundrechtsschutz, S. 258 ff.

519 Dazu näher Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.1.b. und Punkt B.III.1.

bewegt. Umgekehrt müssen (antezipierte) Verarbeitungsvorgänge und deren Determination auf jene Vorgaben vorwirken: Der Blick auf die Ebene der Verarbeitungsvorgänge zeigt den Steuerungsbedarf oder Steuerungsmöglichkeiten im Bereich der Technikgestaltung auf. Außerdem kann nur von dort aus das Leistungsprofil formuliert werden, das die Technik erfüllen sollte, damit die Verwirklichung der normativen Anforderungen an den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht auf technische Hindernisse stößt.

3. Die Koordination der Regelungen der Verarbeitungsvorgänge

Bei den zu schaffenden gesetzlichen Vorgaben sind weiter die Zusammenhänge zwischen der Gewinnung und Umsetzung von Informationen und der Verarbeitung von Daten zu beachten. Die rechtliche Determination hat nicht mit punktuellen Akten, sondern mit komplexen Prozessen zu tun. Diese sind nur sinnvoll zu regeln, wenn man sie einerseits als solche im Blick behält, andererseits aufschlüsselt. Die Aufschlüsselung zielt nicht darauf, bestimmte Schritte zu beschreiben und gesetzlich nachzuzeichnen. Sie dient vielmehr dazu, Regelungserfordernisse zu erkennen und die Anknüpfungspunkte zu spezifizieren, an denen gesetzliche Vorgaben sinnvollerweise ansetzen.

Beim Umgang mit Informationen und Daten kann man zum einen die Ebene der Informationen und die Ebene der Daten, zum anderen Phasen oder Verarbeitungsvorgänge unterscheiden. Diese lassen sich aber bei der Entscheidungsfindung nicht streng chronologisch hintereinander ordnen. Sie verlaufen im Verarbeitungszusammenhang als verwobene Prozesse.⁵²⁰ Etwa können Daten noch kurz vor der sachlichen Entscheidung erhoben werden und zu einem Bestand an bereits vorher erhobenen, gespeicherten und veränderten Daten hinzukommen. Eine Gewinnung von Informationen aus Informationsgrundlagen findet laufend statt, zum Beispiel in der unmittelbaren Erhebungssituation oder bei einer späteren Entscheidung mit Hilfe abgerufener Daten.

Die Abgrenzung der Verarbeitungsvorgänge gegeneinander ist im einzelnen nicht zwingend vorgegeben.⁵²¹ Zudem kann die technische Entwicklung zu neuen Formen führen. Art. 2 lit b EG-DSRiL, der darauf bereits reagiert⁵²², stellt klar, daß Verarbeitungsvorgänge nicht aus der Determination herausfallen dürfen. Im übrigen listet er zwar Formen und Phasen auf, enthält dazu aber keine verbindlichen Vorgaben. Die Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verlangen lediglich, Differenzierungen so zu treffen, daß den Anforderungen einer sachgerechten und transparenzsichernden Regulierung Rechnung getragen werden kann. In diesem Rahmen steht es der Gesetzgebung zu, Formen und Abgrenzungen durch Legaldefinitionen zu klären. Orientiert man sich an den derzeit gegebenen Bestimmungen, können die Beschaffung der Informationsgrundlagen, die Spei-

520 Vgl. bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II. Anschaulich ist die Darstellung bei *Brenner*, Bundesnachrichtendienst, S. 89 ff., zum Begriff der „Auswertung“ als verwobener Prozeß von Informationsgewinnungen, Datenspeicherungen und -veränderungen und Informationsverwendungen.

521 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

522 Vgl. oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.3.

cherung, die Veränderung, die Anonymisierung und Pseudonymisierung von Daten sowie die Nutzung von Informationsgrundlagen, die Gewinnung und die Veränderung von Informationen, die Verwendung der erzeugten Informationen, die Mitteilung von Aussagegehalten oder die Übermittlung von Daten und die Sperrung und Löschung von Daten als je eigenständig zu beschreibende Verarbeitungsvorgänge gegeneinander abgegrenzt werden.

Die *Beschaffung von Informationsgrundlagen* oder die Erhebung, die in § 3 Abs. 3 BDSG als „Beschaffen von Daten über den Betroffenen“ definiert ist, meint ein aktives Verhalten der sich informierenden Stelle oder Person, das auf die Erlangung von Mitteilungen oder Daten aus Bereichen außerhalb der Stelle oder Person gerichtet ist.⁵²³ Sie umfaßt unter anderem Beobachtungen, Auskunftsverlangen oder Datenerhebungen. Die zufällige Wahrnehmung oder die ohne Zutun erfolgende Entgegennahme von Mitteilungen Dritter können erst hinsichtlich der Informationsgewinnung oder hinsichtlich der Datenspeicherung geregelt werden.⁵²⁴ Kennzeichnend für die Beschaffung ist ihre Auswahlfunktion. Sie entscheidet darüber, was in das Wissen einfließt.

Das *Speichern von Daten* umfaßt nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BDSG das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung.⁵²⁵ Es hat inhaltliche und zeitliche Aspekte. In inhaltlicher Hinsicht ist es im Anschluß an die Beschaffung der Informationsgrundlagen orientiert an den Nutzungserwartungen mit erneuten Selektionen verbunden. Es verlangt eine Entscheidung über den Einsatz einer bestimmten Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik und bringt die Transformation der in der Erhebungssituation erlangten Informationen oder Daten in ein vorgegebenes System der Codierung mit sich.⁵²⁶ In zeitlicher Hinsicht ermöglicht es in Abhängigkeit von der Speicherdauer den Abruf und die Nutzung der Daten zu späteren Zeitpunkten und in veränderten Situationen. Die Speicherung entscheidet somit darüber, zu welchen Zeitpunkten und in welchen Zusammenhängen welche Daten welcher Stelle zur Verfügung stehen.

Das *Verändern von Daten* wird in § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BDSG als das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten definiert. Da die Feststellung einer Veränderung einen Vergleich von Aussagegehalten erfordert, ist die Vergleichsebene zu

523 *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 108; *Sokol*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 13 Rn 11. Siehe auch dazu, daß nach der Begriffsdefinition etwa das Herausuchen von Daten aus schon vorhandenem Material oder das Gewinnen von Daten aus bereits erhobenen Daten keine „Erhebung“ sind, *Geiger*, in: Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz, § 13 Rn 10.

524 Dahinter steht nicht, daß eine Zielgerichtetheit staatlichen Verhaltens Voraussetzung der Regelungserfordernisse wäre, sondern die Frage, ob und inwieweit die staatliche Stelle die Einflußmöglichkeiten auf das Geschehen hat, die jede normative Steuerung des staatlichen Verhaltens voraussetzen muß. Vgl. dazu auch die Regelung des § 14 Abs. 1 S. 2 BDSG. Außerdem *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 108; *Sokol*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 13 Rn 11; *Tinnefeld*, Persönlichkeitsrecht, S. 1117; OLG Bremen, NJW 1993, S. 798 (800), zur ungezielten Kenntnisnahme von Patientendaten durch einen Konkursverwalter.

525 Ausführlicher *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 120 ff.; *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn 26 ff.

526 Ausführlich Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

bestimmen; neben einzelnen Daten kann auch die Gesamtaussage mehrerer Daten relevant sein.⁵²⁷ Veränderungen können durch einen Datenabgleich und die nachfolgende Speicherung neuer Gehalte, durch die umgestaltende (nicht bloß summierende) Verknüpfung gespeicherter Daten mit anderen Daten, durch die Umwandlung in geraffte, schlußfolgernde oder wertende Aussagen oder auch durch das Herstellen eines neuen Kontexts erfolgen.⁵²⁸ Von der Art des Vorgehens her können sie im Wege des Rückgriffs auf Daten, der Informationserzeugung und der erneuten Speicherung in veränderter Form vorgenommen werden, also Informationsgewinnungen einschließen, aber eben nicht als Löschung und neue Speicherung, sondern wegen der Beziehung zwischen den vorherigen und den dann gespeicherten Daten als Veränderung zu erfassen sein. Sie sind außerdem durch automatische Verarbeitungsprozesse nach Maßgabe vorgegebener Programme, also ohne zwischengeschaltete Informationsgewinnung, möglich. Kennzeichnend ist jeweils die Änderung des Aussage- und/oder Informationsgehalts von den vorher zu den nachher gegebenen Daten, die dazu führt, daß auch die zu einem späteren Zeitpunkt aus den Daten gebildeten Informationen einen veränderten Inhalt haben werden. Im Verarbeitungszusammenhang sind Datenveränderungen ein regelmäßiger Bestandteil des Entscheidungsfindungsprozesses.

Die *Nutzung von Informationsgrundlagen* wird in der auf Daten bezogenen Vorschrift des § 3 Abs. 5 BDSG gegen die Speicherung, Veränderung oder Übermittlung abgegrenzt, indem sie als jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt, beschrieben wird. Genutzt werden Daten etwa bei einem Datenabgleich⁵²⁹ und insbesondere auch als Grundlage der Informationen, die die sachlichen Entscheidungen stützen.⁵³⁰ Die Nutzung setzt voraus, daß Informationsgrundlagen beschafft und Daten gegebenenfalls gespeichert und verändert worden sind. Sie stellt wiederum eine Auswahl der Aussagegehalte dar, aus denen die für die Entscheidung benötigten Informationen gebildet werden. Indem Informationsgrundlagen als Basis von Informationen dienen, ist ihre Nutzung die Kehrseite einer Gewinnung von Informationen.

Die *Gewinnung von Informationen* wird, obwohl sie als „ein für den Betroffenen besonders riskanter Vorgang“ angesehen werden kann⁵³¹, in den Bestimmungen des BDSG nicht definiert und auch allenfalls unzureichend erfaßt.⁵³² Sie bezeichnet die Deutungs- und Interpretationsleistungen, mit denen aus den jeweils zur Verfügung stehenden Informa-

527 Vgl. auch Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 137.

528 Ausführlicher Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 134 ff.; Gola/Schomerus, BDSG, § 3 Rn 30; Dörr/Schmidt, Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 15 f.

529 Dazu Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 198.

530 Vgl. Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 195: „Entscheidend ist die Nutzung des Informationsgehalts.“

531 So Gallwas, in: ders./Geiger/Schneider/Schwappach/Schweinoch, Datenschutzrecht, § 2 Rn 22, für die Gewinnung neuer Daten (gemeint: Informationen) durch Verarbeitung vorhandener Daten oder für die Gewinnung neuer Daten (gemeint: Informationen) durch Zusammenführung vorhandener Daten. Gallwas ist, ohne daß dies wirklich passen würde, bemüht, solche Vorgänge unter den Begriff des „Veränderns“ von Daten zu fassen, damit sie in den Schutz des BDSG einbezogen sind. Vgl. außerdem Scholz/Pitschas, Informationstechnik, S. 523.

532 Hintergründe sind u.a. dessen Entstehungsanlaß (automatische Datenverarbeitung) und die in der juristischen Diskussion häufige Vernachlässigung der Unterscheidung von Informationen und Daten.

tionsgrundlagen im jeweiligen Wissens- und Interpretationskontext bestimmte Sinngehalte erzeugt werden. Für ihre Beobachtung kann man Ebenen unterscheiden; sie findet also nicht prinzipiell im Kopf von Menschen statt, sondern kann im staatlichen Kommunikationsprozeß als Schritt der Deutung vor den weiteren Schritten der Umsetzung gewonnener Informationen festgemacht werden.⁵³³ Als Vorgang der Erzeugung von Sinn bestimmt die Informationsgewinnung, welches Wissen über die Grundrechtsträger entsteht und wie die nachfolgenden Verarbeitungsvorgänge und die Entscheidungsfindungsprozesse verlaufen. Sie hängt einerseits von den zur Verfügung stehenden Informationsgrundlagen ab und ist andererseits an dem jeweils nachfolgenden Umsetzungsschritt orientiert. Umsetzungsschritte können die Verwendung der Informationen für die sachlichen Entscheidungen, aber auch die Erfassung und Speicherung in Datenform oder die Veränderung abgerufener Daten sein.

Erfaßt man die Gewinnung von Informationen als laufend stattfindende Erzeugung von Sinn aus Informationsgrundlagen, ist eine *Veränderung von Informationen* (nur) gegeben, wenn man ein übergreifendes Vergleichsraster herstellt, in dem sich zwei Informationen unter dem Aspekt der Veränderung der Sinngehalte vergleichen lassen.⁵³⁴ Damit kann die Sinnerzeugung über den Verlauf der Verarbeitungsvorgänge hinweg beobachtet und kontrolliert werden.

Wie die Datennutzung ist die *Verwendung von Informationen* sinnvollerweise gegen andere Umsetzungsschritte, zum Beispiel gegen die Speicherung gebildeter Sinngehalte in Datenform, abzugrenzen. Informationen werden in staatlichen Entscheidungsprozessen insbesondere als Basis der Abschlußentscheidungen zur Erfüllung der Aufgabe nach Maßgabe der Befugnisse verwendet. Die Verwendung der Informationen stellt im Verhältnis zur Gewinnung von Informationen aus Informationsgrundlagen eine eigenständige Auswahlhandlung im Hinblick auf die für die Entscheidungen benötigten Informationen dar. Im Verarbeitungszusammenhang ist sie das Bindeglied zur Ebene der sachlichen Entscheidungen und Handlungen.⁵³⁵

Die *Mitteilung von Aussagegehalten* oder die *Übermittlung von Daten* wird in der datenbezogenen Definition des § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 BDSG beschrieben als das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, daß die Daten durch die speichernde Stelle an den Dritten weitergegeben werden oder der Dritte von der speichernden Stelle zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten einsieht oder abrufen. Die Definition verweist bereits auf die Vielfältigkeit der Übermittlungsformen, die manuell oder rechnerunterstützt abgewickelt werden können. Mitteilungen und Datenübermittlungen können auf ein konkretes Ersuchen der empfangenden Stelle erfolgen. Denkbar ist auch eine Übermittlung auf eigene Initiative der übermittelnden Stelle zur Erfüllung eigener Aufgaben oder zur Unterstützung der Aufgabenerfüllung der empfangenden Stelle. Regelmäßige Mitteilungen oder Datenübermittlungen können routinisiert werden, indem man auslösende Anlässe festlegt, die

533 Vgl. dazu Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

534 Vgl. bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II.

eine Einzelfallprüfung in mehr oder weniger weitreichendem Umfang entbehrlich machen. Besteht eine direkte Rechnerverbindung, kann dem Dritten die Berechtigung eines unmittelbaren Zugriffs auf die Daten der anderen Stelle eingeräumt werden. In solchen Fällen lassen sich die in § 10 BDSG geregelte Einrichtung der Abrufverfahren und der als Übermittlungsvorgang qualifizierte Abruf selbst unterscheiden. Kennzeichen von Mitteilungen und Übermittlungen ist, daß der Empfänger als „Dritter“ von der Ausgangsstelle Informationsgrundlagen oder Daten erlangt und dann selbst Informationen gewinnen oder Daten weiter verarbeiten kann. Anders als bei einer erstmaligen Erhebung beim Betroffenen befinden sich die Angaben oder Daten bereits im staatlichen Bereich, und jedenfalls der übermittelnden Stelle ist deren Aussagegehalt bereits bekannt. Die Auswahl vor der Weitergabe oder vor der Einräumung einer Abrufberechtigung und dem Abruf entscheidet darüber, welche Angaben oder Daten von der übermittelnden Stelle an die empfangende Stelle gelangen.⁵³⁶

Das *Sperren von Daten* erfolgt nach § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 4 BDSG durch das Kennzeichnen gespeicherter personenbezogener Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken. Es soll den Verarbeitungs- und Nutzungsumfang in den Fällen eindeutig festhalten, in denen besondere Einschränkungen bestehen und Unklarheiten vorliegen könnten. Das *Löschen von Daten* ist nach § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 5 BDSG das Unkenntlichmachen gespeicherter personenbezogener Daten. Das schließt das Überschreiben der Daten auf einem Datenträger ebenso ein wie dessen Vernichtung. Mit der Löschung wird die Informationsfunktion der Daten aufgehoben.⁵³⁷ *Anonymisieren* ist das Verändern personenbezogener Daten derart, daß die Angaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur noch mit einem unverhältnismäßigen Aufwand einer bestimmten oder bestimmbar Person zugeordnet werden können (§ 3 Abs. 6 BDSG). Mit der Anonymisierung entfällt der Personenbezug der Daten. Ebenso wie durch das Löschen kann damit der Verarbeitungszusammenhang beendet werden, soweit er auf personenbezogenen Informationen und Daten beruht. *Pseudonymisieren* bezeichnet das Ersetzen des Namens oder anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen mit dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren (§ 3 Abs. 6 a BDSG). Pseudonyme zeichnen sich dadurch aus, daß Zuordnungsfunktionen oder Schlüssel existieren, die die Aufdeckung des Pseudonyms ermöglichen. Für diejenigen, die über die jeweilige Zuordnungsfunktion Zugriff haben, sind pseudonymisierte Daten personenbezogen oder zumindest personenbeziehbar. Für andere kommen sie, soweit Aufdeckungsrisiken auf ein hinzunehmendes Maß reduziert sind, anonymisierten Daten gleich.⁵³⁸

535 Ausführlicher Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I. und II.

536 Vgl. auch *Heimzelmann*, Datenübermittlung, S. 69 ff., der darauf hinweist, daß die Übermittlung nicht einfach ein Transfer eines feststehenden Blocks von Angaben oder Daten von einer an eine andere Stelle ist. Er schlüsselt die Selektionsakte und -mechanismen vor der Weitergabe, die Weitergabe sowie den Empfang und die dem Empfang nachfolgende Kenntnisnahme und Auswertung durch die empfangende Stelle auf.

537 *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 179.

538 *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 103 f.; *Gola/Schomerus*, BDSG, § 3 a Rn 10. Anders mit Rücksicht auf Aufdeckungsrisiken (immer personenbeziehbar) *Dammann*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 223. Zur „Anonymitätsstärke“ von

Aus den gegenstandsbedingten Wechselbeziehungen der Verarbeitungsvorgänge eines Verarbeitungszusammenhanges ergibt sich notwendig das Erfordernis eines *Regelungszusammenhanges*. Die nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebotene Begrenzung und Gestaltung der Informations- und Datenverarbeitungen ist nur zu leisten, wenn die einzelnen Vorschriften nicht isoliert, sondern unter Berücksichtigung der anderen (vorgesehenen) Bestimmungen des jeweiligen Regelungskomplexes formuliert werden. Die Vorgaben zur Gewinnung und Umsetzung von Informationen sind mit den Regelungen zur System- und Technikgestaltung und auf die sachlichen Aufgaben und Befugnisse abzustimmen. Umgekehrt können für die Aufgabenwahrnehmung nur Informationen genutzt werden, die vorher gewonnen worden sind. Die Vorgaben über die Beschaffung von Informationsgrundlagen und über die Datenverarbeitung sind auf die so bestimmten Informationsprozesse und damit ihrerseits (auch) auf die sachlichen Aufgaben und Befugnisse zuzuschneiden. Die Erhebung, Veränderung oder Übermittlung von Daten kann also nur mit Blick auf die vorgesehene Nutzung und auf die für die Aufgabenerledigung benötigten Informationen geregelt werden, und umgekehrt stehen als Informationsgrundlage nur Daten zur Verfügung, die zuvor erhoben oder gespeichert und erforderlichenfalls verändert worden sind. Zugleich ist eine Koordination sowohl mit den eingesetzten Methoden und Modi als auch mit den Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken erforderlich.

In den bestehenden Normen werden diese Zusammenhänge nur begrenzt aufgegriffen und umgesetzt. Das mag unter anderem an der fehlgehenden grundrechtlichen Ausgangsannahme eines Entscheidungsrechts über Preisgabe und Verwendung von Daten liegen. In den meisten Gesetzen finden sich ausschließlich datenbezogene Regelungen bei allerdings weit gefaßtem (und insofern unklarem) Datenbegriff. Manchmal, zum Beispiel im Bundesverfassungsschutzgesetz, beziehen sich die Regelungen auch auf Informationen, ohne daß jedoch der begrifflichen Unterscheidung und der Differenz der Bezugsebenen hinreichend Rechnung getragen würde. Bei der gesetzlichen Gestaltung darf insgesamt weder eine die einzelnen Phasen isolierende noch eine schlicht chronologische Perspektive eingenommen werden. Nur der Regelungs- und Verarbeitungszusammenhang und seine ihn im Blick behaltende Aufschlüsselung bieten die geeignete Grundlage für eine adäquate gesetzliche Determination.

II. Elemente einer gesetzlichen Determination der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge

Die Anforderungen, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an die sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten stellt, sind mit Blick auf die Ebene der Verarbeitungsvorgänge durch deren gesetzliche Determination umzusetzen. Der Gesetzgebung ist dabei nicht im einzelnen vorgegeben, wie sich diese Determination zu gestalten hat. Es gibt aber einige zentrale Kategorien und Regelungsmuster. Sie werden im folgenden insbesondere im Hinblick auf ihre Funktion bei der Umsetzung der grundrechtlichen Vorgaben analysiert.

1. Zwecksetzungen und Erforderlichkeit als zentrale Kategorien

Bei der gesetzlichen Umsetzung der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gehören Zwecksetzungen und das Regelungselement der Erforderlichkeit zu den zentralen Determinanten. Das Bundesverfassungsgericht hat im Volkszählungsurteil die bereichsspezifische und präzise gesetzliche Regelung des Verwendungszwecks, die Eignung und Erforderlichkeit der Angaben für diesen Zweck sowie die darauf begrenzte Verwendung der Daten als zentrale Maßgaben hervorgehoben.⁵³⁹ Die Kategorien wird es aus den literarischen Überlegungen übernommen haben: Bereits in der frühen Diskussion um den Datenschutz spielen die Festlegung der Zwecke, zu denen Informationen und Daten als Informationsbasis genutzt werden dürfen, und im Anschluß daran die Bindung an diese Zwecke eine maßgebliche Rolle. Zu den Hintergründen gehört, daß Information unter pragmatischen Gesichtspunkten mit Hilfe der Zweckkategorie beschrieben wird: welche Informationsinhalte in einem bestimmten Zusammenhang aus Informationsgrundlagen gebildet werden und welche Folgen zu erwarten sind, erklärt sich auch mit Blick auf die Zwecke, die die sich informierende Stelle oder Person verfolgt.⁵⁴⁰ Die Zweckkategorie ist zudem vor allem für den Aufbau und die Ordnung technischer (Informations)Systeme abstrahiert worden, indem sie diese strukturiert hat. Im Volkszählungsurteil hat das Bundesverfassungsgericht Zwecksetzungen und Erforderlichkeit verfassungsrechtlich im Übermaßverbot eingeordnet.⁵⁴¹ Dagegen bezeichnet es sie – ebenso wie die Zweckbindung – in der Entscheidung zu den Überwachungsbefugnissen des Bundesnachrichtendienstes im Anwendungsbereich des Art. 10 GG als besondere Anforderung an den Gesetzgeber in bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, die aus Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis stammen.⁵⁴² Auch in den Bestimmungen der EG-Datenschutzrichtlinie spielen diese Elemente eine wesentliche Rolle. Art. 6 EG-DSRiL gibt der mitgliedstaatlichen Umsetzung – vorbehaltlich der Beschränkungsmöglichkeiten des Art. 13 EG-DSRiL – als Vorgabe auf, daß personenbezogene Daten für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Darin steckt nicht nur eine Flexibilisierung gegenüber einer Zweckbindung, sondern auch eine interpretations- und ausfüllungsbedürftige Vorgabe.⁵⁴³ Art. 6 EG-DSRiL fächert zudem als weitere Anforderungen auf, daß personenbezogene Daten den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, dafür erheblich sind und nicht darüber hinausgehen.

Angesichts dieser Hintergründe und Differenzen wird deutlich, daß die jeweiligen Figuren einer genaueren Klärung bedürfen. Wie sind sie rechtlich zu verstehen, und welche Bedeutung kommt ihnen zu? Lassen sich grundrechtliche und europarechtliche Vorgaben in einem stimmigen Gesetzeskonzept miteinander in Einklang bringen?

539 BVerfGE 65, 1 (46). Vgl. näher Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

540 Vgl. oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

541 Vgl. BVerfGE 65, 1 (46 ff.).

542 BVerfGE 100, 313 (359 ff.).

543 Vgl. Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.aa.

a) Zweckfestlegung, Zweckbindung, Zweckänderungen

aa) Die Festlegung der Verwendungszwecke

Die *Zweckfestlegung* als erste zentrale Kategorie ist von der *Bindung* an die festgelegten Zwecke zu unterscheiden. Sie bestimmt, wofür Informationen und wofür Daten als Informationsbasis eingesetzt werden dürfen. Es geht daher um die *Zwecke*, die die *Verwendung* der Informationen und der Daten regeln. Das gilt auch, wenn auf den *Verwendungszweck* zum *Zeitpunkt der Erhebung* abgestellt wird, der manchmal verkürzend als „Erhebungszweck“ bezeichnet wird. Gemeint ist mit der Zweckfestlegung nämlich unter anderem, daß eine Erhebung personenbezogener Daten oder die Gewinnung personenbezogener Informationen kein Selbstzweck sein dürfen, sondern einem bestimmten Zweck dienen, für den Daten als Informationsgrundlage und Informationen verwendet werden sollen.

Die Karriere der Zweckfestlegung als eines der zentralen Muster der rechtlichen Determination gibt für sich genommen noch keinen Aufschluß über ihre tiefere rechtliche Bedeutung. Auch wenn Art. 6 EG-DSRil insoweit prägnante Anforderungen stellt, bleibt die Frage, welcher genaue Aussagegehalt mit dieser Figur verbunden ist. Und inwieweit handelt es sich eigentlich um eine zwingend konkretisierbare Vorgabe des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG?

(1) Funktionen der Zweckfestlegung

Diese Fragen lassen sich nur beantworten, wenn man die Funktionen herausarbeitet, die der Festlegung der Verwendungszwecke zukommen. Sie hat mehrere Funktionen. Durch die Zwecksetzung werden die Informations- und Datenflüsse, die faktisch in unbegrenzt vielen und beliebigen Kommunikations- und Entscheidungszusammenhängen aufgenommen werden können, erstens rechtlich unterbrochen, begrenzt und strukturiert. Sind etwa Informationen und Daten im staatlichen Bereich Grundlage der Entscheidungen im Rahmen der Erfüllung der Aufgaben nach Maßgabe der Befugnisse, bestimmt die Zweckfestlegung, in welchem Aufgabenzusammenhang und bei welchen Entscheidungen sie verwendet werden dürfen. Sie bewirkt somit eine rechtliche Verklammerung der *Informations- und Datenverarbeitungen mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen*. Zweitens bieten die jeweiligen Verwendungszwecke einen übergreifenden Orientierungspunkt und sind das *Band*, das die *einzelnen Verarbeitungsvorgänge zu jeweils einheitlichen oder auch zu sich differenzierenden Verarbeitungszusammenhängen* verbindet.⁵⁴⁴ Die Verarbeitungsvorgänge – die Gewinnung und Umsetzung von Informationen oder die Erhebung, Speicherung, Veränderung, Nutzung oder Übermittlung von Daten – werden auf eine oder mehrere festgelegte Verwendungsweise(n) bezogen und sind nicht jeweils als Selbstzweck zu fassen. Die Verwendungszwecke sind dementsprechend *in jeder dieser Phasen* zu spezifizieren. Sie betreffen also nicht etwa nur die Nutzungsphase, sondern auch die vorangegangenen Verarbeitungsvorgänge. Sie erfassen die jeweilige Phase zugleich als Element des Verarbei-

544 Insoweit zutreffend *Badura*, Stellungnahme, S. 159.

tungszusammenhanges.⁵⁴⁵ Die Erhebung bestimmter Daten dient nicht isoliert und unvermittelt der Erfüllung einer Aufgabe; die Daten werden gegebenenfalls mit anderen Daten verknüpft und dienen dann als Basis der Informationen, die für die Entscheidungen zur Aufgabenerledigung benötigt werden. Daher ist immer der Verarbeitungszusammenhang mitzudenken. Sofern in die Verarbeitungsprozesse besondere Zwecke wie etwa die der Richtigkeitskontrolle oder der Datensicherung eingefügt werden, können verschachtelte Prozesse entstehen. Drittens wird die *nähere Regelung der einzelnen Phasen ermöglicht*. Denn dadurch daß diese bestimmten Verwendungsmöglichkeiten zugeordnet werden, werden sie ihrerseits bestimmbar. Es läßt sich näher eingrenzen, welche Informationen für die Entscheidungen im Rahmen der Aufgabenerfüllung benötigt werden, welche Daten als Informationsgrundlage erforderlich und zu erheben sind, wie Daten unter Umständen verändert werden müssen, damit sie die Informationen hergeben, und wie lange man sie braucht. Für die Gestaltung der gesetzlichen Regelungen ist dabei immer die vorgesehene Nutzung bestimmter Informationen am Ende eines Prozesses maßgeblich. Denn dies ist die Stelle, an der die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit den Entscheidungen im Rahmen der Aufgabenerfüllung verknüpft sind.

Mit der Festlegung der Verwendungszwecke erhält zugleich der *Verarbeitungs- oder Verwendungszusammenhang*, in dem sich Informationen und Daten bewegen, erste Konturen.⁵⁴⁶ Die Verklammerung mit der Aufgabenerfüllung, die beim Staat weitgehend rechtlich determiniert ist, und die Strukturierung der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge durch die Ausrichtung auf Verwendungszwecke grenzen den jeweils relevanten Wissenskontext und die (erwartbaren) Kommunikations- und Entscheidungsprozesse ein. Erst dadurch wird es möglich, näher zu beschreiben, welche Informationen aus bestimmten Mitteilungen, Angaben oder Daten gewonnen und wie sie umgesetzt werden.⁵⁴⁷

Mit diesen Funktionen kann die Festlegung der Verwendungszwecke die grundrechtlichen Anforderungen erfüllen, die sich auf eine sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten richten. Das erklärt ihre zentrale Bedeutung. Sie ist nach dem hier verfolgten Konzept *nicht* als Komponente gesetzlicher Einschränkungen einer grundsätzlichen Bestimmungsbefugnis der Betroffenen einzuordnen.⁵⁴⁸ Ebenso wenig folgt sie aus dem Übermaßverbot.

Ergibt sich ihre Bedeutung aus den Funktionen, die sie bei der Realisierung der grundrechtlichen Anforderungen erfüllt, ist sie dann eine zwingende Vorgabe, wenn es keine funktionalen Äquivalente gibt. Die Zweckkategorie zeichnet sich dadurch aus, daß sie quer zu den unendlich fortführ- und auffächerbaren Prozessen der Informations- und Datenverarbeitung ansetzt. Sie bietet einen steuernden Bezugspunkt. Vor allem kann der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten über die Bestimmung des Verwendungs-

545 Das gilt dann auch für die Löschung, Sperrung, Anonymisierung und Pseudonymisierung von Daten, die ihrerseits an den Verwendungszwecken zu orientieren sind.

546 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

547 Vgl. dazu insgesamt Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I., und Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

548 Siehe aber – mit unterschiedlichen Ansätzen – *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 102 ff.; *Bischoff*, Komplementierung, S. 202 ff.

zwecks sinnvoll mit der sachlichen Regelungsebene verklammert und auf diese Weise sachgerecht begrenzt und strukturiert werden. Insbesondere deshalb gibt es zur Zweckfestlegung keine Alternativen, die deren Leistungen in gleichwertiger Weise erwarten ließen.

Allerdings wird zugleich deutlich, daß die Festlegung der Verwendungszwecke zum einen mit der Zweckkategorie abstrakt und deshalb flexibel einsetzbar, zum anderen ihrerseits von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist. Sie lebt davon, daß sie auf einen bereits strukturierten Kontext Bezug nimmt und sich auf die sachlichen Regelungsstrukturen in einem Regelungsgebiet stützen kann. Sie paßt insbesondere in staatlichem Kontext, weil der Staat rechtlich durch Kompetenzen konstituiert wird und sich der Zweckfestlegung klare Anknüpfungspunkte bieten. Unter Berücksichtigung ihrer Flexibilität ist sie hier als Anforderung im Grundsatz unproblematisch: Sie verknüpft den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten mit den sachlichen Kompetenzen, schränkt diese aber nicht aus sich heraus ein. Der private Bereich ist dagegen nicht durch eine solche Vorordnung gekennzeichnet. Die Festlegung der Verwendungszwecke, die diejenigen bindet, die mit Informationen und Daten umgehen, die sich auf andere Personen beziehen, wirkt hier freiheitsbegrenzend. Das schließt sie – mit Blick auf die Drittwirkung und auch auf die Vorgaben des Art. 6 EG-DSRiL – nicht aus. Sie paßt aber nur, wenn sie in differenzierender Weise in Abhängigkeit vom jeweiligen Regelungsgebiet eingesetzt wird.⁵⁴⁹ Dabei ist insgesamt zu berücksichtigen, wie unterschiedlich privatrechtliche Regelungsbereiche gestaltet sein können. Bei einer Relativierung der Steuerungsfunktionen der Zweckfestlegung in Kontexten, in denen eine solche Anforderung nur in modifizierter Form paßt, ist am Maßstab des Schutzziels des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu überlegen, inwieweit andere Determinanten dies in bestimmtem Umfang kompensieren können.

Die Anforderung der Zweckfestlegung als solcher besagt außerdem noch nichts über die nähere Ausgestaltung und über Flexibilität. Daß die Zweckfestlegung auf bereits strukturierten Kontexten aufbaut, heißt schließlich auch, daß eine nähere Ausgestaltung nicht ohne Berücksichtigung dieser Strukturen auskommt. Zugleich ist die Zweckfestlegung als Kategorie hinreichend abstrakt, um an je eigenständige Anforderungen unterschiedlicher Regelungsgebiete anpassungsfähig zu sein. Das gilt sowohl in staatlichen als auch in privaten Regelungsfeldern, die sich jeweils gleichermaßen vielfältig gestalten.

(2) Konkretionsebenen

Hinsichtlich der Zweckfestlegung tauchen häufig Unsicherheiten darüber auf, „was denn Zweck überhaupt ist, wie eng oder wie weit der Zweck zu sehen ist, ob Zweck etwa gleich

549 Zu diesen Fragen vgl. etwa einerseits *Ehmann*, Zweckbindung, S. 231 ff.; *ders.*, Prinzipien, S. 16, 17 ff., der aber den privaten Bereich undifferenziert betrachtet, nämlich insbesondere vom Ausgangspunkt des einzelnen informationsverarbeitenden Privatmenschen aus, und die in bestimmten Hinsichten gegebenen Schutzerfordernisse unterschätzt. Andererseits mit Differenzierungen im Ansatz, sodann vornehmlich anhand des Beispiels gefahrenträchtiger (Kredit- und Personal)Informationssysteme *O. Mallmann*, Datenschutz, S. 97. Im Arbeitsverhältnis *Simitis*, Arbeitnehmerdaten, S. 170 ff.

Aufgabe ist oder organisatorisch definiert werden kann usw.“⁵⁵⁰. Das beruht darauf, daß man – insbesondere wenn die Zweckbestimmung als Komponente des Übermaßverbots gesehen wird – dazu neigt, die jeweiligen Zwecke auf der Sachebene oder mit Blick auf die Aufgabe zu suchen.⁵⁵¹ Dann hat man mit der Schwierigkeit zu kämpfen, daß nicht beantwortet werden kann, auf welcher Abstraktionsstufe man eigentlich anzusetzen hat.⁵⁵² Nicht selten beginnt an dieser Stelle, da auch Aufgaben in eine Abstraktionshierarchie gebracht werden können, eine freischwebende Bestimmung mit entsprechend unterschiedlichen Ergebnissen. Vereinzelt wird behauptet, es genüge ein „Grundvorhaben“ oder „der einheitliche Handlungszweck, wie ihn z.B. das ‚Grundrecht auf Sicherheit‘ für die gemeinsame Arbeit der Sicherheitsbehörden“ konstituiere.⁵⁵³ Teilweise werden (Verwendungs-)Zweck und normierte Aufgabe gleichgesetzt.⁵⁵⁴ Manchmal wird die Aufgabe als äußerste Grenze angesehen, in deren Rahmen der Gesetzgeber die Verwendungszwecke festlegen dürfe.⁵⁵⁵ In weiter einengender Sicht wird die Zweckfestlegung und -bindung als zweite Verarbeitungsbarriere bezeichnet, der die Aufgabe als Bestimmung dessen, welche (sachlichen) Zwecke die Behörde verfolgen darf, vorgeschaltet sei und die sich innerhalb des Verarbeitungsrahmens an einem konkreten Zweck zu orientieren habe.⁵⁵⁶ Man kann dann auch fragen, ob man sich überhaupt an der Aufgabe oder nicht etwa an den Kompetenzen zu orientieren hat.

Der Zweck der Verwendung von Informationen oder Daten als deren Basis ist jedoch überhaupt nicht auf der Sachebene anzusiedeln. Wenn er das sachliche Ziel oder die Aufgabe oder Teilaufgaben bezeichnete, könnte die Zweckfestlegung die ihr bei der Umsetzung der grundrechtlichen Anforderungen zukommenden Funktionen nicht erfüllen. Sie kann die Begrenzung und Strukturierung von theoretisch vielfältig und unendlich fortführbaren Informations- und Datenverarbeitungen nämlich nur dann und gerade deshalb leisten, wenn und weil sie *quer zur sachlichen Ebene* ansetzt. Wird sie als eines der Elemente zur Regelung der staatlichen Informations- und Datenverarbeitungen im staatlichen

550 *Badura*, Anhörungsbeitrag, S. 16.

551 Sehr deutlich etwa bei *Badura*, Stellungnahme, S. 159: „Dieser Zweck ist selbst kein Gegenstand des Datenschutzrechts, sondern der jeweiligen Sachnormen, deren Ausführung zur Aufgabenerfüllung der zuständigen Behörde oder Stelle gehört.“

552 Vgl. *Denninger*, Diskussionsbeitrag, S. 298; *Eberle*, Öffentliche Verwaltung, S. 471; *Ehmann*, Zweckbindung, S. 230; *Deutsch*, Heimliche Erhebung, S. 79; *Ringwald*, Gegenpol, S. 181.

553 *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 119 ff, 123 (im Zusammenhang mit der Datenübermittlung); *dies.*, Informationstechnik, S. 511.

554 Etwa *Kubica/Leineweber*, Grundfragen, S. 2071 (zu Datenübermittlungen); *Rogall*, Informationseinriff, S. 65 (für die Übermittlung von Informationen oder Daten und offenbar mit der Meinung, innerhalb einer Stelle könne sich der Verwendungszusammenhang nicht ändern); *Lehner*, Vorbehalt, S. 149, 152 (im Kontext von Überlegungen zur Amtshilfe).

555 *Kathke*, Verfassungsrechtliche Aspekte, S. 59 ff.

556 *Simitis*, Amtshilfe, S. 2799 f. Daran anschließend *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 48; *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 109 ff. Ganz andere – von den im juristischen Zusammenhang üblichen Beschreibungen gelöste – Begriffs- und Verhältnisbestimmungen (Zweck als Beschreibung des Zustandes, der durch die Erfüllung der Aufgabe herbeigeführt werden soll) finden sich bei *Podlech*, Transformation, S. 351 f., und im Anschluß daran bei *Hoffmann*, Zweckbindung, vgl. bes. S. 76 ff., und *Nodorf*, Datenschutz, S. 99 ff.

Kontext eingesetzt, verklammert sie diese mit den bereits normierten sachlichen Aufgaben und Befugnissen, so daß man anhand der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Normen die für die Entscheidungen benötigten Informationen bestimmen und im Anschluß daran die vorangehenden Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge näher determinieren kann. Der Verwendungszweck ist dementsprechend – quer zur sachlichen Ebene – als *Komponente der Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten* zu verstehen. Das kommt auch deutlich zum Ausdruck, wenn Zwecke etwa so festgelegt sind, daß zur Verfügung stehende Daten genutzt werden dürfen, soweit es zur Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist.

Da es bei den sachlichen Zwecken (den Aufgaben) und bei den Zwecken, zu denen Informationen und Daten verwendet werden dürfen, um je unterschiedliche Bezugsebenen handelt, stellt sich das Problem, auf welcher Hierarchiestufe Verwendungszwecke einzugliedern sind, nicht in der Form, wie es häufig diskutiert wird. Rigide Anknüpfungspunkte für die Anbindung von Verarbeitungszusammenhängen an die sachliche Regelungsebene gibt es ebenso wenig wie einen „natürlichen“ Nutzungszweck, der den Informationen oder den Daten selbst entspränge. Der je relevante Aufgaben- und Entscheidungsbereich wird erst über die *Festlegung* der Verwendungszwecke in Bezug genommen. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht gesondert darauf abgestellt, daß „der Gesetzgeber den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise bestimmt“.⁵⁵⁷

Bei dieser Entscheidung unterliegt die Gesetzgebung *rechthlichen Bindungen*. Dazu gehören die gemeinschaftsrechtlichen Bindungen des Art. 6 EG-DSRiL, die – vorbehaltlich der Beschränkungsmöglichkeiten des Art. 13 EG-DSRiL – die Vorgabe eindeutiger und rechtmäßiger Zwecke enthalten. Daneben greifen die Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, aufgrund derer die Gesetzgebung den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten so zu regulieren hat, daß er in sachgerechter Weise begrenzt und gestaltet sowie transparent ist. Diese Bindungen setzen den theoretisch weitreichenden Möglichkeiten der Abstraktion von Zweckbeschreibungen Grenzen. Die gesetzgeberischen Entscheidungs- und Gestaltungskompetenzen werden insbesondere dadurch eingeschränkt, daß die Festlegung der Verwendungszwecke bestimmte *Funktionen im Rahmen der Realisierung der grundrechtlichen Anforderungen* erfüllt. Sie bewirkt, daß die Informations- und Datenverarbeitungen mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen verklammert, zu Verarbeitungszusammenhängen verbunden sowie in den einzelnen Phasen näher bestimmbar und regelbar werden. Diese Funktionen und das *Wechselverhältnis zwischen der Bestimmung des Verwendungszwecks und den anderen Komponenten der gesetzlichen Regulierung* steuern das gesetzgeberische Vorgehen.

Nähere Aussagen ergeben sich unter Berücksichtigung des jeweiligen Regelungsgebiets, das mit seinen sachlichen Strukturen Anknüpfungspunkte für die Gestaltung von Zweckfestlegungen liefert. In den typischen Bereichen der Vollzugsverwaltung setzt die nähere Regelung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten voraus, daß die Verwendungszwecke jedenfalls im Ansatz auf die *fallbezogene Erfüllung einer bestimmten*

557 BVerfGE 65, 1 (46). Außerdem BVerfGE 100, 313 (360).

Aufgabe nach Maßgabe der Befugnisse ausgerichtet werden.⁵⁵⁸ Das ist nicht anders als bei den sachlichen Befugnissen, die ihrerseits nur im Hinblick auf typisiert vorgestellte Konstellationen herausgearbeitet und dann gegebenenfalls übergreifend und gebündelt formuliert werden können.⁵⁵⁹ Der bei der Regelung relevante Konkretionsgrad richtet sich nach den gegebenen sachlichen Vorschriften zur Aufgabenerfüllung und nach dem Regelungsbedarf, der sich im Hinblick auf die grundrechtlichen Maßgaben für die Informations- und Datenverarbeitungen jeweils ergibt. Im übrigen geht die Gesetzgebung auf ihrer Entscheidungs- und Regelungsebene abstrakt-typisierend vor, während erst die Verwaltung die jeweilige Regelung für den Einzelfall konkretisiert. An dem notwendigen Ansatz ändert das jedoch nichts.⁵⁶⁰ Erst auf dieser Basis erschließt sich, welche Informationen die staatliche Stelle für ihre Entscheidungen benötigt, welche Daten dafür zu erheben oder von einer anderen Stelle zu übermitteln sind, wie sie im Verlauf verändert werden müssen und wie lange sie zu speichern sind.⁵⁶¹ Gleichmaßen bedingt die notwendige Abstimmung mit den eingesetzten Methoden und dem Modus des staatlichen Vorgehens den Bezug auf die in der jeweiligen Konstellation vorgesehenen Verwendungszwecke.⁵⁶² Weder eine ganz abstrahierende Sicht noch die Orientierung an der abstraktesten Beschreibung der Aufgaben einer staatlichen Stelle ermöglichen die nähere Gestaltung der Vorschriften zum Umgang mit Informationen und Daten, die die Bestimmung der Verwendungszwecke gerade leisten soll. Auf einer solchen Grundlage können dann (auch) bündelnde Vorgaben und Vorschriften über Zweckänderungen im Verlauf der Verarbeitungsprozesse geschaffen werden.⁵⁶³

Auch wenn man das zugrunde legt, können die gesetzlichen Zweckfestlegungen je nach den zu erfassenden Sachverhalten und nach gesetzestechnischen Gesichtspunkten mehr oder minder abstrakt gefaßt werden. Wie präzise und wie bestimmt sie – zumal wegen der Gebote der Bestimmtheit und der Normenklarheit – jeweils sein müssen, ist nur mit Blick auf den Regelungszusammenhang und die zu regelnden Vorgänge und nur unter Berücksichtigung der in Bezug genommenen Aufgaben und Befugnisse zu beantworten. Ob diese präzise oder vage geregelt sind, wirkt sich in bestimmtem Umfang bei den Anforderungen

558 Vgl. auch – allerdings nicht mit der erforderlichen Ebenendifferenzierung – *Simitis*, Amtshilfe, S. 2799; *Podlech*, Individualdatenschutz, S. 456; *Weichert*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 47 ff.; *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 109 ff.; *Denninger*, Selbstbestimmung, S. 230. Mit Blick auf die Regelungen der Polizeigesetze *Bäumler*, Informationsverarbeitung, Rn 749. Im Ergebnis – mit einer Auslegung der verfassungsgerichtlichen Formulierung „bereichsspezifisch und präzise“ – auch *Rachor*, Vorbeugende Straftatenbekämpfung, S. 238 ff., 242. Vgl. außerdem *Heußner*, Zweckbindung, S. 238 f. Dazu, daß nicht allein die Aufgaben, sondern die Kompetenzen maßgeblich sind, siehe *Bull*, Einfluß, S. 830 f. mit Bsp. Anders etwa *Walden*, Zweckbindung, S. 253 ff., der grdstzl. auf die „Gesamtaufgabe“ einer Institution abstellen will.

559 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.1.

560 So auch *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 107.

561 Vgl. auch *Brinckmann*, Verkehrsinformationssystem, S. 897; *Podlech*, Individualdatenschutz, S. 456; *Simitis*, Amtshilfe, S. 2799; *ders.*, Melderecht, S. 264 ff.; *Denninger*, Selbstbestimmung, S. 230; *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 111.

562 *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 111.

563 Siehe sogleich Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.a.cc.

an die Zweckfestlegung aus.⁵⁶⁴ Gesetze mit Auffangfunktion wie das Bundesdatenschutzgesetz sind funktions- und gegenstandsbedingt abstrakt gehalten.⁵⁶⁵ Aber auch in spezifischen Regelungsbereichen kann die Wendung „zur Erfüllung der Aufgabe“ als Zweckfestlegung genügen, sofern die Aufgabe und die sachlichen Befugnisse dort präzise normiert und die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge darüber eingrenzbar und bestimmbar sind. Die Zweckfestlegung kann insoweit übergreifend-abstrakt in einem Querschnitts- und Auffanggesetz festgehalten werden. Die Formulierung des Bundesverfassungsgerichts, der Gesetzgeber müsse den Verwendungszweck bereichsspezifisch bestimmen⁵⁶⁶, darf daher nicht überinterpretiert, sondern muß so verstanden werden, daß es darauf ankommt, daß die Zweckfestlegung ihre Funktionen erfüllt.⁵⁶⁷ Es bedarf also nicht immer einer bereichsspezifischen Gesetzesregelung; der Verwendungszweck ist gegebenenfalls erst von der Exekutive bereichsspezifisch zu konkretisieren. Vor allem in Fällen der Beteiligung anderer Behörden könnten die gesetzlichen Verwendungszwecke sogar an einer über eine organisatorische Behörde hinaus konzipierten Aufgabe orientiert sein, ohne daß dies die konstellations- oder fallbezogene Ausrichtung änderte.⁵⁶⁸ Sind die Aufgaben jedoch weit gefaßt und zugleich im Hinblick auf die ihnen zuzuordnenden Informations- und Datenverarbeitungen differenzierungsbedürftig, genügt der Gesetzgeber mit einem pauschalen Bezug auf die „Erfüllung der Aufgabe“ seinen Regelungspflichten nicht.⁵⁶⁹ Insofern können die grundrechtlichen Verpflichtungen zur Regelung staatlicher Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge den Gesetzgeber dazu veranlassen, die sachlichen Aufgaben und Befugnisse überhaupt oder präziser als zuvor zu regeln.⁵⁷⁰ Wenn die Aufgabe nach den gesetzlichen Vorschriften bereits in eine Reihe von Teilaufgaben untergliedert ist, können die gesetzlichen Regelungen der Verwendungszwecke im Ansatz ebenfalls entsprechend differenziert anzulegen sein.⁵⁷¹ Ob dies verfassungsrechtlich zwingend ist oder

564 Vgl. dazu *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 37 ff. Zu berücksichtigen sind freilich die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte, die für eine Zweckfestlegung zur Verfügung stehen (von der abstraktesten Aufgabenbeschreibung bis hin zu der in einer bestimmten Befugnis in Bezug genommenen Teilaufgabe), und die Flexibilität, die insbesondere aufgrund der Zulässigkeit von Zweckänderungen bestehen und die bedeuten, daß die zunächst gegebene Zweckfestlegung nicht unabänderlich feststeht und deshalb auch nicht alle Eventualitäten einfangen muß.

565 Dementsprechend knüpft § 14 Abs. 1 S. 1 BDSG die Zulässigkeit des Speicherns, Veränderns oder Nutzens personenbezogener Daten unter anderem an die Erforderlichkeit zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben.

566 BVerfGE 65, 1 (46).

567 Ausführlicher dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a. Siehe auch die Überlegungen bei *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 52 ff.

568 Vgl. dazu auch *Bryde*, Einheit der Verwaltung, S. 204 f.

569 Kritik z.B. zu § 31 Abs. 2 NdsGefAG bei *Waechter*, Probleme, S. 154. Außerdem *Denninger*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 56.

570 Dabei handelte es sich um „Systemgestaltung“, dazu Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.III.1. und 3. Gerade in datenschutzrechtlichen Zusammenhängen wird die Präzisierung der Aufgaben des öfteren gefordert.

571 So erlauben § 3 Abs. 2 und § 5 Abs. 1 S. 1 MeldeG NW – auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 und 3 MRRG – den Meldebehörden, für jeweils ganz spezifizierte Aufgaben bestimmte Daten zu speichern, zu verarbeiten und zu nutzen. Regelungen wie die Vorschrift des § 10 Abs. 1 BVerfSchG, nach dem das Bundesamt für Verfassungsschutz zur Erfüllung seiner Aufgaben – die gemäß § 3 Abs. 1 und 2

ob eine übergreifende und dann von der Exekutive zu konkretisierende Regelung genügt, hängt vom Regelungsgebiet ab.

Für die im konkreten Fall relevante Zweckfestlegung kommt es nicht allein auf den gesetzlich festgelegten Zweck, sondern – wie bei den sachbezogenen Befugnissen auch – auf die Konkretisierung des Gesetzes durch die Exekutive an. Diese ist dabei sowohl an das Gesetz, das ihr in bestimmter Weise Konkretisierungskompetenzen zuweist, als auch an die verfassungsrechtlichen Maßgaben gebunden. Hat der Gesetzgeber die Verwendungszwecke regelungstechnisch abstrakt gefaßt, aber auf die fallbezogene Erfüllung einer bestimmten Aufgabe ausgerichtet, muß die Verwaltung die Verwendungszwecke im Einzelfall entsprechend konkretisieren. Diese Zwecke sind gegebenenfalls, wie es etwa § 4 Abs. 3 S. 1 BDSG vorsieht, dem Betroffenen gegenüber anzugeben. Die staatliche Stelle darf den Zweck also nicht in einer bestimmten Konstellation abstrakt belassen und die erhobenen Daten dann in anderen Konstellationen, die unter den abstrakten Zweck fallen, heranziehen oder im gleichen Fall für andere Teilaufgaben nutzen.⁵⁷² Die jeweils andere Verwendung hätte sich vielmehr nach den Vorschriften über die Zulässigkeit von Zweckänderungen zu richten.

Werden die Verwendungszwecke als Leistung der Exekutive auf Basis des Gesetzes in dieser Weise bestimmt, entstehen Verarbeitungszusammenhänge, die jeweils durch einheitliche Zwecke verbunden sind. Diese sind von Anbeginn an eingegrenzt, wegen des durch die Zwecke geschaffenen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Phasen in bestimmter Hinsicht strukturiert und in bestimmtem Umfang auch überschaubar. Die jeweils beteiligte Stelle und ihre Kompetenzen stehen während des gesamten Verarbeitungsprozesses fest. In inhaltlicher Hinsicht wird vor dem Hintergrund des jeweiligen Wissenskontexts erkennbar, welche Angaben wie aufgefaßt und wie sie als Informationen umgesetzt werden. In zeitlicher Hinsicht ergibt sich eine Befristung der Speicherung und Nutzung von Daten sowie der Gewinnung und Umsetzung von Informationen bis zur Erledigung der jeweils vorgesehenen Aufgabe.⁵⁷³ Die Richtigkeit der Informationen und Daten wird wesentlich bereits dadurch gesichert, daß die staatliche Stelle bei der Interpretation von Angaben und Daten den Erhebungs- und Verarbeitungszusammenhang kennt. Sie kann Unsicherheiten berück-

BVerfSchG in unterschiedliche Gebiete unterteilt sind – bei Vorliegen näher benannter Voraussetzungen personenbezogene Daten speichern, verändern und nutzen darf, werden dagegen zutreffend als unzureichend kritisiert. Zur Notwendigkeit einer Differenzierung nach den unterschiedlichen Aufgaben *Bäumler*, Datenschutz, S. 36 ff., *Gusy*, Informationelle Zusammenarbeit, S. 631 f.

572 Zu pauschal – allerdings vor dem Hintergrund unzureichender gesetzlicher Regelungen – BVerwG, NJW 1990, S. 2768 (2768 f): „Der Grundsatz der Zweckidentität schließt die Annahme mehrerer Verwendungszwecke bei der Datenerhebung nicht aus.“ Im konkreten Fall rückt das Gericht die Intention der Behörde in den Mittelpunkt und sieht die Zwecke einer polizeilichen Datenerhebung und -speicherung neben der Fahndung auch in der Verhütung weiterer Straftaten, der Eigensicherung der Polizeibeamten und dem Schutz des Betroffenen. Zu undifferenziert auch *Dörr/Schmidt*, Bundesdatenschutzgesetz, zu § 14 Rn 3: „... der Festlegung des Zweckes bei der Erhebung oder Speicherung (kommt) eine grundlegende Bedeutung zu. Je weiter der Zweck definiert ist (Polizeizweck), um so weniger kommt etwa bei der Nutzung oder Übermittlung eine Zweckänderung in Betracht. Jede Einengung des Zweckes – also in der Hierarchie nach unten – vergrößert die Wahrscheinlichkeit für eine Zweckänderung. Es obliegt der speichernden Stelle, den Zweck so festzulegen, daß eine zügige Aufgabenerledigung unter Nutzung oder Verarbeitung der gespeicherten Daten möglich ist.“

573 Vgl. *Simitis*, Gedächtnisverlust, S. 1487 f.

sichtigen, Zusatzkenntnisse einbringen und Deutungsfehler vermeiden. Im übrigen können Abstimmungen mit der Methode und dem Modus des staatlichen Vorgehens erfolgen, indem die mit einer bestimmten Methode oder auf eine bestimmte Weise erlangten Angaben einem bestimmten Verwendungszusammenhang zugeordnet sind. So läßt sich grundsätzlich – und nicht erst mit Hilfe gesonderter Verwendungsbeschränkungen – entscheiden, ob die beeinträchtigenden Wirkungen einer bestimmten Methode bei Berücksichtigung der Nutzungsziele unverhältnismäßig sind oder welche Vorkehrungen zur Sicherung der Richtigkeit von Informationen und Daten bei Einsatz einer bestimmten Methode geschaffen werden müssen. Für die Betroffenen sind, insbesondere aufgrund ergänzender staatlicher Pflichten wie in § 4 Abs. 3 S. 1 BDSG, Ziele und Folgen des Umgangs mit Informationen und Daten abschätzbar.

Diese Art der Festlegung des jeweiligen Verwendungszwecks ist im Hinblick auf die einzelnen Kompetenzen präzise gestaltet und trägt so den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung. Sie steht zugleich mit den Vorgaben des Art. 6 EG-DSRiL in Einklang. Sie ist dabei aber immer eine Festsetzungsleistung der Gesetzgebung *und* – auf dieser Basis – eine Konkretisierungsleistung der Exekutive. Insofern bleibt sie durchaus flexibel und damit an unterschiedliche Regelungsgebiete anpassungsfähig. Unabhängig davon ist sie tatsächlich und rechtlich nicht die einzig mögliche Form.

(3) Flexibilitäten

Die Gestaltung der Zweckfestlegung wird zum einen von der Verteilung der Entscheidungskompetenzen zwischen Gesetzgebung und Exekutive überlagert. Diese richtet sich nach den rechtlichen Kriterien, die auch anderweitig gelten. Die Gesetzgebung hat die „wesentlichen“ Fragen zu regeln. Außerhalb dessen kann sie der Exekutive Konkretisierungskompetenzen einräumen. Wie sich die Kompetenzverteilung gestaltet, hängt nicht zuletzt vom Regelungsgebiet ab. Exekutivische Tätigkeiten, die sich mit dem Modell des klassischen Verwaltungsvollzuges beschreiben lassen, sind anders zu regeln als Tätigkeiten, bei denen Gestaltungsspielräume ausgefüllt werden. Die Zweckfestlegung ist darauf abzustimmen. Sie verlangt sogar eine adäquate Koordination mit den sachlichen Regelungen, weil sie selbst darauf aufbaut.

Das heißt, daß die Festlegung der Verwendungszwecke keineswegs im Detail durch die Gesetzgebung vorgenommen werden muß. Ihr obliegt dies, soweit die sachlichen Regelungsstrukturen und die Erfordernisse der Regulierung des Umgangs mit Informationen und Daten dies gebieten. Es obliegt ihr auch, wenn spezielle Freiheitsgewährleistungen zu den Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hinzutreten und die Spezifizierung der Verwendungszwecke verlangen.⁵⁷⁴ Die Komplexität des Regelungsfeldes erlaubt der Gesetzgebung darüber hinaus den Rückgriff auf anderweitige Regelungsoptionen. So kann sie die sachlichen Aufgaben und Befugnisse mit der Folge präzisieren, daß eine generelle Zweckfestlegung („zur Erfüllung der Aufgaben“) ausreichen mag, weil die Exekutive nunmehr hinreichende Anknüpfungspunkte für eine sachgerechte Konkretisierung der

Vorgaben im Einzelfall hat. Sie kann eine den grundrechtlichen Vorgaben entsprechende Konkretisierung der Exekutive außerdem durch anderweitige Sicherungen in den Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sicherstellen. Denkbar ist zum Beispiel, daß eine gesetzlich relativ vage und exekutiv-gestaltender Konkretisierung überlassene Zweckbestimmung, die in dieser Form dem Regelungsgebiet Rechnung trägt, durch Beteiligungsrechte der Betroffenen oder durch Kontrollvorkehrungen kompensiert wird. Der Verwendungszweck könnte dann zu Beginn abstrakt-umgreifend benannt, aber unter Beteiligung der Betroffenen an angemessenen Stellen im Entscheidungsprozeß spezifiziert werden.

Zum anderen ist die fallorientierte Festlegung der Verwendungszwecke nicht die einzig mögliche Form. Die Gesetzgebung kann – wie bei den sachlichen Befugnissen auch – unter bestimmten Voraussetzungen *abstrahierend und bündelnd* vorgehen und die Erledigung unterschiedlicher Aufgaben oder unterschiedliche Konstellationen insgesamt oder in bestimmten Punkten den gleichen Zweckvorgaben unterstellen. Außerdem können explizite *Regelungen der Zulässigkeit von Zweckänderungen* festgelegt werden. Die Zweckfestlegung wäre nämlich als isoliertes Element unzureichend erfaßt. In vollem Umfang erschließt sie sich erst im Zusammenhang mit der Zweckbindung und mit den Möglichkeiten der Zweckänderungen.

bb) Die Bindung an die festgelegten Zwecke

Die Festlegung von Verwendungszwecken als zentrale Regelungskomponente erhält meist weniger Aufmerksamkeit als das Element der *Zweckbindung*. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Element in der Volkszählungsentscheidung und dann vor allem in der Entscheidung zu den Überwachungsbefugnissen des Bundesnachrichtendienstes im Zusammenhang mit der Zweckfestlegung als besondere Anforderung an den Gesetzgeber hervorgehoben.⁵⁷⁵ In der datenschutzrechtlichen Diskussion wird die Zweckbindung häufig gar nicht genau gegen die Zweckfestlegung abgegrenzt: sie dient als zusammenfassender Begriff. Sie wird als ein grundrechtlich vorgegebener *Grundsatz* herangezogen, aufgrund dessen die Verarbeitungszusammenhänge von der Erlangung der Informationen oder Daten an grundsätzlich gegeneinander abzuschotten sind. Für die Regelung der Gewinnung und Umsetzung von Informationen oder der Erhebung und weiteren Verarbeitung von Daten soll grundsätzlich eine durchgehende, *den gesamten jeweiligen Ablauf umgreifende Bindung an bestimmte Zwecke* gelten. Die Bindung beginnt mit der Erhebung bzw. der Übermittlung, die zu vorab gesetzten (Verwendungs)Zwecken erfolgen. Die beschafften Angaben oder Daten dürfen danach prinzipiell nur für den vor der Erhebung oder Übermittlung bestimmten Zweck gespeichert, verändert oder genutzt werden.⁵⁷⁶ Art. 6 EG-DSRiL bringt

575 BVerfGE 65, 1 (46); 100, 313 (359 f., hier unter den besonderen Bedingungen eines Eingriffs in Art. 10 GG), und im Anschluß daran BVerfGE 109, 279 (375 f., für einen Eingriff in Art. 13 GG).

576 Vgl. *Gallwas*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, S. 517; *Bull*, Grundprobleme, S. 37; *Simitis*, Amtshilfe, S. 2799 f.; *dens.*, Weg, S. 722; *Schrepfer*, Datenschutz, S. 145 f.; *Einwag*, Stellungnahme, S. 283 f.; *Bischoff*, Komplementierung, S. 202 ff. (mit dem Konzept, daß die Zweckbindung an die Zweckvorstellungen des Betroffenen anzuknüpfen hat); *Kutscha*, Datenschutz, S. 157 f.; *Bizer*, Da-

in diese Perspektive Bewegung, indem er anders ansetzt: Danach sind die Zwecke, zu denen Daten erhoben werden, zwar eindeutig festzulegen. Die weitere Verarbeitung ist aber nicht notwendig an diese Zwecke zu binden; sie darf nur nicht damit unvereinbar sein.

Die Gesetzgebung hat auf das Volkszählungsurteil und die nachfolgenden Vergesetzlichungsforderungen mit unterschiedlichen Regelungsmustern reagiert. Manchmal wird die Zweckfestlegung so gefaßt, daß die Daten *nur* im Rahmen der Zwecke verarbeitet und genutzt werden dürfen.⁵⁷⁷ Des öfteren findet sich eine ausdrückliche Regelung zur Bindung an die bei Erhebung festgelegten Verwendungszwecke.⁵⁷⁸ Derart prozeßübergreifende Zweckbindungen sind allerdings keineswegs immer geregelt.⁵⁷⁹ Sofern sie festgehalten sind, werden sie häufig sogleich wieder mit Hilfe zweier Regelungstechniken relativiert. Erstens werden die Verwendungszwecke mit der Intention einer flexiblen behördlichen Konkretisierung nur vage normiert.⁵⁸⁰ Zweitens werden weitreichende Zweckänderungsvorschriften eingeführt.⁵⁸¹

tenschutzrecht, S. 583 f.; v. *Zezschwitz*, Konzept, Rn 1 ff.; vgl. außerdem *Heußner*, Zweckbindung, S. 233 ff.

- 577 Nach § 5 Abs. 1 S. 1 MeldeG NW dürfen die Meldebehörden die in § 3 Abs. 2 bezeichneten Daten nur im Rahmen der dort genannten Zwecke verarbeiten oder sonst nutzen, also etwa die Tatsache eines Ausschlusses vom Wahlrecht oder einer Nichtwählbarkeit für die Vorbereitung von Parlaments- und Kommunalwahlen sowie von Volksbegehren und Volksentscheiden oder steuerrechtliche Daten für die Ausstellung von Lohnsteuerkarten. Ein anderes Beispiel ist § 30 Abs. 1 StVG. Die in § 28 StVG näher geregelten Eintragungen im Verkehrszentralregister dürfen danach nur für die im weiteren bezeichneten Zwecke, unter anderem für Zwecke der Strafverfolgung und der Verfolgung bestimmter Ordnungswidrigkeiten oder für die Vorbereitung von Rechts- und allgemeinen Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiet des Straßenverkehrsrechts, verwertet werden.
- 578 Nach § 14 Abs. 1 S. 1 und 2 BDSG ist das Speichern, Verändern oder Nutzen personenbezogener Daten zulässig, wenn es zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der verantwortlichen Stelle liegenden Aufgaben erforderlich ist und es für die Zwecke erfolgt, für die die Daten erhoben worden sind, bzw. – falls keine Erhebung vorausgegangen ist – wenn Änderung oder Nutzung für die Zwecke erfolgen, für die die Daten gespeichert worden sind. § 15 Abs. 3 S. 1 BDSG sieht als Grundsatz vor, daß ein Dritter, an den die Daten übermittelt werden, diese nur für den Zweck verarbeiten oder nutzen darf, zu dessen Erfüllung sie ihm übermittelt werden. Bereichsspezifisch läßt zum Beispiel § 23 Abs. 1 S. 1 PolG NW die Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten im Grundsatz nur zu dem Zweck zu, zu dem die Daten erlangt worden sind.
- 579 So sieht das Bundesverfassungsschutzgesetz in § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 BVerSchG keine Bindung des Speicherns, Veränderns oder Nutzens von Informationen und Daten an vor der Erhebung festgelegte Zwecke vor. Es verbleibt die – im Regelungskontext zu vage – Bindung an die Erforderlichkeit zur Erfüllung der Aufgaben und an sonst geregelte Voraussetzungen.
- 580 Z.B. bindet § 19 Abs. 1 S. 2 BVerfSchG die datenempfangenden Behörden hinsichtlich der Datenverwendung zwar grundsätzlich an den Übermittlungszweck. Die Übermittlung ist nach § 19 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG allerdings – vorbehaltlich der Übermittlungsverbote des § 23 BVerfSchG – unter anderem zulässig, wenn der Empfänger die Daten zum Schutz der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder sonst für Zwecke der öffentlichen Sicherheit benötigt. § 25 S. 1 BVerfSchG, nach dem der Empfänger prüft, ob die übermittelten Daten für die Erfüllung seiner Aufgaben erforderlich sind, und die Unterlagen bei negativem Prüfergebnis zu vernichten hat, knüpft die Datenverarbeitung dann wiederum an die Aufgaben der datenempfangenden Behörde.
- 581 So wird die in § 23 Abs. 1 S. 1 PolG NW festgehaltene Zweckbindung sogleich durch § 23 Abs. 1 S. 2 PolG NW dahin eingeschränkt, daß die Nutzung sowie die weitere Speicherung und Veränderung zu einem anderen Zweck zulässig sind, soweit die Polizei die Daten auch zu diesem Zweck erheben darf. § 67 c Abs. 2 Nr 1 SGB X läßt die Speicherung, Veränderung oder Nutzung für andere Zwecke als die Erhebungs- oder Speicherungszwecke zu, wenn die Daten für die Erfüllung von Aufgaben nach anderen Rechtsvorschriften dieses Gesetzbuches als diejenigen, für die sie erhoben worden sind, erforderlich

Die Klärung der sich damit ergebenden Fragen hinsichtlich der Rolle und der Ausgestaltung der Zweckbindung setzt zunächst ihre strikte Unterscheidung von der Zweckfestlegung voraus. Die Zweckbindung zielt nicht darauf, daß (Verwendungs)Zwecke festgelegt werden, sondern darauf, daß die Exekutive an die festgelegten Zwecke gebunden ist. Ihre eigenständige Aussagekraft erschließt sich, wenn man die *Zeitdimension* oder den Verarbeitungs- und Entscheidungsprozeß einbezieht. Eine prozeßübergreifende Zweckbindung heißt, daß die Exekutive nicht nur bei der Erhebung, sondern auch bei der Speicherung von Daten, bei deren Nutzung als Informationsgrundlage oder bei der Verwendung der Informationen für Entscheidungen an die Verwendungszwecke gebunden ist, die sie bei Erhebung festgelegt hat. Überspitzt formuliert: Zweckbindung heißt „Zukunftsbindung“. Im „Grundsatz“ einer Zweckbindung, wie er in der datenschutzrechtlichen Diskussion postuliert wird, stecken nicht zuletzt die Planbarkeitsvisionen der 70er Jahre: Schon bei Erhebung läßt sich festlegen, wofür Daten benötigt werden, und sie werden dann eben auch nur dafür eingesetzt. Art. 6 EG-DSRiL setzt genau an diesem Punkt anders an, indem er nur insoweit eine Zweckbindung enthält, als die bei Erhebung festgelegten Verwendungszwecke den Vereinbarkeitsmaßstab für neue Verwendungszwecke im Rahmen der weiteren Verarbeitung liefern.

Im Hinblick auf die grundrechtlichen Anforderungen ist die Bedeutung der Zweckbindung – ebenso wie die der Zweckfestlegung – zu klären, indem man deren Funktionen bei der Realisierung dieser Anforderungen herausarbeitet. Die Maßgabe einer Zweckbindung wird überwiegend als Konsequenz der Annahme entwickelt, daß dem Betroffenen Entscheidungsrechte hinsichtlich der Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zustünden. Der Betroffene müsse, damit er Entscheidungen treffen, also beispielsweise die Einwilligung zu einer Verarbeitung bestimmter Daten erklären könne, vorab wissen, zu welchem Zweck die Verarbeitung erfolge; die Verarbeitung müsse grundsätzlich auf diesen ursprünglichen Zweck beschränkt bleiben, sofern der Betroffene keine anderweitige Einwilligung erteile.⁵⁸² Darüber hinaus werden Gesichtspunkte zur Begrenzung und zur Transparenz des Umgangs mit Informationen und Daten angeführt: „Dahinter steht die Überzeugung, daß nur auf diesem Weg die Überschaubarkeit und Kontrollierbarkeit der Verwendung personenbezogener Angaben gewährleistet werden kann. Die Zweckbindung engt den Verarbeitungsradius ein und schließt vor allem die durch die automatische Datenverarbeitung ermöglichte und perfektionierte multifunktionale Nutzung aus.“⁵⁸³

Teilt man den Ansatz des Entscheidungsrechts hinsichtlich der Preisgabe und Verwendung personenbezogener Daten nicht, kann diese Überlegung keine maßstabsetzende Rolle spielen. Dagegen ist die Zweckbindung als Determinante, die eine hinreichende Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit Informationen und Daten leistet und zugleich die

sind. Zur Diskussion um die Reichweite dieser Vorschrift *Hilderink*, Datenschutz, S. 97 ff.

582 Etwa *Steinmüller u. a.*, Grundfragen, S. 114 f.; *Einwag*, Stellungnahme, S. 284; *Hüsch*, Verwertungsverbote, S. 153 f.; *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 112 ff. Ähnlich *Bischoff*, Kommentierung, S. 201 ff. Außerdem *Bizer*, Forschungsfreiheit, S. 140: „das wesentliche Sicherungsinstrument, mit dem der Betroffene seine Entscheidungsfreiheit ausübt“.

583 *Simiis*, Gedächtnisverlust, S. 1484, und im weiteren S. 1487 f. Ebenso *ders.*, Unvollständigkeit, S. 589 ff. Vgl. auch *Gallwas*, Verfassungsrechtlicher Datenschutz, S. 517 ff.; *Benda*, Privatsphäre, S. 38 f. (im Zusammenhang mit der Privatsphäre).

erforderliche Transparenz herstellt, auch im Rahmen der hier verfolgten Konzeption der Grundrechtsbindungen von Interesse.

Ausgangspunkt der Betrachtung muß die gesetzliche Festlegung der Verwendungszwecke sein. Sie ist das zentrale Regelungselement zur Umsetzung der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die Festlegung von Verwendungszwecken erfüllt aber ihre Funktion nicht, wenn nicht zugleich eine *Bindung an die festgelegten Zwecke* gegeben wäre, aufgrund derer die gesetzliche und aufgrund des Gesetzes konkretisierte Zweckbestimmung *ausschließlichen und abschließenden Charakter* hat und eine *rechtliche Bindung daran* besteht. Zweckbindung heißt insoweit nicht mehr, als daß die Daten und Informationen nicht für beliebige, sondern nur für die festgelegten Zwecke eingesetzt werden dürfen. Als Bestimmung der *Verwendungszwecke* muß die Bindung daran in der Zeitdimension vorgreifen, also eine zukunftsorientiert-prozeßübergreifende Bindung sein. Nur eine solche Bindung führt dazu, daß die Verwendungszwecke einen Orientierungspunkt liefern und das *Band* sind, das die faktisch voneinander entkoppelbaren *einzelnen Verarbeitungsvorgänge zu einem Verarbeitungszusammenhang* verbindet. Eine solche Zweckbindung ist somit – anders als in Art. 6 EG-DSRiL, aber nicht immer rigider⁵⁸⁴ – als Korrelat zur Zweckfestlegung grundrechtlich vorgegeben. In der Kombination beider Elemente werden die Anforderungen umgesetzt, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an die Begrenzung, Strukturierung und Transparenz des Umgangs mit Informationen und Daten stellt.

Gesetzestechisch kann die Zweckbindung, indem sie Korrelat der Zweckfestlegung ist, unterschiedlich gestaltet werden. Werden die Verwendungszwecke in den gesetzlichen Regelungen bereits für jede Phase spezifiziert oder prozeßübergreifend festgehalten, steckt in der Gesetzesbindung bereits die nötige Zweckbindung. Einer gesonderten Regelung bedarf es allerdings dann, wenn die gesetzlichen Vorschriften die einzelnen Verarbeitungsvorgänge auf einem Abstraktionsniveau regeln, das eine exekutive Konkretisierung erfordert. Daß auch auf exekutiver Ebene das erforderliche Band zwischen den Verarbeitungsvorgängen be- und entsteht, wird dann durch Zweckbindungsregelungen gewährleistet, die prozeßübergreifend Bindungen an die in einem Fall jeweils bestimmten Verwendungszwecke vorsehen. Damit wird klargestellt, daß die Exekutive diese Zwecke trotz der gesetzestechisch bedingten Konkretisierungsspielräume nicht im Verarbeitungsverlauf von Phase zu Phase unterschiedlich konkretisieren darf.

Als ein (nachgeschaltetes) Korrelat der Zweckfestlegung ist die Zweckbindung aber auch nicht mehr als eben dies. Insbesondere folgt sie deren Flexibilitätäten. Ihre Reichweite bestimmt sich danach, inwieweit Zwecke auch auf exekutiver Ebene gebündelt und konditioniert festgelegt oder einmal festgelegte Zwecke geändert werden dürfen. Das wiederum richtet sich nach den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Dieser verlangt, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten auch bei Bündelungen, konditionierten Festlegungen oder Änderungen der Zwecke sachgerecht begrenzt und strukturiert verläuft und sich transparent gestaltet. *Diese* Anforderungen – und gegebene

584 Siehe noch sogleich Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.a.cc

nenfalls die Maßgaben der einzelnen Freiheitsgewährleistungen⁵⁸⁵ – können in bestimmten Bereichen oder Konstellationen dazu führen, daß bestimmte Zweckänderungen grundrechtswidrig wären, und dadurch ergeben sich insoweit durchgreifende Zweckbegrenzungen und Zweckbindungen. Auf allgemeiner Ebene ist das aber keineswegs ohne weiteres oder auch nur regelmäßig der Fall. Zweckbündelungen oder Zweckänderungen können vielmehr in vielfältiger Weise gestaltet und ohne Verletzung der grundrechtlichen Anforderungen in den Komplex der Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten integriert werden.

Demnach ist es mißverständlich, die Zweckbindung als einen eigenständigen „Grundsatz“ herauszustellen. Insbesondere ist die Gesetzgebung nicht „im Grundsatz“ verpflichtet, die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge grundsätzlich an einen identisch bleibenden Zweck zu binden und Zweckänderungen nur als Ausnahmen zuzulassen, also durch immer nur einen Zweck abgeschottete Verarbeitungszusammenhänge zu schaffen. Die Konsequenz einer solchen Verpflichtung wäre, daß die Exekutive an den Zwecken, die vorab konkretisiert worden sind, ohne die Möglichkeit festgehalten würde, auf den Informationsgehalt erhaltener Angaben zu reagieren oder Situationsänderungen und veränderte Nutzungserfordernisse im Zeitablauf zu berücksichtigen. Das würde den Eigenarten der Wissenserzeugung in den Kommunikations- und Entscheidungsprozessen der Verwaltung gar nicht gerecht.⁵⁸⁶ Die Planbarkeitsvisionen der 70er Jahre, nicht selten orientiert an einem schlichten Modell des Gesetzesvollzugs durch die Verwaltung⁵⁸⁷, sind überholt und haben für viele Bereiche exekutiver Tätigkeit nie gepaßt. So gesehen sind die – ihrerseits grundrechtsgeleiteten – Möglichkeiten zu Zweckänderungen geradezu das Korrelat der Zweckbindung.

Im Rahmen der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist die Zweckbindung somit ein Element, das der Zweckfestlegung nachgeschaltet ist und im Verbund mit ihr der Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten dient. Sie ist nicht isoliert zu verstehen, sondern in die Mehrheit der Regelungselemente Zweckfestlegung – Zweckbindung – Zweckänderungsmöglichkeiten eingebettet.

cc) Zweckbündelungen und Zweckänderungen

Die Regelungen über Zweckbündelungen und Zweckänderungen treten zur Regelung der Zweckfestlegungen und Zweckbindungen hinzu. Sie sorgen für die Flexibilität, die wegen des Erfordernisses, die gesetzlichen Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sachgerecht auf das jeweilige Regelungsgebiet abzustimmen, notwendig ist. Art. 6 EG-DSRiL läßt Zweckbündelungen ebenso zu wie Zweckänderungen.

585 Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt A.

586 Vgl. dazu auch – mit allerdings diffuser Konzeption – *Ladeur*, Datenschutz, S. 16 ff.

587 Zur Komplexität selbst der Struktur des herkömmlichen Gesetzesvollzugs *Rossen*, Vollzug, S. 15 ff. Zur Kooperation als neuer Form des Verwaltungshandelns *ders*, Vollzug, S. 290 ff. Zur Notwendigkeit, das überkommene Bild des Gesetzesvollzugs neu zu formulieren, vgl. auch *Trute*, Funktionen, S. 260 f., hier zu den Auswirkungen der Erkenntnisse über den Einfluß von Organisation und Organisationsrecht auf die Dogmatik der Gesetzesbindung.

Verfassungsmäßig sind solche gesetzlichen Gestaltungen, wenn die grundrechtlichen und sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben auch dabei erfüllt werden. Je nachdem, wie der Gesetzgeber die Vorschriften gestaltet und welche Probleme dadurch aufgeworfen werden, kann er bestimmten Anforderungen durch zusätzliche Regelungen Rechnung tragen, die etwa die Richtigkeit der Informationen oder die Transparenz sichern. Bestimmte Regelungsentscheidungen können also einen weiteren Regelungsbedarf hervorrufen.

Durch *bündelnde oder konditionierte Vorschriften* für bestimmte Verarbeitungsvorgänge können die Verarbeitungsprozesse so geregelt werden, daß sie an die je eintretende Situation anpaßbar sind oder sich auch differenzieren. Da abstrakte, aber fallbezogen ausgerichtete und so zu konkretisierende Vorschriften einerseits und bündelnde Maßgaben andererseits zu unterscheiden sind, muß der Gesetzgeber seine Regelungsentscheidungen insoweit hinreichend deutlich machen. Er kann für die Erhebung oder Speicherung bestimmter Daten mehrere Zwecke⁵⁸⁸ oder einen übergeordneten Verwendungszweck vorsehen, der mehrere konkrete Nutzungsmöglichkeiten einschließt. Diese können kumulativ oder alternativ, dies entweder in Abhängigkeit vom tatsächlichen Informationsgehalt der Daten oder zeit- und situationsabhängig, in Betracht kommen. Einmal erhobene und gespeicherte Daten werden so zu unterschiedlichen Zwecken⁵⁸⁹ oder zu einem anderen als dem zunächst vorgesehenen Zweck genutzt. Indem der Informationsgehalt vom Zweck mitbestimmt wird, ergeben sich dabei von Anbeginn an oder von der Zweckänderung an jeweils eigenständige Informationsprozesse.⁵⁹⁰

Die Verfassungsmäßigkeit solcher Regelungen setzt voraus, daß die bündelnde Festlegung der Verwendungszwecke den Bezug auf die Erfüllung jeweils bestimmter Aufgaben nach Maßgabe der Befugnisse beibehält, auch wenn es sich dabei um mehrere Aufgaben handelt, und so die Verklammerung der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit den Aufgaben und Befugnissen bewirkt. Vor allem muß die nähere Bestimmung und Regelung der einzelnen Verarbeitungsvorgänge, die von der Zweckfestlegung abhängt, möglich bleiben. Etwa muß man beurteilen können, welche Daten zu erheben oder welche Datenveränderungen mit Blick auf die Verwendungszwecke erforderlich sind. Schon daraus kann sich ergeben, daß die Verarbeitungsregelungen bei verschiedenen Aufgaben unterschiedlich zu gestalten sind. Da Verarbeitungs- und Regelungszusammenhänge zu betrachten sind und die Gesetzgebung zu einer Koordination der einzelnen Vorgänge und der Regelungen verpflichtet ist, dürfen Zweckfestlegungen außerdem nicht so gehalten sein, daß die insgesamt bestehenden Vorgaben für den Umgang mit Informationen und Daten sich widersprechen oder miteinander unvereinbar sind.⁵⁹¹ Das läßt sich nur beurteilen, wenn die mit der Bündelung ermöglichten (unterschiedlichen) Verarbeitungsabläufe nachvollzogen und verglichen werden können. Abstimmungserfordernisse bestehen zudem hinsichtlich der Verwendungszwecke und der Erhebungs- oder Verarbeitungsmethoden.

588 Vgl. auch Art. 6 lit b EG-DSRiL.

589 Zahlreiche Register sind typische Beispiele für nur eine Erhebung und Speicherung von Daten bei Nutzung zu unterschiedlichen Zwecken.

590 Vgl. Steinmüller, Informationstechnologie, S. 200: „Zweckänderung ist Informationsänderung“.

591 BVerfGE 65, 1 (61 ff., 64 ff.) und dazu oben Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b.bb.

Insoweit greift allerdings im wesentlichen die Freiheitsgewährleistung, die den Einsatz bestimmter Methoden determiniert.⁵⁹² Gerade bei bündelnden Vorgaben ist weiter von besonderer Bedeutung, daß der Gesetzgeber, wenn er eine solche Regelungsoption wählt, zu zusätzlichen Regelungen zur Richtigkeitsgewähr, zur Transparenz und zur Beteiligung der Betroffenen verpflichtet sein kann: Verschiedene Zwecke erzeugen je eigenständige Informationsprozesse, so daß etwa die Richtigkeit der auf den Daten beruhenden Informationen in dem einen Verarbeitungszusammenhang unproblematisch, in dem anderen Zusammenhang gefährdet sein kann. Die Grundrechtsbindungen geben im übrigen der Exekutive eine grundrechtsgerechte Ausfüllung und Konkretisierung der jeweiligen Regelungen auf und setzen damit auch in den Fällen Maßstäbe, in denen detaillierte gesetzliche Vorgaben nicht notwendig und nicht geschaffen worden sind.

Zweitens kann der Gesetzgeber Vorschriften über die Zulässigkeit von *Änderungen zunächst vorgesehener Verwendungszwecke* im Fortlauf der Informations- und Datenverarbeitungen vorsehen. Je nachdem, was im Vergleich womit geändert wird, kann etwa der bei der Speicherung von Daten vorgesehene Verwendungszweck ein anderer sein als der bei Erhebung gesetzte Zweck oder der bei der Nutzung angestrebte Zweck von dem Zweck abweichen, zu dem die Daten gespeichert worden sind. Der Zweckänderung folgen neue Verarbeitungsverläufe, die den für den neuen Zweck geltenden Vorgaben unterfallen. Gegenüber der bündelnden Vorgehensweise stellen Zweckänderungsvorschriften regelmäßig die feinere gesetzliche Determination dar, weil etwaige Zweckänderungen gesetzlich mitbedacht und gegebenenfalls an einschränkende Voraussetzungen geknüpft werden.

Die Zulassung von Zweckänderungen unterliegt, die Maßgaben der thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen hier zurückgestellt, den Vorgaben des Art. 6 EGDsRiL und den Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Sie ist danach kein im Grundsatz rechtfertigungsbedürftiges Problem und nicht als Ausnahme von einer prinzipiellen Zweckbindung zu begreifen. Sie ist im Gegenteil vom Ausgangspunkt einer konstellationsorientierten Festlegung von Verwendungszwecken aus eine geradezu komplementäre Figur. Sie ist ihrerseits (nicht mehr als) die gesetzliche Festlegung von (neuen) Verwendungszwecken im Falle des Eintritts bestimmter Bedingungen. Sie reagiert darauf, daß sich die staatlichen Entscheidungsprozesse in die Zeit erstrecken, so daß im Verlauf der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge eine gegenüber dem zum Erhebungszeitpunkt konkretisierten Zweck veränderte Situation und neue Nutzungserfordernisse entstehen können. Außerdem können sich aus erhaltenen Daten andere als die erwarteten oder zusätzliche Informationen und eine Relevanz für die Erfüllung anderer oder weiterer Aufgaben ergeben; Zweckänderungen knüpfen insoweit an die Gewinnung von Informationen an.

Da die Festlegung einer Zweckänderungsmöglichkeit ihrerseits Zweckfestlegung ist, hat die Gesetzgebung dabei deren Funktionen im Rahmen der Realisierung der grundrechtlichen Anforderungen zu beachten. Sofern die Festlegung der Zwecke, zu denen eine Änderung zulässig ist, ihrerseits an der fallbezogenen Erfüllung einer (anderen) Aufgabe

592 Vgl. Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt C.II.1., und noch 11. Kapitel.

nach Maßgabe der Befugnisse orientiert ist, wird sie den grundrechtlichen Anforderungen gerecht werden, indem sie bewirkt, daß die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge über die Verklammerung mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen sachgerecht reguliert und näher bestimmbar sind. Es ist jedoch denkbar, daß die Gesetzgebung mehrere Zweckänderungsbestimmungen oder bündelnde Bestimmungen oder eine Kombination dessen vorsieht. Unendliche oder unüberschaubare Zweckänderungsmöglichkeiten werden der Anforderung einer sachgerechten Begrenzung nicht mehr gerecht. Kommen bündelnde Festlegungen hinzu, kann sich insbesondere noch die Frage hinreichender Bestimmbarkeit der dadurch ermöglichten Informations- und Datenverarbeitungen stellen.

Vor dem Hintergrund dieser inhaltlichen Vorgaben kann die Gesetzgebung Zweckänderungsvorschriften im Rahmen des jeweiligen Regelungszusammenhanges mehr oder weniger abstrakt unter Berücksichtigung des Bestimmtheits- und des Normenklarheitsgebots festlegen.⁵⁹³ In der notwendig allgemein gefaßten Vorschrift des § 14 Abs. 2 BDSG, die im Anschluß an die Zweckbindungsregelung des § 14 Abs. 1 BDSG Regelungen über die Zulässigkeit des Speicherns, Veränderns oder Nutzens für andere Zwecke enthält, spiegeln sich grundsätzliche Erwägungen zu Zweckänderungserfordernissen wider. Zugleich werden tatbestandliche Voraussetzungen zur Eingrenzung der Änderungsmöglichkeiten geregelt. Dazu zählen die Einwilligung des Betroffenen oder dessen offensichtliches Interesse an einer Änderung, die Notwendigkeit der Überprüfung von Angaben des Betroffenen bei tatsächlichen Anhaltspunkten für deren Unrichtigkeit und die Erforderlichkeit einer Änderung des zunächst bestimmten Verwendungszwecks zur Abwehr erheblicher Nachteile unter anderem für das Gemeinwohl. Die Zweckänderungsregelungen in den bereichsspezifischen Bestimmungen können auf sich auf eine inhaltlich präzisere Regelung der Aufgaben und der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge stützen. Statt abstrakte Voraussetzungen einer Zweckänderung festzuhalten, kann deshalb gegebenenfalls geregelt werden, welche Änderungen hinsichtlich welcher Angaben zulässig sind. Der Genauigkeitsgrad ist hierbei – dies auch innerhalb eines Gesetzeskomplexes – unterschiedlich. So wird häufig vor dem Hintergrund einer allgemeine Voraussetzungen regelnden Zweckänderungsvorschrift präzisiert, welche Daten von Zweckänderungen ausgenommen sind oder ihnen nur mit Einschränkungen zugänglich sind.⁵⁹⁴ Die Exekutive konkretisiert die Zweckänderungsvorschriften für den Einzelfall und insoweit zunächst für einen bestimmten anderen Zweck. Unter Beachtung der jeweils geltenden Regelungen und der verfassungsrechtlichen Bindungen kann sie im Rahmen eines Informations- und Datenverarbeitungsprozesses mehrfach Zweckänderungen vornehmen.

Neben der Maßgabe, daß die Begrenzung und die Bestimmbarkeit der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge gewahrt sein muß, unterliegen Zweckänderungsbestimmungen – ebenso wie bündelnde Zweckfestlegungen – weiteren Anforderungen. Die bezüglich der jeweiligen Verwendungszwecke geltenden Vorgaben dürfen nicht miteinander unvereinbar und nicht so geregelt sein, daß sie im Fortlauf der Verarbeitungsprozesse unter-

593 Vgl. den Überblick über gesetzliche Regelungen bei v. Zeszschwitz, Konzept, Rn 59 ff., bes. 64 ff.

594 Derartige Regelungen können durch die zusätzlichen Bindungen einer Freiheitsgewährleistung geboten sein, vgl. noch Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt B.

laufen werden. Das folgt aus Art. 6 EG-DSRiL und entspricht den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Volkszählungsurteil.⁵⁹⁵ Diese Anforderungen wirken sich als ein die Gesetzgebung bindendes Zweckänderungsverbot aus, wenn die jeweils vorgesehenen Zwecke notwendig Ausgestaltungen erfordern, die miteinander unvereinbar wären. Im übrigen könnte den Unvereinbarkeiten durch eine alternative gesetzliche Gestaltung begegnet werden. Der Gesetzgeber muß außerdem dem Folgeregelungsbedarf Rechnung tragen, den Zweckänderungsbestimmungen je nachdem hervorrufen, unter welchen Voraussetzungen und an welcher Stelle welche Änderungen zulässig sind. Insbesondere wegen des Kontextverlusts, der mit einer Zweckänderung und einer sich daran gegebenenfalls anschließenden Datenübermittlung verbunden sein kann, können besondere Vorschriften zur Richtigkeitsgewähr erforderlich sein.⁵⁹⁶

Zweckänderungsbestimmungen müssen außerdem mit den Regelungen zur Beteiligung der Grundrechtsträger, die die nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebotenen Einflußmöglichkeiten herstellen, abgestimmt werden. Ohne eine solche Abstimmung, die unter Umständen zu Beteiligungsregelungen führt, die auf Zweckänderungen reagieren, könnte zum Beispiel der – unter anderem der Gewährleistung von Einflußmöglichkeiten dienende – Grundsatz der Erhebung von Daten beim Betroffenen unterlaufen werden. Wie relevant eine Zweckänderung mit Blick auf gebotene Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten des Betroffenen ist, kann aber nicht pauschal beantwortet werden. Die Relevanz hängt vielmehr von Gewicht und Reichweite der zugelassenen Zweckänderung sowie vom Regelungskontext ab.

Im Ergebnis kann der Gesetzgeber die Zwecksetzungen als strukturierende Komponente im Rahmen der Bindungen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG mit verschiedenen Regelungstechniken je nach sachbedingten Eigenheiten und Notwendigkeiten des Regelungsgebiets gestalten. Die Festlegung der Verwendungszwecke und die Zweckbindung, Zweckbündelungen, konditionierte Bestimmungen und Zweckänderungsmöglichkeiten sind dabei Komponenten, die sachgerecht zu kombinieren sind. In diese Kombination von Komponenten kann auch Art. 6 EG-DSRiL eingegliedert werden: Er enthält abgeschwächte, aber keine grundsätzlich anderen Anforderungen. Die grundgesetzlichen Vorgaben stellen bei einer Gesamtbetrachtung freilich Regelungsanforderungen, die über eine Zweckfestlegung vor der Erhebung und die Vereinbarkeitsmaßgabe für Zweckänderungen hinausgehen. Innerhalb eines bestimmten Regelungskomplexes ist es zwar keineswegs ausgeschlossen, eine Zweckbindung bei gleichzeitiger Zulassung von Zweckänderungsmöglichkeiten im Falle einer Vereinbarkeit der verschiedenen Zwecke vorzusehen. Das entspräche dem *Regelungsinhalt* des Art. 6 EG-DSRiL und der *Regelungstechnik*, die die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als systematisch-einheitliche Form nahelegen. Der Unterschied dieser Anforderungen zu jener Vorgabe besteht darin, daß ein

595 BVerfGE 65, 1 (61 ff., 64 ff.), und dazu die Ausführungen in Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.b.bb: Wird eine Auskunftspflicht von einer Vorschrift begleitet, daß die Angaben nicht nachteilig verwendet werden, und läßt sich die Pflicht nur so rechtfertigen, wäre es widersprüchlich, eine Übermittlung der erhaltenen Angaben zu anderen Zwecken zuzulassen, im Rahmen derer eine nachteilige Verwendung erlaubt ist.

596 Vgl. auch *Simitis*, Arbeitnehmerdaten, S. 170.

solcher Regelungsinhalt nicht generell verfassungsmäßig ist. In manchen Regelungskontexten kann mit Blick auf die grundrechtlichen Schutzziele eine stärker eingrenzende Determination notwendig sein. Außerdem schärft die Technik der Zweckbindung und der Zweckänderungen die Aufmerksamkeit dafür, daß bei Zweckänderungen Folgewirkungen (Richtigkeitsgefahren, Beteiligungsfragen) zu beachten sind. Hinzu kommt, daß zu den Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Bindungen der Einzelgrundrechte hinzutreten können.⁵⁹⁷ Der Rückgriff auf die Kombination der Elemente Zweckfestlegung – Zweckbindung – Zweckänderungsmöglichkeiten erlaubt insgesamt eine vielfältige, auf das Regelungsgebiet und die Schutzerfordernisse abgestimmte Gestaltung der Determination.⁵⁹⁸ Das gilt zumal bei Berücksichtigung der – je nach Regelungsgebiet einsatzfähigen – Optionen einer bündelnden, abstrahierenden oder eben auch konkret-präzisen Fassung der gesetzlichen Tatbestände. Man muß sich von dem zu pauschalen Zugriff verabschieden, den man hier häufig vorfindet. Indem Zwecksetzungen eines der zentralen Elemente der Strukturierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind, hat man mit vielfältigen, auf das Regelungsgebiet abzustimmenden Gestaltungen zu tun.

b) Das Regelungselement der Erforderlichkeit

Mit der Zweckfestlegung und der Bindung an die festgelegten Zwecke werden die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen rechtlich verklammert und so bereits in bestimmtem Umfang zu einem zusammenhängenden Prozeß verbunden und strukturiert. Im nächsten Schritt wird den grundrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen, indem die Verwendungszwecke und die darauf ausgerichteten Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit einem bestimmten Abhängigkeitsgrad in eine Abhängigkeitsbeziehung eingeordnet werden. Ohne eine solche Relationierung könnte die Zweckfestlegung ihre Funktionen allenfalls begrenzt erfüllen. Im übrigen hat diese Relationierung die *Funktion*, daß die einzelnen Phasen inhaltlich noch näher eingegrenzt und nachfolgend gegebenenfalls näher determiniert werden können.⁵⁹⁹

Der grundlegende Begriff für dieses Regelungselement ist der Begriff der *Erforderlichkeit*.⁶⁰⁰ Der Begriff wird häufig mit der Erforderlichkeitskomponente des Übermaß-

597 An dieser Stelle spielen die konkrete Schutzbedürftigkeit des Betroffenen und das Übermaßverbot eine Rolle. Die Beurteilung hängt auch hier nicht von einer Betrachtung einzelner Angaben oder Daten, sondern – wie bei der Erörterung der einzelgrundrechtlichen Bindungen dargelegt – von Informationsinhalten und -folgen im Verwendungskontext ab. Vgl. noch Vierter Teil, 11. Kapitel.

598 Der Vorschlag von *Bull*, Konzepte, S. 314, es dürfte angemessener sein, bestimmte Formen der Zweckentfremdung ausdrücklich zu untersagen, statt das generelle Prinzip und zugleich die zahllosen Ausnahmen aufrechtzuerhalten, bleibt dagegen dem Muster von Grundsatz und Ausnahme verhaftet, das auch dann zu kurz greift, wenn man es umdreht. Damit fällt man hinter die Leistungen einer sachgerechten, verschiedene Abstraktionsgrade nutzenden Kombination der Zweckfestlegung, Zweckbindung und Zweckänderungsmöglichkeiten zurück.

599 Siehe auch den Hinweis von *Simitis*, Amtshilfe, S. 2798, daß die Anknüpfung der Datenschutzgesetze an die Erforderlichkeit die Verwaltung dazu zwingt, ihren Tätigkeitsbereich sorgfältig mit Rücksicht auf ihre Informationserwartungen zu überdenken.

600 Vgl. etwa *Bull*, Einfluß, S. 830 f.; *Simitis*, Amtshilfe, S. 2798 f.

verbots gleichgesetzt.⁶⁰¹ Er hat damit aber nichts zu tun. Das zeigt auch der Blick auf Art. 6 Abs. 1 lit d EG-DSRiL, der im systematischen Zusammenhang mit der Zweckfestlegung die Erheblichkeit der Daten für die festgelegten Zwecke hervorhebt.⁶⁰² Der Schwerpunkt dieses Elements liegt nicht bei der Suche nach einem milderen Mittel oder gleich geeigneten Alternativen zur Erreichung eines Ziels.⁶⁰³ Vielmehr werden eine Abhängigkeitsbeziehung hergestellt und der Abhängigkeitsgrad festgelegt, mit dem die jeweilige Stelle oder Person auf den jeweiligen Verarbeitungsvorgang angewiesen ist. Die Frage lautet daher, ob dieser nötig ist, und die Vergleichsbasis ist nicht ein alternatives Mittel, sondern die Möglichkeit der Erfüllung der Aufgabe ohne den Verarbeitungsvorgang. „Erforderlichkeit“ ist also „eine Relation zwischen einem Informationsverarbeitungsvorgang und einer Aufgabenerfüllung.“⁶⁰⁴ Der unmittelbare Bezugspunkt der Erforderlichkeit ist allerdings nicht die Aufgabe, sondern der gesetzlich festgelegte Verwendungszweck, der die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen verknüpft. Determinationskraft und Bestimmbarkeit der „Erforderlichkeit“ hängen daher vom Präzisionsgrad der Verwendungszwecke und weiter davon ab, wie die Aufgaben und Befugnisse beschrieben und ob sie gegebenenfalls in untergeordnete Entscheidungsschritte zerlegbar sind.⁶⁰⁵

Mit ihrem Bezug auf die Verwendungszwecke ist die Maßgabe der Erforderlichkeit gleichermaßen angepaßt an den jeweils geregelten Verarbeitungsvorgang als Element des Verarbeitungszusammenhangs zu konkretisieren. Sie ist also keineswegs immer unvermittelt mit Blick auf die Aufgabenerfüllung zu bestimmen. Vielmehr ergibt sich beispiels-

601 Das beruht auch auf den Ausführungen des BVerfG in BVerfGE 65, 1 (46). Zum Obigen besonders deutlich *Timmefeld*, Persönlichkeitsrecht, S. 1118, mit der Ansicht, die Instrumentarien zur Bestimmung des Begriffs „erforderlich“ biete das persönlichkeitsbezogene Abwägungsgebot, nach dem die Verwaltung Daten des Betroffenen nur im überwiegenden Allgemeininteresse erheben dürfe. Siehe außerdem *C. Mallmann*, Datenschutz, S. 95 ff.; *Benda*, Privatsphäre, S. 37; *Gallwas*, Erforderlichkeit, S. 821 ff. Der Erforderlichkeitsbegriff wird dabei teilweise zwar als Komponente des Verhältnismäßigkeitsprinzips bezeichnet, dann aber anders definiert, als man ihn bei diesem Ausgangspunkt definieren dürfte.

602 Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.aa.

603 Anderes gilt für die Rechtmäßigkeit des Einsatzes beeinträchtigender Erhebungsmethoden, für die das Übermaßverbot greift und bei denen es daher auf die Frage nach milderen Mitteln ankommt. Dazu und zu den Gestaltungsvarianten *Albers*, Determination, S. 305 ff., und am Bsp. des NGefAG *Waechter*, Probleme, S. 159 ff. Der Erforderlichkeitsbegriff in diesem Zusammenhang ist aber nicht mit der „Erforderlichkeit“ eines Verarbeitungsvorgangs für die Erfüllung der Aufgabe nach Maßgabe der Befugnisse gleichzusetzen.

604 So zutreffend *Podlech*, Individualdatenschutz, S. 455. Vgl. auch *Simitis*, Melderecht, S. 264 ff. Eher in Richtung Übermaßverbot dagegen *ders.*, „Sensitive Daten“, S. 486.

605 Kritik an unzureichenden Eingrenzungen staatlicher Informations- und Datenverarbeitungen in einem bestimmten Regelungsbereich beruht nicht selten auf den Aufgabenbeschreibungen. Vgl. etwa *Waechter*, Probleme, S. 154, daß die in § 31 Abs. 2 NdsGefAG geregelte Befugnis, personenbezogene Daten zu erheben, wenn dies zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung von Straftaten erforderlich ist, Bestimmtheitszweifel aufwirft, weil die Erforderlichkeit anders als bei der Abwehr konkreter Gefahren auf keinen speziellen Zweck bezogen werden könne. Vgl. auch *Denninger*, Verfassungsrechtliche Grenzen, S. 56 ff.; *Wellbrock*, Regelungsentwurf, S. 153 ff. Vage Aufgabenbeschreibungen könnten ihrerseits durch die Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten konkretisiert werden.

weise die Erforderlichkeit der Erhebung von Daten nur unter Berücksichtigung der nachfolgenden Verarbeitungsschritte und des Verarbeitungs- oder Wissenskontexts. Sind die Zwecke so festgelegt, daß sich differenzierte oder verschachtelte Verarbeitungsverläufe ergeben, ist auch die Erforderlichkeit entsprechend zu präzisieren. Wenn Daten dem Verwendungszweck nach nur zur Richtigkeitskontrolle oder als Protokollnachweis vorgesehen sind, müssen sie dafür – und nicht etwa allgemein zur Aufgabenerfüllung – erforderlich sein.

Dies vorausgeschickt betrifft die Maßgabe der Erforderlichkeit – ebenso wie die Festlegung der Verwendungszwecke – sämtliche Phasen im Prozeß der Gewinnung und Umsetzung von Informationen und der Verarbeitung von Daten.⁶⁰⁶ Die Gewinnung und Verwendung von Informationen oder die Erhebung, die Speicherung, die Nutzung oder die Übermittlung von Daten müssen im Hinblick auf die jeweils festgelegten Zwecke erforderlich sein. Das kann man weiter differenzieren⁶⁰⁷: Erforderlich sein muß erstens gerade der jeweilige *Verarbeitungsschritt* mit den ihm zukommenden Funktionen, also beispielsweise die sich an eine Informationsgewinnung anschließende Speicherung personenbezogener Daten, damit die Daten zu einem späteren Zeitpunkt in einer anderen Situation zur Verfügung stehen.⁶⁰⁸ Zweitens muß die Verarbeitung gerade der *personenbezogenen Informationen und Daten* erforderlich sein, auf die sich die Verarbeitung bezieht.⁶⁰⁹ An dieser Stelle birgt das Element der Erforderlichkeit besondere Probleme, weil eine Beurteilung mit Blick auf den Verarbeitungszusammenhang nötig ist: Im staatlichen Kontext sind Orientierungspunkt grundsätzlich – das entspricht der zentralen Rolle der Verwendungszwecke – die Informationsinhalte, die die staatliche Stelle benötigt, damit sie die Aufgabe oder Befugnis in einem konkreten Fall vollständig und in rechtmäßiger Weise wahrnehmen kann. Die Bestimmung, welche Informationen insofern erforderlich sind, setzt eine Auslegung der in Bezug genommenen sachlichen Normen und ihrer Tatbestandsmerkmale sowie eine semantische Beschreibung der in den Normanwendungssituationen benötigten Informationen voraus. Sie kann dementsprechend schwierig sein.⁶¹⁰ Teilweise werden hier Subsumtionsinformationen⁶¹¹, Entscheidungsinformationen⁶¹² und Unter-

606 Anonymisierung und Pseudonymisierung, Löschung und Sperrung sind dabei wegen ihrer eigenständigen Bedeutung ausgenommen.

607 Vgl. auch Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 98 f.

608 Zu den Phasen und ihren Funktionen Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.2. und II.2.b.

609 Wenn man ein grundrechtlich verankertes „Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten“ zugrunde legt, muß man hier noch weiter differenzieren, ob die Verarbeitung gerade *personenbezogener* Informationen und Daten erforderlich ist oder ob nicht anonymisierte oder pseudonymisierte Daten genügen. Konsequenz Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 100 f. Nach der hier vertretenen Konzeption handelt es sich bei diesem Punkt um einen Aspekt, den Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht als generelle Anforderung einschließt. Dabei bleibt unberührt, daß die Anforderungen an eine sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten an bestimmten Stellen durch gesetzliche Vorgaben umgesetzt werden können, die auf eine Anonymisierung oder Pseudonymisierung zielen. Ebenso können die einzelnen Freiheitsgewährleistungen darauf gerichtete Bindungen hergeben.

610 Vgl. auch Podlech, Individualdatenschutz, S. 455 f.

611 Subsumtionsinformationen sind die Informationen, die die Sachverhalte oder die Umstände beschreiben,

stützungs- oder Hilfsinformationen⁶¹³ unterschieden. Diesen Kategorien liegt freilich ein – wohl eher schlichtes – Modell des traditionellen Gesetzesvollzugs zugrunde, das nur in begrenzten Bereichen der Verwaltung einschlägig ist. Erschwerend kommt hinzu, daß vor allem zu Beginn eines Bearbeitungsprozesses noch der Prozeß selbst antizipiert werden muß, der sich komplex gestalten und relativ unberechenbar verlaufen kann. Ob bestimmte personenbezogene Daten später tatsächlich noch benötigt werden, kann eine hochgradig ungewisse Prognose sein. Im Ergebnis bedarf es besonderer exekutiver Konkretisierungsleistungen, die freilich nicht mit Letztentscheidungskompetenzen gleichzusetzen sind. Es kann nicht überraschen, daß hier eine Quelle von Beurteilungsdifferenzen und -streitigkeiten liegt.

Der geforderte Abhängigkeitsgrad läßt sich mit Blick auf die Funktion, zur Begrenzung und Strukturierung des Umgangs mit Informationen und Daten beizutragen, und je nach dem Regelungszusammenhang, in dem diese Funktion zu erfüllen ist, in unterschiedlicher Schärfe bestimmen. Streitigkeiten, ob die Gewinnung und Nutzung bestimmter Informationen oder die Erhebung und Verarbeitung von Daten „unverzichtbar“ oder nur „nützlich“ sein müssen, sind so jedenfalls für die verfassungsrechtliche Sicht zu relativieren.⁶¹⁴ Das Regelungselement der Erforderlichkeit selbst ist für sich genommen flexibel, weil es weder über die Form noch über die Effektivität der Erfüllung der jeweiligen Aufgabe etwas besagt, sondern den insoweit gesetzten Vorgaben folgt. Der Gesetzgeber kann eine nähere Bestimmung vornehmen, wenn ihm dies im Regelungszusammenhang sinnvoll erscheint. Ansonsten kommt es auf eine sach- und problemgerechte Ausfüllung durch die Exekutive an. Anforderungen an den Abhängigkeitsgrad können sich zusätzlich aus den einzelnen Freiheitsgewährleistungen ergeben.⁶¹⁵

Im übrigen kann der Gesetzgeber im Wege der näheren gesetzlichen Determination die

die jeweils die Tatbestandsmerkmale der Norm ausfüllen, vgl. C. Mallmann, Datenschutz, S. 104 ff.; Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 15 Rn 17. Die Bestimmung kann mehr Probleme bereiten, als es auf den ersten Blick erscheinen mag, weil die die Realität beschreibenden Informationen nicht ohne weiteres mit den normativen Tatbestandsmerkmalen zusammenfallen; vielmehr ergibt sich das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals unter Umständen als wertender Schluß aus vielschichtigen Informationen.

612 Entscheidungsinformationen werden die Informationen genannt, die für eine rechtmäßige Ermessensentscheidung relevant sind, vgl. C. Mallmann, Datenschutz S. 112 ff.; Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 15 Rn 17. Je nach der entscheidungstheoretischen Beurteilung von Ermessensentscheidungen kann man sich streiten, ob sich dies von Subsumtionsinformationen so unterscheidet, daß zwei Kategorien gewählt werden sollten.

613 Unterstützungs- oder Hilfsinformationen sollen unter anderem die Informationen sein, die die Richtigkeit der Subsumtionsinformationen gewährleisten, so C. Mallmann, Datenschutz, S. 109 ff., mit einem allerdings teilweise zu engen Verständnis von Subsumtions- und zu weitem Verständnis von Unterstützungsinformationen; Steinmüller u. a., Grundfragen, S. 98; Dammann, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 15 Rn 17. Eine Unterstützungsinformation kann z.B. auch das Wissen um die Quelle einer Subsumtionsinformation sein, die die Einschätzung derer Richtigkeit ermöglicht, siehe C. Mallmann, Datenschutz, S. 111.

614 Vgl. auch – zum BDSG – mit enger Bestimmung Sokol, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 13 Rn 25 ff. Zu pauschal zu weit gefaßt aber zum Teil das BVerwG mit dem Begriff der „Förderlichkeit“ der Daten in dem Sinne, daß die Daten die Arbeit der zuständigen Behörde noch fördern können, vgl. BVerwG, Buchholz 402.41 Nr. 56, und BVerwG, NJW 1994, S. 2499 (2499).

615 Vgl. noch Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt B.II.

Relationierung von Verwendungszwecken und Informations- und Datenverarbeitungen über den Begriff der „Erforderlichkeit“ hinaus präzisieren. Das geschieht etwa durch die Beschreibung von Voraussetzungen eines Verarbeitungsschritts oder durch eine Auflistung der Aussagegehalte, die zu erheben und zu verarbeiten sind. In den Konkretisierungen spiegelt sich dann der Erforderlichkeitsmaßstab wider.

2. Die problemorientierte Regulierung durch weitere Determinanten

Mit der Steuerung der Verwendungszwecke und dem Regelungselement der Erforderlichkeit wird der Rahmen abgesteckt, in dem die grundrechtlichen Vorgaben einer sachgerechten und transparenzsichernden Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten weiter zu realisieren sind. Inwiefern weitere gesetzliche Determinanten mit welchen Regelungsinhalten, welcher Regelungstiefe und welcher Regelungsichte notwendig sind, hängt vom Regelungsbereich und davon ab, in welchem Umfang die Steuerung der Verwendungszwecke und das Regelungselement der Erforderlichkeit die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bereits umsetzen. Auf diese grundlegenden Kategorien kann sich die Gesetzgebung dann konzentrieren, wenn der jeweilige Kontext überschaubar ist, die sachlichen Aufgaben und Befugnisse präzise gestaltet sind und sich hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten kein besonderer Regelungsbedarf ergibt. In vielen Bereichen werden aber in bestimmten Hinsichten weitere Vorgaben nötig sein. Auch insoweit stehen die näheren grundrechtlichen Vorgaben und die gesetzliche Ausgestaltung in einem Wechselverhältnis: Es kommt darauf an, welche Regelungsentscheidungen der Gesetzgeber in bestimmten Hinsichten trifft und welche Folgeprobleme dadurch aufgeworfen werden. In bestimmten Punkten kann es genügen, daß er sich auf Leitvorgaben beschränkt und deren Konkretisierung delegiert. Insgesamt wird die nähere Determination mit Hilfe einer Kombination querschnittsartig-übergreifender und bereichsspezifischer Regelungen zu realisieren sein.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt nach der hier zugrunde liegenden Konzeption *nicht*, daß die Gesetzgebung die einzelnen Verarbeitungsvorgänge detailliert nachzeichnet und auf eine gesetzliche Basis stellt. Indem Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf eine sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zielt, richtet er sich vielmehr auf eine *problemorientierte Steuerung* der Verarbeitungsvorgänge in den jeweiligen Verarbeitungszusammenhängen. In diesem Sinne geht es um weitere gesetzliche Vorgaben an genau den Stellen, die näher regelungsbedürftig sind. Das steht damit in Einklang, daß Information als eine Grundkategorie begriffen werden muß, die in Kommunikations- und Entscheidungsprozessen erzeugt wird und darin eingewoben ist.⁶¹⁶ Dementsprechend sind Informationen etwa im staatlichen Bereich Faktor und Produkt exekutiver Tätigkeit. Die Exekutive verwendet Informationen im Gesetzesvollzug unter anderem bei der Subsumtion eines Sachverhalts unter die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm. Schon das zeigt, daß es bei der

616 Dazu oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

gesetzlichen Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten immer nur um *bestimmte* gesetzliche Determinanten, nicht um eine vollständige Determination gehen kann. Man kommt im Gegenteil ohne die Konkretisierungsleistungen der Exekutive, sei es durch untergesetzliche Vorschriften, sei es durch situationsbezogene Ausfüllung, nicht aus.

Regulierungsanforderungen kann man zunächst anhand bestimmter Leitgesichtspunkte herausarbeiten. Anknüpfungspunkte bieten sodann die verschiedenen Phasen der Informations- und Datenverarbeitung. Indem sie jeweils verschiedene Aspekte betreffen, werfen sie nämlich jeweils bestimmte Probleme auf.

a) Leitgesichtspunkte der näheren Determination

Die Umsetzung der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kann erfordern, daß die Gewinnung und Umsetzung von Informationen sowie die Verarbeitung von Daten *inhaltlich* näher geregelt wird. Solche Determinanten präzisieren das Regelungselement der Erforderlichkeit. Weitergehend haben sie die Funktion, die Verarbeitungsvorgänge weiter einzugrenzen und noch näher auf die sachlichen Aufgaben und Befugnisse zuzuschneiden, die Richtigkeit der Informationen und Daten im Verarbeitungsverlauf sicherzustellen, eine genauere Abstimmung der Regelungen und der geregelten Verarbeitungsvorgänge im Verarbeitungszusammenhang zu ermöglichen und die Transparenz der Abläufe zu gewährleisten. Ihre Funktionen verweisen darauf, daß sie je nach Regelungsgehalt in das jeweilige Sachgebiet zu integrieren sind. Bei der gesetzlichen Regelung stehen dem Gesetzgeber eine Reihe von Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung, die im Verbund oder einander ergänzend und kompensierend eingesetzt werden können. Er kann nach betroffenen Personen differenzieren, tatbestandliche Voraussetzungen für die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge festlegen oder näher beschreiben, Informationen welchen Inhalts gewonnen oder inwiefern sie in ihrem Inhalt verändert und Daten welchen Aussagegehalts erhoben oder als Informationsbasis genutzt werden dürfen. Er kann in Abhängigkeit von den Regelungserfordernissen entweder die Verarbeitungsvorgänge näher beschreiben oder bestimmte Verarbeitungsvorgänge, etwa bestimmte Wertungen oder bestimmte Datenverknüpfungen, unterbinden. Darüber hinaus kann die Gewährleistung der Richtigkeit der Informationen und Daten zusätzliche Regelungen erfordern, die beispielsweise Aktualitäts- oder Kontextverlusten im Verlauf einer Datenverarbeitung begegnen.

Im Verarbeitungs- und Regelungszusammenhang ist der Gesetzgeber zu einer *Koordination der Regelungen der jeweiligen Verarbeitungsvorgänge untereinander* verpflichtet. Die schon bei der Festlegung der Verwendungszwecke gebotene und insoweit gewährleistete Abstimmung der Determinanten muß auch im Hinblick auf die weitere inhaltliche Regelung gesichert sein. Die einzelnen Verarbeitungsvorgänge eines Verarbeitungszusammenhanges dürfen keinen miteinander unvereinbaren gesetzlichen Bindungen unterliegen. Gebotene inhaltliche Einschränkungen an bestimmten Stellen, etwa bei der Datenerhebung, dürfen nicht durch die Regelungen an anderen Stellen, etwa bei der Datenverknüpfung, unterlaufen werden.

Die Vorschriften müssen insgesamt der eingesetzten *Kommunikations- und Datenverar-*

beitungstechnik Rechnung tragen. Das gilt grundlegend, weil die Technik die Beschaffenheit der Datenbasis, die aus den Daten erzeugten Informationen und den Umgang mit den Informationen prägt.⁶¹⁷ Die Technik kann eine bestimmte Gestaltung der Regelungen bedingen und zusätzliche Vorschriften oder Schutzvorkehrungen erfordern.

b) Die Aufschlüsselung nach einzelnen Phasen

Die nähere inhaltliche Determination ist auf der Grundlage einer Aufschlüsselung nach Phasen zu entwickeln. Informations- und Datenverarbeitungen sind verwobene Prozesse, deren Phasen im Hinblick auf die grundrechtlichen Vorgaben jeweils bestimmte Regelungsprobleme aufwerfen. Unter diesem Aspekt, nicht etwa als faktisch unterscheidbare Vorgänge sind sie von rechtlicher Relevanz. Die rechtliche Determination ist deshalb nicht an faktische Beschreibungsweisen gebunden. Sie kann der technischen Dynamik Rechnung tragen, die zu einem Zusammenfallen bisher getrennter Vorgänge (zum Beispiel von Erhebung und Speicherung bei unmittelbarer Eingabe und Übermittlung durch die betroffene Person in einem Netzwerk⁶¹⁸) oder zu neuen, eigenständigen Verarbeitungsformen führen kann. Entscheidend ist immer, welches rechtliche Problem an einer bestimmten Stelle entsteht. Insofern ist es sinnvoll, wenn man, wie in Art. 2 EG-DSRiL, den Begriff der „Verarbeitung“ in den Mittelpunkt und einzelne Phasen in diesen Rahmen stellt. Die dortige Vorgabe greift freilich insofern zu kurz, als sich lediglich auf die *Datenverarbeitung* bezieht und Daten und Informationen nicht unterscheidet. Zu betrachten ist statt dessen die *Informations- und Datenverarbeitung*: Erst die Einbeziehung der Gewinnung und Verwendung von Informationen erlaubt eine Verbindung zu den punktuell vorhandenen traditionellen, meist informationsbezogenen Vorschriften und eine sachgerechte Regelung der Datenverarbeitung, die nicht aus den Informationsbezügen gelöst werden darf.

Die Regelungselemente der Zweckfestlegung und Zweckbindung sowie der Erforderlichkeit können als Grundkategorien hier vorausgesetzt werden. Sie bewirken eine Anklammerung der Informations- und Datenverarbeitung an die sachliche Ebene, stellen einen Verarbeitungszusammenhang zwischen den prinzipiell entkoppelbaren Vorgaben der Informations- und Datenverarbeitung her und ermöglichen die nähere Regelung der einzelnen Phasen, indem diese durch die Zuordnung zu bestimmten Verwendungsmöglichkeiten ihrerseits bestimmbar werden.⁶¹⁹ Die auf dieser Grundlage in einem bestimmten Umfang zu leistende präzise Aufschlüsselung ermöglicht einen Überblick über die Abläufe und erst so eine sachgerechte Steuerung. Wie die Zweckfestlegung lebt die nähere Determination der Verarbeitungsvorgänge freilich in bestimmtem Umfang davon, daß sie auf einen sachlich schon strukturierten Kontext Bezug nehmen kann.⁶²⁰ Im staatlichen Bereich kann sie an die sachlichen Kompetenzen aufknüpfen. Im privaten Bereich kann sie jedenfalls dann in bestimmten Hinsichten schwierig werden, wenn es, was aber keineswegs immer der Fall

617 Ausführlich Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.

618 Vgl. dazu *Scholz/Pitschas*, Informationstechnik, S. 522.

619 Ausführlich Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.

620 Siehe oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.a.a.(1).

ist, an sachlichen Orientierungs- und Anknüpfungspunkten fehlt. Unabhängig davon hängt es vom Regelungsfeld ab, in bezug worauf welche Determinanten zu setzen sind.

Die folgende Aufschlüsselung nach Phasen soll die Basis für die Ausarbeitung notwendiger gesetzlicher Determinanten herausstellen. Dafür wird sie gebraucht. Erst die Aufschlüsselung zeigt, welche Regelungserfordernisse bestehen und an welchen Stellen die gesetzliche Determination wie ansetzen kann. Über sie wird zudem erkennbar, daß in einem bestimmten Regelungs- und Verarbeitungszusammenhang an bestimmten Stellen Determinanten gesetzt werden können, die als Bindungen hinreichen und Regelungen an anderen Stellen überflüssig machen. Umgekehrt können gewählte Determinanten einen Folgeregelungsbedarf erzeugen. Auch kann die Gesetzgebung gegebenenfalls flexibel entscheiden, an welcher Stelle sie regelungsbedürftige Aspekte regelt, sofern die grundrechtlichen Anforderungen gewahrt werden. Schließlich sind in weitem Umfang kompensatorische Regelungsweisen möglich: Etwa kann eine aus bestimmten Gründen weite Gestaltung der Voraussetzungen einer Datenerhebung durch enger gefaßte Voraussetzungen der Datenspeicherung kompensiert werden.

Orientierungspunkt sind auch für den Gesetzgeber die Informationsinhalte, die eine staatliche Stelle benötigt, damit sie die Aufgabe oder Befugnis in einem konkreten Fall vollständig und in rechtmäßiger Weise wahrnehmen kann. Für den auf eine Typisierung angewiesenen Gesetzgeber kann deren Bestimmung noch schwieriger sein als für die Exekutive, die dies bei der Konkretisierung des Regelungselements der Erforderlichkeit leisten muß.⁶²¹ Es bedarf vor allem einer Auslegung der in Bezug genommenen sachlichen Normen und ihrer Tatbestandsmerkmale sowie einer semantischen Beschreibung der in den typischen Normanwendungssituationen benötigten Informationen. Diese Situation kann standardisiert und überschaubar, aber auch so vielfältig sein, daß die Entscheidungsfindung und die darauf bezogenen Informationsprozesse mehr oder minder situationsabhängige Konkretisierungsvorgänge sind. Der Gesetzgeber kann somit zwar auf mehr oder weniger gesicherte Orientierungspunkte zurückgreifen. Er muß aber immer berücksichtigen, daß die Exekutive mit ihren eigenen Leistungen strukturell eingebunden ist. Er muß zu einer Mischung aus dichten und konkretisierungsfähigen Vorgaben gelangen, die gleichermaßen Bindungen und Flexibilitäten enthält. In diesem Sinne sind – vor dem Hintergrund der für die Aufgabenerfüllung benötigten Informationsinhalte – auch die einzelnen Verarbeitungsvorgänge in einem Regelungszusammenhang näher zu regeln.

Die *Beschaffung von Informationsgrundlagen* bezeichnet die Auswahlhandlungen, die darüber entscheiden, was von außen in das Wissen der staatlichen Stelle einfließt.⁶²² Als Auswahlhandlung wirft sie in ihrem Informationsaspekt Fragen zu den betroffenen Personen, den Beschaffungsvoraussetzungen sowie den zu beschaffenden Aussagegehalten und in ihrem Handlungsaspekt Fragen zu den Methoden sowie zu dem Modus des staatlichen Vorgehens auf. Insbesondere beim Einsatz bestimmter Methoden und Modi kann die Richtigkeitsgewähr Regelungserfordernisse aufwerfen. Indem sie die Grundlagen

621 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.b.

622 Vgl. Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.2.

für die Informations- und Datenverarbeitung liefert, muß die nähere Regelung der Beschaffung in den Verarbeitungszusammenhang eingegliedert und mit den Vorschriften zu den anderen Verarbeitungsvorgängen abgestimmt werden.

Die aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgende Anforderung einer sachgerechten und transparenz sichernden Regulierung der Informations- und Datenverarbeitung kann die Gesetzgebung verpflichten, in den gesetzlichen Regelungen über den Erforderlichkeitsmaßstab hinaus nach betroffenen Personen zu differenzieren, tatbestandliche Voraussetzungen einer Beschaffung zu regeln oder die zu beschaffenden Aussagegehalte genauer zu umschreiben. Eine Verpflichtung zur Differenzierung nach *betroffenen Personen* kann dann bestehen, wenn die Aufgabenbeschreibung so weit gefaßt ist, daß sie kaum Aussagen über die Personen hergibt, über die überhaupt Angaben beschafft werden dürfen.⁶²³ Sofern nicht allein dies klarzustellen ist, geht sie mit weiteren Anforderungen an die nähere Determination einher, also mit dem Erfordernis, auch die Voraussetzungen oder die zu beschaffenden Aussagegehalte in je unterschiedlicher Weise zu regeln. Die *Bindung der Beschaffung an bestimmte Voraussetzungen* legt eine Einschreitschwelle fest und grenzt darüber die Informations- und Datenverarbeitung ein. Sie kann dadurch ihrerseits die Aufgaben konkretisieren.⁶²⁴ Ihr kann auch Ausgleichscharakter in den Fällen zukommen, in denen eine nähere Determination der zu beschaffenden Aussagegehalte bereichsbedingt nicht oder nur begrenzt möglich ist. Eine *eingrenzende Beschreibung der Aussagegehalte* präzisiert die in das staatliche Wissen einfließenden Informationsgrundlagen von Anbeginn an und liefert damit eine besondere Basis für eine nähere Determination auch der weiteren Verarbeitungsvorgänge. In vielen Regelungsfeldern ist dies freilich nicht möglich oder jedenfalls nicht sinnvoll. Unter rein regelungstechnischen – nicht unbedingt auch unter verfassungsrechtlichen – Gesichtspunkten stehen verschiedene Regelungsformen zur Verfügung. Manche Aufgabenbereiche erlauben es, die zu erhebenden Angaben in Katalogen genau aufzulisten.⁶²⁵ Die Angaben können auch mit Blick auf die festgelegten Verwendungszwecke und die dahinter stehenden Aufgaben und Befugnisse oder mit Hilfe bestimmter Kategorien näher umschrieben werden. Außerdem besteht die Möglichkeit, beide Regelungsformen in einer Vorschrift zu kombinieren. Grundsätzlich weniger Schwierigkeiten als eine positive Beschreibung bereitet es, in ausgrenzender Form die Erhebung bestimmter Angaben aus dem sonst erfaßten Spektrum auszunehmen oder nur zu weiter eingeschränkten Zwecken zuzulassen. Entsprechende Gebote folgen insbesondere auch aus Art. 8 EG-DSRiL⁶²⁶ oder aus den gegebenenfalls hinzutretenden einzelnen Freiheitsgewährleistungen.⁶²⁷

623 Beispiel sind die polizeilichen Aufgaben der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, hinsichtlich derer zahlreiche Polizeigesetze bereits bei den Vorschriften zur Datenerhebung personelle Differenzierungen enthalten. Vgl. dazu *Albers*, Determination, S. 134 ff., 282 ff.

624 Vgl. z.B. *Wellbrock*, Regelungsentwurf, S. 155 f.

625 Zum Beispiel bestimmte Bereiche des Melde- oder Registerrechts.

626 Oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.bb.

627 Etwa sieht § 13 Abs. 5 S. 2 HSOG vor, daß die Erhebung nicht gefahren- oder tatbezogener persönlicher Merkmale wie über Erkrankungen oder besondere Verhaltensweisen nur insoweit zulässig ist, als dies für Identifizierungszwecke oder zum Schutz der Person oder der Bediensteten der Gefahren-

An die Beschaffung von Informationsgrundlagen können sich die Gewinnung von Informationen und deren sofortige Verwendung für eine sachliche Entscheidung oder eine Datenspeicherung, etwaige Datenveränderungen und eine Nutzung der dann zur Verfügung stehenden Daten anschließen. Da sie in den jeweiligen Verarbeitungszusammenhang einzugliedern ist, sind bei der Gestaltung und bei der Anwendung der gesetzlichen Regelungen sowohl die nachfolgenden Verarbeitungsprozesse als auch das schon gegebene Wissen in den Fällen, in denen eine Beschaffung weitere Informationsgrundlagen in einen bereits vorhandenen Verarbeitungskontext einführt⁶²⁸, zu berücksichtigen. Man darf also keine unvermittelten Folgerungen von den Aufgaben- und Befugnisnormen auf die zu beschaffenden Informationsgrundlagen ziehen. Einerseits können Minimierungsstrategien zu kurz greifen, weil sie mit Richtigkeitsgefahren oder mit der Gefahr verbunden sein können, daß die für die spätere Informationserzeugung benötigten und fehlenden Angaben durch unzutreffende Erwartungen und Unterstellungen ersetzt werden.⁶²⁹ Andererseits können sich Auskunftsverlangen oder Datenerhebungen bei bereits gegebenen oder erzeugbaren Kenntnissen als nicht erforderlich erweisen.

Neben den Informationsgrundlagen, die unmittelbar der Aufgabenerledigung dienen, werden unter Umständen Angaben zur Richtigkeitskontrolle benötigt. Deren Beschaffung muß in der Regel konditioniert, d.h. davon abhängig sein, daß sich bei der Gewinnung von Informationen aus den erlangten Angaben Anhaltspunkte für deren Unrichtigkeit ergeben.⁶³⁰ Sofern bestimmte Methoden oder Modi des staatlichen Vorgehens Richtigkeitsgefahren mit sich bringen, kann sie aber zur Richtigkeitsgewähr geboten sein.

Die Beschaffung von Informationsgrundlagen verlangt immer zugleich eine Entscheidung über die *Methode* und über den *Modus* des staatlichen Vorgehens. Soweit dies der gesetzlichen Regelung unterfällt, wird gesetzestechisch die Verdeutlichung dieses Zusammenhanges und eine systematische Ordnung der die Methoden betreffenden Regelungen sinnvoll sein.⁶³¹ Die Entscheidung über Methoden und Modus unterliegt zum einen deswegen, weil nur richtige Informationen erforderlich sind, zum anderen wegen der Anforderungen an die Gewährleistung von Kenntnis- und Einflußchancen der Grundrechtsträger Bindungen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Beiden Gesichtspunkten entspricht der in einer Reihe gesetzlicher Vorschriften, beispielsweise in § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG, festgehaltene *Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen*.⁶³² Bei Abweichungen davon bedarf es anderweitiger Sicherungen für die Richtigkeit und für die – nachträgliche – Kenntnis- und Einflußgewähr. Außerdem muß die staatliche Stelle zumindest gegenüber dem Betroffenen, schon weil heimliche Ermittlungen einen zusätzlichen Grundrechtseingriff

abwehr- und der Polizeibehörden erforderlich ist.

628 Vgl. bereits oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.1.2 dazu, daß eine Beschaffung von Informationsgrundlagen keineswegs ausschließlich am Anfang eines Verarbeitungszusammenhanges steht.

629 Vgl. dazu oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.1.

630 Vgl. z.B. HessVGH, RDV 1995, 175 (175 f.), daß die Einholung von Bankauskünften durch einen Sozialhilfeträger ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit von Angaben nicht erforderlich ist.

631 Vgl. *Peitsch*, Informationsbeschaffung, S. 127 ff.; *Waechter*, Probleme, S. 144.

632 Zu diesem Grundsatz und seinem Hintergrund der Richtigkeitsgewähr siehe etwa *Bull*, Recht der Informationsbeziehungen, S. 151.

darstellen, *grundsätzlich offen* vorgehen.⁶³³ Sofern die Gesetzgebung – unter Berücksichtigung der verschiedenen verfassungsrechtlichen Bindungen – besonders beeinträchtigende Methoden oder heimliche Ermittlungsweisen zuläßt, hat sie im jeweiligen Regelungszusammenhang die Folgewirkungen für die weitere Normierung des Umgangs mit den so beschafften Informationsgrundlagen zu beachten. Beispielsweise kann sicherzustellen sein, daß die Daten bei der Speicherung so abgeschottet oder gekennzeichnet werden, daß die Bindung an die wegen der Methode enger gefaßten Verwendungszwecke auch bei den Weiterverarbeitungen gewährleistet ist.⁶³⁴

Fallen die Situation der Beschaffung oder sonstigen Erlangung von Informationsgrundlagen und die Entscheidungssituation auseinander, folgt – regelmäßig nach einer ersten Gewinnung von Informationen⁶³⁵ – die *Speicherung von Daten*. Sind Informationsgrundlagen nicht „beschafft“, sondern ohne Zutun oder bei Gelegenheit einer Beschaffung erlangt worden, unterliegt jedenfalls ihre Speicherung als Daten den allgemeinen Regelungselementen der Zweckfestlegung sowie der Erforderlichkeit und ist gegebenenfalls noch näher zu determinieren.⁶³⁶ So wie die Erhebung bestimmter Daten immer eine Entscheidung über die Erhebungsmethode verlangt, ist die Speicherung mit dem Einsatz einer bestimmten *Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik* verbunden. Sie ist durch eigenständige Selektionen hinsichtlich der zu speichernden Aussageinhalte, der Transformation der erlangten Informationen oder Daten in ein vorgegebenes Codierungssystem, der Speicherdauer oder der Organisation der Speichersysteme gekennzeichnet. Vor diesem Hintergrund wirft sie die zahlreichen Gefahren einer technisch kaum noch begrenzten Datensammlung, des Kontextverlusts und der Sinnverzerrung durch die Datenerfassung und den Datenabruf in anderem Kontext oder der Intransparenz der Wissenserzeugung auf. Deshalb läßt sie sich nicht einfach als „Perpetuierung“ eines mit der Erhebung erfolgten Grundrechtseingriffs beschreiben.⁶³⁷ Ihre Regelung ist, obwohl sie in zahlreichen Gesetzen mit weniger Aufmerksamkeit behandelt wird als die Regelung der Erhebung, von gleich hoher und von eigenständiger Bedeutung.⁶³⁸

633 Vgl. auch *Peitsch*, Informationsbeschaffung, S. 130 mit Hinweis auf § 18 Abs. 2 ASOG Bln, nach dem offen zu ermitteln ist. Vgl. aber auch OVG NW, DVBl 1995, S. 373 (373 ff.), und BVerwG, NJW 1998, S. 919 (920), zu einer Konstellation, in der im Falle einer Erhebung bei Dritten, die zugleich Informationen über die betroffene Person vermitteln kann, ein nicht offenes Vorgehen deren Interessen eher entspricht.

634 Vgl. BVerfGE 100, 313 (360 f., 386, 396 f.); 109, 279 (379 f.).

635 Mit dieser Informationsgewinnung, die sich in allen Fällen, in denen nicht bereits vorhandene Daten unbesehen übernommen werden, an die Beschaffung anschließt, werden der Sinngehalt der Informationsgrundlagen und deren Relevanz im Hinblick auf die zugelassenen Verwendungszwecke ermittelt. Für die Speicherung kann dann bereits eine Auswahl erfolgen; außerdem können Zweckänderungen vorgenommen werden. Zur Regelung der Gewinnung von Informationen vgl. noch im Text dieses Punktes.

636 Siehe etwa zu den Erfordernissen einer Regelung für „Zufallsfunde“ im Polizei- und Strafprozeßrecht *Wolter*, Datenschutz, S. 798 f., 804 ff. m.N. zum Streitstand.

637 So jedoch gelegentliche Bezeichnungen, vgl. etwa *Gusy*, Informationelle Zusammenarbeit, S. 634; *Denninger*, Polizeirecht, S. 335.

638 So zutreffend *Bäumler*, Datenschutz, S. 32 ff.; *Riegel*, Befugnisse zur Informationsverarbeitung, S. 358 f.

Aus den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kann sich für die Gesetzgebung ergeben, daß über die Maßgabe der Erforderlichkeit hinaus unter Berücksichtigung der jeweils einsetzbaren Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik⁶³⁹ nähere Vorgaben zu treffen sind. Hierbei geht es um die – nicht unbedingt sämtlich regelungsbedürftigen – Gesichtspunkte, über welche Personen unter welchen Voraussetzungen welche Daten wie zu erfassen oder wie lange zu speichern sind. Im Vergleich zur Regelung der Beschaffung der Informationsgrundlagen läßt sich die nähere Determination der Speicherung noch genauer auf die vorgesehene(n) Nutzung(en) zuschneiden, da der Aussagegehalt der zu speichernden Angaben der staatlichen Stelle auf jeden Fall bekannt ist. Sofern es der Gesetzgebung verfassungsrechtlich freistand, einer Beschaffung mit Hilfe bündelnder Zweckvorgaben mehrere Verwendungszwecke zuzuordnen, kann sie bei der Regelung der nachfolgenden Speicherung zu je nach Zweck differenzierenden Vorschriften gehalten sein. Eine *Unterscheidung nach den betroffenen Personen* kann an etwaige Differenzierungen der Erhebungsvorschriften anknüpfen, aber auch nach neuen Kriterien erfolgen. Unterschiedliche Regelungen können dabei hinsichtlich der Voraussetzungen einer Speicherung, der zu speichernden Daten, der Speicherdauer und/oder der Speichersysteme notwendig sein.⁶⁴⁰ Die *Bindung der Speicherung an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen* legt – wie die Regelung von Beschaffungsvoraussetzungen – eine bestimmte Schwelle für den Verarbeitungsvorgang fest. Sie grenzt so die Informations- und Datenverarbeitung ein, konkretisiert unter Umständen die Aufgaben und kann im Falle einer der Gesetzgebung nicht oder nur begrenzt möglichen Präzisierung der zu speichernden Aussagegehalte Ausgleichscharakter haben.⁶⁴¹ Schließlich kann näher zu regeln sein, *welche Aussagegehalte wie erfasst und gespeichert* werden dürfen. Sofern die jeweilige Regelungsweise im zu regelnden Zusammenhang die grundrechtlichen Anforderungen erfüllt, stehen unterschiedliche Regelungsmöglichkeiten offen. Diese können an die Regelungsweisen der Erhebung anschließen oder erst für die Speicherung gewählt werden. Die zu speichernden Daten können näher beschrieben werden. In Betracht kommen, auch als Kombination in einer Vorschrift, eine Auflistung in Datenkatalogen, konkretisierende Beschreibungen der Aussageinhalte mit Blick auf den Verwendungszweck⁶⁴² oder Beschrei-

639 Zum Erfordernis einer auch technikspezifischen Gestaltung der Speicherregelungen Wellbrock, Regelungsentwurf, S. 157; Bäuml, Datenschutz, S. 33 f.

640 Zur Forderung nach deutlichen Differenzierungen bei der Speicherung von Personen – z.B. Beschuldigten, Kontaktpersonen, Begleitpersonen, Zeugen oder Opfern – in polizeilichen Informationssystemen oder in Dateien und Akten vgl. etwa Wolter, Datenschutz, S. 802 ff.

641 So knüpfen etwa polizeirechtliche Vorschriften die Speicherung von Daten, deren Kenntnis die Polizei im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungsverfahren erlangt hat, erstens an bestimmte Voraussetzungen, die den Verdacht oder die Feststellung einer bereits begangenen Straftat betreffen, und zweitens an Voraussetzungen, die die Prognose einer erneuten Straftat betreffen. Damit wird zugleich die relativ unbestimmte Aufgabe der Verfolgungsvorsorge konturiert. Siehe dazu näher Albers, Determination, S. 163 f. Vgl. auch hinsichtlich tatsächlicher Speicheranlässe und zu regelnder Voraussetzungen bei APIS, Weichert, APIS, S. 214 ff., 283 ff.

642 Eine Kombination einer solchen Beschreibungsmöglichkeit mit einem Katalog findet sich in § 163 d StPO. Danach dürfen unter bestimmten Voraussetzungen zum einen die anlässlich einer grenzpolizeilichen Kontrolle oder die bei einer Personenkontrolle anfallenden Daten über die Identität von Personen, die in den jeweiligen Erhebungsnormen im einzelnen aufgelistet sind, zum anderen auch

bungen mit Hilfe bestimmter Kategorien wie etwa der Unterscheidung von Sachverhaltsangaben und Wertungen. Der Gesetzgeber kann auch für bestimmte Aussageinhalte oder bestimmte Speicherweisen besondere Voraussetzungen festlegen oder sie unterbinden. Regelungsbedarf mag etwa – gegebenenfalls in Abhängigkeit vom Speichersystem – hinsichtlich der Speicherung wertender Bezeichnungen oder von Angaben bestehen, die zum Speicherzeitpunkt ungewiß oder noch nicht abschließend geprüft sind.⁶⁴³ In zeitlicher Hinsicht kann die *Speicherdauer*, die allgemein durch die Maßgabe der Erforderlichkeit der Speicherung im Hinblick auf die Verwendungszwecke begrenzt ist, präziser festzulegen sein. Auch mit deren Präzisierung werden dann zugleich die jeweiligen Aufgaben konkretisiert. In den gesetzlichen Regelungen finden sich zum Teil genaue Fristbestimmungen. Teilweise wird auch (nur) festgelegt, daß die Erforderlichkeit gespeicherter Daten für den jeweiligen Zweck nach Ablauf bestimmter Fristen ausdrücklich zu prüfen ist.⁶⁴⁴

Die Anforderungen an die *Sicherung der Richtigkeit der Daten und der daraus zu gewinnenden Informationen* können über ihren Einfluß auf die Gestaltung der näheren Regelungen hinaus *zusätzliche Bestimmungen* verlangen. So kann die Gewährleistung einer richtigen Interpretation von Daten es erfordern, daß nicht nur die jeweiligen Aussagegehalte, sondern auch deren Grundlagen oder Umstände der Erhebungssituation oder der Veränderungsvorgänge gespeichert werden. Werden zum Beispiel nach Informationsprozessen wertende Aussagen als Daten gespeichert, kann dies an die Voraussetzung zu knüpfen sein, daß die Grundlagen, auf denen die Wertung beruht, mitzuspeichern sind. Das erhöhte zugleich die Transparenz für die jeweils entscheidenden Personen. Eine Reihe gesetzlicher Regelungen legt insoweit zumindest fest, daß bei wertenden Angaben feststellbar sein muß, bei welcher Stelle sich die den Angaben zugrunde liegenden Informationen befinden.⁶⁴⁵ Gleichmaßen kann einer speichernden Stelle, die Angaben mit Richtigkeitsgefahren bergenden Methoden oder Modi erheben darf, aufzuerlegen sein, daß sie die auf solche Weise erlangten Daten nur unter Hinweis auf Erhebungsmethode oder -modus speichern darf.⁶⁴⁶ Umgekehrt kann die Speicherung bestimmter Angaben auszuschließen sein, wenn anderenfalls Entscheidungen aufgrund unvollständiger Informationen zu erwarten wären. Das wird zum Beispiel für Textzusätze in Aktennachweis- oder -erschließungs-

„Umstände, die für die Aufklärung der Straftat oder für die Ergreifung des Täters von Bedeutung sein können“, in einer gesonderten Datei gespeichert werden. Kritisch zu der Frage, ob das letztgenannte Tatbestandsmerkmal mit den grundrechtlichen Anforderungen vereinbar ist, *Riegel*, Schleppnetz-fahndung, S. 144 f.; „kaum mehr eingrenzbar“. Kritisch auch *Kühl*, Gesetze, S. 742; *Rogall*, Frontalangriff, S. 390.

643 Ein solcher Regelungsbedarf kann sich gerade auch aus der Anforderung ergeben, daß die Informations- und Datenverarbeitungen in sachgerechter und transparenzsichernder Weise zu regulieren sind und in diesem Rahmen die Richtigkeit der Informationen und Daten gewährleistet werden muß. Zur Problematik vgl. *Weichert*, APIS, S. 217 f., 283, hier zu den – auch den Persönlichkeitsschutz des Art. 2 Abs. 1 GG ansprechenden – Speicherungen personenbeschreibender Merkmale und zur Speicherung von Verdachtsdaten in APIS.

644 Etwa § 39 Abs. 2 Satz 3 – 4 BbgPolG, § 40 Abs. 1 Satz 3 und 4 ThürPAG.

645 Etwa §§ 43 Abs. 2 ASOG Bln, 38 Abs. 2 Satz 1 BbgPolG, 20 Abs. 6 HSOG, 23 Abs. 2 Satz 1 PolG NW. Vgl. dazu *Bäumler*, Informationsverarbeitung, Rn 752 ff.

646 Siehe z.B. die – allerdings eher der Sicherung der Zweckbindung dienende – Regelung des § 38 Abs. 2 NGefAG, nach der in Akten gespeicherte personenbezogene Daten, die mit besonderen Mitteln oder Methoden erhoben worden sind, zu kennzeichnen sind.

systemen diskutiert, die dazu verführten, Entscheidungen ohne Beiziehung der Akten zu treffen.⁶⁴⁷ In zeitlicher Hinsicht kann auch zur Richtigkeitsgewähr durch die Festlegung von Überprüfungspflichten oder Prüffristen sicherzustellen sein, daß die gespeicherten Daten nicht veraltet und insofern unrichtig sind.

Ebenso können sich im Hinblick auf die jeweils einsetzbare *Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik* – neben dem Einfluß, den diese bereits auf die Gestaltung der Speicherregelungen hat – gesetzgeberische Pflichten zu *zusätzlichen Bestimmungen und Schutzvorkehrungen* ergeben. Zum Beispiel muß der Gesetzgeber, sofern es zulässig ist, Daten, die unterschiedlichen Verwendungszwecken zugeordnet sind, in (nur) einem Informationssystem zu speichern, unter Umständen gesondert sicherstellen, daß das System technisch so aufgebaut wird und Daten so gespeichert werden, daß der Zugriff auf die Daten ausschließlich zweckspezifisch erfolgen kann.⁶⁴⁸

Aus dem Gebot der *Koordination der Regelungen im Verarbeitungs- und Regelungszusammenhang* ergeben sich zunächst weitere Vorgaben für die Gestaltung der Regelungen. Die Bestimmungen zur Speicherung müssen einerseits an die Vorschriften zur Beschaffung von Informationsgrundlagen anschließen, falls eine Beschaffung vorausgeht. Andererseits müssen sie an den nachfolgenden Schritten der Veränderung von Daten, ihrer Nutzung und der Gewinnung und Verwendung der Informationen orientiert werden. Sofern Ungewissheiten über den Informationsgehalt erlangter Angaben bei deren Beschaffung noch gegeben sind und für die Speicherung entfallen, können die Regelungen der Speicherung genauer auf die vorgesehenen Nutzungen zugeschnitten werden als die Beschaffungsregelungen und sind dann diesen gegenüber einzugrenzen. Für die Exekutive bedeutet das, daß nicht alle Angaben, deren Beschaffung zulässig gewesen ist, auch gespeichert werden dürfen.⁶⁴⁹ Bestehen für die Nutzung von Informationsgrundlagen eingrenzende Voraussetzungen, kann dies auf die Speicherregelungen vorwirken. Denn es wäre im Regelungszusammenhang widersprüchlich, die Speicherung von Daten zuzulassen, wenn die Nutzungsvoraussetzungen nicht auch erfüllt sein können. Neben diesen Abstimmungen der einzelnen Regelungen untereinander kann die gebotene Koordination zusätzliche Vorschriften bedingen. So können die Bindung an die festgelegten Verwendungszwecke und ein ausschließlich zweckentsprechender Zugriff im Rahmen der Nutzung durch – unter Umständen technikspezifische – Bestimmungen zur Abschottung oder Trennung gespeicherter Daten sicherzustellen sein.⁶⁵⁰ Unterliegt die Gewinnung von Informationen aus gespeicherten Daten etwa wegen der Erhebungsmethode besonderen Anforderungen, muß

647 Vgl. – aus der Diskussion zu den Informationssystemen der Verfassungsschutzbehörden – *Simitis*, Stellungnahme, S. 227. Vgl. dazu auch § 6 BVerfSchG. Siehe außerdem *Weichert*, Ausländerzentralregister, S. 209.

648 Vgl. dazu Anl. zu § 9 Abs. 1, hier Nr. 8 BDSG.

649 Das ergibt sich bereits über das Regelungselement der Erforderlichkeit und auch im Rahmen der näheren gesetzlichen Determination, soweit nicht Erhebung, Speicherung und Nutzung durch abzustimmende und insofern identische Datenkataloge geregelt sind. Vgl. dazu auch *Albers*, Determination, S. 314; *Albers/Merten*, Gesetz, § 16 Rn 1 und 2.

650 Vorschriften dazu sind bei übergreifenden Datenverarbeitungssystemen unverzichtbar. Vgl. als Beispiel die Regelung des Inpol-Systems in § 11 BKAG. Zur Neugestaltung *Rublack*, Inpol-neu, S. 437 ff.

sichergestellt sein, daß bei der Speicherung der Daten auch die Erhebungsmethode festgehalten wird, weil ohnedem die Anforderungen an die Informationsgewinnung leerlaufen.

Die Pflichten zur näheren Determination der *Veränderung von Daten* resultieren daraus, daß die zunächst festgehaltenen Aussagegehalte aufgehoben und aus den veränderten Daten zukünftig andere Informationen gewonnen werden. Sofern es sich nicht um automatische Veränderungsprozesse handelt, wird die Veränderung über eine Gewinnung von Informationen vermittelt, die zwischen dem Abruf zuvor gespeicherter Daten und der Speicherung veränderter Daten liegt. Bei Datenveränderungen hat man es mit einer zunehmenden Lösung des Bearbeitungsprozesses von den beschafften Informationsgrundlagen zu tun. Diese ist einerseits Kennzeichen der Entscheidungsfindung. Datenveränderungen sind somit ein ganz „normaler“ Vorgang, der nicht im einzelnen gesetzlich determiniert werden muß. Vielmehr können sie in dem Rahmen, der durch die Verklammerung mit den sachlichen Aufgaben und Befugnissen mittels Zwecksetzungen und Erforderlichkeit geschaffen wird, zumindest teilweise der Exekutive überlassen bleiben, die ihrerseits die Grundrechtsbindungen zu beachten hat. Andererseits können bestimmte Gesichtspunkte gesetzliche Sicherungen verlangen.

Dies berücksichtigt werfen die verschiedenen Formen der Datenveränderung je eigene und unterschiedlich weitreichende Regelungsprobleme auf. Bei Berichtigungen mögen sich Fragen der Richtigkeitssicherung stellen; sie sind im übrigen aber weitgehend unproblematisch.⁶⁵¹ Dagegen bringen bereits umgestaltende Verknüpfungen von Daten und erst recht kürzende Zusammenfassungen oder die Umwandlung in wertende Aussagen eine Reihe von Gefahren mit sich. Dazu zählen Sinnverzerrungen oder Kontextverluste im Rahmen des Abrufs der zuvor gespeicherten Daten und der folgenden Speicherung veränderter oder verändernder Daten oder Probleme der Nachvollziehbarkeit von Bewertungen im Bearbeitungsverlauf. Inwieweit eine gesetzliche Regelung erforderlich ist, hängt vom Regelungsgebiet und insbesondere auch von der eingesetzten Technik ab.

Sofern die Datenveränderungen durch den Prozeß der Entscheidungsfindung bedingt und an der Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder der Wahrnehmung bestimmter Befugnisse zu orientieren sind, können in den Fällen, in denen die gespeicherten Daten mehreren Verwendungszwecken zugeordnet sind, nunmehr je nach Zweck differenzierende Regelungen geboten sein. Eine *Bindung der Veränderung an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen* kann steuernde oder einschränkende Maßgaben setzen oder Veränderungsanlässe festlegen. Sie gibt damit unter Umständen bereits die Richtung der Veränderung vor. So sind personenbezogene Daten nach der abstrakt-übergreifenden Regelung des § 20 Abs. 1 S. 1 BDSG zu berichtigen, wenn sie unrichtig sind. Für nähere, regelmäßig nur bereichsspezifisch zu treffende Vorgaben darüber, *welche Daten wie zu verändern* sind, stehen die Regelungsformen zur Verfügung, die bei der Beschaffung und bei der Speicherung bereits genannt worden sind. Die Datenveränderungen können entweder durch Beschreibung der

651 Siehe aber auch *Simitis*, Gedächtnisverlust, S. 1486 f.: Die wissenschaftliche Forschung kann ein Interesse gerade auch an der Dokumentation fehlerhafter Angaben haben. Eine mit einer Löschung verknüpfte Berichtigung scheidet auch dann aus, wenn die betroffene Person die Dokumentation fehlerhafter Daten für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen benötigt.

Aussagegehalte oder mit Hilfe von Kategorien positiv beschrieben werden. Das ist bei der Berichtigung der Fall, aber auch bei Verknüpfungen feststehender Daten oder bei typisierten Wertungen denkbar. Negativ-ausgrenzend können bestimmte Änderungen eingeschränkt oder unterbunden werden. Ist etwa eine Aufgabenerfüllung mit Bewertungen verbunden, die in besonderer Weise subjektiv sind und je nach Einschätzung divergieren können, kann die Datenveränderung in rein wertende Aussagegehalte zu verbieten sein, so daß lediglich eine Zuspeicherung von Wertungen in Betracht kommt und Überprüfungen sowie Abweichungen möglich bleiben.

Zusätzliche Regelungen können zur *Sicherung der Richtigkeit* der veränderten Daten und damit der daraus zu gewinnenden Informationen oder im Hinblick auf die *Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik* erforderlich sein. Die Richtigkeitsgewähr betrifft sowohl die zu verändernden als auch die veränderten Daten. So müssen bei der Auswahl und Zusammenstellung zu verändernder Daten Kontextverluste vermieden werden, damit keine falschen Folgerungen entstehen, die nach der Veränderung als solche nicht mehr erkennbar wären. Sofern eine Veränderung von Daten durch eine Verknüpfung mit Daten, deren Richtigkeit wegen der Art der Erlangung unsicher ist, nicht ausgeschlossen ist, kann durch gesonderte Vorschriften sicherzustellen sein, daß Hinweise mitgespeichert, Richtigkeitskontrollen durchgeführt oder Entscheidungen nicht allein auf solche Daten gestützt werden. Automatische Veränderungsprozesse erfordern technische Schutzvorkehrungen, vor allem Programmkontrollen.

Wegen der gebotenen *Koordination* sind die Regelungen der Datenveränderung mit den anderen Vorschriften im Verarbeitungs- und Regelungszusammenhang abzustimmen. Da gespeicherte Daten Grundlage der Veränderung sind, ist eine Anknüpfung an die und eine Abstimmung mit den Speicherregelungen notwendig. Sind bei der Datenspeicherung unter bestimmten Voraussetzungen Hinweise auf die Erhebungsmethode mitzuspeichern, damit Unsicherheiten bei der Informationsgewinnung berücksichtigt werden können, dürfen diese Hinweise bei Datenveränderungen nicht untergehen. Unterliegt die Nutzung gespeicherter Daten bestimmten Bindungen, dürfen diese nicht mit Hilfe eines Veränderungsschrittes unterlaufen werden. Die Veränderungsregelungen sind auch mit den Bestimmungen zur Informationsgewinnung abzustimmen.

Die *Nutzung von Informationsgrundlagen* ist entsprechend der Legaldefinition des § 3 Abs. 5 BDSG gegen die Speicherung, Veränderung oder Übermittlung abzugrenzen. Neben den verschiedenen Formen des Datenabgleichs ist die Nutzung als Basis der Informationen, die der Entscheidungsfindung im Rahmen der sachlichen Aufgabenerledigung dienen, der im Verarbeitungszusammenhang wichtige Aspekt. Da für bestimmte Entscheidungen regelmäßig nicht auf alle beschafften Informationsgrundlagen oder gespeicherten Daten zurückgegriffen wird, wird an dieser Stelle eine Entscheidung über deren Auswahl und Zusammenstellung getroffen. Die modernen Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken zeichnen sich gerade dadurch aus, daß Datensammlungen mit Hilfe besonderer Zugriffsweisen, z. B. über beliebig verknüpfbare Suchbegriffe, ausgewertet werden können. Vor allem wegen dieser erneuten, für die Entscheidungsfindung wesentlichen Selektionen ergeben sich Regelungserfordernisse.

Gehen der Nutzung keine Beschaffung und auch keine Datenspeicherung voraus oder.

betrifft sie bereits vorhandene Unterlagen wie die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR, handelt es sich um die erste nähere Regelung.⁶⁵² Im übrigen schließt sich die Nutzungsregelung an die Regelung der Beschaffung oder der Datenspeicherung und -veränderung an. Sofern die Beschaffung oder die Speicherung von Daten über bündelnde Zweckvorgaben mehreren Verwendungszwecken zugeordnet sind, können die Vorschriften zur Nutzung – die nur noch über Informationsgewinnung und -verwendung vermittelt mit der sachlichen Ebene verknüpft ist – zweckspezifisch zu gestalten sein. Der Gesetzgeber hat – im Anschluß an vorherige Regelungen oder nach eigenständigen Kriterien – nach *betroffenen Personen* zu unterscheiden, wenn die Informationsgrundlagen nicht hinsichtlich aller Personen, über die sie etwas hergeben, zu nutzen sind oder wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Nutzung oder die zu nutzenden Informationsgrundlagen mit Blick auf die Verwendungszwecke je nach Betroffenen differenziert gestaltet werden müssen. Die Regelung bestimmter *tatbestandlicher Voraussetzungen* legt Nutzungsschwellen und -anlässe fest und kann insofern zur Eingrenzung der Nutzungsvorgänge geboten sein. Sie kann die Aufgaben konkretisieren und fehlende Regelungsmöglichkeiten hinsichtlich der zu nutzenden Aussagegehalte kompensieren. Für eine nähere Beschreibung der Aussagegehalte stehen dem Gesetzgeber die Möglichkeiten einer positiven Beschreibung oder einer negativen Ausgrenzung und die Formen des Katalogs, konkretisierende Beschreibungen der Aussageinhalte oder Umschreibungen mit Hilfe von Kategorien zur Verfügung. Ein Verweis auf entsprechende Beschaffungs- und Speicherregelungen genügt, falls keine weitere Selektion zu regeln ist. Im übrigen kann eine nähere Beschreibung als Steuerung des Auswahlverhaltens geboten sein, wenn im Vergleich zur Beschaffung oder Speicherung eine Differenzierung der Verwendungszwecke erfolgt, also nicht alle Informationsgrundlagen gleichermaßen zu nutzen sind, oder wenn die Auswahl aus einer Vielzahl von Informationsgrundlagen in einer bestimmten Weise vorzunehmen ist. In Betracht kommt etwa, daß für bestimmte Informationsgrundlagen die Nutzung explizit sicherzustellen, eine Zusammenführung auszuschließen⁶⁵³ oder ein Nutzungsverbot⁶⁵⁴ festzuhalten ist.

Zur *Gewährleistung der Richtigkeit der Informationsgrundlagen* oder wegen der mit dem Einsatz bestimmter *Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken* verbundenen Gefahren kann der Gesetzgeber zu zusätzlichen Vorschriften verpflichtet sein. Die Richtigkeitsgewähr kann beispielsweise Gebote oder Verbote hinsichtlich der Auswertungsweisen verlangen, soweit dies nicht schon durch die Regelungen zur Begrenzung und Gestaltung der Nutzung abgedeckt ist. Bei einem Speicherverbund unterschiedlich zu nutzender Daten kann gesetzlich sicherzustellen sein, daß die Einhaltung der Nutzungsvoraussetzungen (auch) durch technische Zugriffsvorkehrungen gesichert wird.

652 Deshalb stehen im StUG – neben den Übermittlungsbestimmungen – die Nutzungsregelungen im Mittelpunkt.

653 Vgl. etwa §§ 4 Abs. 4 Nr. 6, 6 Abs. 3 TDDSG, die der Verhinderung personenbezogener Nutzungsprofile dienen.

654 Vgl. etwa § 34 Abs. 6 HDSG, der explizit festhält, daß Daten der Beschäftigten, die im Rahmen der Durchführung der verbindlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen gespeichert werden, nicht zu Zwecken der Verhaltens- und Leistungskontrolle ausgewertet werden dürfen.

Aufgrund der Anforderungen an die *Koordination der Regelungen im Verarbeitungs- und Regelungszusammenhang* sind die Nutzungsvorschriften einerseits mit den Vorschriften zur Beschaffung von Informationsgrundlagen oder zur Speicherung von Daten, andererseits mit den Regelungen zur Informationsgewinnung abzustimmen. Ist etwa für die Datenspeicherung vorgesehen, daß wertende Folgerungen die ihnen zugrundeliegenden Aussagen nicht ersetzen, sondern nur beigelegt werden dürfen, liefe diese Bindung leer, wenn nicht auch hinsichtlich der Datennutzung sichergestellt wäre, daß die Wertungen nicht isoliert abgerufen und genutzt werden.

Die *Gewinnung von Informationen* ist der „Umschlagpunkt“ von Daten zu Informationen. Sie erfolgt durch die Deutungsleistungen, mit denen im Wissens- und Interpretationskontext aus den Informationsgrundlagen, die an dem jeweiligen Punkt des Verarbeitungsprozesses zur Verfügung stehen, bestimmte Sinngehalte gebildet werden. Sie findet an verschiedenen Stellen statt, also etwa nach der Beschaffung von Informationsgrundlagen, im Rahmen der Veränderung von Daten oder im Anschluß an die Nutzung von Informationsgrundlagen. Die Sinnerzeugung im Verarbeitungsprozeß und -kontext entscheidet darüber, welches Wissen über die Grundrechtsträger entsteht und wie die weiteren Verarbeitungsvorgänge und Entscheidungsfindungsprozesse verlaufen. Indem die sich informierende Stelle oder Person daran strukturell beteiligt ist⁶⁵⁵, wird hier – wie bereits bei der Datenveränderung – deutlich erkennbar, daß die gesetzliche Regulierung nicht auf eine umfassende *Determination* zielen, sondern nur bestimmte Vorgaben setzen kann.

Allerdings kann auch die Informationsgewinnung hinsichtlich bestimmter Aspekte Regulierungsanforderungen unterliegen. Das gilt um so mehr, als sie – neben der Informationsverwendung – einer der zentralen Verbindungspunkte zur Ebene der sachorientierten Entscheidungen und Handlungen ist. Im Regelungszusammenhang wird sie bereits durch die Regelung der Informationsgrundlagen (von der Beschaffung bis zur Nutzung) einerseits und durch die Festlegung von Verwendungszwecken sowie die Erforderlichkeit andererseits gesteuert. Darüber hinaus läßt sie sich, auch wenn sich Informationsinhalte als kontext- und situationsabhängige Sinnelemente nicht so genau bezeichnen lassen wie die Aussagegehalte bestimmter Daten, als eigenständiger Vorgang näher determinieren. Der rechtlichen *Determination* kann die Unterscheidbarkeit der menschlichen Denkleistungen und der Sinnerzeugung im staatlichen Verarbeitungs- und Entscheidungsprozeß zugrunde gelegt werden.⁶⁵⁶ Gesteuert werden weniger jene als vielmehr diese. Das schließt nicht aus, daß die in den Köpfen gebildeten Aussageinhalte in bestimmten Hinsichten mitbedacht werden, sei es, daß wegen des die Verwendungszwecke überschießenden Denkpentials besondere Regelungen hinsichtlich der sachbearbeitenden Personen geschaffen werden⁶⁵⁷,

655 Ausführlich Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

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

657 Hierzu wird der Gesetzgeber vor allem durch hinzutretende Bindungen der einzelnen Freiheitsgewährleistungen verpflichtet, z. B. wenn aus bestimmten Informationsgrundlagen stigmatisierende oder diskriminierende Informationen gewonnen werden können, selbst wenn solche Aussageinhalte gar nicht zur weiteren Umsetzung im staatlichen Entscheidungsprozeß vorgesehen sind. Im Rahmen der auf eine aufgabengerechte Begrenzung und Gestaltung der Informations- und Datenverarbeitung gerichteten Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG läßt sich die Gewinnung irrelevant-

sei es, daß der Staat sich eben dieses überschießende Potential zunutze macht, wie zum Beispiel bei der Zulassung von Zweckänderungen im Falle „bei Gelegenheit“ gewonnener Kenntnisse.

Gegenüber der Regelung der Beschaffung, Speicherung oder Nutzung von Informationsgrundlagen können einerseits Eingrenzungen der Informationsgewinnung geboten sein. Das kommt etwa in Betracht, wenn jene bündelnde Zweckvorgaben enthalten und die Gewinnung von Informationen auf einen bestimmten Zweck hin auszurichten ist. Andererseits ist die Gewinnung von Informationen – dies unmittelbar nach der Beschaffung, nach einem Abruf im Verarbeitungsverlauf oder im Rahmen der Nutzung – der zentrale Anlaß und Ansatzpunkt für Zweckänderungen. Bei ihrer Regelung ist also zu beachten, daß sie auch neue Verarbeitungszusammenhänge eröffnen kann. Der Gesetzgeber kann Vorgaben setzen, die für jede Informationsgewinnung im Verlauf der Entscheidungsfindung gelten, oder spezifische Regelungen treffen, etwa für eine Informationsgewinnung unmittelbar nach der Beschaffung oder unmittelbar vor der Verwendung für Entscheidungen.

Zu einer Differenzierung nach *betroffenen Personen* über den Erforderlichkeitsmaßstab hinaus kann der Gesetzgeber in den Fällen gehalten sein, in denen zu regeln ist, über welche Personen aus bestimmten Informationsgrundlagen überhaupt Informationen gewonnen werden dürfen, oder in denen die Voraussetzungen einer Informationsgewinnung oder die zu gewinnenden Aussageinhalte personenbezogen unterschiedlich zu regeln sind. Mit der *Bindung der Informationsgewinnung an bestimmte Voraussetzungen* werden nicht wie bei den Regelungen der Beschaffung oder Nutzung von Informationsgrundlagen Schwellen oder auslösende Anlässe für den Verarbeitungsvorgang festgelegt; dies leisten bereits diese Regelungen. Vielmehr werden – im Vergleich zur Beschreibung der zu bildenden Sinninhalte in eher indirekter Form – steuernde Maßgaben für die Sinnerzeugung von einem zu dem nachfolgenden Sinngehalt gesetzt. Diese schränken, ohne sich auf jeden einzelnen Sinnbildungsschritt zu beziehen, die Spanne zwischen den Informationsgrundlagen, die zur Verfügung stehen (können), und den Informationsinhalten ein, die nach Maßgabe der zulässigen Verwendungszwecke bzw. den dahinter stehenden Aufgaben und Befugnissen und nach Maßgabe der Regelungen für die sich anschließende Phase (Datenspeicherung, Datenveränderung, Informationsverwendung) benötigt werden. Dem Gesetzgeber stehen dementsprechend zwei Ansatzpunkte zur Verfügung. Er kann die Informationsgrundlagen herausstellen und regeln, unter welchen Voraussetzungen daraus die für den weiteren Informations- und Datenverarbeitungsprozeß benötigten Informationen gewonnen werden dürfen. Er kann auch die benötigten Informationsgehalte hervorheben und die Bildung dieser Informationen aus Informationsgrundlagen Voraussetzungen unterstellen. Regelungstechnisch geschieht dies insbesondere durch eine gesetzliche Konkretisierung der Begriffe, die in den weiteren Verarbeitungsregelungen oder in den sachlichen Aufgaben- und Befugnisnormen enthalten sind. Damit wird festgelegt, wann aus Informationsgrundlagen – gegebenenfalls über mehrere Beurteilungsschritte – die Informationsinhalte zu entwickeln sind, die sich mit den Tatbestandsmerkmalen der jeweils relevanten Norm decken (so daß

ter Informationen durch die sachbearbeitenden Personen durch die begrenzende Determination der Informationsgrundlagen reduzieren und im übrigen regelmäßig als unvermeidbar behandeln.

der Schluß möglich ist, daß der Tatbestand erfüllt ist). Eben diese Funktion der Steuerung der Informationsgewinnung erklärt, daß präzise Legaldefinitionen relevanter Begriffe in der „Datenschutz“-diskussion so häufig gefordert werden.⁶⁵⁸ In direkter Weise kann der Gesetzgeber *Informationsinhalte*, die aus den jeweils zur Verfügung stehenden Informationsgrundlagen im Hinblick auf die festgelegten Verwendungszwecke zu bilden sind, eingrenzen, indem er sie entweder positiv oder negativ-ausgrenzend mit Hilfe von inhaltlichen oder funktionalen Merkmalen näher beschreibt. Manche der traditionellen Informationsnormen regeln vor dem Hintergrund besonderer Schutzwürdigkeitsüberlegungen genau diesen Aspekt.⁶⁵⁹

Vorschriften für die Sicherung der Richtigkeit gewonnener Informationen können durch die Informationsgrundlagen oder durch die Informationsinhalte bedingt sein. So können die Beschaffungsmethoden oder der Datenverarbeitungsprozeß Gefahren unrichtiger Informationen hervorrufen, denen die Vorgaben für die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge, die dort die Richtigkeit gewährleisten sollen, nur begrenzt entgegenwirken. Deshalb sehen etwa Art. 15 Abs. 1 EG-DSRIL und nunmehr § 6 a Abs. 1 BDSG vor, daß Entscheidungen, die für den Betroffenen eine rechtliche Folge nach sich ziehen oder ihn erheblich beeinträchtigen, nicht ausschließlich auf eine automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten gestützt werden dürfen, die der Bewertung einzelner Persönlichkeitsmerkmale dienen. Wenn bei bestimmten Informationsinhalten mit Blick auf die nachfolgenden Umsetzungsschritte eine besondere Richtigkeitsgewähr erforderlich erscheint, kann der Gesetzgeber auch eine ausdrückliche Kontrolle etwa durch einen Datenabgleich vorsehen. Im übrigen haben bestimmte Regelungen zur Information und Beteiligung der betroffenen Personen vor der Sachentscheidung (unter anderem) die Funktion, die Richtigkeit der gewonnenen und dann bei der Entscheidung verwendeten Informationen zu sichern.

Die Regelungen zur Gewinnung von Informationen sind zum einen mit den Vorschriften abzustimmen, die die jeweils zur Verfügung stehenden Informationsgrundlagen betreffen. Der Gesetzgeber muß an die Aussagegehalte anknüpfen, die nach diesen Vorschriften beschafft oder verarbeitet werden, und auch etwaigen Richtigkeitsgefahren Rechnung tragen, wie sie wegen der Beschaffungsmethode oder wegen der Datenverarbeitung bestehen könnten. Zum anderen sind die Regelungen zur Informationsgewinnung mit den Regelungen der nachfolgenden Umsetzungsschritte abzustimmen. Die Präzisierung der Informationsinhalte hat sich also an den Gehalten zu orientieren, die in Datenform erfaßt oder als Entscheidungsgrundlage benötigt werden oder Zweckänderungen rechtfertigen.

Bei der *Verwendung* der Informationen zur Erfüllung der Aufgabe nach Maßgabe der Befugnisse werden aus den gewonnenen Informationen bestimmte Informationen ausgewählt und den jeweiligen Entscheidungen zugrunde gelegt. Die Verwendung ist das unmittelbare Verbindungsglied zur Ebene der sachlichen Aufgaben und Befugnisse, die die „externen“ Orientierungspunkte für die Begrenzung und Gestaltung des Verarbeitungsprozesses liefert, weil mit Blick darauf der Informationsbedarf mehr oder weniger genau be-

658 Etwa *Bull*, Anlaß, S. 149.

659 Beispiel ist § 81 a StPO, der eine körperliche Untersuchung zur Feststellung der Tatsachen zuläßt, die für das Verfahren von Bedeutung sind.

stimmt werden kann. Deshalb steuert der Zweck der Verwendung der Informationen für die Entscheidungen den gesamten Informations- und Datenverarbeitungsprozeß, indem an dieser Stelle genau die benötigten Informationen zur Verfügung stehen sollen. Wie im Rahmen der Speicherung oder der Veränderung von Daten werden im Rahmen der Verwendung die gewonnenen Informationen mit ihrer etwaigen Sinnvielfalt durch den Bezug auf je bestimmte Zwecke kanalisiert. Im Vergleich zur ihr vorausgehenden Gewinnung der Informationen zeichnet sich die Verwendung durch die Auswahl und Zusammenstellung der herangezogenen Informationen aus.

Auch die Verwendung von Informationen ist über die Eingrenzungen hinaus, die Zwecksetzungen und Erforderlichkeit leisten, nur bestimmten weiteren Determinanten zu unterstellen. Viele der regelungsbedürftigen Fragen werden ohnehin bereits durch die Steuerung der Datenverarbeitung und der Informationsgewinnung aufgefangen. Die Auswahl und Zusammenstellung der gewonnenen Informationen werden außerdem durch die sachlichen Normen geprägt, mit denen sie durch die Festlegung der Verwendungszwecke und das Regelungselement der Erforderlichkeit verklammert sind. Der Gesetzgeber kann aber die Informationsverwendung noch näher regeln, indem er etwa die Verwendung bestimmter Informationen ausschließt. Während Nutzungsverbote bestimmte Informationsgrundlagen und die daraus gewonnenen Informationen betreffen, verbieten Verwendungsverbote die Verwendung von Informationen unabhängig davon, woher die staatliche Stelle etwas weiß. Damit wird im hier interessierenden Zusammenhang die Aufgabenwahrnehmung konkretisiert: eine bestimmte Information, zum Beispiel über persönliche Eigenschaften des Betroffenen, soll, weil sie nicht relevant sein soll, keinen Einfluß auf die Entscheidung haben. Indem die Kontrollierbarkeit der Beachtung solcher Verwendungsverbote ohne die exekutive Pflicht zur Begründung der Entscheidung nicht auskommt, sind diese darauf angewiesen, daß es solche Pflichten gibt oder daß sie anderenfalls gesondert geregelt werden.

Die *Mitteilung von Informationen* und die *Datenübermittlungen* bewirken, daß die empfangende Stelle von einer anderen staatlichen Stelle bestimmte Informationen oder Daten erlangt und diese weiter umsetzen oder verarbeiten kann. Sie erfordern eine Entscheidung über die Form der Übermittlung, also ob diese spontan oder auf Ersuchen, im Wege regelmäßiger Mitteilungen oder als online-Übermittlung im Verbundsystem erfolgen soll. Sie sind in der Regel mit Zweck- und Kontextänderungen verbunden.

Wann Mitteilungen oder Datenübermittlungen rechtlich gesehen vorliegen, hängt nicht von den gesetzlich festgelegten Verwendungszwecken ab. Innerhalb einer Stelle können bestimmte Daten für andere Zwecke als für den ursprünglich bestimmten Verwendungszweck genutzt werden. Ist der Verwendungszweck behördenübergreifend festgelegt, können Daten weitergeleitet werden, ohne daß sich der Zweck änderte. Es kommt also auf die *Beschreibung des in dieser Hinsicht als Verwaltungseinheit anzusehenden Bereichs* an. In der gesetzlichen Terminologie spielt der Begriff der „Stelle“ die entscheidende Rolle. Die Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebieten keine bestimmte Form der Beschreibung. Insbesondere verpflichten sie nicht von vornherein zu einem „funk-

tionalen“ oder aufgabenbezogenen Verständnis des Begriffs der Stelle.⁶⁶⁰ Sie überlassen es vielmehr *dem Gesetzgeber*, die Verwaltungseinheiten in den jeweiligen Regelungszusammenhängen zu bestimmen.⁶⁶¹ Daß die gegebenen Gesetze unterschiedliche Stellenbegriffe enthalten, ist daher im Ansatz verfassungsrechtlich unbedenklich.⁶⁶² Die grundrechtlichen Bindungen verpflichten den Gesetzgeber allerdings, die *Regelungsanforderungen* zu beachten, *die die von ihm jeweils gewählte Beschreibung der Verwaltungseinheiten nach sich zieht*. Entscheidet er sich für einen engen Stellenbegriff, der sich an einem mit den jeweiligen Verwendungszwecken in Bezug genommenen Kompetenzbereich orientiert, setzte die Nutzung von Informationsgrundlagen für andere Aufgaben die Regelung der erforderlichen Übermittlungen voraus. Entscheidet er sich für einen organisationsbezogenen Stellenbegriff, bei dem eine Stelle unter Umständen die unterschiedlichsten Aufgaben erfüllt, verlangen die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Abhängigkeit vom Regelungskontext präzise Bestimmungen zu den Verarbeitungszusammenhängen innerhalb der Stelle, sei es hinsichtlich der Festlegung der Verwendungszwecke, sei es hinsichtlich der näheren Determination der einzelnen Verarbeitungsvorgänge.

Da an Mitteilungen oder Datenübermittlungen zwei Stellen beteiligt sind, hat die Gesetzgebung zwei Kontexte und Regelungskomplexe zu beobachten und – unter Umständen im Verhältnis Bund-Land – zu koordinieren. Wegen der Beteiligung zweier staatlicher Stellen werfen Mitteilungs- und Übermittlungsregelungen auch immer zwei Aspekte auf. Der erste Gesichtspunkt betrifft das Verhältnis zwischen den beteiligten Stellen, namentlich die Pflichten der übermittelnden Stelle, die immerhin eine andere Stelle an ihrem Datenbestand teilhaben läßt oder lassen muß. Der zweite Gesichtspunkt betrifft das Verhältnis beider staatlicher Stellen zum Grundrechtsträger. Die Amtshilfenormen (Art. 35 Abs. 1 GG und die entsprechenden einfachgesetzlichen Bestimmungen wie etwa §§ 4, 5 VwVfG) mit ihrer Funktion, Organisations- bzw. Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen zu überwinden und Pflichten zwischen den beteiligten Behörden festzulegen⁶⁶³, beziehen sich auf den ersten Aspekt. Schon von ihren Normzielen und -inhalten her stellen sie keine Regelungen dar, die den grundrechtlichen Anforderungen bereits Rechnung trügen.⁶⁶⁴

660 Die frühere Diskussion um den „funktionalen“ Stellenbegriff – vgl. dazu *Tuner*, Problematik, S. 270 ff. – beruhte darauf, daß das Erfordernis einer präzisen Festlegung der Verwendungszwecke unzureichend ausgearbeitet und die Nutzung von Daten im BDSG a.F. nicht als eigenständige Phase geregelt war, so daß man sich um eine verfassungskonforme Auslegung der gegebenen Regelungen bemühen mußte. Das funktionale Verständnis des Stellenbegriffs ergibt sich aber nicht als solches aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Zu pauschal etwa *Riegel*, Befugnisse zur Informationsverarbeitung, S. 359.

661 *Dammann*, in: *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 18.

662 § 2 Abs. 1 und 2 BDSG orientieren sich mit der Aufzählung von Behörden, Organen der Rechtspflege, öffentlich-rechtlich organisierten Einrichtungen und juristischen Personen des öffentlichen Rechts an organisationsbezogenen Abgrenzungen. § 44 Abs. 1 S. 3 ASOG Berlin legt ausdrücklich fest, daß eine Datenübermittlung auch die Weitergabe innerhalb einer Behörde zwischen Stellen, die unterschiedliche gesetzliche Aufgaben wahrnehmen, ist.

663 Ausführlich *Schlink*, Amtshilfe, passim.

664 Siehe *Gross*, Informationelle Selbstbestimmung, S. 206 ff.; *Simitis*, Amtshilfe, S. 2796 ff.; *Schlink*, Datenschutz, S. 249 ff.; *Marenbach*, Die informationellen Beziehungen, S. 115 f. Vgl. auch noch OLG Stuttgart, NJW 1996, S. 1908 f., für die Übermittlung der gesamten Ermittlungsakte in einer

Die Maßgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zielen nicht auf „bloße Normierungsduplizität“, sondern auf ein zwischen den oder innerhalb der jeweiligen Rechtsmaterien „korrelierendes Befugnisnorminstrumentarium“. ⁶⁶⁵ Auf Seiten der weiterleitenden Stelle sind Mitteilungs- oder Übermittlungsregelungen zu treffen. Die empfangende Stelle muß Kompetenzen zur Gewinnung von Informationen aus den erhaltenen Angaben oder zur Speicherung der Daten haben. ⁶⁶⁶

Über die Erforderlichkeit im Hinblick auf die jeweils festgelegten Verwendungszwecke hinaus kann der Gesetzgeber zu näheren Bestimmungen darüber verpflichtet sein, in welcher Form und unter welchen Voraussetzungen welche Mitteilungen oder welche Daten von der einen an die andere Stelle übermittelt werden dürfen. ⁶⁶⁷ Sofern sich Regelungsprobleme in Abhängigkeit von der *Form der Übermittlung* stellen, sind entsprechend differenzierende Vorschriften notwendig. Je nach betroffenen Personen kann zu unterscheiden sein, wenn bestimmt werden muß, über welche Personen überhaupt Mitteilungen gemacht oder Datenübermittlungen erfolgen dürfen, oder wenn die Voraussetzungen einer Regelung oder die zu übermittelnden Angaben personenbezogen unterschiedlich zu regeln sind. ⁶⁶⁸ Die *Bindung an bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen* legt Übermittlungsanlässe und -schwellen fest und wirkt insofern begrenzend. Nimmt man Routineübermittlungen als Beispiel, lassen sich die Voraussetzungen und die Empfänger in der Regel festlegen, weil der auslösende Anlaß feststehen muß. ⁶⁶⁹ Bei Verbunddateien sind nicht die Voraussetzungen einzelner Übermittlungsvorgänge, sondern die Einrichtung der Datei mit bestimmten Zugriffsberechtigungen anderer Stellen und die Abrufvoraussetzungen zu regeln. Unter Umständen hat der Gesetzgeber zu präzisieren, *welche Aussagegehalte* weitergeleitet werden dürfen. Das kommt insbesondere bei routinisierten Übermittlungen in Betracht. Bestimmte Angaben und Daten können einem besonderen Amtsgeheimnis unterliegen und daher von einer Übermittlung ausgenommen werden. Einzuschränken sein könnten auch die Übermittlung wertender Angaben, damit die empfangende Stelle sich bei ihrer Aufgabenwahrnehmung ein eigenes Bild machen kann. Das mag insbesondere gelten, wenn – wie etwa in der Regel bei Verbunddateien – nur ein eingeschränkter Datenbestand zur Verfügung steht, der kein vollständiges Bild vermittelt.

Besondere Vorschriften zur Richtigkeitsgewähr kommen zur Steuerung der Übermittlung ungesicherter Daten in Betracht. Als allgemeine Regelung gibt es nachträgliche Mitteilungspflichten von Amts wegen. ⁶⁷⁰ Zusätzliche Regelungen können außerdem im Hinblick auf die eingesetzte Kommunikations- und Datenverarbeitungstechnik erforderlich sein.

Strafsache an den Untersuchungsausschuß eines Landtages.

665 Marenbach, Die informationellen Beziehungen, S. 88.

666 Ausführlicher Marenbach, Die informationellen Beziehungen, S. 87 ff.

667 Vgl. auch OVG NW, DVBl 95, 375 (375 f.).

668 Vgl. zum Beispiel §§ 6, 32 StUG zur Differenzierung der Personen, zu denen Unterlagen des ehemaligen Staatssicherheitsdienstes zur Verfügung gestellt werden dürfen. Dazu auch BVerwGE 116, 104 (109 ff.). Die Regelungen dienen zum Teil einem verstärkten Persönlichkeitsschutz, vgl. noch Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt A.II.

669 Die Voraussetzungen brauchen nicht in vollem Umfang im Gesetz geregelt werden; häufig besteht eine Delegation auf untergesetzliche Normen.

670 § 20 Abs. 8 BDSG.

Werden etwa zwischen verschiedenen Stellen Verbundsysteme mit Berechtigungen zum rechnergestützten Abruf eingerichtet, kann durch gesonderte gesetzliche Schutzvorkehrungen sicherzustellen sein, daß Datenabrufe nur im Rahmen der eingeräumten Abrufberechtigungen möglich sind.

Zwischen den beteiligten Stellen sind außerdem die Verantwortlichkeiten zu regeln. Die Verantwortlichkeitsverteilung prägt bereits die Gestaltung der Regelungen selbst und kann darüber hinaus zusätzliche Regelungen erfordern. Sie hängt unter anderem von der Form der Übermittlung ab. So kann die dateiführende Stelle bei Verbunddateien und online-Abrufberechtigungen nur für Aspekte wie die Dateiführung, die Protokollierung von Abrufen und die nachträgliche Kontrolle verantwortlich sein; der einzelne Abruf liegt in der Verantwortung der abrufenden Stelle.⁶⁷¹ Begleitend sind regelmäßige Pflichten zur Protokollierung der Übermittlungen oder Abfragen festzuhalten. Solche Pflichten haben – neben der Sicherstellung der Kenntnis- und Einflußrechte für die Betroffenen – die Funktion, transparente Verarbeitungsabläufe im Verhältnis zwischen den beteiligten Stellen herzustellen und ihnen die Erfüllung anderweitiger Pflichten, wie zum Beispiel der Nachberichtspflicht, zu ermöglichen.⁶⁷²

Hinsichtlich der Übermittlungsregelungen sind die beiden Regelungskomplexe zu koordinieren, die sich zum einen auf den ursprünglichen und zum anderen auf den neuen Verwendungskontext beziehen. Der Gesetzgeber kann zum Teil wählen, an welchem Regelungsstandort er grundrechtlichen Bindungen nachkommt. Zu den Koordinationsanforderungen gehört der allgemeine Grundsatz, daß die Maßgaben, denen der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten bei übergreifender Betrachtung unterliegt, nicht miteinander unvereinbar sein dürfen. Abstimmungserfordernisse ergeben sich insbesondere auch hinsichtlich der Methoden und Modi der Informationserlangung oder Datenerhebung.

Schließlich sind Regelungen über die Beendigung des Zugriffs auf Daten zu treffen. Die *Verpflichtung zur Löschung* ist für den Fall grundsätzlich vorzusehen, daß die Kenntnis der Daten als Basis der im Hinblick auf den Verwendungszweck benötigten Informationen nicht mehr erforderlich ist. Ihre Regelung kann die Speicher- und Nutzungsdauer konkretisieren. Löschungspflichten können mit Verantwortlichkeits-, Kontroll- und Berichtspflichten verbunden sein. Da bestimmte geschützte Interessen des Betroffenen, zum Beispiel ein geltend gemachter Auskunftsanspruch, einer Löschung entgegenstehen können, ist unter bestimmten Voraussetzungen eine *Sperrung von Daten* vorzusehen. Eine Sperrung kommt auch bei einem Streit über die Richtigkeit in Betracht. Im übrigen kann es sein, daß Daten für einen bestimmten Zweck nicht mehr erforderlich, für andere Zwecke aber weiter zu nutzen sind.

Indem die phasenspezifischen Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten in einen Regelungszusammenhang zu bringen und dann in dessen Rahmen zu erschließen sind, werden Fragen nach den *Rechtsfolgen der Rechtswidrigkeit*

671 Brinckmann, Verkehrsinformationssystem, S. 899.

672 Vgl. etwa Weichert, APIS, S. 285. Die Protokolldaten unterliegen in der Regel einer besonderen Zweckbestimmung, damit nicht allein aus der Abfrage einer Stelle unter Umständen nachteilige Schlußfolgerungen gezogen werden.

eines Vorgehens für nachfolgende Schritte aufgeworfen, sofern nicht bestimmte Maßstäbe, z.B. ein bestimmter Verwendungszweck, für jede Phase durchgängig festgehalten sind. Die Einschränkung verdeutlicht, daß die Problematik in bestimmtem Umfang bereits durch die Verpflichtung des Gesetzgebers aufgefangen wird, übergreifende Determinanten zu setzen und die Regelungen der einzelnen Verarbeitungsvorgänge untereinander zu koordinieren. Im übrigen sind Überlegungen zu Rechtswidrigkeitsfolgen auch hinsichtlich der Gewinnung und Verwendung von Informationen keineswegs überflüssig; die Beachtung geltender Vorgaben ist zumindest indirekten Kontrollen zugänglich.⁶⁷³ Wenn etwa entgegen der Vorschrift, Ermittlungen offen vorzunehmen, heimlich ermittelt wird, könnte die Rechtswidrigkeit des Modus der Informationserlangung bedeuten, daß diese ihrerseits bereits deshalb rechtswidrig ist und daß auch die weiteren Schritte der Datenverarbeitung bis hin zur Informationsverwendung rechtswidrig sind. Der rechtswidrige Einsatz einer bestimmten Methode bei der Datenerhebung, etwa der Verstoß gegen einen als Schutzvorkehrung gebotenen Richtervorbehalt, könnte die Rechtswidrigkeit der Erhebung, Speicherung und Nutzung der Daten nach sich ziehen.⁶⁷⁴ Die Rechtswidrigkeit einer Datenerhebung und -nutzung wird zur Verpflichtung der staatlichen Stelle führen, die Daten zu vernichten oder zu löschen.⁶⁷⁵ Ist die Informationsgewinnung als solche rechtswidrig, etwa im Falle eines bestimmte Rechtmäßigkeitsanforderungen mißachtenden Rückgriffs auf bestimmte Daten, läßt sich die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer weiteren Verwendung der gegebenen Kenntnisse problematisieren. Erkenntnisse könnten bei einer anderen Behörde nachgefragt und von dieser übermittelt worden sein, ohne daß bestimmte einschränkende Voraussetzungen der Anfrage- und Übermittlungsregelungen vorlagen.⁶⁷⁶ Denkbar ist weiter die Konstellation, daß die Informationsinhalte zwar aus rechtswidrig erlangten Daten gewonnen wurden, aber anderen zur Verfügung stehenden Daten rechtmäßigerweise ebenfalls hätten entnommen werden können.

Aus grundrechtlicher Perspektive geht es hier um die Maßgaben, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG für die Beurteilung der Rechtswidrigkeitsfolgen hergibt. Wegen des Regelungszusammenhangs, in dem die phasenspezifischen Bestimmungen stehen, kann die Rechtswidrigkeit eines vorangegangenen Schrittes für nachfolgende Schritte einerseits nicht vollkommen unerheblich sein. Andererseits kann man nicht ohne weiteres annehmen, daß Normverstöße an einer Stelle des Regelungszusammenhangs umstandslos zur Rechtswidrigkeit der weiteren Verarbeitungsvorgänge führen.⁶⁷⁷ Weder theoretisch noch verfassungsrechtlich ist es von vornherein ausgeschlossen, die in bestimmtem Umfang eigenständigen Verarbeitungsschritte anhand eines jeweils neuen Rechtmäßigkeitsurteils zu beurteilen. Gegen die Annahme, im öffentlichen Recht müsse man schon

673 Siehe dazu auch etwa BFH, DuD 1995, 172 (173). Hier besteht dann allerdings ein Zusammenhang mit der Pflicht zur Begründung von Entscheidungen; je weitgehender Begründungspflichten abgebaut werden, desto weniger Kontrolle ist den Betroffenen möglich.

674 Vgl. z.B. VGH BadWürtt., DVBl 1995, 367 (369) zum rechtswidrigen Einsatz verdeckter Ermittler.

675 Dazu etwa VG Stuttgart, RDV 1993, 250 (252).

676 VGH Bad-Württ., NVwZ 1991, 695.

677 So etwa Gusy, Grundrechtsschutz, S. 104; Gröpl, Nachrichtendienste, S. 270. Weitreichend auch Hüsch, Verwertungsverbote, passim.

wegen der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz eine Rechtmäßigkeitskette voraussetzen, sprechen etwa die Fehlerfolgenlehren bei Verwaltungsakten, die in weitreichendem Umfang dessen Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit absichern.

Soll ein bestimmter Verarbeitungsvorgang wegen eines Rechtsverstoß bei einem ihm vorangegangenen Schritt einem Rechtswidrigkeitsverdikt unterliegen, muß zumindest ein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestehen.⁶⁷⁸ Damit werden Verstöße gegen Regelungselemente ausgegrenzt, die ausschließlich eine bestimmte Phase betreffen und nicht auf den Verarbeitungsverlauf durchgreifen. Allerdings stehen die phasenspezifischen Regelungen mit vielen ihrer Elemente in Regelungszusammenhängen und bilden ein sich ergänzendes Schutzkonzept. Neben dem Rechtswidrigkeitszusammenhang kommt es dann auf eine Abwägung an, in die auf der einen Seite Inhalt, Umfang und Gewicht der Rechtsgüter oder der öffentlichen Belange einfließen, die im Falle einer Rechtswidrigkeit der weiteren Verarbeitung der Daten nicht geschützt oder realisiert werden könnten. Auf der anderen Seite spielen das überindividuelle Interesse an der Rechtmäßigkeit exekutiven Handelns („Disziplinierungsgedanke“)⁶⁷⁹, die Schutzfunktionen des Tatbestandselements, gegen das verstoßen worden ist⁶⁸⁰, die Schwere der Rechtsverletzung sowie die Schutzwürdigkeit des individuell Betroffenen eine Rolle.⁶⁸¹ Die Abwägung erfolgt danach nicht in völlig neuer Weise, sondern ist auch an das (verletzte) Tatbestandselement in der Regelung des vorangegangenen Verarbeitungsschrittes rückgebunden. Die Folgen der Rechtswidrigkeit können jedoch, ohne daß die entsprechenden normativen Vorgaben und ihre Verletzung ganz bedeutungslos wären, gegebenenfalls in bestimmtem Umfang relativiert werden. Im übrigen könnte der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere im Falle gegebener Kompensationsmechanismen, Vorschriften zur Unbeachtlichkeit einer Rechtswidrigkeit bestimmter Elemente in einem Informations- und Entscheidungsfindungsprozeß vorsehen, ohne daß dies verfassungswidrig sein muß.⁶⁸² Umgekehrt steht es ihm zu, konstitutiv oder deklaratorisch gesonderte Nutzungs- oder Verwendungsverbote im Falle der Rechtswidrigkeit vorangegangener Verarbeitungsvorgänge festzuhalten.⁶⁸³

Die Beurteilung der Rechtswidrigkeitsfolgen kann ebenso wie die Regelung der einzel-

678 So zutreffend *Waechter*, Probleme, S. 156.

679 *Albers*, Determination, S. 331 f.; *Eberle*, Verwertungsverbot, S. 361. Zu kurz in dieser Hinsicht *Würtenberger/Heckmann/Riggert*, Polizeirecht, Rn 659.

680 Vgl. auch BGHSt 38, 215 (220); BGH, JZ 1993, S. 425 (425 f.): Ein Verwertungsverbot liegt nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern.

681 In Analyse des § 14 BDSG mit Differenzierungen auch *Macht*, Verwertungsverbote, bes. S. 220 ff.

682 Vgl. auch *Würtenberger/Heckmann/Riggert*, Polizeirecht, Rdnr. 664. Aus dem allgemeinen Verwaltungsverfahren vgl. §§ 45 und 46 VwVfG. Zu den Folgen einer Rechtswidrigkeit der Datennutzung oder Informationsverwendung für die Sachentscheidung sowie für deren Aufhebbarkeit *Macht*, Verwertungsverbote, S. 275 ff.

683 Vgl. z. B. § 51 Abs. 1 BZRG mit Ausnahmen in § 52 BZRG, und dazu BVerwG, DVBl 1995, 358 (358 ff.). Außerdem etwa § 38 Abs. 1 NGefAG, der die Speicherung, Veränderung und Nutzung personenbezogener Daten ausdrücklich an deren rechtmäßige Erlangung bindet, und dazu *Waechter*, Probleme, S. 156 ff.

nen Phasen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten weiteren Bindungen durch die thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen unterliegen. Diese treten zu den Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hinzu.⁶⁸⁴

3. Technikspezifische Bestimmungen

Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken prägen die Art und Beschaffenheit der Datenbasis. Von den Rechnerarchitekturen als Hardware und der Konfiguration der Software hängen Formen, Inhalte oder Quantität der Daten im jeweiligen Verarbeitungskontext ebenso ab wie deren Verfügbarkeit aufgrund der Zugriffsmöglichkeiten. Rechnergestützte Verarbeitungsprozesse können Daten zwischen Eingabe und Abruf automatisch verändern. Online-Verbindungen in einem gemeinsamen Netz lassen theoretisch den jederzeitigen und unkontrollierten Abruf der von der einen Stelle erfaßten Daten durch eine andere angeschlossene Stelle zu. Indem die jeweils eingesetzte Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken die Beschaffenheit der Datenbasis prägen, betreffen sie auch die Gewinnung und Handhabung von Informationen, die auf der Datenbasis beruhen. Im übrigen beeinflussen sie die sozialen Bedingungen des Umgangs mit Informationen. Techniken sind immer in soziale Zusammenhänge eingebettet; dadurch werden ihr Einsatz und ihre Anwendung geformt, und umgekehrt zeitigen sie Folgen in den sozialen Abläufen.⁶⁸⁵

Die eingesetzten Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken sind demnach ein wesentlicher Bestandteil des Verarbeitungs- und Verwendungszusammenhangs. In dieser Perspektive, die von der abstrakteren Perspektive der Anforderungen an die System- und Technikgestaltung zu unterscheiden ist, sind sie dem Verarbeitungs- und Verwendungszusammenhang im Ansatz nachgeschaltet. Das gilt auch, soweit der Gesetzgeber sich bei seinen rechtlichen Regelungen auf vorhandene Techniken einstellen muß. Da die Techniken den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten grundlegend beeinflussen, muß er allerdings vor dem Hintergrund der Anforderungen an dessen Determination und mit Blick auf die geschaffenen gesetzlichen Regelungen auch die Technik in den Blick nehmen. Er hat die Techniken schon bei der Gestaltung der Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu berücksichtigen. Zusätzlich sind technikspezifische Bestimmungen zu treffen, die die normativen Vorgaben jener Regelungen begleiten und absichern. In welchem Umfang und mit welchen Inhalten solche Bestimmungen erforderlich sind, hängt von den sachlichen Regelungsstrukturen, von den gewählten Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten und von den jeweils einsatzfähigen Techniken ab.

Die Gesetzgebung kann den Anforderungen, die sich dazu aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergeben, mit Hilfe einer Kombination allgemein-abstrakter Vorgaben und reichsspezifischer Bestimmungen nachkommen. Die „klassische“ allgemein-abstrakte

684 Vierter Teil, 11. Kapitel.

685 Zu allem bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.

Norm, die sich unter dem Paradigma der „Datensicherheit“ auf Techniken und Organisation erstreckt, ist § 9 BDSG: Danach haben öffentliche und nicht-öffentliche Stellen die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der anderweitigen gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die in der Anlage zu § 9 S. 1 BDSG genannten Anforderungen, zu gewährleisten. Die Erforderlichkeit der Maßnahmen steht unter dem Vorbehalt eines angemessenen Verhältnisses zwischen Aufwand und angestrebtem Schutzzweck.⁶⁸⁶ Mit ihrer Vagheit, die freilich durch den Bezug auf die auszuführenden (anderweitigen) Vorschriften relativiert wird, erkennt die Norm den verantwortlichen Stellen Entscheidungsspielräume zu, damit die Vorkehrungen auf die konkreten Verhältnisse zugeschnitten und der technischen Dynamik angepaßt werden können. Für den Fall, daß Daten automatisiert verarbeitet werden, spezifiziert die Anlage zu § 9 S. 1 BDSG in einem Katalog eine Reihe von Funktionen, die technische oder organisatorische Maßnahmen erfüllen müssen. Dazu gehören die Zutrittskontrolle, die Zugangskontrolle, die Zugriffskontrolle, die Weitergabekontrolle, die Eingabekontrolle, die Auftragskontrolle und die Verfügbarkeitskontrolle. Außerdem ist – das verweist bereits auf die Systemgestaltung⁶⁸⁷ – zu gewährleisten, daß Daten, die zu unterschiedlichen Zwecken erhoben worden sind, getrennt verarbeitet werden können. Die aufgezählten Funktionen sind auf abgegrenzte Datenverarbeitungsanlagen und -systeme zugeschnitten. Da diese Orientierung am Leitbild der Großrechenanlage defizitär ist⁶⁸⁸, sucht die Landesgesetzgebung nach neuen Lösungen. § 10 Abs. 2 LDSG NW formuliert – mit gleitenden Übergängen zur System- und Technikgestaltung – näher definierte Schutzziele: Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit, Authentizität, Revisionsfähigkeit und Transparenz.⁶⁸⁹ Auch eine solche Fassung kann freilich unter bestimmten Aspekten, etwa dem der Vollständigkeit oder des Verhältnisses der Schutzziele zueinander, kritisiert werden. Insgesamt verweist dies auf die Schwierigkeiten, allgemein-abstrakte Anforderungen an Techniken und Organisation zu formulieren, obwohl diese im hier erörterten Kontext den inhaltlichen Regelungen der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge nachgeordnet sind und deren Vielfalt gerecht werden müssen. Je nach Regelungsfeld ist es notwendig oder zumindest sinnvoll, technikspezifische Bestimmungen im Zusammenhang mit den Vorschriften zu treffen, mit denen einzelne Phasen der Informations- und Datenverarbeitungen näher determiniert werden.⁶⁹⁰ Dabei werden „technische Anforderungen in die normative Ausformung der Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten integriert.“⁶⁹¹

Technikspezifische Bestimmungen stützen sich auf die Techniken, die allgemein zur Verfügung stehen und in bestimmten Verwendungskontexten einsatzfähig sind. Das ver-

686 Vgl. insgesamt auch Art. 17 Abs. 1 EG-DSRil.

687 So auch *Ernestus/Geiger*, in: *Simitis* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, § 9 Rn 160 f.

688 Kritik, die aber teilweise überzogen ist, bei *Roßnagel/Pfützmann/Garstka*, *Modernisierung des Datenschutzrechts*, S. 25. Vgl. auch *Dix*, *Konzepte*, Rn 14.

689 Zustimmung dazu, weil dies die Anschlußfähigkeit des Datenschutzrechts an die Sprache der Sicherheitstechnik gewährleiste, bei *Bizer*, *Datenschutzrecht*, S. 589.

690 Vgl. bereits die Ausführungen im Vierten Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.2.b.

691 *Roßnagel/Pfützmann/Garstka*, *Modernisierung des Datenschutzrechts*, S. 36.

anschaulicht die Verzahnung zwischen der gesetzlichen Determination der Verarbeitungsverläufe und den Regelungen der System- und Technikgestaltung.

III. Elemente einer System- und Technikgestaltung

Neben der gesetzlichen Determination der Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge sind die Anforderungen, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an die sachgerechte und transparenzsichernde Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten stellt, durch Regelungen zur System- und Technikgestaltung umzusetzen. Solche Regelungen können grundrechtlich geboten oder zumindest eine Option sein, die dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Konkretisierungs- und Gestaltungsspielräume zur Verfügung steht. Ähnlich wie bei der Determination der Verarbeitungsvorgänge haben sich im Bereich der System- und Technikgestaltung einige zentrale Kategorien und Regelungsmuster herauskristallisiert. Sie werden im folgenden mit Blick auf die grundrechtlichen Vorgaben analysiert. Vorab muß jedoch noch näher geklärt werden, was unter „Systemgestaltung“ und „Technikgestaltung“ eigentlich zu verstehen ist.

1. Systeme und Techniken als Anknüpfungspunkte der Grundregulierung

a) Das „System“ als Regelungsgegenstand

„Systemgestaltung“ ist ein Topos, dem im Bereich der Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zunehmend eine hervorgehobene Rolle zugeschrieben wird. Was damit gemeint ist, hängt allerdings davon ab, wie man das in Bezug genommene „System“ bestimmt. Hier trifft man auf sehr heterogene Überlegungen.⁶⁹²

Meist wird der Begriff der Systemgestaltung auf den frühzeitig entwickelten Begriff des Systemdatenschutzes zurückgeführt.⁶⁹³ In Abgrenzung gegen den Individualdatenschutz ist der Systemdatenschutz definiert worden als „die Menge der Rechtsregeln, die Vorgänge der Informationserhebung oder der Informationsverarbeitung unabhängig davon, ob im Einzelfall Interessen der Betroffenen berührt sind oder nicht, rechtlich so ordnen, daß die Gesamtheit der rechtlich geregelten Informationsvorgänge keine sozial-schädlichen Folgen herbeiführen“.⁶⁹⁴ Bezugspunkt ist dabei die Gesamtgesellschaft; Anforderungen und nähere Anknüpfungspunkte bleiben denkbar vage. Als Regelungsprobleme und -objekte gerade des Systemdatenschutzes werden zum einen Akkumulationseffekte, d.h. die Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen aufgrund der

692 Wie vage dieser Begriff in Fachliteratur und Praxis trotz seiner Karriere ist, spiegelt sich in einzigartiger Weise wider bei Bizer, *Datenschutzrecht*, S. 591: „Heute zählt der Systemdatenschutz als griffiges Synonym für nicht näher spezifizierte Anforderungen zu den tragenden Strukturprinzipien des Datenschutzrechts.“

693 Büllsach/Garstka, *Systemdatenschutz*, S. 384; Dix, *Konzepte*, Rn 1 ff.; Bizer, in: Simitis (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, § 3 a Rn 25; ders., *Datenschutzrecht*, S. 591.

694 Podlech, *Individualdatenschutz*, S. 452.

„informationellen, institutionellen oder zeitlichen Akkumulation der Informationsvorgänge“⁶⁹⁵, und zum anderen die „Rückwirkung des Informationsverhaltens der gesellschaftlichen Handlungssysteme auf das Informationsverhalten der einzelnen Bürger“ hervorgehoben, wie sie etwa durch fehlende Transparenz entstehen könnten.⁶⁹⁶ Als Prinzipien des Systemdatenschutzes werden die Transparenz des Informationsverhaltens, die Beschreibbarkeit der Erforderlichkeitsrelation, das Verbot hyperkomplexer Verwaltungstätigkeit, das Gebot der Validität und das Verbot der Kontextveränderung sowie die Sicherung der Rechtspositionen von Betroffenen bei Einsatz rechnerunterstützter Informationssysteme aufgezählt.⁶⁹⁷ Bei näherem Blick sind diese Konkretisierungen allerdings überwiegend kaum faßbar und teilweise als verfassungs- oder grundrechtliche Anforderungen nicht begründbar.⁶⁹⁸ Manche der Prinzipien können der Ebene der gesetzlichen Determination der Verarbeitungsvorgänge zugeordnet werden. Insgesamt ist der Begriff des „Systemdatenschutzes“ somit alles andere als klar. Der richtige Kern der Überlegungen besteht jedoch darin, daß die gesetzliche Determination der Verarbeitungsvorgänge zu kurz greifen kann und daß auch die den Informations- und Datenverarbeitungen vorgelagerte Ebene der Kommunikations- und Entscheidungsverfahren selbst in den Blick genommen werden muß.

In Weiterentwicklung der Erwägungen zum Systemdatenschutz werden manchmal „technische Systeme“ der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Daten als Bezugspunkt der Systemgestaltung bezeichnet.⁶⁹⁹ Ein „technisches System“ scheint plastischer und leichter abgrenzbar zu sein. Vor dem Hintergrund der Eingliederung technischer Komponenten in Netzwerke, der Kombination herkömmlicher und rechnerunterstützter Verarbeitungsweisen, der Verflochtenheit von Informations- und Datenverarbeitungs-

695 *Podlech*, Individualdatenschutz, S. 452. Unter solchen Akkumulationseffekten versteht *Podlech* die „Zusammenführung von im einzelnen rechtmäßig verarbeiteten Informationen“, den „Umstand, daß zahlreiche Stellen Kenntnis von Informationen haben, deren Kenntnis durch jede einzelne Stelle unproblematisch ist“, oder den Umstand, daß „zeitlich sich häufende Informationsvorgänge problematisch werden, deren jeder einzelne für sich genommen unproblematisch ist“. Die Zusammenführung von Informationen (besser: Daten) läßt sich allerdings als besondere Phase erfassen. Bei der Kenntnis bestimmter Daten durch zahlreiche Stellen oder der zeitlichen Häufung von Informationsvorgängen bleibt unklar, inwiefern gerade darin, also ohne hinzukommende Gesichtspunkte, eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange der Betroffenen liegen soll.

696 *Podlech*, Individualdatenschutz, S. 452 f.

697 *Podlech*, Individualdatenschutz, S. 454 ff.

698 Das betrifft insbesondere das „Verbot hyperkomplexer Verwaltungstätigkeit“ in der von *Podlech* gewählten Ausformulierung (*Podlech*, Individualdatenschutz, S. 456 f.).

699 Vgl. etwa den Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen und Entwicklungen bei den neuen Informations- und Kommunikationsdiensten im Zusammenhang mit der Umsetzung des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG), BTDrucks 14/1191, S. 13. Außerdem etwa *Bizer*, in: *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 25. Siehe auch – mit Bezug auf IT-Systeme – *Köhntopp*, Datenschutz, S. 56: „Unter Systemdatenschutz versteht man Datenschutzfunktionalität eingebaut in Systeme und Verfahren“. Vgl. weiter *Büllesbach/Garstka*, Systemdatenschutz, S. 384 f.: Mit dem Paradigma des „Systemdatenschutzes“ seien „die Anforderungen an die technische Umsetzung des informationellen Selbstbestimmungsrechts“ gemeint, und die rechtliche Bewertung müsse „konstitutives Gestaltungsmerkmal der eingesetzten Technologie“ sein. Selbst dies noch verkürzend *Kloepfer*, Informationsrecht, S. 133 f., 303 f.: Systemdatenschutz als „ein Ausschnitt bzw. Teilbereich der – darüber hinausgehenden – Datensicherung“.

vorgängen sowie der Wechselwirkungen zwischen Technik und Organisation⁷⁰⁰ kann die Technik für sich genommen jedoch kein angemessenes Beschreibungs- und Abgrenzungskriterium sein. Ein darauf beschränkter Bezug reicht schon deshalb nicht aus. Für die Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind die sozialen Kommunikationszusammenhänge und -abläufe entscheidend. Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken prägen diese zwar mit, sind aber ihrerseits darin eingebettet.⁷⁰¹

Richtiger Ansatzpunkt sind deshalb soziale Systeme oder Teilsysteme unter Einbeziehung der einsetzbaren oder eingesetzten Techniken, im Rahmen derer in Kommunikations-, Entscheidungs-, Informations- und Datenverarbeitungsverfahren Aufgaben erledigt oder bestimmte Ziele verfolgt werden und die sich unter dem Blickwinkel der Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sinnvollerweise als „System“ beschreiben lassen.⁷⁰² Damit sollen der Rahmen und die Bedingungen für konkrete Verarbeitungsvorgänge erfaßt werden. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen richten sich darauf, diese Ebene, die den Verarbeitungsabläufen und deren Determination vorgelagert ist, in bestimmtem Umfang mitzugestalten, denn ihre Gestaltung beeinflusst immer auch die Inhalte und Formen der Informations- und Datenverarbeitungen.⁷⁰³

Die Folgerungen, die sich daraus ergeben, liegen auf der Hand. Die Grenzziehungen sind in mehrfacher Hinsicht schwierig. Zum einen gibt der Ansatzpunkt der sozialen Systeme, im Rahmen derer Aufgaben erledigt oder Ziele verfolgt werden und die den Rahmen sowie die Bedingungen für konkrete Verarbeitungsvorgänge bilden, noch keine abschließenden Antworten darauf, wie das maßgebliche „System“ oder „Teilsysteme“ abzugrenzen sind. Selbst wenn eine solche Abgrenzung erfolgt ist, gibt es zum anderen, abstrakt betrachtet, praktisch keine Komponenten, die nicht unter dem Aspekt der „Systemgestaltung“ variiert werden könnten.⁷⁰⁴

Die Vielfalt und die unterschiedliche – teils niedrige, teils sehr hohe – Komplexität der Formen der Organisation der Aufgabenwahrnehmung oder der Entscheidungsverfahren dürfen dabei nicht übersehen werden. Das gerne genannte und plausible Beispiel für eine „datenschutzgerechte“ System- und Technikgestaltung ist die Geldkarte, die in Abgren-

700 Vgl. insgesamt Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.II. und III.

701 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.

702 Ähnlich wie hier, wenn auch etwas selektiver *Dix*, Konzepte, Rn 1 ff., bes. 12 ff. Ebenfalls ähnlich wie hier, aber mit stärkerem Akzent auf dem „technischen System“ und der Realisierung des Systemdatenschutzes durch technische Maßnahmen *Roßnagel/Pfützmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzes, S. 39 f. Noch stärkerer Ansatz bei technischen Systemen, aber von dort aus ausgreifende Überlegungen bei *Trute*, Schutz, S. 827 f.; ähnlich in knapper Form *ders.*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn 49.

703 Siehe bereits oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.1.b. Mit der Beschreibung „präventiv“ – so *Kloepfer*, Informationsrecht, S. 133 f. – wird die Rolle der Systemgestaltung unzureichend erfaßt.

704 Das entspricht dem Problem, daß es im Bereich von Organisation und Verfahren kaum Komponenten gibt, denen jeder Einfluß auf die Abschlußentscheidung abgesprochen werden könnte. Vgl. Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV.

zung zur ec-Karte ohne eine Speicherung der Zahlungsbeziehungen auskommt.⁷⁰⁵ Hintergrund ist allerdings eine prinzipiell anonym mögliche, sachlich und sozial überschaubare, zeitlich begrenzte Beziehung. Auch Angebot und Inanspruchnahme von Telekommunikations- oder Teledienstleistungen begründen eine sachlich und sozial überschaubare Beziehung zwischen Nutzern und Dienstleistern. Es wäre verfehlt anzunehmen, die Gestaltungsgrundsätze, die für hierfür angemessen sein mögen, könnten Leitmodell für alle anderen Bereiche oder allgemein für ein „modernes Datenschutzrecht“ sein. Denn diese Beziehung und das auf ihrer Basis beschreibbare „System“ sind mit anders strukturierten, sachlich, sozial und zeitlich hochkomplexen Beziehungen zwischen Bürgern und Behörden oder zwischen Privaten nicht gleichzusetzen.⁷⁰⁶

Mehr noch als bei der Kategorie der Zweckfestlegung, die bei der gesetzlichen Determination der Verarbeitungsvorgänge eine zentrale Rolle spielt⁷⁰⁷, obliegt es dem Gesetzgeber, im Rahmen seiner Spielräume die Systeme oder Teilsysteme abzugrenzen, die Gegenstand gesetzlicher Gestaltung oder gesetzlicher Vorgaben sind. Er wird sich dabei an vorhandenen sachlichen (Regelungs-)Strukturen, insbesondere an den Aufgaben, orientieren. Der maßgebliche Abstraktionsgrad ist allerdings höher anzusetzen als beim Regelungselement der Zweckfestlegung. Die Formen der sachlichen Aufgabenerledigung oder Entscheidungsverfahren dürfen, vorbehaltlich anderweitiger verfassungsrechtlicher Bindungen, nicht in jeder Hinsicht als vorgegeben zugrundegelegt werden, da sie unter dem Aspekt der Systemgestaltung gerade als variabel zu denken sind. Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenzen zu, die Komponenten auszuwählen, bei denen er ansetzt, um die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu verwirklichen. Systemgestaltung kann sich auf die gesamte Gestaltung der Aufgabenwahrnehmung oder auf einzelne Komponenten beziehen. Hierzu gehört es zum Beispiel, wenn der Gesetzgeber die sachlichen Aufgaben differenzierter oder präziser beschreibt als zuvor, damit er den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten anforderungsgerecht steuern kann. Technische Datenverarbeitungssysteme sind eine Teilkomponente des übergreifenden Kommunikationssystems. Systemgestaltung erschöpft sich *nicht* in Technikgestaltung.⁷⁰⁸

Die Systemgestaltung zwecks sachgerechter und transparenzsichernder Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten muß mit den Regelungserfordernissen abgestimmt werden, die sich mit Rücksicht auf die Bedingungen der Möglichkeit einer rechtmäßigen, angemessenen und effektiven Aufgabenwahrnehmung ergeben. Die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG reichen nicht so weit, daß die Organisation und die Entscheidungsverfahren allein an ihnen zu orientieren wären oder ihnen in optimaler Weise genügen müßten.⁷⁰⁹ Unabhängig davon unterliegt die

705 Etwa *Bizer*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 60.

706 Vgl. bereits oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2. mit Fn 418.

707 Oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.a.aa.

708 Eine solche Reduktion findet sich häufig, sobald die Konzeption eines „technischen Systems“ explizit oder implizit die Überlegungen leitet. Vgl. die Nw in Vierter Teil, Fn 699.

709 Vgl. aus der Rechtsprechung des BVerfG Zweiter Teil, 4. Kapitel, Punkt B.I.

Systemgestaltung durch den (jeweils zuständigen Bundes- oder Landes-)Gesetzgeber zahlreichen anderweitigen Bindungen und Grenzen, die sich aus Grundrechten, die beispielsweise bestimmte organisations- oder verfahrensbezogene Vorgaben hergeben können, oder aus sonstigen Verfassungsbestimmungen ergeben.

b) Auswahl, Konfiguration und Entwicklung der Techniken als Regelungsgegenstand

Die Gestaltung der Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken umfaßt die Entwicklung, die Auswahl, den Einsatz und die Konfiguration von Datenverarbeitungsanlagen, Verarbeitungsprogrammen oder Datenträgern. Sie kann als spezifischer Bezugspunkt gegen die Systemgestaltung abgegrenzt werden.

Soweit sie als Teilelement eines Kommunikationssystems betrachtet wird, ist sie in die Systemgestaltung eingegliedert. Der Gesetzgeber kann zur Verwirklichung der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Vorgaben für die Auswahl, den Einsatz oder die Konfiguration der Techniken setzen, über dieses Teilelement das System und zugleich den Rahmen und die Bedingungen der Informations- und Datenverarbeitungen beeinflussen. Auch können Maßgaben zur organisatorischen Gestaltung des Systems durch zusätzliche Vorgaben zur Technikgestaltung abgesichert werden.

Soweit die Technikgestaltung von den Systemen, in deren Rahmen Techniken eingesetzt werden, abstrahiert wird, kann sie zum eigenständigen Bezugspunkt der rechtlichen Steuerung werden. Besonders relevant ist dies im Bereich des Internet, weil die Abgrenzung von „Systemen“ als Bezugspunkt einer Systemgestaltung nicht möglich ist, soweit man mit offenen Netzwerken zu tun hat.⁷¹⁰ Auch die Steuerung der Technikentwicklung antezipiert nachfolgende Anwendungsfelder zwar, ist aber grundsätzlich davon losgelöst. Sie nimmt besonders frühzeitig Einfluß auf die Technik, damit überhaupt Techniken zur Verfügung stehen, mit denen sich die grundrechtlichen Anforderungen an den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten umsetzen oder besonders effektiv realisieren lassen. Sie reagiert unter anderem darauf, daß der Marktmechanismus, zumal angesichts der teilweise hohen Investitionskosten oder oligopolistischer Märkte, nicht ohne weiteres dazu führt, daß sich die Vielfalt der technischen Möglichkeiten in den angebotenen Produkten widerspiegelt.⁷¹¹ Rechtliche Vorgaben für die Technikentwicklung werfen freilich besondere Schwierigkeiten auf: Sie müssen vielschichtig, prozedural und anpassungsfähig gestaltet sein⁷¹², und sie sind auf indirekte Anreize und Einflußme-

710 Vgl. dazu bereits die Ausführungen in Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.III.1. und Punkt B.III.2. Siehe außerdem die weiterführenden, in ihrer Ausschließlichkeit aber zu kurz greifenden Überlegungen zur Umstellung des Datenschutzes auf einen „technischen Designschutz“ bei *Vesting*, Internet, S. 181 ff.

711 Ein Beispiel auf der Geräte-Ebene sind die Telefonanlagen und -apparate im Zusammenhang mit der Digitalisierung der Telekommunikation, die (zunächst) bestimmte Funktionen zwingend vorsahen, ohne daß es möglich war, diese auszuschalten. Vgl. dazu Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.II. Ein Beispiel auf Software-Ebene ist die in das Programm installierte automatische Setzung von Cookies, die etwa bei Microsoft und Netscape gleichermaßen vorhanden war. Vgl. oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.; außerdem auch Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.II.

712 Zu den Problemen, daß die Steuerung zu einem sehr frühen Zeitpunkt in den Entwicklungsprozessen ansetzen muß und daß ihre Adressaten private, international verteilte oder handelnde Akteure sind,

chanismen angewiesen.⁷¹³

Sowohl abstrakte Anforderungen an Auswahl, Einsatz oder Konfiguration von Techniken als auch die Steuerung der Technikentwicklung setzen eine Analyse voraus, welche Leistungsmerkmale Anlagen oder Programme überhaupt erfüllen müssen. Das wird bislang oft nur schlagwortartig formuliert. Aus der hier interessierenden Perspektive der Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG maßgebend, die sich auf die sachgerechte und transparenzsichernde Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten richten. Unmittelbare Relevanz kommt demnach dem Gesichtspunkt der Transparenz des technischen Datenverarbeitungssystems zu. Im übrigen sind Maßstäbe für die Technikgestaltung vor allem mit Blick auf die Bezüge konkretisierbar, die zur Systemgestaltung und zu den sachlichen Aufgaben, zu den einzelnen Verarbeitungsvorgängen sowie zu den Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten der Betroffenen bestehen: Techniken müssen sich so gestalten, daß die Regelungen zur Systemgestaltung und die Determinanten auf der Ebene der einzelnen Verarbeitungsvorgänge, insbesondere die technikspezifischen Bestimmungen, technisch überhaupt realisierbar oder technisch absicherbar sind. Darüber hinaus müssen sie die Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten zulassen, die den Betroffenen eingeräumt sind.⁷¹⁴ In diesem Sinne sind die Technikgestaltung und die darauf bezogenen Regelungen aus Sicht des Rechts grundsätzlich auf (anderweitige) normative Vorgaben bezogen, die auf unterschiedlichen Ebenen und in verschiedenen Hinsichten den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten steuern.

Diese Vorgaben nehmen allerdings, zumal sie auf die jeweiligen sachlichen Regelungsstrukturen abzustimmen sind, entweder bereits auf gesetzlicher Ebene oder nach der Konkretisierung durch die datenverarbeitende Stelle vielfältige Formen an. Die Techniken müssen also einerseits in den Regelungs- und Verarbeitungszusammenhang eingepaßt und entsprechend differenziert gestaltet werden können. Andererseits können sie in der Regel für sich genommen nicht von vornherein auf einen bestimmten Kontext zugeschnitten werden. Abstrakt betrachtet kommt es daher darauf an, daß die Techniken Gestaltungsoptionen bieten, die es ihren Anwendern ermöglichen, technische Anlagen oder Programme so zu konfigurieren, daß sie den für sie geltenden Vorgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in einer technisch abgesicherten Weise nachkommen können.⁷¹⁵

Fuhrmann, Technikgestaltung, S. 121.

713 Dazu gehören die Institutionalisierung von Gremien oder Verfahren zur Entwicklung datenschutzgerechter Techniken (Privacy Enhancing Technologies), die Unterstützung und Begleitung der Standardbildung oder staatliche Fördermaßnahmen. Zur Förderung siehe etwa Bizer, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 81 f.; näher für die europäische Ebene *EG-Kommission*, Erster Bericht über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46), S. 28; abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/index_de.htm.

714 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt C. und D.

715 Vgl. auch – in allgemeinerem Zusammenhang – *Fuhrmann, Technikgestaltung, S. 120 f.*: „Die Hauptaufgabe der Techniksteuerung liegt also im Erhalt der Optionenvielfalt innerhalb technisch determinierter Handlungssysteme und nur in Ausnahmefällen in der strukturellen Einengung von Handlungsmöglichkeiten.“ Ähnlich mit Bezug auf die ggf. „externen“ Nutzer *Büllesbach/Garstka, Sy-*

Berücksichtigt man diese Hintergründe, kann man eine Reihe von Leistungsmerkmalen hervorheben.⁷¹⁶ Die Techniken müssen die *Verfügbarkeit* von Daten in einer Weise gewährleisten, die den Vorgaben für den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten und damit – wegen der Anklammerung und Koordination – zugleich den sachlichen Regelungen, also etwa den Aufgaben und Befugnissen einer Behörde, Rechnung trägt: Es sollen genau die, aber auch nur die Daten verfügbar sein, die nach den jeweiligen Regelungen und deren Konkretisierung in der Entscheidungssituation notwendig sind. Die Techniken müssen deswegen vor allem eine entsprechende *Strukturierung* des Datenbestandes ermöglichen, die vielfältige Spezifizierungen, insbesondere in Form unterschiedlicher Konfigurationen der konkreten Anwendungen oder unterschiedlicher Zugriffsberechtigungen, zuläßt. Ist etwa als Systemgestaltung die Abschottung von Verarbeitungsbereichen vorgesehen, dann muß die Datenverarbeitungstechnik es im Falle eines rechnergestützten Netzwerks erlauben, daß man in diesem Netzwerk mehrere gegeneinander abgeschottete Verarbeitungszusammenhänge und differenzierte Zugriffsberechtigungen einrichtet. Die Techniken müssen zudem *Zugriffssicherungen* bieten, über die sichergestellt werden kann, daß nur diejenigen Personen auf Daten zugreifen können, die dazu befugt sind. Sie müssen *Richtigkeitssicherungen* bei der Datenverarbeitung und bei der Datenübermittlung ebenso ermöglichen wie die Sicherstellung der *Authentizität* eines Beteiligten. Unter Umständen müssen sie – als Folge der Systemgestaltung, der Determination der Verarbeitungsvorgänge oder der Einflußrechte der Betroffenen – der datenverarbeitenden Stelle oder externen Nutzern die *Verschlüsselung*, die *Anonymisierung* oder die *Pseudonymisierung* von Daten erlauben. Bei all dem muß die *Transparenz* der Datenverarbeitung in den technischen Systemen gewahrt bleiben.

Leistungsmerkmale, die die Techniken erfüllen müssen, weisen somit Bezüge zu sämtlichen normativen Vorgaben auf, die sich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ergeben. Die einzelnen Freiheitsgewährleistungen können mit ihren Bindungen zusätzliche Anforderungen stellen.

2. Allgemeine Prinzipien und Verfahrensinstitutionalisierungen

a) Datenvermeidung und Datensparsamkeit

Als zentrale Regelungselemente im Bereich der System- und Technikgestaltung, die abstrakt und bereichsübergreifend formuliert werden können, gelten die *Prinzipien* der *Datenvermeidung* und der *Datensparsamkeit*. Ursprünglich waren sie ausschließlich im Recht der Tele- und Mediendienste verankert. Inzwischen sind sie als allgemeine, öffentliche und private Stellen gleichermaßen bindende Grundsätze auf Bundesebene in § 3 a BDSG geregelt. Sie unterscheiden sich sowohl vom Regelungselement der Erforderlichkeit, das als Korrelat der Zweckfestlegung der Determination der Verarbeitungsvorgänge

stemdatenschutz, S. 385.

716 Nähere Überlegungen zu diesem Punkt finden sich unter dem Stichwort der Schutzziele in IT-Systemen bei Pfitzmann, Datenschutz, S. 18 ff.; Federrath/Pfitzmann, Gliederung, S. 704 ff.; Hober, Datenschutz, S. 81.

dient, als auch von den technikspezifischen Bestimmungen, die dieser Determination nachgeordnet sind.⁷¹⁷ § 3 a BDSG soll nämlich auf die „Gestaltung der Systemstrukturen, in denen personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet werden“, Einfluß nehmen.⁷¹⁸ Die Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit setzen also auf der den Verarbeitungsvorgängen vorgelagerten Ebene an und prägen die Bedingungen, unter denen die Verarbeitung von Daten dann als „erforderlich“ oder auch als nicht (mehr) erforderlich eingestuft wird.⁷¹⁹ In der gesetzlichen Konzeption eines grundrechtsorientierten „modernen Datenschutzrechts“ spielen sie eine maßgebliche Rolle.⁷²⁰

Ähnlich wie bei den Figuren der Zweckfestlegung oder der Zweckbindung ist allerdings kaum geklärt, wie sie rechtlich zu verstehen sind. Was genau ist ihr normativer Gehalt? Welche Funktion kommt ihnen bei der Umsetzung der grundrechtlichen Anforderungen zu? Sind sie grundrechtlich geboten oder zumindest ein sinnvolles Regelungselement? Oder sind sie statt dessen wenig gegenstandsgerecht?

Legt man die gesetzliche Verankerung in § 3 a BDSG zugrunde⁷²¹, richten sich die Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit auf die Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen. Der Norm vermittelt sich damit die Konkretisierungsbedürftigkeit des Systembegriffs. Nach ihrem Normtext, ihrem systematischen Zusammenhang mit der Anlage zu § 9 BDSG und ihrem entstehungsgeschichtlichen Hintergrund stehen in ihrem Zentrum technikgeprägte Vorstellungen rechnerunterstützter Verarbeitungssysteme⁷²²; also – bei einem übergreifenden Verständnis der „System“-gestaltung – ein Teilsystem. Von diesem Ausgangspunkt greift ihr Regelungsgehalt freilich auf organisatorische Aspekte aus.⁷²³ Inwieweit die soziale Organisation der Aufgabenerledigung erfaßt wird und deswegen gegebenenfalls umzuorganisieren ist, bleibt je-

717 Zum Regelungselement der Erforderlichkeit oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.b.; zu den technikspezifischen Bestimmungen oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.3.

718 Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BTDrucks. 14/4329, S. 27 und ähnlich S. 33.

719 Vgl. bereits oben den Nachweis in Vierter Teil, Fn 423. Außerdem *Dix*, Konzepte, Rn 25; *Gola / Schomerus*, BDSG, § 3 a Rn 5. Undeutlich in der Abgrenzung gegen das Element der Erforderlichkeit etwa *Bizer*, in: *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 52 f., der den Grundsatz der Erforderlichkeit als ein Mindestniveau der Umsetzung der Zielvorgabe ansieht und damit die Ebenen der Determination der Verarbeitungsvorgänge und der System- und Technikgestaltung unzureichend differenziert.

720 Dazu etwa der Antrag der Abgeordneten *Tauss/Griefahn et al.*, Umfassende Modernisierung des Datenschutzes voranbringen, BTDrucks. 14/9709, S. 2 und 4 (Punkt 8.).

721 Als Beispiel für eine alternative Fassung auf Landesebene siehe etwa § 4 Abs. 1 DSG SH: „Die datenverarbeitende Stelle hat den Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit zu beachten.“

722 Vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BTDrucks. 14/4329, S. 33: „Die Vorschrift konkretisiert den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die technische Gestaltung der Datenverarbeitungssysteme.“ Vgl. auch *Bizer*, in: *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 42, mit Hinweis auf DIN 44300 Nr. 99: Danach sind Datenverarbeitungssysteme „eine Funktionseinheit zur Verarbeitung von Daten“. Der Begriff schließt Geräte und Baueinheiten, Datenverarbeitungsprogramme und die Daten ein, durch deren Wechselwirkung der Verarbeitungsprozeß möglich wird.

723 Bei umfassender Analyse läßt sich zeigen, daß sich in Norm und Entstehungsgeschichte die Defizite widerspiegeln, die ohne einen hinreichenden Begriff der „Systemgestaltung“ bestehen.

doch undeutlich. Inhaltlich werden zwei Vorgaben gesetzt: Der Grundsatz der Datenvermeidung zielt darauf, daß keine personenbezogenen Daten erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Der Grundsatz der Datensparsamkeit gibt vor, daß so wenig personenbezogene Daten wie möglich erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Beide Grundsätze beziehen sich auf *personenbezogene Daten* und auf den *Verarbeitungsprozeß* in einem Verarbeitungszusammenhang.⁷²⁴ Sie werden also nicht nur durch einen Erhebungsverzicht, sondern auch durch den Wegfall des Personenbezuges von Daten oder durch eine Datenreduktion im Verlauf der Verarbeitungsphasen realisiert. Wie bei § 3 a BDSG bereits der Normtext deutlich macht, handelt es sich um Zielvorgaben. Das bedeutet nicht, daß es den Grundsätzen an Verbindlichkeit oder prinzipieller Verpflichtungsqualität fehlte.⁷²⁵ Eine Zielvorgabe kennzeichnet, daß sie ihren Adressaten keine konkreten Verhaltensweisen vorgibt, sondern sie auf bestimmte Ziele verpflichtet: Diese Ziele müssen die Adressaten durch Maßnahmen verwirklichen, die sie in mehr oder weniger weitreichendem Umfang eigenverantwortlich wählen können. Die Ziele der Datenvermeidung und Datensparsamkeit sind für die verantwortliche Stelle demnach verbindlich, aber hinsichtlich der Mittel gibt es Realisierungsspielräume. Eine Vermeidung oder eine Reduktion der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten kann durch die Auswahl des Datenverarbeitungssystems oder durch die Gestaltung seiner Komponenten erreicht werden. Hierunter fallen die Wahl und Konfiguration der Verarbeitungsprogramme, die Integration von Abschottungsmechanismen, der Einsatz von Anonymisierungs- oder Pseudonymisierungsverfahren, die Gestaltung des Verarbeitungsablaufs in seinen einzelnen Phasen oder Maßnahmen, die es den Nutzern ermöglichen, Daten zu reduzieren oder zu verschlüsseln.⁷²⁶ Solche Spielräume bestehen vorbehaltlich anderweitiger verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Bindungen.

Da Zielvorgaben rechtsverbindlich sind, müssen sie bereits auf gesetzgeberischer Ebene mit anderen Belangen in einen Ausgleich gebracht werden. Gibt der Gesetzgeber die Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit vor, hat er zum Beispiel die Bedingungen der Möglichkeit einer rechtmäßigen und effektiven Aufgabenerledigung, Organisationskompetenzen der Exekutive oder bei Privaten deren Freiheit, ein Unternehmen nach eigenen Vorstellungen zu organisieren, oder den organisatorischen und finanziellen Aufwand zu berücksichtigen. Kollidierende Belange sind vielfältig und in Abhängigkeit vom Regelungsfeld von unterschiedlichem Gewicht. Im Falle einer einschränkungslosen gesetzlichen Verankerung der Prinzipien der Datenvermeidung und Datensparsamkeit scheiden gesetzgeberische Vorgaben zum Realisierungsgrad daher auf

724 Der Bezug auf den gesamten Verarbeitungszusammenhang – statt auf einzelne Daten – ermöglicht erst die Unterscheidung von Datenvermeidung einerseits und Datensparsamkeit andererseits.

725 So aber Moos, Datenschutz, S. 525: Die Grundsätze bewirkten keine unmittelbare rechtliche Bindung. Vgl. auch Gola/Schomerus, BDSG, § 3 a Rn 2, mit Blick auf die Durchsetzungsmöglichkeiten vor allem gegenüber Privaten als Normadressaten; dazu entsprechend Gola/Müthlein, TDG, TDDSG, § 3 TDDSG Anm. 6.5.

726 Vgl. den Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen und Entwicklungen bei den neuen Informations- und Kommunikationsdiensten im Zusammenhang mit der Umsetzung des Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes (IuKDG), BTDrucks. 14/1191, S. 13; Bizer, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 44 ff.; Hansen, Technologies, Rn 46 ff.

allgemeiner Ebene aus. Die Regelung des § 3 a BDSG enthält dazu jedenfalls keine Aussagen, und schon wegen der Abwägungsbedürftigkeit der in ihr verankerten Prinzipien mit kollidierenden Belangen kann man nicht davon ausgehen, daß sie auf eine Optimierung ausgerichtet ist.⁷²⁷ Im staatlichen Bereich muß die Exekutive sie deshalb mittels konkretisierender Abwägung verwirklichen. Dabei werden Gehalt und Gewicht der gesetzlichen Zielvorgaben von den grundrechtlichen Anforderungen mitgeprägt.

Die normative Beurteilung der Prinzipien der Datenvermeidung und Datensparsamkeit setzt voraus, daß man ihre Funktionen mit Blick auf die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bestimmt. Folgt man der in dieser Arbeit entwickelten Zwei-Ebenen-Konzeption grundrechtlicher Bindungen, sind diese Prinzipien ebenso wenig wie das Regelungselement der Erforderlichkeit eine notwendige Folge des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁷²⁸ Sie setzen die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, die sich auf der hier erörterten Ebene auf eine sachgerechte und transparenzsichernde Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten richten, vielmehr um, indem sie eine Begrenzung der Erhebung, Speicherung, Veränderung oder Nutzung personenbezogener Daten bewirken. Sie können – vermittelt über ihre Begrenzungsfunktion und in Abhängigkeit von weiteren Faktoren – zur Transparenz beitragen.

Allerdings fällt auf, daß es den Prinzipien der Datenvermeidung und Datensparsamkeit an einer hinreichenden normativen Verklammerung mit der Informationsebene und mit der sachlichen Regelungsebene fehlt. Wie beim Regelungselement der Erforderlichkeit setzt eine Entscheidung darüber, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten vermieden oder reduziert werden kann, eine Analyse voraus, welche Informationen benötigt werden, damit die sachlichen Aufgaben vollständig und in rechtmäßiger Weise wahrgenommen werden können.⁷²⁹ Indem die Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit auf die Gestaltung der Systemstrukturen gerichtet sind, verlangen sie darüber hinaus alternative Entwürfe der Gestaltung des übergeordneten Systems sowie einen Vergleich der mit ihnen jeweils verbundenen Verarbeitung personenbezogener Daten.⁷³⁰ Während sich jedoch das Element der Erforderlichkeit auf den gesetzlich festgelegten Verwendungszweck bezieht, darüber mit der sachlichen Ebene verklammert ist und dadurch auch mit der Informationsebene verbunden werden kann, sind der Bezugspunkt der Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit und die dafür maßgebliche Abstraktionsstufe nicht klar. Das gilt vor allem deshalb, weil der Systembegriff und das Verhältnis von technischem System und sozialer Organisation undeutlich bleiben. Bei überschaubaren (Rechts)Verhältnissen mag dies wenig problematisch sein.

727 Anders: *Bizer*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 52.

728 So aber – auf der Grundlage des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten – die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BTDrucks. 14/4329, S. 33.

729 Siehe oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.b. und 2.b., dort auch zu den damit verbundenen Schwierigkeiten.

730 Vgl. auch *Bizer*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 48.

In komplexen Kommunikationssystemen führen die normativen Zielvorgaben jedoch – angesichts der Wechselwirkungen zwischen der sozialen Organisation und der Gestaltung des technischen Datenverarbeitungssystems – zu nur schwer lösbaren Schwierigkeiten.

Deren Überwindung wäre im Rahmen der Realisierungsspielräume denkbar, wenn nicht intrinsische Schwächen der Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit hinzukämen. Die Prinzipien sind datenbezogen und rein quantitativ ausgerichtet. Sie werden geprägt von der Fehlvorstellung, eine Minimierung personenbezogener Daten trage dem grundrechtlichen Schutz betroffener Personen immer am besten Rechnung.⁷³¹ Sie überspielen, daß eine grundrechtsgerechte Systemgestaltung die Erzeugung und Umsetzung personenbezogener Informationen im Kontext der Aufgabenwahrnehmung steuern und daß die Datenebene dem nachgeordnet sein muß.⁷³² So kann das Ziel einer Minimierung personenbezogener Daten in der Praxis zu der kontraproduktiven Folge führen, daß Informationslücken mit nicht gesicherten Erwartungen und Unterstellungen gefüllt werden.⁷³³ Die Zielvorgaben der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit produzieren außerdem Umsetzungsprobleme, sobald Konflikte im Hinblick auf ihre Anwendung in den verschiedenen Phasen der Datenverarbeitung auftreten. Beispielsweise kann sich eine Systemgestaltung anbieten, die die Zugriffsmöglichkeiten von Mitarbeitern auf den Gesamtbestand personenbezogener Daten differenziert und dadurch begrenzt, die dafür aber, insbesondere bei einer entsprechenden Hardwarekonfiguration, eine Mehrfachspeicherung bestimmter personenbezogener Daten erfordert. Eine sachgerechte Vorgabe ist den Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit insofern wegen ihrer rein datenbezogen-quantitativen Ausrichtung nicht zu entnehmen. Darüber hinaus erlauben sie es nicht, nach inhaltlichen Schutzwürdigkeitskriterien zu differenzieren, die Gestaltung des Systems auch danach auszurichten und dafür unter Umständen, insbesondere im Falle der Abschottung von Verarbeitungsbereichen, einen quantitativ größeren Bestand personenbezogener Daten in Kauf zu nehmen. Eine Differenzierung nach inhaltlichen Kriterien wird aber spätestens dann notwendig, wenn Bindungen einzelner Grundrechtsgewährleistungen zu den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hinzutreten.

Nach der hier entwickelten Konzeption der Grundrechtsbindungen im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind die Anforderungen an eine grundrechtsgerechte Systemgestaltung jedenfalls auf bereichsübergreifender Ebene zu vielschichtig, als daß sie mit datenorientierten Begrenzungsleistungen erfüllt werden könnten, wie sie die Prinzipien der Datenvermeidung und Datensparsamkeit bewirken. Als allgemein-abstrakte Zielvorgaben sind diese Prinzipien nicht von Verfassungs wegen geboten. In ihrer gegenwärtigen Fassung und vor allem als isoliert verankertes Leitbild sind sie nicht einmal sinnvoll, sondern eher wenig gegenstandsgerecht. Defizite bei ihrer Verwirklichung in der Praxis liegen daher nicht allein an Sanktionsdefiziten. In be-

731 Siehe dagegen bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

732 Siehe auch Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.V.

733 Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt A.I.

stimmten Regelungsbereichen mögen die Prinzipien dagegen passen. Angemessen erscheinen sie vor allem bei den überschaubaren Rechtsverhältnissen, die gerne als Beispiel herangezogen werden: bei Verfahren der Abrechnung von Internet-Dienstleistungen oder bei der Geldkarte im Vergleich zu ec-Karte.⁷³⁴

b) Anonymisierung und Pseudonymisierung

Eine besondere Rolle als Komponente der System- und Technikgestaltung wird des weiteren der *Verpflichtung zum Einsatz von Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsmöglichkeiten* zugeschrieben. Dieses Regelungselement steht in Zusammenhang mit den Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit, weist aber eigenständige Züge auf. Es ist ebenfalls zunächst im Recht der Tele- und Mediendienste entwickelt und gesetzlich verankert worden.⁷³⁵ Mittlerweile findet es sich als bereichsübergreifend-abstrakte Vorgabe in § 3 a BDSG. Danach ist bei der Verwirklichung der Zielvorgaben, keine oder so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen, insbesondere von den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung Gebrauch zu machen. Die Verpflichtung greift, soweit dies möglich ist und der Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck steht. Formuliert wird damit ein Regelbeispiel, das „eine von mehreren Möglichkeiten der Ausgestaltung des Systemdatenschutzes“ beschreiben soll.⁷³⁶

Der normative Gehalt der Verpflichtung des § 3 a S. 2 BDSG ist unter Berücksichtigung des Zusammenhanges mit den Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit zu entwickeln. Bei einer Anonymisierung entfällt der Personenbezug der Daten, denn personenbezogene Daten werden dabei so verändert, daß die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können.⁷³⁷ Bei der Pseudonymisierung werden der Name und andere Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen ersetzt, damit die Bestimmung des Betroffenen ausgeschlossen oder wesentlich erschwert ist.⁷³⁸ Pseudonyme können von der betroffenen Person selbst gewählt oder ihr mit oder ohne ihre Kenntnis von Dritten, vor allem von vertrauenswürdigen Institutionen oder von den datenverarbeitenden Stellen, zugeteilt werden.⁷³⁹ Indem eine Zuordnungsfunktion oder ein Schlüssel existieren, die die Aufdeckung des Pseudonyms ermöglichen, sind pseudonymisierte Daten nur für diejenigen personenbezogen oder zumindest personenbeziehbar, die auf die jeweilige Zuord-

734 Zu Chipkarten siehe *Simitis*, Entscheidung, S. 135 f.

735 § 4 Abs. 6 TDDSG, § 18 Abs. 6 MDSStV. Dazu näher *Schulz*, in: Roßnagel (Hrsg.), Recht, § 4 TDDSG, Rn 43 ff., 421 ff.

736 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BTDrucks. 14/4329, S. 33.

737 Vgl. § 3 Abs. 6 BDSG.

738 Vgl. § 3 Abs. 6 a BDSG.

739 *Dammann*, in: *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 Rn 223; *Roßnagel/Scholz*, Datenschutz, S. 725; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 103.

nungsfunktion zugreifen können; ansonsten kommen sie anonymisierten Daten gleich.⁷⁴⁰ Die Pflicht, von den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung Gebrauch zu machen, kann von Anbeginn an oder im Verlauf der Verarbeitungsphasen und in verschiedenen Formen realisiert werden, etwa in aktiver Umsetzung durch die datenverarbeitende Stelle oder mit Hilfe entsprechender Angebote an die Betroffenen.

Nach § 3 a BDSG steht die Verpflichtung, die Möglichkeiten der Anonymisierung und der Pseudonymisierung zu nutzen, unter einem doppelten Vorbehalt des Möglichen, nämlich des sachlich und des technisch Möglichen. Sofern man die Einschränkungsklausel des § 3 a S. 2 BDSG – „soweit dies möglich ist“ – auf die Frage des „technisch Möglichen“ konzentriert⁷⁴¹, ergibt sich die Einschränkung, daß die Realisierung der sachlichen Aufgaben auch mit anonymisierten oder pseudonymisierten Daten möglich sein muß, aus § 3 a S. 1 BDSG, zu dem § 3 a S. 2 BDSG ein Regelbeispiel beschreibt. Hinzu kommt der Vorbehalt der Angemessenheit des Aufwandes im Verhältnis zum angestrebten Schutzzweck. Vor allem Pseudonymisierungsverfahren setzen eine je nach Einsatzfeld und Anforderungsprofil mehr oder weniger anspruchsvolle Infrastruktur voraus.

Für die normative Beurteilung der Verpflichtungen zum Gebrauch der Möglichkeiten der Anonymisierung und der Pseudonymisierung kommt es wiederum auf die Funktionen an, die dadurch im Hinblick auf die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfüllt werden. Auf der hier behandelten Ebene der Grundregulierung gibt die Grundrechtsnorm dem Staat nicht auf, den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten grundsätzlich zu unterlassen.⁷⁴² Daher wird der Gesetzgeber nicht bereits durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zur bereichsübergreifenden Verankerung einer Pflicht zum Einsatz von Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsverfahren gezwungen.⁷⁴³ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt vielmehr eine sachgerechte und transparenzsichernde Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Diesen Vorgaben sowie der damit zusammenhängenden Maßgabe einer angemessenen Abstimmung der informations- und datenbezogenen mit den sachlichen Regelungen⁷⁴⁴ wird der Gesetzgeber mittels einer Pflicht zum Einsatz von Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsverfahren nur gerecht, soweit die sachlichen Aufgaben oder Ziele überhaupt mit anonymisierten oder pseudonymisierten Daten und den daraus erzeugbaren Informationen wahrnehmbar sind.⁷⁴⁵ Ist dies der Fall, können die

740 Siehe bereits oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.3. m.w.N.

741 Bizer, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 3 a Rn 75, mit Verweis auf die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BTDrucks. 14/4329, S. 33. Dort wird allerdings an den Vorbehalt „technisch möglich“ die weitere Einschränkung „aufgrund der vorgegebenen funktionalen Zusammenhänge sachgerecht“ angeknüpft, ohne daß deutlich wird, an welcher Stelle diese Einschränkung normtextlich verankert ist.

742 Oben Vierter Teil, 10. Kapitel, unter Punkt A.II.

743 So aber – auf der Grundlage des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten – die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes und anderer Gesetze, BTDrucks. 14/4329, S. 33.

744 Oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.

745 Schon im Ansatz dürfen die inhaltliche Richtigkeit, die (relative) Aktualität und die (relative) Voll-

Verpflichtungen, von den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung Gebrauch zu machen, zur Realisierung der grundrechtlichen Anforderungen beitragen, sofern sie zu einer Begrenzung der Erhebung, Speicherung, Veränderung oder Nutzung personenbezogener Daten führen und darüber zugleich die personenbezogenen Informationen und das Wissen begrenzen, das über eine identifizierbare Person entsteht. Darüber vermittelt kann zumindest die Pflicht zum Einsatz von Anonymisierungsverfahren auch der Transparenz dienen. Inwieweit Pseudonymisierungsmöglichkeiten transparenzfördernd wirken, hängt davon ab, wie sich die Bedingungen der Aufdeckbarkeit des Pseudonyms gestalten.

Ob eine Begrenzung der Verarbeitung personenbezogener Daten und darüber zugleich der personenbezogenen Informationen und des Wissens über eine identifizierbare Person erreicht wird, ist nicht mit isoliertem Blick auf einzelne Daten festzustellen, sondern verwendungskontextabhängig. Deshalb stellt sich eine Anonymisierung von Daten im Rahmen einer Statistikerarbeitung⁷⁴⁶ anders dar als in einem traditionellen Verwaltungsverfahren, in dem die Gefahr bestehen kann, daß Informationslücken mit Unterstellungen gefüllt werden.⁷⁴⁷ Bei pseudonymisierten Daten kommt es zusätzlich auf die Bedingungen der Aufdeckbarkeit des Pseudonyms an. Unabhängig von diesen Gesichtspunkten muß zuvor die viel grundlegendere Frage beantwortet werden, ob die Aufgaben oder Ziele der datenverarbeitenden Stelle mit anonymisierten oder pseudonymisierten Daten überhaupt in rechtmäßiger, vollständiger oder effektiver Form realisiert werden können. Wie bei den Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit muß bestimmt werden, welche Daten benötigt werden, damit die Informationen erzeugt werden können, die für die Aufgabenwahrnehmung erforderlich sind. Anders als bei jenen Prinzipien ist freilich zusätzlich zwischen Sachgehalt und Personenbezug von Daten zu differenzieren: Reicht es aus, Daten mit ihrem Sachgehalt, aber ohne Personenbezug zur Verfügung zu haben? Reicht es aus, den Personenbezug nur im Falle des Eintritts bestimmter Bedingungen oder Überraschungen aufdecken zu können? Im Falle komplexer Kommunikationsbeziehungen, deren Verlauf nur begrenzt prognostizierbar ist und die durch vielfältige Faktoren beeinflusst werden, ist die Frage meistens nur schwer zu beantworten. Häufig ist sie aber jedenfalls in bestimmten Hinsichten zu verneinen. Etwa unterliegt das Handeln der staatlichen Verwaltung inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Rechtmäßigkeitsbedingungen – zum Beispiel der Bindung an Gesetz und Recht, dem Gleichheitssatz oder in Verwaltungsverfahren dem Untersuchungsgrundsatz –, die nicht nur eine Anonymisierung, sondern auch eine Pseudonymisierung der personenbezogenen Daten der Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens in der Regel ausschließen.⁷⁴⁸ Bereits der Unter-

ständigkeit des Datenbestandes durch den Rückgriff auf anonymisierte oder pseudonymisierte Daten nicht gefährdet sein, damit „richtige“ Informationen gebildet werden können. Weitere Faktoren, die den Personenbezug erfordern können, kommen hinzu. Vgl. noch sogleich im Text dieses Punktes.

746 Hier impliziert der Verwendungszweck selbst den Wegfall des Personenzuges von Daten ab einer bestimmten Phase der Statistikerarbeitung. Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.b.aa. Diese Konstellation läßt sich jedoch nicht verallgemeinern.

747 Vgl. bereits oben zur Problematik der Prinzipien der Datenvermeidung und der Datensparsamkeit, Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.III.2.a.

748 Nähere Überlegungen dazu bei *Gundermann*, Sozialhilfe, S. 283 ff.

suchungsgrundsatz nach § 24 VwVfG, der die Behörde verpflichtet, den Sachverhalt und damit alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände von Amts wegen zu ermitteln, steht der Möglichkeit der Pseudonymität eines Beteiligten entgegen.⁷⁴⁹ Allgemein ist empirisch nicht geklärt, inwieweit nicht funktionale Zusammenhänge zwischen personenbezogenem Wissen mit (potentiellen) persönlichen Kontakten und der Rechtmäßigkeit exekutiver Aufgabenwahrnehmung bestehen. Selbst wenn man Pseudonyme nicht gleich verwirft, setzte beispielsweise die Verhinderung einer mehrfachen Inanspruchnahme staatlicher Leistungen eine Infrastruktur voraus, mittels derer unterschiedliche Pseudonyme einer Person verknüpft werden können und die wiederum – mit der Folge neuer Gefahren – die Verarbeitung personenbezogener Daten bedingt.⁷⁵⁰ All diese Gesichtspunkte verdeutlichen die zentrale Problematik der Verpflichtung zum Einsatz von Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsmethoden, die nicht erst in den nachgeschalteten Punkten steckt, ob der Einsatz technisch möglich und ob der Aufwand angemessen ist.

Grundrechtsgeboten ist die gesetzliche Verankerung einer abstrakt-bereichsübergreifenden Verpflichtung zum Einsatz von Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsverfahren schon deshalb nicht, weil der Gesetzgeber in vielen, wenn auch nicht in allen Regelungsfeldern funktional äquivalente Alternativen herausstellen könnte. Angesichts der eben aufgezeigten Problematik im Bereich „klassischer“ Verwaltungsverfahren geht die Konzentration auf eine Pflicht, von den Möglichkeiten der Anonymisierung und Pseudonymisierung Gebrauch zu machen, sogar fehl. Deren Eignung als Teilelement im Rahmen einer komplexeren Systemgestaltung oder bei Übermittlungen vor allem an private Dritte bleibt unberührt.⁷⁵¹ Ebenso mag sie in bestimmten Regelungsfeldern notwendig oder angemessen sein. Das gilt etwa im Falle der Realisierung von Internetwahlen⁷⁵², vor allem aber auch in den sozial neuartigen Bereichen, in denen dieses Regelungselement entworfen worden ist, nämlich hinsichtlich der Inanspruchnahme von Internet-Dienstleistungen oder in bestimmten Feldern des e-commerce.⁷⁵³ Insgesamt zeigt sich freilich, daß man zu kurz griffe, wenn man die gesetzliche Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten allein an Regulierungserfordernissen oder -instrumenten orientierte, die im Bereich des Internet und hier in bestimmten Rechtsverhältnissen passen mögen.

749 So auch *Gundermann*, Sozialhilfe, S. 283 f.

750 *Gundermann*, Sozialhilfe, S. 284 f.

751 Zum Beispiel kann ein allgemeines Datenzugangsrecht im Falle anonymisierter oder pseudonymisierter Daten leichter realisiert werden als im Falle personenbezogener Daten. Vgl. insgesamt *Masing*, Transparente Verwaltung, S. 410 ff. In Betracht kommt auch, die Daten Nichtbeteiligter oder zufällig Betroffener zumindest dann zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren, wenn insoweit die Bindungen einzelner Freiheitsgewährleistungen greifen. Vgl. noch Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt A.II.

752 Überlegungen dazu bei *Gundermann*, Sozialhilfe, S. 286; zur technischen Realisierbarkeit *Osten/Küntzler*, Herstellung, S. 274 ff.

753 Siehe z.B. *Schulz*, in: Roßnagel (Hrsg.), Recht, § 4 TDDSG, Rn 434 ff.; *Golembiewski*, Anonymität, S. 110 ff.; *Rasmussen*, Datenschutz, S. 37 ff.; außerdem Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2.

c) Datenschutzaudit und Produktzertifizierung

Neben den inhaltlich ausgerichteten allgemeinen Vorgaben dienen das *Datenschutz-Audit* und die *Produktzertifizierung* als Verfahrensinstitutionalisierungen der System- und Technikgestaltung.⁷⁵⁴ Sie sind nach den Vorbildern des Umwelt-Audit und der Gütesiegel im Umweltschutzbereich entworfen worden.⁷⁵⁵

Das Datenschutzaudit kann sich als Systemaudit auf das Datenschutzkonzept oder das Datenschutzmanagementsystem beziehen, mit dem die datenverarbeitende Stelle im Rahmen ihrer Entscheidungs- und Organisationskompetenzen den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nach den sie bindenden rechtlichen Maßgaben und nach sonstigen Kriterien gestaltet. Dieses Datenschutzmanagementsystem wird durch unabhängige Gutachter überprüft und bewertet; das Ergebnis wird veröffentlicht. Beurteilungsgegenstand kann das gesamte System oder – meist praktikabler – ein Teilelement oder innerhalb des Systems abgrenzbares Verfahren sein.⁷⁵⁶ Man mag das Systemaudit in Teilen als eine institutionalisierte Technikfolgenabschätzung begreifen, ohne daß es sich damit vollständig deckte: Auf der Grundlage einer Analyse bestehender und geplanter Verarbeitungsprozesse sind die verschiedenen Modelle des Technikeinsatzes zu untersuchen und zu vergleichen.⁷⁵⁷

Das vom Systemaudit zu unterscheidende Produktaudit – oder in besserer Bezeichnung: die Produktzertifizierung – richtet sich dagegen auf die einmalige Zertifizierung von Geräten, Datenverarbeitungsprogrammen oder Datenverarbeitungsverfahren. Eine solche Zertifizierung erfolgt in der Regel außerhalb des konkreten sozialen Systems, in dem das Produkt eingesetzt wird; sie wird von den Anbietern des Produkts veranlaßt. Im Hintergrund steht die Idee der Auslösung und Ausnutzung eines Wettbewerbs über die Entwicklung und den Einsatz datenschutzgerechter Techniken mit Hilfe eines Verfahrens, in dem die Qualität der Techniken durch autorisierte Gutachter geprüft und gegebenenfalls mit einem Zertifikat versehen wird.⁷⁵⁸ Über die systemübergreifende Bewertung der Technikgestaltung hinaus soll dieses Instrument Anreize zur Technikentwicklung setzen.

Soweit die Prüfungsmaßstäbe rechtliche Maßstäbe sind, zielt das Datenschutzaudit auf die Verwirklichung sämtlicher Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des Umgangs mit Informationen und Daten. Es läßt sich der System- und Technikgestaltung zuordnen, weil es die den einzelnen Verarbeitungsvorgängen vorgelagerte Ebene der System- und Technikgestaltung einbezieht und auf möglichst optimale Lösungen im Rahmen der in Betracht kommenden Alternativen gerichtet ist. Es ist aber nicht etwa als ein Instrument konzipiert, das lediglich inhaltliche Vorgaben zur System- und Technikgestaltung ver-

754 Umfassend zur Konzeption *Roßnagel*, Datenschutzaudit, S. 1 ff.

755 *Roßnagel*, Datenschutzaudit, in: Handbuch Datenschutzrecht, Rn 83 ff.

756 *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 136 f.; *Roßnagel*, Datenschutzaudit, in: Handbuch Datenschutzrecht, Rn 91 ff.

757 *Bizer*, Datenschutz, S. 53 ff.

758 *Garstka*, Notwendigkeit, S. 988.

fahrensrechtlich absicherte.

Auf Bundesebene ist das Datenschutzaudit in § 9 a BDSG verankert: Anbieter von Datenverarbeitungssystemen und -programmen sowie datenverarbeitende Stellen können zur Verbesserung des Datenschutzes und der Datensicherheit ihr Datenschutzkonzept sowie ihre technischen Einrichtungen durch unabhängige und zugelassene Gutachter prüfen und bewerten lassen sowie das Ergebnis der Prüfung veröffentlichen. Das umfaßt, wenn auch mit einem nicht gerade geglückten Normtext, sowohl das System- als auch das Produktaudit.⁷⁵⁹ Im Hinblick auf das Audit steht es somit der datenverarbeitenden Stelle zu, das „System“ abzugrenzen, für das ein Datenschutzkonzept entwickelt worden ist, das beurteilt werden soll.⁷⁶⁰ Die besonderen gesetzlichen Regelungen, die die näheren Anforderungen an die Prüfung und Bewertung, das Verfahren sowie die Auswahl und Zulassung der Gutachter spezifizieren sollen, stehen noch aus.⁷⁶¹

Aus der Perspektive der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG haben Datenschutzaudit und Produktzertifizierung die Funktionen, die Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben zum Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in verschiedenen Hinsichten mit Hilfe eines Verfahrens zu unterstützen, dessen Kernpunkte eine Prüfung und Bewertung durch unabhängige Gutachter und die Veröffentlichung des Ergebnisses sind. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gibt dem Gesetzgeber zwar auf, verschiedene Formen adäquater Kontrollen zu institutionalisieren.⁷⁶² Das Datenschutzaudit geht freilich darüber hinaus. Auch der Anreiz zur Technikentwicklung, der durch Produktzertifizierungen gesetzt wird, stellt sich als Option dar. Grundrechtlich geboten ist die Institutionalisierung eines Datenschutzaudits oder einer Produktzertifizierung demnach nicht.⁷⁶³ Beide Formen sind allerdings grundsätzlich sinnvolle⁷⁶⁴, wenn auch sehr voraussetzungsvolle Instrumente. Zu den problematischen Punkten, die sie mit sich bringen, zählt das Erfordernis einer hinreichenden Klärung der Prüfungs- und Bewertungsmaßstäbe⁷⁶⁵, also auch der Rechtmäßigkeitsmaßstäbe. Die Rechtmäßigkeitsmaßstä-

759 Dazu *Roßnagel*, Datenschutzaudit, in: Handbuch Datenschutzrecht, Rn 54, 64 ff.; *Vofßbein*, Datenschutzauditierung, S. 93.

760 *Roßnagel*, Datenschutzaudit, in: Handbuch Datenschutzrecht, Rn 93. Zu den konkretisierungsbedürftigen Begriffen „Datenschutzkonzept“ und „technische Einrichtungen“ *Bizer*, in: *Simitis* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, § 9 a Rn 59 ff. m.w.N.

761 Zu Problemunkten *Bizer*, Strukturplan, S. 10. Zu den bereits vorhandenen Regelungen in Schleswig-Holstein siehe § 4 Abs. 2 LDSG SH i.V.m. der Landesverordnung über ein Datenschutzaudit (zum Gütesiegel für Produkte), der einschließt, daß auditierte Produkte vorrangig eingesetzt werden sollen. Siehe im übrigen § 43 Abs. 2 LDSG SH (Systemaudit als Serviceaufgabe des ULD). Vgl. insgesamt *Bäumler*, Gütesiegel, S. 81 ff.; *Golembiewski*, Datenschutzaudit, S. 107 ff.; *Hansen/Probst*, Datenschutzgütesiegel, S. 163 ff.

762 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.4.

763 *Roßnagel*, Datenschutzaudit, in: Handbuch Datenschutzrecht, Rn 36 ff., erörtert im Gegenteil die Grundrechtsrelevanz unter dem Aspekt der Beeinträchtigung des Art. 12 GG auf seiten betroffener Unternehmen oder auf seiten der Gutachter.

764 Kritik unter bestimmten Aspekten bei *Gola*, Datenschutzbeauftragte, S. 94 ff.; *Dieckmann/Eitschberger/Eul/Schwarzhaupt/Wohlrab*, Datenschutzaudit, S. 549 ff.

765 Zu den Maßstäben *Roßnagel*, Datenschutzaudit, in: Handbuch Datenschutzrecht, Rn 94 ff.; *Bäumler*, Gütesiegel, S. 81 f.; *Hansen/Probst*, Datenschutzgütesiegel, S. 167 ff.

be sind im Datenschutzrecht wegen ihrer Prägung durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines „Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten“ aber ihrerseits ein Problem.

Datenschutzaudit und Produktzertifizierung sind als allgemeine Vorgaben bereichsübergreifend geregelt. Die für die Beurteilung relevanten Rechtmäßigkeitsmaßstäbe setzen sich allerdings zumindest beim Systemaudit, gegebenenfalls auch bei der Produktzertifizierung aus den verfassungsrechtlichen Maßgaben, aus den abstrakt-allgemeinen und den bereichsspezifischen gesetzlichen Vorschriften und aus etwaigen untergesetzlichen Normen zusammen. In ihrem Datenschutzkonzept oder ihrem Datenschutzmanagementsystem muß die datenverarbeitende Stelle sämtliche Rechtmäßigkeitsanforderungen erfüllen.

3. Bereichsspezifität als Merkmal der System- und Technikgestaltung

Die System- und Technikgestaltung dreht sich um die Gestaltung der Komponenten, die den Rahmen und die Bedingungen der konkreten Informations- und Datenverarbeitungen bilden, also etwa um die Gestaltung der Aufgaben, der Organisation, der Entscheidungsverfahren oder der Datenverarbeitungssysteme. Zielen die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf eine sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten, kann es nicht überraschen, daß eine anforderungsgerechte System- und Technikgestaltung nur begrenzt mit Hilfe abstrakter Prinzipien zu realisieren ist. Erst der jeweilige Sachbereich, in dem das „System“ abgegrenzt wird, gibt Hinweise auf Regelungserfordernisse und Regelungsmöglichkeiten, sei es zur differenzierteren Gestaltung der Aufgaben, sei es zur schutzverwirklichenden Ablauforganisation von Entscheidungsverfahren oder Verarbeitungsprogrammen. Im Begriff der Systemgestaltung steckt somit geradezu das Erfordernis bereichsspezifischer Regelungen.

Der jeweils zuständige Gesetzgeber kann zum Beispiel die Aufgaben präziser oder differenzierter beschreiben und damit eine der Grundlagen gestalten, an der die Regelung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten orientiert ist.⁷⁶⁶ Zu denken ist etwa an die angemessen differenzierte Gestaltung der Aufgaben der Polizei, insbesondere im Hinblick auf die Differenz von Straftatenverhütung und Verfolgungsvorsorge.⁷⁶⁷ Auf der Basis differenzierter Aufgaben können wiederum Regelungen getroffen werden, die Verarbeitungszusammenhänge organisatorisch oder technisch gegeneinander abschotten. Beispiele sind die Statistikerarbeit⁷⁶⁸, aber auch die im Transplantationsgesetz vorgesehene Gestaltung der Verarbeitungsbefugnisse der Vermittlungsstelle, der Koordinierungsstelle und des Transplantationszentrums, die unter anderem sicherstellen soll, daß die Identität des Spenders dem Transplantationszentrum in der Regel nicht be-

766 Oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.1. und B.II.1.a.aa.(2).

767 Albers, Determination, S. 118 ff., 252 ff.

768 §§ 10 ff. BStatG.

kannt wird.⁷⁶⁹ In Betracht kommen weiter organisationssteuernde Vorgaben dazu, welche Stelle in einem übergreifenden Datenverarbeitungssystem eingabe- und veränderungsbefugt ist.⁷⁷⁰ Bereichsspezifisch mag die Verankerung des Grundsatzes der Datenvermeidung und Datensparsamkeit in Datenverarbeitungssystemen sinnvoll sein, etwa im Leistungsverhältnis zwischen Teledienstleistern und Nutzern. Hier paßt auch die Vorgabe, daß die Inanspruchnahme von Dienstleistungen in anonymisierter oder pseudonymisierter Form ermöglicht werden muß.⁷⁷¹ Wie bereits erkennbar ist, ist der Gesetzgeber insgesamt nicht auf die Vorgabe von Prinzipien oder Zielvorgaben beschränkt, sondern trifft ausgestaltende oder punktuell ge- und verbietende Regelungen. Die System- und Technikgestaltung setzt sich aus einer Kombination unterschiedlicher Regulationsformen zusammen.

Eine präzise und differenzierte Beschreibung der Aufgaben kann bewirken, daß das Regelungselement der „Erforderlichkeit“ im Rahmen der Determination der Verarbeitungsvorgänge hinreichende Determinationskraft entfaltet.⁷⁷² Wird der verantwortlichen Stelle eine organisatorische und technische Abschottung von Verarbeitungsbereichen aufgegeben, kann dies detaillierte Determinanten für die Verarbeitungsvorgänge entbehrlich machen. Im Verhältnis zur Determination der Verarbeitungsvorgänge kann die System- und Technikgestaltung demnach Ergänzungs-, aber auch Surrogatscharakter haben.

C. Die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten

I. Die Einbettung der Regelungen in die jeweiligen Regelungszusammenhänge

Neben den Anforderungen an eine sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten verpflichtet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG den Staat, den Grundrechtsträgern die Möglichkeit zu gewährleisten, von den sie betreffenden Vorgängen Kenntnis zu haben.⁷⁷³ Auch diese Verpflichtung richtet sich in erster Linie an die Gesetzgebung.⁷⁷⁴ Sie betrifft staatliche Informations- und Datenverarbeitungen, aber auch, vermittelt über die Drittwirkung, das Verhältnis unter Privaten. Freilich ist wiederum zu berücksichtigen, daß sich die grundrechtlichen Aussagen und ihre Konkretisierung für den (Rechts)Staat anders gestalten können als im Verhältnis Privater untereinander.⁷⁷⁵

Die Verpflichtung zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten bezieht sich nicht lediglich auf eine von vornherein spezifizierte Chance der Kenntnis ganz bestimmter,

769 §§ 9 ff. TPG. Vgl. dazu auch *Dix*, Konzepte, Rn 17, und außerdem Rn 16 zum Krebsregistergesetz.

770 Siehe § 11 Abs. 3 S. 1 BKAG für Inpol.

771 § 4 Abs. 6 TDDSG.

772 Vgl. bereits oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.2.b.

773 Ausführlicher Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.2.

774 Siehe bereits Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.2.

775 Vgl. Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.2. und III.2.

eingrenzbarer Vorgänge. Sie richtet sich vielmehr im Ansatz auf den vielfältigen und komplexen Umgang mit den Informationen und Daten, die die Grundrechtsträger betreffen. Vor diesem Hintergrund baut sie in bestimmtem Umfang auf der Verpflichtung zur sachgerechten und transparenz sichernden Regulierung auf. Hinreichende Kenntnismöglichkeiten wären gar nicht zu realisieren, wenn der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht gebunden, begrenzt und transparent gestaltet wäre. Zugleich entfaltet die dritte Linie der grundrechtlichen Schutzzinhalte – die Verpflichtung zur Einflußgewähr – Vorwirkungen auf die Pflicht zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten, weil diese Voraussetzung jener sind. In den so bereits erkennbaren Regelungszusammenhängen lassen sich die grundrechtlichen Anforderungen nicht zu nur einer Form der Kenntnismöglichkeit konkretisieren. Da die Verarbeitungsvorgänge komplex sind und von den Grundrechtsträgern weitgehend losgelöst verlaufen, sind gestuft angelegte, verschiedenartige Rechtspositionen erforderlich. Den Grundrechtsträgern müssen übergreifende Orientierungschancen ebenso wie konkrete Kenntnismöglichkeiten in bezug auf bestimmte Verarbeitungsvorgänge eröffnet werden.

Die Gesetzgebung muß die Regelungen zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten daher in zwei Hinsichten in Regelungszusammenhänge einbetten. Erstens sind sie mit den Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten und mit den Regelungen zur Einflußgewähr zu koordinieren. Zweitens müssen sie untereinander abgestimmt sein, so daß sie im Zusammenwirken den grundrechtlichen Anforderungen Rechnung tragen.

1. Die Koordination mit den Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten und mit den Regelungen zu den Einflußchancen

Indem sich die zu gewährleistenden Kenntnismöglichkeiten auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten beziehen und indem sie Voraussetzung der Wahrnehmung der Einflußchancen sind, wird die der Gesetzgebung obliegende Konkretisierung einerseits durch die Regelungen der Verarbeitungszusammenhänge, andererseits durch die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an die Gewährleistung von Einflußrechten und durch die entsprechenden Bestimmungen beeinflusst. Zwischen den einzelnen Strängen, die sich bei den Vorgaben der Grundrechtsnorm unterscheiden lassen, bestehen also funktionale Zusammenhänge. Von den Regelungen der Verarbeitungsvorgänge und ihrer daran orientierten Gestaltung hängt ab, was Gegenstand der zu gewährleistenden Kenntnis ist, etwa die Speicherung von Daten einerseits in Nachweisdateien, andererseits in Akten oder im Falle routinemäßiger Übermittlungen die regelmäßigen Empfänger. Weiter ist davon abhängig, wie Kenntnis zu gewährleisten ist. Sehen die gesetzlichen Regelungen zum Beispiel heimliche Datenerhebungen über eine bestimmte Person vor, wäre ein Auskunftsanspruch als Form der Kenntnismöglichkeit unzureichend. Der Gesetzgeber kann auch die Bestimmungen über Zweckänderungen so gestalten, daß Regelungen, die der Exekutive zulässigerweise Spielräume belassen, durch eine Benachrichtigungspflicht ausge-

glichen werden.⁷⁷⁶ Von der durch die gewählte Regulierung vorgegebenen Struktur hängt weiter ab, an welcher Stelle Kenntnischancen gewährleistet sein müssen. Insbesondere insofern wirken zudem die nach den grundrechtlichen Maßgaben einzuräumenden Einflußchancen des Grundrechtsträgers auf die Regelungen der Kenntnisgewähr vor. Stehen dem Grundrechtsträger an einer bestimmten Stelle Möglichkeiten einer Einflußnahme auf die Informations- und Datenverarbeitung zu, muß zugleich sichergestellt sein, daß ihm zuvor die dafür erforderlichen Kenntnismöglichkeiten eröffnet sind. Mit Blick auf die Struktur, die durch die Regelungen der Informations- und Datenverarbeitung und durch die Anforderungen an die Gewährleistung von Einflußchancen sowie die entsprechenden Bestimmungen bereits gegeben ist, können sich die grundrechtlichen Pflichten zur Kenntnisgewähr zu mehr oder weniger bestimmten Vorgaben verdichten. Diese Verdichtung läßt sich graduell und differenziert beschreiben. Der Gesetzgebung könnte somit zwar vorgegeben sein, daß die Kenntnischancen der Grundrechtsträgern an einer bestimmten Stelle garantiert sein müssen, ohne daß aber die Form der Kenntnisgewähr bereits feststünde.

Diese Koordinationserfordernisse entscheiden auch darüber, inwieweit bestimmte Formen der Kenntnisgewähr mit Bündelungs- und Entlastungsfunktion in den Querschnitts- und Auffangesetzen festgelegt werden können. Der Umgang der jeweiligen Stelle mit Informationen und Daten kann bereichsspezifisch geregelt sein, während sich die Kenntnisgewähr nach querschnittsartigen Vorschriften richtet. Diese können differenziert gestaltet, also zum Beispiel von verschiedenartigen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Sie sind dann mit Blick auf jene bereichsspezifischen Regelungen zu konkretisieren. Müssen die Regelungen zur Gewährleistung der Kenntnismöglichkeiten dagegen auf bereichsspezifische Besonderheiten der jeweiligen Informations- und Datenverarbeitungen abgestimmt werden, sind sie regelmäßig ihrerseits nur bereichsspezifisch zu regeln. Die Belange, die eine Einschränkung der Kenntnisgewähr rechtfertigen können, lassen sich ebenfalls oft nur konkret erfassen und beschreiben. Insgesamt ergibt sich eine Mischung abstrakt-übergreifender und bereichsspezifischer Bestimmungen.

2. Die wechselseitige Koordination der Regelungen zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten

Da die Verpflichtung zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten durch vielfältige Formen realisiert wird, hängt es von bereits getroffenen Regelungsentscheidungen ab, welche Kenntnischancen noch in welcher Weise zu gewährleisten sind. Auch im übrigen läßt sich zum Teil nur im Regelungszusammenhang beantworten, in welcher Hinsicht und an welcher Stelle Kenntnisgewährleistungen zu regeln sind. Werden Daten beim Betroffenen erhoben, ist eine erneute Benachrichtigung darüber, daß personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet worden sind, nicht nötig. An dem Auskunftsanspruch, der sich auf die Verarbeitungszusammenhänge und etwa auch auf die Datenveränderungen bezieht, braucht das nichts zu ändern. Auskunftsansprüche genügen nicht bei heimlichen Erhebungen und

⁷⁷⁶ Vgl. dazu Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.a.cc.

einer intensiven Betroffenheit der jeweiligen Person. Dann ist zwingend eine Benachrichtigung vorzusehen.

II. Die Regelungsinhalte zur Realisierung der grundrechtlichen Maßgaben

1. Übergreifende Orientierungschancen

Richtet sich die Pflicht zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten im Ansatz auf den vielfältigen und komplexen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, ist auf einer ersten Stufe das Problem zu lösen, wie die Grundrechtsträger erfahren können, in welchen Zusammenhängen und bei welcher Stelle überhaupt sie betreffende Informationen und Daten verarbeitet werden. Der Verweis aller Grundrechtsträger auf eine Erkundigung bei allen denkbaren Stellen stieße auf beiden Seiten auf Kapazitätsgrenzen und ist für die Zielrealisierung ungeeignet. Einsichts- oder Auskunftsvorschriften reichen daher nicht aus, sofern es um die Auswahl und Bestimmung der für den jeweiligen Grundrechtsträger relevanten Stellen und darüber hinaus um einen Überblick über die interne Organisation der Informations- und Datenverarbeitungsabläufe geht. Auf der ersten Stufe richten sich die grundrechtlichen Anforderungen deshalb auf die Gewährleistung übergreifender Orientierungschancen. Nur dann kann der Grundrechtsträger wissen, ob nähere Kenntnisbemühungen für ihn von Interesse sind. Konkrete Kenntnischancen können außerdem regelmäßig nur punktuelle Kenntnisse erzeugen.

Übergreifende Orientierungschancen werden teilweise bereits gewährleistet, indem der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten aufgrund der gesetzlichen Umsetzung der grundrechtlichen Verpflichtung zur sachgerechten und transparenzsichernden Regulierung begrenzt, strukturiert und transparent gestaltet wird. Bestimmtheits- und Normenklarheitsgebot wirken sich verstärkend aus. Bestimmte und klare gesetzliche Regelungen ermöglichen den Grundrechtsträgern eine grundsätzliche und unter Umständen schon weitgehende Orientierung über den sie betreffenden Umgang mit Informationen und Daten.⁷⁷⁷ Zum Beispiel ist der Betroffene über die routinemäßige Übermittlung der Meldedaten durch die gesetzliche Übermittlungsbestimmung, dies gegebenenfalls ergänzt durch einen mit dem Meldevorgang verbundenen Hinweis auf die regelmäßigen Empfänger, informiert.⁷⁷⁸

Die Überschaubarkeit ist jedoch oft auf diese Weise noch nicht gesichert. Das gilt um so mehr, als die gesetzliche Regulierung in vielen Bereichen keine detaillierten Vorgaben vorsehen kann oder vorzusehen braucht. Die überkommene Idee einer gesetzlichen Determination, die Regelungen in Form präzise-konkreter Zwecksetzungen, „strikt“ Zweckbindungen oder aufgelisteter Daten vorgibt, beruht auf zu schlichten Prämissen und ist nie ernsthaft realisierbar gewesen. Die Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten stützt sich statt dessen immer auf eine Kombination zum einen

⁷⁷⁷ Siehe dazu *Bäumler*, Normenklarheit, S. 361 ff.

⁷⁷⁸ *Simitis*, Melderecht, S. 269.

bestimmter und damit begrenzter gesetzlicher Determinanten und zum anderen der Umsetzungs- und Konkretisierungsleistungen der Exekutive.⁷⁷⁹

Unter diesen Umständen sind jedoch Regelungen erforderlich, die den betroffenen Personen auf übergreifender Ebene Kenntnis darüber vermitteln können, wo und wie über sie Informationen gewonnen und verwendet oder Daten verarbeitet werden könnten. Die Gesetzgebung hat bei deren Ausgestaltung schon deshalb Spielräume, weil sie begrenzte Vorschriften auf dieser Stufe zum Beispiel durch weitreichende Benachrichtigungspflichten kompensieren könnte. Sinnvoller sind allerdings zielgerecht gestaltete Vorgaben, die die Möglichkeit einer übergreifenden Orientierung angemessen sichern. Die Lösungen dazu sind freilich noch wenig befriedigend. Traditionell hat der Gesetzgeber hier unter anderem Pflichten zur Führung und Veröffentlichung von Dateienregistern vorgesehen.⁷⁸⁰ Auch Art. 18 EG-DSRiL greift dieses Modell auf, relativiert es aber bereits. Insgesamt ist das Leitbild zentraler Großrechenanlagen überholt.⁷⁸¹ Zudem sind allein datenbezogene Pflichten als Grundlage der Gewährleistung übergreifender Orientierungschancen unzulänglich.

Eine neue Idee sind Informations- und Kommunikationspläne, die die Strukturen und Prozesse der Informations- und Datenverarbeitungen bereichsspezifisch, also auch *in* den Kommunikations- und Entscheidungszusammenhängen, veranschaulichen sollen.⁷⁸² Diese Idee könnte mit den Vorgaben des Art. 21 EG-DSRiL verbunden werden, der die Öffentlichkeit der Strukturen der Informations- und Datenverarbeitung vorsieht, aber seinerseits einer sachgerechten Ausfüllung bedarf.⁷⁸³ Sie könnte an eine möglichst transparente Systemgestaltung anknüpfen. Angemessen ausgestaltet könnte dies dem Ziel gerecht werden, den Bürgern ein orientierendes Wissen über Inhalte, Abläufe und Folgen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu ermöglichen. Wichtig ist, daß es hier um die verständliche Darstellung der *Grundstrukturen* in den Kommunikations- und Entscheidungszusammenhängen geht, also nicht um die Darstellung jedes Details und nicht um eine bloß abstrakt-technische Darstellung der Datenverarbeitung. Den interessierten Personen nähere Informationen zu vermitteln, ist dann nämlich die Funktion konkreter Kenntnisrechte und damit verbundener Beratungs- und Aufklärungsrechte. Je nach Ausgestaltung ist dabei der vermittelte Zugang über die Datenschutzbeauftragten, den die Vorschriften über Dateienregister teilweise vorsehen, nicht nötig und nicht zielgerecht. Zumindest bei öffentlichen Stellen ist eine Präsentation solcher Informations- und Kommunikationspläne im Internet denkbar.⁷⁸⁴

779 Siehe z.B. Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.IV.2., B.II.1.a.aa.(2), B.II.1.b., B.III.2.a.

780 Vgl. dazu *Simitis*, Chancen und Gefahren, S. 681 ff.; *Dammann*, Transparenz, S. 81 ff.; *Pedrazzini*, Grundsätze, S. 68; *Kamlah*, Datenschutz, S. 207 (zur amerikanischen Diskussion).

781 Vgl. etwa die Kritik bei *Nitsch*, Datenschutz, S. 363. Der Vorschlag stärker dezentral gestalteter Register findet sich bei *Hassemer*, Zukunft, S. 102, 104.

782 Frühzeitig *Eberle*, Informationstechnik, S. 150 f., dies hier auch mit dem Ziel eines Gesetzesersatzes.

783 Vgl. Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.e.

784 Zu den Defiziten der überkommenen Dateienregister hinsichtlich der faktischen Publizität, hinsichtlich der Verständlichkeit und damit auch hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Transparenz herzustellen, siehe nur *Dammann*, Transparenz, S. 82 ff.

Gerade bei der Gewährleistung übergreifender Orientierungschancen wirkt sich aus, daß sich die grundrechtlichen Aussagen und ihre Konkretisierung im Verhältnis unter Privaten anders gestalten als im Hinblick auf staatliche Stellen. Der Gesetzgeber ist in der Regel nicht verpflichtet, vollständig zu kompensieren, daß überwiegend bereits die unterschiedlichen Formen der gesetzlichen Determination in unterschiedlichem Umfang Transparenz vermitteln. Zusätzliche Bestimmungen werden im Falle des rechtsstaatlich strukturierten Staates grundsätzlich ebenfalls weiter reichen und anders aussehen als in den Rechtsverhältnissen Privater. Allerdings sind die Vielfalt der Regelungsfelder und die deswegen bestehenden Differenzierungserfordernisse zu berücksichtigen. So gibt es im Bereich der Telekommunikation, in dem Art. 10 GG und die Privatisierungsfolgenverantwortung eine Rolle spielen, spezielle Unterrichtungspflichten.⁷⁸⁵

2. Kenntnisgewähr durch Initiativpflichten der verarbeitenden Stelle

Beteiligungspflichten und Mitteilungspflichten gewährleisten die Kenntnismöglichkeiten der Grundrechtsträger durch eine Unterrichtung auf Initiative der informations- und datenverarbeitenden Stellen im Einzelfall. Sie sind einerseits nicht so abstrakt gehalten wie die Regelungen, die eine übergreifende Orientierung ermöglichen sollen. Sie können diese Funktion aber je nach Inhalten und Reichweite der Unterrichtungspflichten durchaus übernehmen. Andererseits knüpfen sie nicht an die Initiative des Betroffenen an, die bereits ein gewisses Maß an Kenntnis voraussetzt.

Beteiligungspflichten sind darauf angelegt, daß die Betroffenen von einem sie angehenden beabsichtigten Vorgehen erfahren und ihnen darüber hinaus Gelegenheit zur Einflußnahme gegeben wird. Die Maßgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG können den Gesetzgeber im Hinblick auf die Einflußrechte, die den Grundrechtsträgern einzuräumen sind, zur gesetzlichen Regelung solcher Formen verpflichten. Ob sie sich zu einem bestimmten Beteiligungsgebot an einer bestimmten Stelle verdichten, läßt sich nur im Regelungszusammenhang beantworten. Im wesentlichen wird der Gesetzgeber die Pflichten in einer bestimmten Weise regeln, ohne daß gerade diese Form grundrechtsgeboten wäre. Indem es sich um eine Grundrechtskonkretisierung handelt, kann die Mißachtung dieser Pflicht jedoch grundrechtsverletzend sein.

Zu den gesetzlich vorgesehenen Beteiligungspflichten zählt der in § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG festgehaltene *Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen* mit den damit verbundenen Unterrichtungs- und Hinweispflichten. Schon da heimliche Ermittlungen einen zusätzlichen Grundrechtseingriff darstellen, haben staatliche Stellen außerdem *grundsätzlich offen* vorzugehen. Für den Betroffenen müssen also zumindest die Identität der

785 Siehe dazu § 93 TKG: Danach haben Diensteanbieter ihre Teilnehmer bei Vertragsabschluß über Art, Umfang, Ort und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten so zu unterrichten, daß die Teilnehmer in allgemein verständlicher Form Kenntnis von den grundlegenden Verarbeitungstatbeständen der Daten erhalten. Die Nutzer sind vom Diensteanbieter durch allgemein zugängliche Informationen über die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten zu unterrichten. Das Auskunftsrecht bleibt davon unberührt.

Stelle und die Verwendungszwecke erkennbar sein. § 4 Abs. 3 BDSG enthält eine Reihe von Unterrichts- und Hinweispflichten, die dies gewährleisten sollen.

Der Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen, der zugleich der Transparenz dient, erfüllte seine Funktion nur begrenzt, wenn nicht auch hinsichtlich der weiteren Datenverarbeitung sowie der Gewinnung und Verwendung der Informationen, die schließlich der sachlichen Entscheidung zugrunde gelegt werden, 'Beteiligungssicherungen bestehen. Gesetzliche Regelungen finden sich dazu aber nur in begrenztem Umfang. Hier läßt sich allerdings eine traditionelle Bestimmung des Verwaltungsverfahrenrechts einordnen: § 28 VwVfG normiert die Pflicht der staatlichen Stelle zur Anhörung des Betroffenen unmittelbar vor dem beabsichtigten Erlass eines belastenden Verwaltungsakts.⁷⁸⁶ Die Anhörung soll nicht nur zu einer sachgerechten Entscheidung beitragen, indem die Behörde die Informationsgrundlagen und Informationen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, dem Betroffenen mit der Gelegenheit zur Stellungnahme mitteilt. Die Regelung schließt ein Ziel ein, das meist abstrakt als Gewährleistung einer Subjektstellung umschrieben wird: Der Betroffene soll erfahren und beeinflussen können, wie die Behörde die sich auf ihn beziehenden Informationen und Daten in der Sachverhaltskonstruktion, in Wertungen und in Schlußfolgerungen verarbeitet.⁷⁸⁷ Die Anhörung bündelt Kenntnis- und Einflußchancen an der letztmöglichen Stelle vor einer für den Betroffenen bedeutsamen Sachentscheidung. Demnach kann man eine traditionelle Rechtsposition in die gesetzliche Umsetzung der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG integrieren. Zudem ist der hinter § 28 VwVfG stehende Gedanke über seinen bisherigen Anwendungsbereich hinaus erweiterungsfähig.⁷⁸⁸ Daß darüber, sofern man neben dem Anwendungsbereich nicht auch den Gegenstand der behördlichen Mitteilung erweitert⁷⁸⁹, nicht *alle* personenbezogenen, sondern nur entscheidungserhebliche Angaben erfaßt werden, der eigentliche Bezugspunkt also die in den Blick genommene belastende Abschlußentscheidung ist, ändert an der Ausbaufähigkeit der Figur der Anhörung nichts. Es braucht nicht darum zu gehen, dem Betroffenen in diesem Rahmen eine umfassende Kenntnis zu verschaffen. Ist er über die entscheidungsrelevanten Angaben hinaus daran interessiert, welche Daten über ihn vorhanden sind, kann er dem mit einem Akteneinsichts- oder Auskunftsantrag nachgehen.

Mitteilungs- oder Benachrichtigungspflichten sind in den Fällen grundrechtsgeboten, in denen Informations- und Datenverarbeitungen heimlich, also gezielt verdeckt, erfolgen

786 Vgl. auch *Kugelman*, Rechtsstellung, S. 242.

787 Vgl. *Martensen*, Persönlichkeitsrecht, S. 540: „Anhörungsvorschriften lassen sich als Gebot begreifen, den Bürger bei der Verarbeitung von ihn persönlich betreffenden Erkenntnissen zu beteiligen, und nehmen so an der Grundrechtsrelevanz des Informationsverarbeitungsvorgangs teil.“

788 Schon jetzt werden in bestimmten Fällen Informations- und Einflußrechte der von einer bestimmten Entscheidung betroffenen Person über das Rechtsstaatsprinzip oder über Grundrechte hergeleitet. Vgl. dazu Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV.

789 Der Gegenstand der Anhörung ist auf die „entscheidungserheblichen Tatsachen“ begrenzt, vgl. etwa BVerwGE 66, 184 (190). Das ist von ihrer Funktion her sinnvoll, so daß eine Erweiterung eher kontraproduktiv wäre.

oder in denen die Grundrechtsträger nicht mit ihnen zu rechnen brauchen.⁷⁹⁰ § 19 a BDSG und § 33 BDSG bauen im Anschluß an Art. 11 EG-DSRiL diese Form der Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten aus.⁷⁹¹ Auch Zweckänderungen können eine Konstellation darstellen, in der sich die grundrechtlichen Vorgaben zu einer Benachrichtigungspflicht verdichten.⁷⁹² Sieht das Gesetz Abweichungen von solchen Pflichten vor, sind anderweitige Sicherungen für die – nachträgliche – Kenntnis- und Einflußgewähr vorzusehen.⁷⁹³

3. Konkrete Kenntnischancen auf Initiative der Grundrechtsträger

Sofern Kenntnischancen nicht bereits durch Beteiligungen oder Benachrichtigungen garantiert werden, sind sie durch Rechte zu gewährleisten, die an die Initiative der Grundrechtsträger – also in der Regel: an deren Antrag – anknüpfen. Den grundrechtlichen Vorgaben werden nur Vorschriften gerecht, die die Exekutive vollständig binden; Ermessensregelungen genügen nicht. Da Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht die Sicherstellung individueller Kenntnis durch den Staat, sondern nur die Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten verlangt, ist die Bindung an einen Antrag unproblematisch, wenn den Grundrechtsträgern im übrigen so hinreichende Informations- und Orientierungsmöglichkeiten offenstehen, daß ihnen ein solcher Antrag, wenn sie sich weiter informieren wollen, möglich ist. Weitere Voraussetzungen müssen sich allerdings an den grundrechtlichen Maßgaben messen lassen, die von zwei Aspekten getragen werden: Kenntnischancen sind zum Schutz des reinen Wissensinteresses und wegen des funktionalen Zusammenhanges zu anderweitigen Rechtspositionen zu gewährleisten.⁷⁹⁴ Nur im Rahmen des zweiten Aspekts können sich von vornherein Einschränkungen ergeben. Mit Blick auf den Schutz auch des reinen Wissensinteresses sind Rechtsvorschriften, die die Kenntnisgewähr an die Voraussetzung eines berechtigten Interesses oder an die Voraussetzung der Darlegung eines konkreten Sachverhalts knüpfen, keine gesetzgeberische Konkretisierung der grundrechtlichen Anforderungen, sondern bereits eine lediglich eingegrenzte Gewährleistung, die darin am Grundrecht zu messen ist.⁷⁹⁵ Daß sich bei den verschiedenen Aspekten ein unterschiedlich weitreichender Schutz ergibt, spielt nur bei der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit der vorgesehenen Eingrenzungen eine Rolle.

Zu den auf dieser Grundlage konkretisierbaren Rechten zählen Akten- oder unter Umständen Dateienseinsichtsrechte und Auskunftsansprüche. Beide Formen stehen sich

790 Insoweit gibt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG die gleichen Aussagen her wie Art. 10 GG und Art. 13 GG, siehe dazu BVerfGE 100, 313 (361); 109, 279 (363 f.).

791 Zu den Unterrichtungspflichten nicht-öffentlicher Stellen vgl. den Überblick bei Bizer, Informationspflichten, S. 129 ff.

792 Siehe etwa § 16 Abs. 3 BDSG.

793 Vgl. z.B. die allgemeine Regelung des § 30 Abs. 5 NGefAG, daß die betroffene Person u.a. über die Erhebung personenbezogener Daten mit besonderen Mitteln oder Methoden zu unterrichten ist, sobald dies möglich ist, ohne die Maßnahme zu gefährden.

794 Oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.2.

795 Siehe z.B. § 15 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG, und zur grundrechtsgerechten Auslegung BVerfG (Kammerbeschluß), DVBl 2001, S. 275 (276).

nicht in einander ausschließender Form gegenüber. Sie können vielmehr als Kombination eingesetzt werden.

Akteneinsichtsrechte sind in ihrer Leistungsfähigkeit von einer vollständigen, wahrheitsgetreuen und an rationalen Ordnungskriterien ausgerichteten Aktenführung abhängig. Sie erlauben es dem Grundrechtsträger, die Informations- und Datenverarbeitung der staatlichen Stelle nach eigenen Aufmerksamkeits- und Selektionskriterien und nach prinzipiell selbstbestimmtem Zeitaufwand mit eigenen Augen zu verfolgen. Kenntnisrechte lassen sich damit regelmäßig besser als durch bloße Auskünfte realisieren. Die Akteneinsicht ist deshalb ein traditionell anerkanntes und für die Beteiligten von Verwaltungsverfahren seit langem gesetzlich gesichertes Recht (§ 29 VwVfG). Verpflichtet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG die Gesetzgebung zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten, damit die Grundrechtsträger über die von ihnen handelnden Informations- und Datenverarbeitungen Bescheid wissen und darauf Einfluß nehmen können, bietet sich auch unter diesem Aspekt eine Verankerung von Akteneinsichtsrechten an. Dies wird in den allgemeinen Datenschutzgesetzen und in bereichsspezifischen Vorschriften zunehmend verwirklicht.⁷⁹⁶

Soweit die Informations- und Datenverarbeitungen nicht (mehr) in Akten erfolgen, kommen zumindest teilweise *Dateieneinsichtsrechte* in Betracht, die in Abhängigkeit von der Form der Datei zu realisieren sind. Solange die rechnergestützte Verarbeitung auf begrenzte Systeme oder auf Aktennachweis- oder -erschließungssysteme beschränkt war, mögen Rechte auf Auskunft über gespeicherte Daten und deren Verarbeitung funktional äquivalent gewesen sein. Übernimmt die rechnergestützte Verarbeitung ganz oder teilweise den Bereich der Aktenführung, ist aber zu überlegen, inwieweit und in welchen Formen eine Parallelisierung zum Akteneinsichtsrecht möglich ist. Das gilt um so mehr mit Blick auf den weiten Dateibegriff des Art. 2 EG-DSRiL, der inzwischen im BDSG umgesetzt worden ist. Mehr als das Akteneinsichtsrecht werden solche Rechtspositionen eine Kombination mit begleitenden Aufklärungs- und Auskunftsansprüchen erfordern, damit den Grundrechtsträgern die gewünschten Kenntnisse tatsächlich zugänglich werden.

Mit Pflichten zur *Auskunftserteilung* werden der staatlichen Stelle gesonderte Tätigkeiten auferlegt, nämlich die Aufbereitung und die Vermittlung der mitzuteilenden Sachverhalte. Einerseits vermitteln Auskunftsansprüche den Grundrechtsträgern die erwünschten Kenntnisse daher nicht mehr „unmittelbar“.⁷⁹⁷ Unter Umständen veranschaulichen sie auch den Wissens- und Verwendungskontext nur begrenzt. Andererseits können sie sich gerade besonders eignen, dem Grundrechtsträger durch Aufbereitung und zusätzliche Erläuterungen die ihm zustehenden Kenntnisse verständlich⁷⁹⁸ zu vermitteln. Ob Auskunftspflichten und -rechte den grundrechtlichen Anforderungen hinreichend Rechnung tragen, hängt daher von ihrer Gestaltung ab. Eine Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften, die sich auf eine Auflistung der gespeicherten Daten beschränkt, ist regelmäßig unzureichend. Entscheidend ist, daß der Grundrechtsträger den Prozeß der ihn betreffenden staatlichen

796 Vgl. zu § 25 Abs. 3 SGB X BVerwG, DVBl 2004, S. 442 (443).

797 Soweit es um die Rechtswahrnehmung geht, hatten sie daher traditionell nur außerhalb der Verfahren, in denen den Beteiligten grundsätzlich Akteneinsichtsrechte zustanden, ihren Platz.

798 Vgl. Art. 12 EG-DSRiL.

Informations- und Datenverarbeitung nachvollziehen kann.⁷⁹⁹ So wie Art. 12 EG-DSRil das Auskunftsrecht deshalb in mehrere Aspekte aufschlüsselt⁸⁰⁰, verlangt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eine Regelung, die diesem Ziel gerecht wird. Das schließt ein, daß der Grundrechtsträger die Möglichkeit hat, insbesondere die konkreten Verwendungszwecke⁸⁰¹, aber auch die Herkunft der Daten und Informationen oder die Empfänger im Falle von Übermittlungen zu kennen.⁸⁰²

Denkbar sind auch Kombinationen. Zum Beispiel kann der Auskunftsanspruch einem Akteneinsichtsrecht vorgeschaltet werden: Die staatliche Stelle hat auf Antrag Auskunft zu erteilen, ob Dateien oder Akten über eine Person überhaupt vorhanden sind, und dann gegebenenfalls Dateien- oder Akteneinsicht zu gewähren.⁸⁰³ Umgekehrt kann insbesondere ein Dateienseinsichtsrecht mit begleitenden Auskunftspflichten zu verbinden sein, wenn anderenfalls den Betroffenen der Zugang zu den Daten oder die Information über die Verwendungszwecke und Verarbeitungsverläufe nicht möglich ist.

III. Die Berücksichtigung entgegenstehender Belange

1. Der Ausgleich mit Gegeninteressen

Konkretisiert der Gesetzgeber aufgrund der grundrechtlichen Bindungen einfachgesetzliche Ansprüche auf Kenntnisgewähr, kann er dabei sowohl im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG *entgegenstehende Belange* als Einschränkung der Reichweite des Anspruchs berücksichtigen. Die verfassungsrechtlich vorgegebenen Kenntnischancen werden dann einfachrechtlich nur eingegrenzt gewährleistet.⁸⁰⁴ Art. 2 Abs. 1 GG enthält einen Grundrechtsvorbehalt, der als einfacher Gesetzesvorbehalt ausgestaltet ist, soweit er auf die verfassungsmäßige Ordnung Bezug nimmt. Bereits in diesem Rahmen kann aber keineswegs jeder Belang, den der Gesetzgeber für legitim hält, eine Eingrenzung rechtfertigen. Dem steht entgegen, daß der besondere Einfluß des Art. 1 Abs. 1 GG in Form des Verbots einer Objektstellung gerade bei den hier in Rede stehenden Kenntnisgewährleistungen hinzutritt und daß diese außerdem Voraussetzung für die Wahrnehmung der anderweitig bestehenden Rechtspositionen sind. Art. 19 Abs. 4 GG enthält – von Art. 19 Abs. 4 Satz 3 GG abgesehen – keinen Vorbehalt. Einschränkend wirkende Ausgestaltungen durch Verfahrensordnungen sind aber im Falle der Beachtung unter anderem des Übermaßverbots anerkannt.⁸⁰⁵ Wenn gelegentlich gefolgert wird, die Eingrenzung grundrechtlich einzuräu-

799 BVerfGE 65, 1 (70); *Kunig*, Grundsatz, S. 601.

800 Näher oben Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.c.aa.

801 BVerfGE 65, 1 (70); *Mayer-Metzner*, Auskunft, S. 148.

802 *Mayer-Metzner*, Auskunft, S. 148.

803 Vgl. §§ 3, 12, 13 StUG.

804 Aus der hier vertretenen Sicht handelt es sich nicht um einen Eingriff, sondern um die eingegrenzte Gewährleistung einer verfassungsrechtlich gebotenen Leistung.

805 BVerfGE 88, 118 (124 f.).

mender Kenntnismöglichkeiten sei wegen des nicht vorhandenen Gesetzesvorbehalts einfachgesetzlich nicht oder allenfalls im Hinblick auf entgegenstehende Belange von Verfassungsrang zulässig⁸⁰⁶, wird übersehen, daß die Rechtsschutzgarantie auf der allgemeinen Ebene nur verstärkend zu Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hinzutritt und auf dieser Ebene graduell unterschiedlich berührt ist.

Im zu berücksichtigenden Gesamtkontext können sich Beeinträchtigungen unterschiedlich darstellen. Werden etwa Kenntnismöglichkeiten zeitlich hinausgeschoben, soweit die Erfüllung der Aufgabe ohnedem nicht wirksam möglich wäre, und werden dadurch Rechtsschutzmöglichkeiten nur unwesentlich berührt, weil keine irreparablen Nachteile entstehen, stellt sich die Rechtsbeeinträchtigung anders dar als in Fällen, in denen eine Verweigerung der Kenntnis zu einer wesentlichen Erschwerung der Rechtsschutzmöglichkeiten führte.⁸⁰⁷ Im ersten Fall genügt es – die immer vorzunehmende Abwägung zurückgestellt –, wenn das hinter der Aufgabenerfüllung stehende Ziel verfassungsrechtlich legitim ist. Das gilt, selbst wenn dadurch Unterlassungs-, Löschungs- oder Berichtigungsansprüche nicht jederzeit durchgesetzt werden können. Man muß an dieser Stelle berücksichtigen, daß aufgrund des grundrechtlichen Schutzes Rechte in den staatlichen Entscheidungsprozessen und nicht allein gegen Abschlußakte gewährt werden. Im zweiten Fall bedarf es dagegen eines entgegenstehenden Belanges, der seinerseits hohen Verfassungsrang genießt. In diesem Grundraster sind graduelle Unterschiede je nach Fallkonstellation in mehreren Hinsichten denkbar. Etwa können zeitliche Verzögerungen der Kenntnisgewähr unter bestimmten Voraussetzungen bereits eine wesentliche Erschwerung gewährleisteter Rechtsschutzmöglichkeiten darstellen. In inhaltlicher Hinsicht wird man bei der Beurteilung eines Ausschlusses nur bestimmter Gesichtspunkte, zum Beispiel der Mitteilung von Informanten, einbeziehen können, inwieweit den Interessen der Grundrechtsträger nicht schon durch die im übrigen gewährleisteten Kenntnischancen Rechnung getragen ist.

Auch die der Kenntnisgewähr entgegenstehenden Interessen lassen sich regelmäßig nicht pauschal beurteilen. Sind sie als solche legitim, bedeutet das nicht, daß ihnen ohne weiteres der Vorrang einzuräumen wäre. Vielmehr ist eine Abwägung vorzunehmen. Der Gesetzgeber muß zumindest die im jeweiligen Regelungsbereich wesentlichen typischen Konfliktkonstellationen lösen⁸⁰⁸, damit Verwaltung und Gerichten eine Grundlage für die erforderliche konkrete Interessenabwägung gegeben ist.⁸⁰⁹ Es muß also hinreichend präzise festgelegt sein, welche Belange im Rahmen der Wahrnehmung der Aufgaben nach Maßgabe der Befugnisse unter welchen Voraussetzungen zur Rechtfertigung einer Geheimhaltung anerkannt sind.⁸¹⁰ Sofern dies mit einem Querschnitts- oder Auffanggesetz nicht zu leisten ist, bedürfen die gesetzliche Gestaltung der Kenntnisrechte und die

806 *Blanke*, Öffentlichkeit, S. 289.

807 Vgl. auch *Schwan*, Amtsgeheimnis, S. 48 ff.

808 Vgl. BVerfGE 47, 46 (78 ff.); 83, 130 (152).

809 Vgl. auch OVG Bremen, NJW 1987, S. 2393 (2395).

810 So auch *Lerche*, Geheimschutz, S. 120 f.

sie einschränkenden Gründe einer bereichsspezifischen Grundlage.⁸¹¹

Bei den Eingrenzungsgründen wird es weniger um den „Vorbehalt des Möglichen“⁸¹² als vielmehr um gegenläufige Geheimhaltungsinteressen gehen. Als Beispiel für jenen Vorbehalt kann man die eingrenzenden Regelungen nennen, die dem Aufwand des Auffindens von Daten in Akten Rechnung tragen.⁸¹³ Zu den gegenläufigen Belangen kann die *Wahrnehmung der behördlichen Aufgaben und Befugnisse* gehören.⁸¹⁴ Das gilt aber nur, soweit und solange sie die Abschottung des Wissens gegenüber der betroffenen Person erfordert.⁸¹⁵ Die Beurteilung der Geheimhaltungsbedürftigkeit ist in inhaltlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht zu differenzieren. Zu den legitimen Belangen können weiter der Schutz von *Informationsquellen*, insbesondere der *Schutz* oder die *Einsatzfähigkeit* staatlicher *Ermittler* oder der *Vertrauensschutz* von *Informanten* zählen.⁸¹⁶ Die Einsatzfähigkeit von Ermittlern ist der Wahrnehmung der Aufgaben zuzuordnen; der Vertrauensschutz von Informanten ist ein eher individualbezogener Gesichtspunkt des Schutzes privater Dritter, aber unter bestimmten Voraussetzungen mittelbar auch den Bedingungen der Möglichkeit der Aufgabenwahrnehmung zuzurechnen.⁸¹⁷ Allerdings ist der Verweis auf die Einsatzfähigkeit von Ermittlern oder auf den Vertrauensschutz von Informanten nicht in abstrakt-pauschaler Form, sondern nur dann tragfähig, wenn noch besondere Gesichtspunkte vorliegen. Anderenfalls ermöglichten beide Belange in den einschlägigen, für die betroffenen Grundrechtsträger oft sehr bedeutsamen Konstellationen einen Regelausschluß der Kenntnisgewähr auf unbestimmte Zeit.⁸¹⁸ Die *Funktionsfähigkeit der Verwaltung* ist in dieser Form zu abstrakt, als daß sie als Gegenbelang genügen könnte.

2. Die Pflicht zur Begründung der Ablehnung einer Kenntnisgewähr

Schränkt der Gesetzgeber den zu gewährleistenden Kenntnisanspruch im Hinblick auf entgegenstehende Belange ein, sind regelmäßig weitere Regelungen notwendig, die ih-

811 Dazu BVerfGE 65, 1 (44, 46); ausdrücklich für den Auskunftsanspruch OVG NW, DVBl 1995, S. 371 (372).

812 Vgl. BVerfGE 33, 303 (333).

813 Etwa § 19 Abs. 1 S. 3 BDSG.

814 So ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren ihre Erkenntnisse gegenüber einem Verdächtigen für eine bestimmte Zeitspanne geheimhalten dürfen, um ihren Aufgaben der Sachverhaltserforschung und der Verdachtsklärung nachzukommen, vgl. BVerfG, Kammerbeschluß, NStZ 1994, S. 551 (552).

815 Siehe BVerfGE 57, 250 (284); 100, 313 (397 f.); 109, 279 (364, 365 f.); vgl. auch OVG Berlin, NVwZ 1987, S. 817 (819).

816 BVerfGE 57, 250 (284); 100, 313 (398); RhPfVerfGH, NJW 1999, S. 2264 (2265 f.); BVerwG, NJW 1965, S. 1450 (1450 f.); BVerwG, DVBl 2004, S. 442 (443 f.); VGH Bad.-Württ., NVwZ-RR 2003, S. 843 (844 ff.).

817 RhPfVerfGH, NJW 1999, S. 2264 (2265 f.); BVerwGE 89, 14 (19); offen gelassen in BVerwG, DVBl 2004, S. 442 (443 f.). Siehe außerdem *Lodde*, Informationsrechte, S. 140 ff.; *Mayer-Metzner*, Auskunft, S. 164 ff.

818 BVerfGE 109, 279 (366 f.).

rerseits an den grundrechtlichen Anforderungen zu messen sind. Das betrifft zunächst die Frage der *Begründung* einer die Kenntnismöglichkeit ablehnenden Entscheidung der Verwaltung. Verpflichtet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG den Staat zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten und läßt er eine Eingrenzung nur aufgrund legitimer und hinreichend gewichtiger Belange im Rahmen der gesetzlichen Regelung zu, folgt aus dem Grundrecht in Verbindung mit der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Bindung an Gesetz und Recht, daß der Betroffene grundsätzlich einen Anspruch darauf hat, die Gründe für eine Entscheidung zu erfahren, aufgrund derer die Verwaltung ihm die Kenntnismöglichkeit verweigert, die ihm rechtlich prinzipiell zusteht.⁸¹⁹ Begründungspflichten und -ansprüche ergeben sich zudem aus der Rechtsschutzgarantie. Ohne Begründung kann der Betroffene nicht beurteilen, ob es sinnvoll ist, gegen eine ablehnende Entscheidung der Verwaltung Gerichtsschutz in Anspruch zu nehmen.⁸²⁰ Dem Gesetzgeber steht es aber zu, die Pflicht zur Begründung ihrerseits im Hinblick auf die Geheimhaltungsbelange einzuschränken, die der Verweigerung der Kenntnismöglichkeit zugrunde liegen. Sie führt nicht dahin, daß die Gründe einer Ablehnung der Kenntnismöglichkeit in einer Weise dargelegt werden müßten, die eine Offenbarung der geheimzuhaltenden Tatsachen bedeutete.⁸²¹ Sofern es verfassungsrechtlich unbedenklich ist, Kenntnisrechte nur eingegrenzt zu gewährleisten, ergibt sich zugleich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Einschränkung der Pflicht zur Begründung, soweit diese den Zweck der Verweigerung der Kenntnismöglichkeit gefährdete. Ablehnungsgründe und Gestaltung der Begründung können in diesem Sinne miteinander abgestimmt werden.

3. Schutzvorkehrungen zur Kontrolle

Wird die Kenntnis gesetzlich nur eingeschränkt gewährt und besteht eine nur begrenzte Begründungspflicht, sind *Schutzvorkehrungen zur Kontrolle* erforderlich.⁸²² Dem dient die Institutionalisierung einer unabhängigen, geheimhaltungsverpflichteten Instanz, die den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in eigener Initiative oder auf Veranlassung der betroffenen Person überprüft.⁸²³ Solchen Kontrollmechanismen darf nicht ohne weiteres Ersatz- oder Kompensationscharakter im Bereich des Gerichts-

819 Dazu BVerfGE 6, 32 (44); 40, 276 (286): rechtsstaatlicher Grundsatz. Siehe zur Herleitung aus dem materiellen Grundrecht und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz BVerwGE 91, 262 (265 ff.); 99, 185 (189 ff.). Aus der Literatur siehe – mit unterschiedlichen Ansätzen – *Lücke*, Begründungszwang, S. 37 ff.; *Sobota*, Prinzip, S. 484; *Kunig*, in: GGK I, Art. 1 Rn 36; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV, Rn 253.

820 Vgl. BVerfGE 6, 32 (44); 40, 276 (286); BVerwGE 91, 262 (265 ff.); 99, 185 (189 ff.); *Laubinger*, Grundrechtsschutz, S. 75 f., 82; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. IV, Rn 254: Begründung auf jeden Fall im gerichtlichen Verfahren.

821 Dazu BVerwGE 74, 115 (120); OVG Berlin, NVwZ 1987, S. 817 (820).

822 BVerfGE 65, 1 (46); 67, 157 (185).

823 Vgl. z.B. § 15 Abs. 4 S. 3 bis 5 BVerfSchG, Für Benachrichtigungseinschränkungen bei den Überwachungsbefugnissen des BND mit Blick auf Art. 10 GG: BVerfGE 30, 1 (23 f., 30 f.); 67, 157 (185); 100, 313 (361 f., 401 f.). Für Benachrichtigungseinschränkungen bei Maßnahmen der akustischen Wohnraumüberwachung im Hinblick auf Art. 13 GG: BVerfGE 109, 279 (367 f.).

schutzes zugeschrieben werden.⁸²⁴ Sie sind an dieser Stelle nur der Ausgleich für die Verweigerung einer dem Grundrechtsträger grundsätzlich zustehenden Kenntnis aufgrund überwiegender Geheimhaltungsbelange und für die eingeschränkte Begründung, der auch im Verhältnis zwischen Bürger und Verwaltung bereits geboten ist. Im Gerichtsverfahren verlangt Art. 19 Abs. 4 GG, daß die Dokumente über die maßgeblichen Verwaltungsvorgänge dem Gericht zur Verfügung stehen, soweit sie für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung und der geltend gemachten Rechtsverletzung von Bedeutung sein können.⁸²⁵ In § 99 Abs. 2 VwGO ist daher ein Zwischenverfahren vorgesehen.⁸²⁶ Auch In-Camera-Verfahren kommen hier in Betracht.⁸²⁷

D. Die Sicherstellung von Einflußmöglichkeiten

I. Die Einbettung der Regelungen in die jeweiligen Regelungszusammenhänge

Der dritte Strang der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG richtet sich darauf, daß den Grundrechtsträgern angemessene Einflußchancen in bezug auf den Umgang mit den sie betreffenden Informationen und Daten eingeräumt werden.⁸²⁸ Dies ist ebenfalls eine Anforderung, die in erster Linie die Gesetzgebung zu realisieren hat. Denn der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten vollzieht sich vielfach losgelöst von der betroffenen Person. Das ehemalige Modell, sie würde Information über sich „abgeben“⁸²⁹, greift zu kurz. Damit wird die Konstellation, daß jemand bestimmte Angaben über sich geheimhält, nicht überspielt. Aber sie bezeichnet nur eine von vielen denkbaren Konstellationen. Das Ziel des informations- und datenbezogenen Schutzes besteht gerade darin, der betroffenen Person Einflußmöglichkeiten zu vermitteln, die über die Mitteilungs- oder Schweigeoptionen hinausgehen und sich auf die fortlaufenden Prozesse des Umgangs mit den personenbezogenen Informationen und Daten erstrecken. Solche Einflußpositionen müssen in Konkretisierung der grundrechtlichen Anforderungen überwiegend rechtlich, also durch gesetzliche Vorgaben und deren Umsetzung, sichergestellt werden.⁸³⁰ Sie sind dabei in die gesetzlichen Regelungszusammenhänge einzubetten.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zielt auf *Einflußrechte*, nicht auf ein umfassendes Recht auf „Selbstbestimmung“. Daten und erst recht Informationen sind einer Person, auch

824 So die Befürchtungen bei *Zöllner*, Datenschutzbeauftragte, S. 204 ff., mit Hinweis auf dahingehende Ansätze in der facherichtlichen Rechtsprechung.

825 BVerfGE 101, 106 (122 ff.).

826 BVerwGE 117, 8 (9 ff.).

827 BVerfGE 101, 106 (128 ff.).

828 Oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.II.3.

829 Vgl. dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.5.b.cc.: Informationelle Selbstbestimmung als Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen, „welche Individualinformationen er unter welchen Umständen an wen abgibt“, oder als „Recht, über die Abgabe von Individualinformationen selbst bestimmen zu können, und zwar hauptsächlich im Hinblick auf den Inhalt der abgegebenen Individualinformation und den Empfänger“.

830 Vgl. auch oben Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.I.

soweit sie sich auf sie beziehen, nicht im Sinne eines ihr zugehörigen Gegenstandes zugeordnet und auch nicht ihrem „Verfügungs“bereich zugewiesen. Individualistische Zuordnungsmuster werden dem Gegenstand nicht gerecht.⁸³¹ Das belegt selbst ein Blick auf das mißglückte „Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten“: Es kann, soweit es sich auf die Verwendung bezieht, nicht auf eine umfassende Entscheidung darüber, wie Daten zu verwenden sind, sondern nur auf eine Entscheidung darüber gerichtet sein, ob eine Unterlassung der vom anderen beabsichtigten Verwendung begehrt wird. Nach dem hier verfolgten Konzept verlangt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, daß der betroffenen Person auf der Grundlage der Regelungen, die den grundrechtlichen Anforderungen an eine sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten nachkommen, adäquate Einflußpositionen in den komplexen, rechtlich aber nunmehr bereits vorstrukturierten Verarbeitungsabläufen eingeräumt werden. Im Hinblick auf den Staat kann sich dies anders gestalten als unter Privaten.

Einfluß genommen wird dabei zum einen auf die Daten, die der staatlichen Stelle oder anderen Privaten im Verarbeitungsverlauf zur Verfügung stehen. Das schließt ein, daß bestimmte Daten ganz ausgeklammert werden und dann eben nicht zur Verfügung stehen. Es reicht aber weit darüber hinaus. Einflußmöglichkeiten können sich beispielsweise auf die Nutzung der Daten zu einem bestimmten Zweck oder, wie beim Anspruch auf Berichtigung, auf die Richtigkeit der Daten richten. Zum anderen zielen Einflußmöglichkeiten auf die Informationen und übergreifender auf das Wissen, das die jeweilige Stelle oder andere Privatperson aus Daten oder anderen Informationsgrundlagen (zum Beispiel Beobachtungen oder Mitteilungen Dritter) über die Person bilden. Das ist, was in einer allein auf Daten konzentrierten Betrachtung leicht untergeht, sogar ihr Kern. Denn auch die Einflußmöglichkeiten hinsichtlich der Daten sind regelmäßig nur von der Informationsebene aus zu bestimmen. Im Zentrum steht die Chance der betroffenen Person, die Informationen, das Wissen oder das „Bild“ zu beeinflussen, das andere über sie gewinnen und das deren Entscheidungen und Verhalten ihr gegenüber prägt.

1. Die Koordination mit den Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten

Die gesetzliche Sicherstellung von Einflußpositionen baut darauf auf, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten rechtlich gebunden, begrenzt und transparent verläuft. Das gilt bereits deshalb, weil Einflußmöglichkeiten zu sichern sind, indem die gesetzlichen Bestimmungen, die die grundrechtlichen Maßgaben umsetzen, *individualschützenden Charakter* erhalten und subjektivrechtlich durchsetzbar sind. Sind bestimmte Verarbeitungsvorgänge nach den gesetzlichen, zumindest auch dem Schutz der jeweiligen Personen dienenden Vorschriften zu unterlassen, werden zugleich individuelle Unterlassensansprüche vermittelt. Sind Daten zu berichtigen, hat die betroffene Person mit ihrem Berichtigungsanspruch Einfluß darauf.

831 Vgl. Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt C.IV.

Aber auch, sofern darüber hinaus *besondere Rechtspositionen* festzulegen sind, wäre ohne die (analytisch vorgeschalteten) gesetzlichen Bindungen des Umgangs mit Informationen und Daten allenfalls begrenzt zu spezifizieren, an welcher Stelle zu welchem Zeitpunkt welche Form des Einflusses einzuräumen ist. Die Leistung, die die gesetzliche Umsetzung der Anforderungen des ersten Stranges des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erbringt, besteht insbesondere in der Anklammerung an die sachlichen Regelungsstrukturen, also im Falle staatlicher Stellen an die sachlichen Aufgaben und Befugnisse, im Falle Privater an die jeweiligen Sachstrukturen des Regelungsgebietes.⁸³² Damit werden die funktionalen Bezüge zu den sachgeprägten Entscheidungen und Handlungen deutlich. Mit Blick auf den gesamten Komplex läßt sich herauskristallisieren, welche Einflußchancen wann notwendig sind. An dieser Stelle kann an die Parallelen zu den Grundrechtsbindungen des Verfahrens erinnert werden, die im hier gegebenen Zusammenhang einerseits eine übergreifende Figur, andererseits meist allein sachbezogen und nicht auch eigenständig in der Dimension der Informations- und Datenverarbeitungen ausgearbeitet worden sind.⁸³³ Bei der Ausgestaltung der Einflußpositionen hat die Gesetzgebung regelmäßige Spielräume. Im übergreifenden Kontext können sich die normativen Anforderungen aber auch zu bestimmten Positionen verdichten.

Auf die gesetzlichen Gewährleistungen zu den Kenntnismöglichkeiten wirken die Anforderungen an die Sicherstellung von Einflußchancen vor: Deren Einräumung machte ohne damit abgestimmte Kenntnischancen keinen Sinn. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber deshalb zu einer angemessenen Koordination der jeweiligen Vorschriften. Insgesamt ergibt sich auch für die Gestaltung der Einflußchancen das Erfordernis, in Regelungszusammenhängen zu denken. Das ändert nichts daran, daß bestimmte Einflußpositionen abstrahiert und übergreifend in einem Querschnittsgesetz vorgesehen werden können.

2. Die wechselseitige Koordination der Regelungen zur Sicherstellung von Einflußmöglichkeiten

Indem es auf die gesamten Regelungszusammenhänge ankommt, läßt sich nur mit Blick darauf beantworten, welche wie gestalteten Einflußmöglichkeiten sicherzustellen sind. Dies hängt von den bereits getroffenen Regelungsentscheidungen ab. Hat die geschützte Person die Möglichkeit zur Einflußnahme zum einen dadurch, daß Angaben bei ihr erhoben werden, zum anderen dadurch, daß sie vor einer belastenden Sachentscheidung unter Mitteilung der zugrunde liegenden Erkenntnisse angehört wird, brauchen ihr weitere so gestaltete Beteiligungsrechte jedenfalls im Regelfall nicht (mehr) eingeräumt zu werden. Reicht ein Widerspruchsrecht in Kombination mit einer Benachrichtigung aus, braucht der Gesetzgeber nicht vorzusehen, daß die betroffene Person in eine beabsichtigte Verwendung von Informationen und Daten einzuwilligen hat. Im jeweiligen Kontext können sich be-

832 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.1., und sodann B.II.

833 Erster Teil, 1. Kapitel, Punkt B.IV.

stimmte Einflußpositionen freilich verdichten. Normativ läßt sich diese Verdichtung graduell beschreiben: Sicherzustellen sein können Einflußchancen überhaupt oder Einflußchancen, bei denen die nähere Gestaltung, nicht aber der Zeitpunkt offen ist, oder Einflußchancen, bei denen Art, Zeitpunkt und Inhalt spezifiziert sind.

Bettet man die Einflußchancen, deren Sicherstellung Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt, in die jeweiligen Regelungszusammenhänge ein, wird zugleich erkennbar, daß hier eine Koordination mit den traditionell vorhandenen Formen der Beteiligung möglich wird. Markantes Beispiel ist die Anhörung. Wie bei den Kenntnischancen wird es künftig darauf ankommen, hier zu einer sachgerechten Gesamtkonzeption zu gelangen.

II. Die Regelungsinhalte zur Realisierung der grundrechtlichen Maßgaben

1. Einflußpositionen aufgrund des individualschützenden Gehalts gesetzlicher Regelungen

Indem die gesetzlichen Pflichten zur sachgerechten und transparenzsichernden Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten im Regelfall gerade auch zum Schutz des Grundrechtsträgers als der Person bestehen, auf die sich die Informationen und Daten beziehen, richten sich die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in erster Linie darauf, daß die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen zugleich individuelle Ansprüche vermitteln. Aus der gesetzlichen Vorgabe, die Erhebung bestimmter Daten zu unterlassen, muß ein durchsetzbarer Unterlassungsanspruch der betroffenen Person folgen. Der Pflicht, Daten zu löschen, entspricht ein Löschungsanspruch. Dürfen Zweckänderungen nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vorgenommen werden, kann die geschützte Person die Unterlassung einer Verarbeitung zu veränderten Zwecken verlangen, wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen. Im öffentlichen Recht geht es hier auf gesetzlicher Ebene um das reguläre dogmatische Verhältnis von objektivem und subjektivem Recht. Das heißt, daß der Gesetzgeber Einflußchancen jedenfalls dann nicht gesondert in Rechtspositionen festzuhalten braucht, wenn sich der individualschützende Gehalt einer objektiven Bestimmung ohne weiteres ergibt.⁸³⁴

Mit den individualschützenden gesetzlichen Regelungen steht der geschützten Person je nachdem, wie intensiv die Gesetzgebung einen bestimmten Bereich regelt, bereits eine mehr oder weniger weitreichende Vielfalt von Einflußmöglichkeiten auf die sie betreffenden Informations- und Datenverarbeitungen zu. Die bereichsspezifische Variabilität ist sachgerecht, denn die Regelungsichte und -intensität folgen als Konsequenz einer problemorientierten Steuerung den Anforderungen, die der Regelungsbereich stellt. Je umfangreicher die Regelungserfordernisse deswegen sind, desto weiter müssen auch die Einflußchancen reichen.

⁸³⁴ Vgl. etwa § 20 Abs. 1 und 2 BDSG, in dem Pflichten zur Berichtigung oder Löschung im Abschnitt über die Rechte des Betroffenen festgehalten werden.

2. Die Gewährleistung gesonderter Einflußpositionen

Die Bindungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG können sich darüber hinaus auf die Gewährleistung zusätzlicher Einflußpositionen richten, die nicht bereits mit dem individualschützenden Gehalt der sonstigen gesetzlichen Regelungen abgedeckt sind. In Betracht kommen zunächst Chancen, an einer bestimmten Stelle der Informations- und Datenverarbeitungen diese und das daraus resultierende Wissen dadurch zu beeinflussen, daß die betroffene Person weitere Informationsgrundlagen und ihre Sicht einbringen kann. Dem dient bereits im Ansatz der *Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen*, der allgemein in § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG festgehalten ist. Er führt dazu, daß grundsätzlich die Person, auf die sich Informationen und Daten beziehen, Angaben macht und so auf die zur Verfügung stehenden Daten und die daraus gebildeten Informationen Einfluß nimmt.⁸³⁵ Der Grundsatz ist eine gesonderte Rechtsposition, weil er sich nicht bereits als individualschützendes Korrelat der sonstigen Regelungen zur Datenerhebung ergibt. Ein weiteres Beispiel ist das Recht, vor einer bestimmten Sachentscheidung *angehört* zu werden. Auf der Informationsebene bewegen sich schließlich Rechte auf Beifügung einer „*Gegendarstellung*“, mit denen die betroffene Person Dokumente um eine eigene Darstellung ergänzen kann.

Zu einer gesonderten Einflußposition läßt sich außerdem das nach Art. 14 EG-DSRiL anzuerkennende *Widerspruchsrecht* ausbauen. § 20 Abs. 5 BDSG sieht ein solches Recht in Reaktion auf die EG-Datenschutzrichtlinie vor. Es ergibt insbesondere vor dem Hintergrund Sinn, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten eben nicht vollständig determiniert werden kann, sondern ein Prozeß auf seiten der verarbeitenden Stelle ist, in dem diese die ihr gesetzten Vorgaben mittels eigenständiger Konkretisierungsleistungen umsetzt.⁸³⁶ Das betrifft Vorgaben über Zweckbündelungen oder Zweckänderungen oder das ausfüllungsbedürftige Regelungselement der Erforderlichkeit. Selbst phasenspezifische Determinanten führen regelmäßig nicht zu einer vollständigen Determination des Umgangs mit Informationen und Daten.⁸³⁷ Über die namentlich mit dem Anhörungsrecht eingeräumten traditionellen Einflußchancen hinaus bietet das Widerspruchsrecht der betroffenen Person die Möglichkeit, jederzeit zusätzliche Angaben, ihre Perspektive oder schutzwürdige Belange vorzutragen. Schutzwürdige Belange können aus der besonderen persönlichen Situation, aber auch aus der Veränderung bestimmter Umstände folgen. Da der Umgang mit Informationen und Daten ein fortlaufender, stets veränderlicher Prozeß ist, können sich Einwände der betroffenen Person auch erst an einer Stelle ergeben, an der sie bisher keine abgesicherten Einflußchancen hatte. Allein der Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen greift zu kurz, weil er diese Veränderlichkeit nicht berücksichtigt.⁸³⁸ Seine besondere Qualität hat

835 Vgl. auch *Pitschas*, *Verwaltungsverantwortung*, S. 660.

836 Siehe bereits Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.c.bb.

837 Ausnahmen mögen Konstellationen sein, in denen es um eine ganz begrenzte Aufgabe und um einen auflistbaren Katalog von Daten geht. Das sind freilich nicht unbedingt die Konstellationen, die wirklich regelungsbedürftig sind.

838 Die Reduktion darauf beruht nicht selten auf einem Modell, bei dem man davon ausgeht, daß Daten so bleiben, wie sie bei der betroffenen Person erhoben wurden, und bei dem man außerdem die In-

das Widerspruchsrecht darin, daß es unter bestimmten Umständen mit Hilfe der Beteiligung der betroffenen Person Determinanten zu kompensieren vermag, die im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben vage gestaltet oder flexibel ausfüllbar sind und darin bereichsbedingt oder eine bewußte gesetzgeberische Entscheidung zur Vermeidung einer dysfunktionalen Regelungsdichte sein mögen. Dies setzt freilich – wie jede Einflußposition – eine adäquate Gestaltung der Kenntnismöglichkeiten voraus. Das Widerspruchsrecht erschöpft sich nicht in der faktisch immer bestehenden Möglichkeit, weitere Angaben oder die eigene Perspektive vorzutragen. Im Unterschied dazu ist es eine institutionalisierte Einflußposition, die eine erneute und konkrete Prüfung der Rechtmäßigkeit der Informations- und Datenverarbeitung unter Beteiligung der betroffenen Person auslöst.⁸³⁹ Weitere Rechtsbehelfe in dem Fall, in dem jemand seine Einwände nicht hinreichend gewürdigt sieht, läßt es unberührt.

Chancen des Einflusses auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten werden des weiteren sichergestellt, indem dieser gesetzlich von einer *Einwilligung* der Betroffenen abhängig gemacht wird. Eine solche Rechtsposition resultiert nach der in dieser Arbeit entwickelten Konzeption der Grundrechtsbindungen nicht bereits daraus, daß der betroffenen Person ein Entscheidungsrecht über die Verwendung der sich auf sie beziehenden Daten zustünde.⁸⁴⁰ Ein Einwilligungserfordernis ist statt dessen eine *besondere, gesetzlich eingeräumte Einflußposition*. Als solche hat es seine Bedeutung. Ihm kommt aber nicht die zentrale Rolle zu, die man ihm zuzuschreiben pflegt.

Jedenfalls im „klassischen“ staatlichen Bereich kommt eine Einflußposition in Form einer Einwilligung nur begrenzt in Betracht. Denn den Behörden sind sachliche Aufgaben und Befugnisse zugewiesen, an die die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten mit Hilfe der Elemente der Zwecksetzungen und der Erforderlichkeit derart angeklammert sind, daß die, aber auch nur die Informationen und Daten zur Verfügung stehen, die die Behörde benötigt. Die Erforderlichkeit braucht auf der Ebene der Grundregulierung nicht eng verstanden zu werden.⁸⁴¹ Der Gesetzgeber hat auf dieser Ebene sachliche und informationsrechtliche Regelungen miteinander abzustimmen.⁸⁴² Dazu stünde es in Widerspruch, wenn er den Erhalt der Informationsgrundlagen, die die Behörde benötigt, damit sie die ihr zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse in rechtmäßiger und vollständiger Weise wahrnehmen kann, von einer Einwilligung der betroffenen Person abhängig machte, die diese erteilen oder eben nicht erteilen kann. Selbst und gerade auch im Leistungsbereich kann die Tätigkeit der staatlichen Stelle nicht prinzipiell von einer Einwilligung in die Informations- und Datenverarbeitung abhängen, wenn man den sachlichen Leistungsanspruch und die damit verbundene Informations- und Datenverarbeitung unterscheidet und die Einwilligung als eine verarbeitungsbezogene Einflußposition begreift. Die Rechtsposition der Einwilligung mag in Konstellationen in Betracht kommen, in denen an weiteren Informationen und Daten ein

formationsebene vollkommen ausblendet.

839 Siehe Art. 14 lit a EG-DSRIL, § 20 Abs. 5 BDSG. Siehe auch *Gola*, Selbstbestimmung, S. 278.

840 Anders die übliche Sicht, vgl. die Nw in Vierter Teil, Fn 456.

841 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.b.

842 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.1.

berechtigtes Interesse der Behörde und zugleich Anlaß besteht, deren Erhalt oder Verwendbarkeit von einer Zustimmung abhängig zu machen.⁸⁴³

Demgegenüber ist die Einwilligung im Bereich Privater eine Möglichkeit, der betroffenen Person eine Einflußposition einzuräumen. Sie ist vielfältig einsatzfähig und ausgestaltbar. Nach allen Überlegungen dieser Arbeit versteht sich allerdings von selbst, daß die Gesetzgebung nicht pauschal und umgreifend vorsehen darf, daß die Möglichkeiten Privater, personenbezogene Informationen und Daten zu gewinnen, zu verarbeiten und zu verwenden, eine Einwilligung der Person voraussetzen, auf die sich die Informationen oder Daten beziehen.

Die Einwilligung als eine Einflußposition mit einer bestimmten und begrenzten Rolle ist kein pauschaler Ersatz einer grundlegenden gesetzlichen Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten.⁸⁴⁴ Auch sind nicht sämtliche Determinanten per Einwilligung abdingbar. Dies ist nach Maßgabe der Schutzerfordernisse zu beurteilen, ohne daß angemessene Entscheidungsmöglichkeiten der betroffenen Person überspielt werden dürfen.

Insbesondere im Bereich der Netzkommunikation kann die Gewährleistung von Einflußchancen daraus resultieren, daß im Anschluß an die Regelungen zur System- und Technikgestaltung technikunterstützte Optionen eröffnet werden. Dies wird unter dem plakativen Stichwort des „Selbstdatenschutzes“ thematisiert.⁸⁴⁵ Kennzeichnend dafür ist, daß die betroffenen Personen selbst Art und Umfang der Verarbeitung sie betreffender Daten in den konkreten Konstellationen nach Maßgabe ihrer Präferenzen und Entscheidungen steuern.⁸⁴⁶ So kann der Kunde bei den Telediensten in rechtlich abgesicherter Weise entscheiden, ob die Gebühren für die Inanspruchnahme unter Darstellung der jeweiligen Nutzungen in Rechnung gestellt werden sollen, so daß eine entsprechende Verarbeitung personenbezogener Daten nötig würde.⁸⁴⁷ Aus der Verpflichtung der Dienste, dem Nutzer die Inanspruchnahme von Telediensten und ihre Bezahlung anonym oder unter Pseudonym zu ermöglichen⁸⁴⁸, folgt nicht nur der Anspruch auf diese Möglichkeit. Entscheidend ist vielmehr die darauf aufbauende Einflußposition, die darin besteht, daß die betroffene Person mit dem anonymen oder pseudonymen Auftreten beeinflussen kann, ob Daten über sie anfallen und „Datenspuren“⁸⁴⁹ entstehen oder nicht.⁸⁵⁰

Damit gibt es eine Palette denkbarer Einflußpositionen. Für die Gesetzgebung ergeben sich bereits daraus in bestimmtem Umfang Ausgestaltungsspielräume. Das gilt um so

843 Vgl. auch *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 73 f. (bei enger Auslegung des Erforderlichkeitsbegriffs).

844 Vgl. auch *Simitis*, Erosion, S. 34 ff.

845 Vgl. bereits Erster Teil, 2. Kapitel, Punkt B.III.2. m.N.

846 *Garstka*, Selbstdatenschutz, bes. S. 169 ff.; *Schrader*, Selbstdatenschutz, S. 206 ff.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 40 ff.

847 § 6 Abs. 6 TDDSG.

848 § 4 Abs. 6 TDDSG.

849 Siehe dazu *Köhntopp/Köhntopp*, Datenspuren, S. 248 ff.

850 Zur Palette unterschiedlicher Instrumente des „Selbstdatenschutzes“ *Roßnagel*, Datenschutz, S. 255. Vgl. außerdem *Garstka*, Notwendigkeit, S. 992;

mehr, als das Erfordernis, Einflußchancen sicherzustellen, im Regelungszusammenhang von den anderweitig getroffenen Regelungsentscheidungen und von den anderweitig bereits gewährleisteten Einflußpositionen abhängt. Unter Umständen können sich die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG aber auch zu der Verpflichtung verdichten, eine ganz bestimmte Einflußmöglichkeit rechtlich sicherzustellen. Im übrigen werden sie um die Bindungen der thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen ergänzt, die dazu führen können, daß sich bestimmte Positionen verdichten oder verstärken.⁸⁵¹

III. Der Ausgleich mit Gegenbelangen

Gegenbelange, aufgrund derer es dem Gesetzgeber zustehen könnte, verfassungsrechtlich vorgegebene Einflußchancen nur eingegrenzt zu gewährleisten, spielen, anders als bei der Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten, keine bedeutende Rolle. Das liegt daran, daß die Einräumung einer Einflußposition gerade darauf, aber auch auf nicht mehr als darauf zielt, für die betroffene Personen bestimmte Einflußmöglichkeiten sicherzustellen. Gegenbelange fließen in der Regel schon bei der Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen ein, weil diese sich dann nicht zu gerade der Einflußposition verdichten lassen. Als Legitimation einer Eingrenzung wirken sie aber zum Beispiel bei dem Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen⁸⁵², der in dieser Gestalt verfassungsrechtliche Wurzeln hat. Zu den gewichtigen Gegenbelangen zählt hier das Erfordernis richtiger Daten und Informationen. Immerhin ist es ohne weiteres denkbar, daß die Angaben, die eine Person macht, nicht richtig sind.⁸⁵³ In entsprechenden Konstellationen muß bei berechtigtem Verdacht die Möglichkeit bestehen, sich auch bei anderen erkundigen zu können. Im Ergebnis zeigt dies erneut, daß es keineswegs nur die betroffene Person ist, der ein Einfluß auf den Umgang mit den personenbezogenen Informationen und Daten zusteht, und daß ihr „nur“ Einfluß-, keine umgreifenden Bestimmungsmöglichkeiten zukommen.

E. Ergebnisse: Die Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG enthält auf einer den einzelnen Freiheitsgewährleistungen vorgelagerten Ebene *Aussagen zur grundlegenden Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten*, der in Form unbegrenzter, unstrukturierter und intransparenter Abläufe die freie Entfaltung der Persönlichkeit in einer grundsätzlichen Weise beeinträchtigt. Schutzziele und Aussagegehalte führen weder zu einem

851 Vgl. noch Vierter Teil, 11. Kapitel.

852 § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG.

853 Die häufig anzutreffende Annahme, die Erhebung beim Betroffenen sichere die Richtigkeit der erhobenen Daten und der darauf beruhenden Informationen, ist daher zu relativieren, selbst wenn sie für das gesamte Spektrum der Konstellationen zutreffen wird.

Entscheidungsrecht des Einzelnen über die Preisgabe und Verwendung der ihn betreffenden Daten noch zu einer Verpflichtung des Staates oder, soweit die Drittwirkung greift, privater Dritter, jeglichen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten grundsätzlich zu unterlassen. Statt dessen zielen die grundrechtlichen Vorgaben darauf, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht weitgehend unbegrenzt, undurchschaubar und an den Betroffenen vorbei verläuft. Sie richten sich daher in erster Linie mit *Regelungsanforderungen* an die *Gesetzgebung*. Diese muß gesetzliche Bindungen und Schutzpositionen in den nach den grundrechtlichen Maßstäben wesentlichen Hinsichten vorsehen. Wegen der Interdependenzen sowohl zu den sachlichen Regelungsstrukturen als auch zwischen den verschiedenen Regelungen des Umgangs mit Informationen und Daten besteht dabei ein komplexes Wechselspiel zwischen den grundrechtlichen Vorgaben und den gesetzlichen Bestimmungen. Die objektivrechtlichen Aussagen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG können zugleich *subjektive Rechte* vermitteln. Ihrer Unterschiedlichkeit in bezug auf Adressaten und Inhalt wird dadurch Rechnung getragen, daß die individuellen Ansprüche dem Gehalt und der Dichte der objektivrechtlichen Bindungen folgen.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet im ersten Schritt zu einer *sachgerechten und transparenzsichernden Begrenzung und Gestaltung* des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Dies kann, da Informationen und Daten die Basis von Entscheidungen, Handlungen und Kommunikationen sind, nur in *Abstimmung mit den sachlichen Regelungsstrukturen* erfolgen. So ist die staatliche Tätigkeit bereits durch sachliche Aufgaben und Befugnisse rechtlich strukturiert. Die Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten erfordert einerseits eigenständige Determinationsmuster, anderseits eine angemessene Integration in die bereits gegebenen Strukturen, die immerhin den Verarbeitungs- und Verwendungskontext und damit die Informations- und Datenverarbeitungen selbst prägen. Sie ist schon deshalb in ein übergreifendes Konzept einzugliedern. Darüber hinaus ist die gebotene Begrenzung, Gestaltung und Transparenz nur herzustellen, wenn die einzelnen Regelungen der Informations- und Datenverarbeitung nicht isoliert, sondern unter Berücksichtigung der anderen (vorgesehenen) Bestimmungen des jeweiligen Regelungskomplexes formuliert werden. Neben der Abstimmung mit der sachlichen Ebene hat die Gesetzgebung die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten daher untereinander zu *koordinieren* und *Regelungszusammenhänge* herzustellen.

Die grundrechtlichen Anforderungen sind im Wege der Determination der Verarbeitungsabläufe und im Wege der System- und Technikgestaltung umzusetzen. Dabei geht es nicht um detaillierte gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen für jeden einzelnen Verarbeitungsvorgang. Eine grundlegende Determination der Verarbeitungsabläufe wird erreicht, indem diese mit der sachlichen Regelungsebene rechtlich verklammert und in dem so gesetzten Rahmen problemorientiert und phasenspezifisch näher gesteuert werden. Die Systemgestaltung und die Technikgestaltung, die den Verarbeitungsprozessen (analytisch) vorgelagert sind, bestimmen im Vorfeld den Rahmen und die Bedingungen konkreter Informations- und Datenverarbeitungen; sie prägen den Verarbeitungs- und Verwendungskontext. Sie bieten dem Gesetzgeber Anknüpfungspunkte, den grundrechtlichen

Anforderungen durch eine Differenzierung und Konkretisierung sachlicher Aufgaben oder durch Vorgaben zur organisatorischen, technischen und personellen Abschottung von Verarbeitungsbereichen Rechnung zu tragen. Der Gesetzgeber hat in verschiedenen Hinsichten zahlreiche Gestaltungsspielräume. Im übrigen kommt er ohne die Konkretisierungsleistungen der Exekutive – oder im Bereich Privater: ohne regulierte Selbstregulierungen – nicht aus.

Zu den zentralen Elementen einer gesetzlichen Determination der Verarbeitungsabläufe gehören Zwecksetzungen und das Regelungselement der Erforderlichkeit. Die *Festlegung der Verwendungszwecke* verklammert die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit den sachlichen Regelungsstrukturen, im Falle des staatlicher Stellen also mit den Aufgaben und Befugnissen. Die Verwendungszwecke sind – gegebenenfalls in Verbindung mit der Zweckbindung – zugleich das Band, das die einzelnen Verarbeitungsvorgänge zu jeweils einheitlichen oder auch zu sich differenzierenden Verarbeitungszusammenhängen verbindet. Außerdem ermöglichen sie die nähere Regelung der einzelnen Phasen. Durch die Zweckfestlegung wird der Verarbeitungs- und Verwendungszusammenhang konturiert und eine erste Begrenzung und Strukturierung des Umgangs mit Informationen und Daten geleistet. Der Zweckfestlegung und ihren Funktionen ist die *Bindung an die festgelegten Verwendungszwecke* nachgeordnet. Sie bezeichnet den ausschließlichen und abschließenden Charakter der gesetzlichen und aufgrund des Gesetzes konkretisierten Bestimmung der Verwendungszwecke und stellt die prozeßübergreifende Bindung daran sicher. Sie stellt keinen eigenständigen „Grundsatz“ dar. Von einer solchen Ausgangsbasis aus kann der Gesetzgeber zum einen *bündelnde Zweckbestimmungen*, zum anderen *Zweckänderungen* als neue Festlegung von Verwendungszwecken vorsehen. Die grundrechtlichen Anforderungen werden in beiden Fällen dann, aber auch nur dann eingehalten, wenn die Funktionen, die die Festlegung der Verwendungszwecke für die Begrenzung, Strukturierung und transparente Gestaltung wahrnimmt, im Regelungszusammenhang (immer noch) erfüllt werden und wenn der Gesetzgeber dem Folgeregelungsbedarf Rechnung trägt, der etwa hinsichtlich der Koordination der Regelungen untereinander oder hinsichtlich der Richtigkeitsgewähr hervorgerufen werden kann. Durch das Regelungselement der *Erforderlichkeit* werden die jeweils festgelegten Verwendungszwecke und die darauf auszurichtenden Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge in eine Abhängigkeitsbeziehung mit einem bestimmten Abhängigkeitsgrad eingeordnet. Das trägt ebenfalls zur Begrenzung und Strukturierung der Vorgänge bei und ermöglicht zugleich eine nähere Regelung der einzelnen Phasen.

In dem dadurch bereits gesetzten Rahmen können die grundrechtlichen Vorgaben durch *nähere Determinanten* des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten im jeweiligen Regelungszusammenhang weiter umgesetzt werden. Inwiefern weitere gesetzliche Determinanten mit welchen Regelungsinhalten, welcher Regelungstiefe und welcher Regelungsichte notwendig sind, hängt vom Regelungsbereich und davon ab, in welchem Umfang Zweckfestlegungen und Erforderlichkeit die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bereits umsetzen. Auf der Basis einer Aufschlüsselung nach Phasen, die bestimmte Aspekte betreffen und jeweils bestimmte Probleme aufwerfen, sind phasenspezifische Determinanten zu setzen. Sofern die grundrechtlichen Anforderungen

umgesetzt werden, kann die Gesetzgebung flexibel entscheiden, an welcher Stelle und in welcher Weise sie regelungsbedürftige Aspekte regelt. Ihr stehen eine Reihe von Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung, die im Verbund oder einander ergänzend und kompensierend eingesetzt werden können. Im Verarbeitungs- und Regelungszusammenhang ist sie zu einer Koordination der Regelungen der jeweiligen Verarbeitungsvorgänge untereinander verpflichtet.

Als Bestandteil des Verarbeitungs- und Verwendungszusammenhangs sind die *Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken* diesem, anders als in der abstrakteren Perspektive der Anforderungen an die System- und Technikgestaltung, im Ansatz nachgeschaltet. Sie sind bereits bei der Gestaltung der Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu berücksichtigen. Darüber hinaus können zusätzliche technikspezifische Bestimmungen die normativen Regelungen begleiten und absichern.

Auch im Bereich der System- und Technikgestaltung gibt es mittlerweile einige zentrale Regelungselemente. Allgemein-abstrakte Prinzipien passen hier aber nur begrenzt. Die *Prinzipien der Datenvermeidung und Datensparsamkeit* zielen auf eine Reduktion der Verarbeitung personenbezogener Daten und können, darüber vermittelt und in Abhängigkeit von weiteren Faktoren, zur Transparenz beitragen. Sie resultieren nicht bereits aus dem Übermaßverbot. Aber auch als Element der Umsetzung der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sind sie nicht geboten. Sie sind im Gegenteil wenig gegenstandsgerecht und als abstrakt-isoliertes Leitbild nicht sinnvoll: Ihr Verhältnis zur und ihre Verklammerung mit der sachlichen Ebene bleiben undeutlich. Sie sind datenbezogen und rein quantitativ ausgerichtet. Sie erlauben es nicht, nach inhaltlichen Schutzwürdigkeitskriterien zu differenzieren. Die gesetzliche Verankerung einer abstrakt-bereichsübergreifenden Verpflichtung, die Möglichkeiten der *Anonymisierung* und der *Pseudonymisierung* zu nutzen, ist ebenfalls nicht bereits durch das Übermaßverbot vorgezeichnet. Den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG wird der Gesetzgeber mittels einer solchen Pflicht nur gerecht, soweit die sachlichen Aufgaben oder Ziele überhaupt mit anonymisierten oder pseudonymisierten Daten und den daraus erzeugbaren Informationen wahrnehmbar sind. Hier liegt die zentrale Problematik, nicht erst bei den nachgeschalteten Punkten, ob der Einsatz technisch möglich und ob der Aufwand angemessen ist. In den Regelungsfeldern, in denen eine Pflicht zum Einsatz von Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsverfahren paßt, kann sie zur Realisierung der grundrechtlichen Anforderungen beitragen, sofern sie zu einer Begrenzung der Verarbeitung personenbezogener Daten führt, darüber die personenbezogenen Informationen begrenzt und zugleich der Transparenz dient. Das *Datenschutzaudit* und die *Produktzertifizierung* sind bereichsübergreifend geregelte, aber bereichsspezifisch eingesetzte Verfahrensinstitutionalisierungen. Aus der Perspektive der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG haben sie die Funktion, die Umsetzung der inhaltlichen Vorgaben zum Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten mit Hilfe eines Verfahrens zu unterstützen, dessen Kernpunkte eine Prüfung und Bewertung durch unabhängige Gutachter und die Veröffentlichung des Ergebnisses sind. Ihre Institutionalisierung ist grundsätzlich sinnvoll, wenn auch nicht grundrechtsgeboten. Zu den problematischen Punkten, die sie mit sich bringen, zählt das Erfordernis einer hinreichenden Klä-

rung der Prüfungs- und Bewertungsmaßstäbe, vor allem der Rechtmäßigkeitsmaßstäbe.

Da sich die System- und Technikgestaltung um die Gestaltung der Komponenten dreht, die den Rahmen und die Bedingungen der konkreten Informations- und Datenverarbeitungen bilden, also etwa um die Gestaltung der Aufgaben, der Organisation, der Entscheidungsverfahren oder der Datenverarbeitungssysteme, ist sie vor allem *bereichsspezifisch* zu realisieren. Der jeweils zuständige Gesetzgeber kann zum Beispiel die Aufgaben präziser oder differenzierter beschreiben, Regelungen treffen, die Verarbeitungszusammenhänge organisatorisch oder technisch gegeneinander abschotten, oder organisationssteuernde Vorgaben zu den Verarbeitungsbefugnissen setzen. Im Verhältnis zur Determination der Verarbeitungsvorgänge kann die System- und Technikgestaltung Ergänzungs-, aber auch Surrogatscharakter haben.

Damit der in dieser Weise grundlegend regulierte Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten auch für die jeweiligen Grundrechtsträger transparent ist, verpflichtet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im zweiten Schritt zur *Gewährleistung individueller Kenntnismöglichkeiten*. Wegen der Interdependenzen zu den Entfaltungs- und Verhaltensfreiheiten, mit Blick auf die Bedeutung der Kenntnischancen für die Persönlichkeitsbildung oder die Selbstbehauptung sowie unter Berücksichtigung der Aussagen der Menschenwürde schließt die Norm eine Wissenskomponente ein: Sie erstreckt sich darauf, daß es der geschützten Person möglich ist, eigenes Wissen über den Umgang staatlicher Stellen oder, soweit die Drittwirkung greift, anderer Privater mit den personenbezogenen Informationen und Daten zu erlangen. Darüber hinaus ergibt sich die Anforderung der Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten aus den Wechselbeziehungen zwischen den verschiedenen Schutzpositionen, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vermittelt. Im Bereich der öffentlichen Gewalt treten insoweit die Maßgaben der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG hinzu. Die Verpflichtung zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten ist leistungsrechtlicher Natur. Ihr Gehalt ist aber nicht auf ein Minimum reduziert. Er kann sich in unterschiedlichen Hinsichten und gegebenenfalls als Maßstab auf zweiter Stufe zu konkreten Bindungen und Rechtspositionen verdichten.

Die Verpflichtung zur Gewährleistung individueller Kenntnismöglichkeiten baut in bestimmtem Umfang auf den Anforderungen einer sachgerechten und transparenzsichernden Begrenzung und Gestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten auf. Zugleich entfaltet die dritte Linie der grundrechtlichen Schutzzinhalte – die Verpflichtung zur Einflußgewähr – Vorwirkungen, weil Kenntnischancen Voraussetzung von Einflußmöglichkeiten sind. Auch untereinander müssen die Kenntnisregelungen abgestimmt werden. Die grundrechtlichen Vorgaben sind nicht zu nur einer Form der Kenntnisgewähr zu konkretisieren. Insbesondere geben sie nicht allein einen Auskunftsanspruch her. Da die Verarbeitungsvorgänge komplex sind und von den Grundrechtsträgern weitgehend losgelöst verlaufen, sind *gestuft angelegte, verschiedenartige Rechtspositionen* erforderlich, die den Grundrechtsträgern eine übergreifende Orientierung ebenso wie eine konkrete Kenntnis über bestimmte Verarbeitungsvorgänge ermöglichen. Das Ziel, den Bürgern ein orientierendes Wissen über Inhalte, Abläufe und Folgen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu ermöglichen, könnte mit Hilfe von Informations- und Kommunikationsplänen erreicht werden, die die Verarbeitungsstrukturen und

-prozesse in den Kommunikations- und Entscheidungszusammenhängen veranschaulichen. Konkrete Kenntnischancen sind je nach Regelungszusammenhang durch Informationspflichten entweder auf Veranlassung der für eine Informations- und Datenverarbeitung verantwortlichen Stelle, zum Beispiel als Benachrichtigungspflicht, oder (erst) auf Initiative der betroffenen Person, etwa als Dokumenteneinsichts- oder Auskunftsanspruch, sicherzustellen. Konkretisiert der Gesetzgeber aufgrund der grundrechtlichen Bindungen einfachgesetzliche Ansprüche auf Kenntniskgewähr, kann er sowohl im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch im Rahmen des Art. 19 Abs. 4 GG *entgegenstehende Belange* berücksichtigen. Nach Maßgabe einer Abwägung und mit hinreichenden Schutzvorkehrungen ist es zulässig, die verfassungsrechtlich vorgegebenen Kenntnischancen gesetzlich nur eingegrenzt zu gewährleisten.

Damit der Einzelne Einfluß auf den ihn betreffenden Umgang mit Informationen und Daten nehmen kann, verpflichtet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG drittens zur *Gewährleistung individueller Einflußchancen*. Die Informations- und Datenverarbeitungen werden gerade auch zum Schutz der Grundrechtsträger gesteuert und sollen nicht an ihnen vorbei verlaufen, sondern sie einbeziehen. Zudem ergänzen rechtlich gewährleistete Einflußpositionen die begrenzten Steuerungswirkungen der abstrakt-typisierenden gesetzlichen Determination, indem sie den Grundrechtsträgern die (Möglichkeit der) Beteiligung an den *konkreten* Verarbeitungsabläufen garantieren. Einfluß genommen wird dabei zum einen auf die Daten, die der staatlichen Stelle oder auch anderen Privaten im Verarbeitungsverlauf zur Verfügung stehen, zum anderen auf die Informationen und übergreifender auf das Wissen, das die jeweilige Stelle oder andere Privatperson aus Daten oder anderen Informationsgrundlagen über die Person bilden. Im Zentrum steht die Chance der betroffenen Person, die Informationen und das Wissen zu beeinflussen, das andere über sie gewinnen und das dann auch deren Entscheidungen und Verhalten ihr gegenüber prägt.

Die gesetzliche Sicherstellung von Einflußpositionen baut darauf auf, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten rechtlich gebunden, begrenzt und transparent verläuft. Einflußmöglichkeiten sind zu sichern, indem die gesetzlichen Bestimmungen, die die grundrechtlichen Maßgaben umsetzen, *individualschützenden Charakter* erhalten und subjektivrechtlich durchsetzbar sind. Darüber hinaus können sich die grundrechtlichen Vorgaben im jeweiligen Regelungskontext in unterschiedlicher Weise zur Verpflichtung verdichten, *zusätzliche Einflußpositionen* zu gewährleisten. Denkbar sind Beteiligungsansprüche, Widerspruchsrechte, Einwilligungserfordernisse oder Ansprüche auf das Angebot technikunterstützter Optionen. Die Abhängigkeit der Verarbeitung von einer Einwilligung der betroffenen Person folgt nicht bereits daraus, daß dieser ein Entscheidungsrecht über die Verwendung der sich auf sie beziehenden Daten zukäme, sondern erst aus einer besonderen, gesetzlich eingeräumten Einflußposition. Insgesamt steht keineswegs nur der betroffenen Person ein Einfluß auf den Umgang mit den sich auf sie beziehenden Informationen und Daten zu, und der grundrechtliche Schutz vermittelt ihr auch „nur“ Einfluß-, keine umgreifenden Bestimmungsmöglichkeiten.

Die danach aufgrund des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebotenen Regelungen werden durch die Anforderung einer *Institutionalisierung adäquater Kontrollen* ergänzt. Diese Institutionalisierung hat die Funktion, daß die Umsetzung der rechtlichen Regelun-

gen durch deren Adressaten von einer diesen gegenüber unabhängigen Instanz hinreichend überwacht und dadurch gesichert wird. Die Reichweite der Kontrollbefugnisse folgt der Funktion der Kontrolle. Hinsichtlich der Entscheidungsbefugnisse verbleiben der Gesetzgebung Gestaltungsspielräume, soweit die Wirksamkeit der Kontrolle gewahrt bleibt. Die institutionalisierten Kontrollen dienen im Vergleich zu den Einflußrechten und Rechtsschutzgarantien, die der betroffenen Person zur Verfügung stehen müssen, der gegenstandsbedingten Kompensation und Ergänzung. Sie haben keinen Ersatzcharakter. Insofern können sie selbst präzisiert und zugleich in eine übergreifende Konzeption der Kontrollmöglichkeiten integriert werden.

Die Regelungsanforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfordern einerseits eigenständige Determinationsmuster und sind andererseits mit den bereits vorhandenen sachlichen Bestimmungen abzustimmen. Soweit sich bestimmte Maßgaben abstrahieren lassen oder systembildend-übergreifend gelten können, kann ein Querschnitts- und Auffanggesetz geschaffen werden. Wegen der Verflochtenheit der Ebene des Umgangs mit Informationen und Daten einerseits und der sachlichen Ebene andererseits sind viele Regelungsanforderungen aber (nur) bereichsspezifisch und mittels einer engen Integration in die jeweiligen sachlichen Regelungsstrukturen zu lösen. Insgesamt sind die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch eine Kombination allgemeiner und bereichsspezifischer Bestimmungen umzusetzen.

Das gilt um so mehr, als die bisher dargelegten Grundlinien nur die aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herleitbaren Vorgaben und deren Umsetzung betreffen. Die Einzelgrundrechte greifen nach der in dieser Arbeit verfolgten Konzeption als zusätzlicher Maßstab. Eine gesetzliche Regelung hat also gegebenenfalls mehrere grundrechtliche Bindungen zu wahren.

11. Kapitel

Das Zusammenspiel der Grundrechtsbindungen in der Zwei-Ebenen-Konzeption

Gegenstandsgerechte Grundrechtsbindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind zu entwickeln, indem man zwei Ebenen unterscheidet und die Bindungen in eine Zwei-Ebenen-Konzeption integriert. Sieht man von Art. 10 und Art. 13 GG mit ihren besonderen Regelungsansätzen ab, ist die Herleitbarkeit angemessener Bindungen und Rechtspositionen aus den einzelnen Freiheitsgewährleistungen von Voraussetzungen abhängig, die erst durch die gesetzlichen Regelungen geschaffen werden, mit denen die Gesetzgebung den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nachkommt. Auf einer grundlegenden Ebene stellen die Determination der Verarbeitungsvorgänge durch die Zweckfestlegung und Zweckbindung, durch die Maßgabe der Erforderlichkeit sowie durch phasenorientierte nähere Determinanten und die Regelungen zwecks System- und Technikgestaltung Verarbeitungs- und Verwendungszusammenhänge her, die mit den sachlichen Normen oder Kompetenzen abgestimmt, eingegrenzt, strukturiert und insofern transparent sind. Dies ermöglicht es, in übergreifender Perspektive die tatsächliche Basis herauszuarbeiten, die als Grundlage einer gegenstandsgerechten Konkretisierung der thematisch spezifizierten Freiheitsgewährleistungen notwendig ist: Man kann den jeweils relevanten Wissens- und Verwendungskontext, in dessen Rahmen Beobachtungen, Mitteilungsinhalte oder Daten erst zu Informationen werden, und die Verarbeitungsabläufe beschreiben und aufschlüsseln. Inhalte und Folgen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten werden in diesem Rahmen abschätzbar. Auf dieser Grundlage können die thematisch spezifizierten Grundrechtsverbürgungen gegenstandsgerecht zu Rechtsbindungen und -positionen konkretisiert werden, die sich gerade auf die Gewinnung, Umsetzung oder Vermittlung personenbezogener Informationen und auf die Verarbeitung personenbezogener Daten richten. Diese Rechtsbindungen und Rechte treten somit auf einer zweiten Ebene zu den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hinzu. Im Unterschied zu diesen zielen jene nicht auf die – auf ihre Weise die Grundrechtsträger schützende – sachgerechte und transparenzsichernde Regulierung des Umgangs mit Informationen und Daten in Abstimmung mit der je gegebenen sachlichen Regelungsebene. Sie dienen dem besonderen Schutz der Grundrechtsträger in der Konstellation, die in den jeweils thematisierten Freiheitsbereich fällt.

Im Ergebnis bestehen dogmatisch unterschiedlich gestaltete Bindungen auf zwei Ebenen, die in einer übergeordneten Konzeption zusammenspielen. Dieses Zusammenspiel kann abschließend näher erläutert werden.

A. Die Vorgaben einzelner Gewährleistungen auf der Basis einer Grundregulierung

I. Die zusätzlichen Bindungen thematisch spezifizierter Grundrechte

In der Analyse der Inhalte und der Einsatzfähigkeit der thematisch spezifizierten Gewährleistungen konnten deren Bindungen noch nicht auf der Basis der grundlegenden Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten behandelt werden, die aufgrund von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vorzusehen sind. Das Bild vervollständigt sich, wenn die Bindungen in der erforderlichen übergreifenden Perspektive mit Blick auf einen bereits verrechtlichten Kontext entwickelt werden.

Rechtsbindungen und individuelle Rechtspositionen können sich aus dem Grundrecht ergeben, in dessen Regelungsbereich bestimmte Sachverhalte fallen, an die eine staatliche Verarbeitung personenbezogener Informationen und Daten anknüpft. Sie können auch vorgehend aus dem Grundrecht folgen, das die Positionen erfasst, die der staatliche Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten mit seinen Wirkungen betrafte. Vor dem Hintergrund der geschützten Belange der Grundrechtsträger verpflichten sie grundsätzlich dazu, daß der jeweilige Verarbeitungsvorgang unterbleibt; in diesem Rahmen können sie zudem auf Schutzvorkehrungen zielen. Gibt eine Freiheitsgewährleistung Unterlassungspflichten her, wird sie durch ein staatliches Vorgehen, das von den grundrechtlichen Aussagen abweicht, beeinträchtigt.⁸⁵⁴ Wegen der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte können Grundrechtsbeeinträchtigungen durch eine gesetzliche Regelung gedeckt sein, die den grund- und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.⁸⁵⁵

Die Grundregulierung aufgrund der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und die bereits dadurch hergestellten Verarbeitungs- und Verwendungszusammenhänge ermöglichen es, daß die Bindungen der thematisch spezifizierten Gewährleistungen nicht auf die Informationsgewinnung oder die Datenerhebung als unmittelbarer Kontaktstelle zwischen Grundrechtsträgern und staatlicher Stelle beschränkt sind. Diese Bindungen beziehen sich vielmehr auf die übergreifend beschreibbaren Verarbeitungsabläufe und setzen dabei an bestimmten Punkten an, ohne daß nachfolgende Phasen lediglich als Perpetuierung einer mit der Erhebung begonnenen Einwirkung erfasst würden. Sie verpflichten zum Beispiel zur Unterlassung einer Informationsgewinnung, zur Unterlassung einer Speicherung von Daten, zur Unterlassung einer Datenveränderung oder zur Unterlassung der Mitteilung von Informationen an Dritte.

Darüber hinaus ermöglicht es erst die Grundregulierung, die Bindungen und Rechtspositionen der thematisch spezifizierten Grundrechtsverbürgungen mittels einer Konkretisierung zu entwickeln, die den jeweils involvierten Wissens- und Verwendungskontext und die nachteiligen Folgen einbezieht, die der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten erwarten läßt.⁸⁵⁶ Bei der Konkretisierung des einschlägigen Grundrechts sind

854 Siehe Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt C.: Der Begriff der Grundrechtsbeeinträchtigung wird dabei dem „Gegenstand“ der Bindungen, dem Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, angepaßt; im übrigen entspricht dies der gewohnten Dogmatik der Eingriffsabwehr.

855 Ausführlich sogleich Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt B.II.

856 Vgl. dazu insbesondere Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.II.

somit immer (auch) bereits vorhandene gesetzliche Regelungen zu berücksichtigen. Wenn man die Ebenen und Ansatzpunkte der Entwicklung von Maßgaben nicht unterscheidet, mögen grundrechtliche Vorgaben und gesetzliche Bestimmungen als verflochten erscheinen. An dem jeweils zu beurteilenden Punkt besteht die Trennung des grundrechtlichen Gebots und der gesetzlichen Regelung jedoch in der gewohnten dogmatischen Form.

Wegen der Prozeßdimension der Informations- und Datenverarbeitungen wird das Bild hier vielschichtig: Zum einen sind die grundlegenden Regelungen zugrunde zu legen, die nach Maßgabe des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschaffen worden sind. Zum anderen müssen die Regelungen berücksichtigt werden, die die Verarbeitung wegen der Anforderungen der Freiheitsgewährleistungen gestalten oder einschränken und die für eine vorangehende Phase des Verarbeitungsverlaufs gelten. Denn diese Regelungen prägen die Bedingungen für weitere Schritte. Eine staatliche Stelle kann grundsätzlich zur Unterlassung bereits einer bestimmten Datenerhebung verpflichtet, aber aufgrund einer gesetzlichen Grundlage dazu befugt sein, und auf dieser Basis kann die Freiheitsgewährleistung dann die Unterlassung bestimmter Datenveränderungen gebieten.

Trotz der im Ansatz punktuellen Wirkungsweise der informations- und datenbezogenen Unterlassungsgebote kennzeichnet es somit deren Herleitung, daß man in Verarbeitungs- und Regelungszusammenhängen denken muß. Das macht einen grundsätzlichen Unterschied zu traditionellen Unterlassensgeboten aus. Zugleich ergeben sich, soweit die Gesetzgebung aufgrund der Bindungen der einzelnen Freiheitsgewährleistungen gestaltende oder einschränkende Bestimmungen schafft, Anforderungen an deren Koordination und an die Transparenz in den Verarbeitungsabläufen. Die Regelungen müssen untereinander abgestimmt werden; im übrigen entsteht gegebenenfalls ein Folgeregelungsbedarf. Insofern weisen die Gewährleistungen über die bloßen Unterlassensgebote hinaus.

Ein Grundrecht kann bereits das Gebot enthalten, die staatliche Erlangung von Informationen über bestimmte Sachverhalte oder den Zugriff auf Daten zu dem jeweils festgelegten Verwendungszweck zu unterlassen. Während Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Anforderung auf grundlegender Ebene (lediglich) die Festlegung von Verwendungszwecken zur Realisierung einer sachgerechten und transparenzsichernden Regulierung verlangt, kann eine Freiheitsgewährleistung die zusätzlich bindende Aussage enthalten, daß der staatliche Zugriff auf bestimmte Unterlagen zu den vorgesehenen Verwendungszwecken grundsätzlich untersagt ist. Insoweit werden auch die Verwendungszwecke selbst (mittelbar) von ihren Vorgaben erfaßt.⁸⁵⁷ Zum Beispiel schützt Art. 4 Abs. 1 GG vor dem Zugriff auf Aufzeichnungen des Einzelnen über Gewissensauseinandersetzungen, die bei der Ermittlung des Sachverhalts und bei der Anwendung der Straftatbestände in einem Strafverfahren als Informationsbasis verwendet werden sollen, denn die Deutung und Verwertung der Aufzeichnungen vor dem Hintergrund strafrechtlicher Sanktionen und die absehbaren Mechanismen der Anpassung „eigentlich“ geschützten individuellen Verhaltens sind mit dem Freiheitsversprechen des Grundrechts unvereinbar.⁸⁵⁸ Die grundsätzlichen Unterlas-

857 Vgl. dazu Hase, Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“, S. 47.

858 Vgl. Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.cc.(3).

senspflichten und -ansprüche bestehen auch dann, wenn die Aufzeichnungen für die Aufklärung der Straftat unverzichtbar und insofern für die staatliche Aufgabenerfüllung erforderlich sein sollten. Weiter kommt in Betracht, daß ein Grundrecht – von vornherein oder im Falle einer gesetzlichen Ermächtigung für die Informationserlangung oder Datenerhebung – erst die Speicherung, bestimmte Veränderungen oder bestimmte Nutzungen und Verwendungen von Daten und Informationen unterbindet. Diese Bindungen greifen ebenfalls selbst dann, wenn die Verarbeitungsvorgänge aus der Perspektive der staatlichen Aufgabenerfüllung als erforderlich beurteilt werden. So setzt Art. 8 Abs. 1 GG Determinanten dafür, wann die Teilnahme an einer Versammlung, die im Rahmen der zuvor angestellten Prognose rechtmäßigerweise beobachtet werden durfte, als eine gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung gerichtete Bestrebung bewertet und als Datum gespeichert werden darf.⁸⁵⁹ Die Verfassungsmäßigkeit der Beobachtung indiziert nicht die Verfassungsmäßigkeit einer Speicherung erlangter Kenntnisse als Daten. Die Speicherung ist vielmehr in eigenständiger Weise am Freiheitsversprechen zu messen. Mit den ihr zukommenden Funktionen kann sie eine schwerwiegendere Beeinträchtigung sein als die Beobachtung und die damit verbundene Informationsgewinnung.⁸⁶⁰ Ein Grundrecht kann auch (erst) Maßstäbe für die staatliche Veröffentlichung bestimmter, den Grundrechtsträger betreffender Angaben enthalten. Zum Beispiel steht Art. 12 GG einem staatlichen Begehren, zur Prüfung der Voraussetzungen einer Genehmigungserteilung bestimmte Betriebs- und Geschäftsunterlagen vorzulegen, nicht entgegen, wenn – auf der Ebene der Grundregulierung – durch die Determination der staatlichen Verarbeitungsvorgänge, durch organisatorische und technische Abschottungen im Rahmen der System- und Technikgestaltung und durch Geheimhaltungspflichten der Amtsträger sichergestellt ist, daß Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse für Konkurrenten unzugänglich bleiben. Soweit es um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse geht, verbietet Art. 12 GG aber die Bekanntgabe von Unterlagen oder Angaben im Rahmen einer öffentlichen Auslegung.⁸⁶¹

Neben den Unterlassensgeboten und den Anforderungen an die Koordination der in einen Regelungszusammenhang gehörenden Vorschriften können sich Pflichten zur Regelung bestimmter Schutzvorkehrungen ergeben. Dabei geht es nicht um leistungsrechtliche, sondern um eingriffsbedingte oder kompensatorische Vorgaben.⁸⁶² Sie folgen nicht selten aus dem Übermaßverbot. Der Struktur nach handelt es sich um die Aussage, daß ein Informations- oder Datenverarbeitungsvorgang zu unterlassen ist, solange nicht bestimmte Schutzvorkehrungen getroffen werden, oder um die Aussage, daß in dem Fall, in dem eine gesetzliche Grundlage zu einem grundsätzlich zu unterlassenden Informations- oder Datenverarbeitungsvorgang ermächtigt, die Pflicht zu bestimmten Schutzvorkehrungen besteht. Diese Pflicht selbst richtet sich ihrem Inhalt nach auf eine positive Handlung. Die dafür nötige

859 Vgl. dazu Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.4.b. und c.; außerdem *Bäumler*, Datenschutz, S. 42 ff.

860 Zu den Funktionen der – im Rahmen der Grundregulierung grundlegend zu regelnden – Speicherung siehe Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.I.3., B.II.2.b. Zutreffend im obigen Zusammenhang *Bäumler*, Datenschutz, S. 32.

861 Vgl. Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.I.2.c.cc.(3).

862 *Bizer*, Forschungsfreiheit, S. 215.

Verdichtung entsteht dadurch, daß die Pflicht zu einer Schutzvorkehrung akzessorisch zu einem Unterlassensgebot entsteht, an einer bestimmten Stelle des Verarbeitungszusammenhanges greift und die von dem Unterlassensgebot geforderte Ausgestaltung begleitet oder eine Beeinträchtigung abmildert. Im übrigen geben Schutzvorkehrungen im Bereich der Determination der Informations- und Datenverarbeitung – anders als im Bereich der „klassischen“ Eingriffsabwehr⁸⁶³ – nicht unbedingt inhaltlich neuartige Anforderungen her. Sie sind „Schutzvorkehrungen“ im Vergleich zum Unterlassensgebot. Sie können aber ihrerseits eine bestimmte Gestaltung des Umgangs mit Informationen und Daten aufgeben. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn Aufzeichnungen erst genutzt werden dürfen, nachdem Personen, die dafür gesondert zuständig sind, sie durchgesehen und Relevantes und Irrelevantes getrennt haben.⁸⁶³

Die einzelnen Grundrechtsgewährleistungen setzen somit dogmatisch andersartige Bindungen als Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG auf der grundlegenden Ebene. Sie geben vor allem grundsätzliche Unterlassenspflichten und -ansprüche her. Diese können zwar nicht mit den Mustern der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption beschrieben werden. Sie lassen sich aber trotzdem mit einer Eingriffsabwehrdogmatik erfassen, die dem Gegenstand angepaßt und bei der Form der Konkretisierung der Gewährleistungsinhalte, beim Eingriffsbegriff oder beim Verhältnis zwischen Grundrecht und gesetzlichen Regelungen entsprechend modifiziert ist. Sie sind dabei allerdings von den Vorleistungen der Grundregulierung abhängig, mit der die Gesetzgebung den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nachkommt. Denkbar ist außerdem, daß sie mit ihren Aussagen die Anforderungen an die Gewährleistung von Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten der Grundrechtsträger verstärken.⁸⁶⁴

II. Die zusätzlichen Bindungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Im Unterschied zum Inhalt der einzelnen Freiheitsgewährleistungen richtet sich der Aussagegehalt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht auf ein bestimmtes sachliches Thema. Deshalb kann man aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Aussagen auf einer den Einzelgrundrechten vorgelagerten Ebene herleiten.⁸⁶⁵ Schutzwirkungen des Art. 2 Abs. 1 GG als Freiheitsgewährleistung auf der zweiten Ebene werden dadurch nicht ausgeschlossen.

Die Möglichkeit der Herleitung von Schutzzinhalten auch auf der zweiten Ebene bedeutet aber nicht, daß man Aussagegehalte übernehmen oder als selbstverständlich zugrunde legen dürfte, die aus Konzeptionen stammen, von denen man sich bei der Entwicklung grundrechtlicher Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten gerade lösen muß. Art. 2 Abs. 1 GG kann im hier interessierenden Bereich deshalb *nicht* als *allgemeines Freiheitsrecht* interpretiert werden, das – im Sinne einer „Freiheit vor

863 Dazu etwa Störmer, Verwertbarkeit, S. 21 f.; Lorenz, Absoluter Schutz, S. 277.

864 Mayer-Metzner, Auskunftsanspruch, S. 131 ff., bes. 134.

865 Siehe dazu Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.I.

staatlicher Informationssammlung und Informationsweitergabe⁸⁶⁶ – einen eingriffsabwehrrechtlichen Schutz gegen jeglichen staatlichen Umgang mit Informationen und Daten gewährleisten könnte. Eine solche Interpretation entstammt der „klassischen“ Eingriffsabwehrkonzeption mit ihren Implikationen und Limitationen. Sie lebt von der Form der Unterscheidung von Gesellschaft und Staat, die dieser Konzeption zugrunde liegt. Sie bedarf der Abgrenzung gegen einen bestimmten Eingriffsbegriff.⁸⁶⁷ Ebenso wenig lassen sich aus Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht am eigenen Datum⁸⁶⁸ oder die vom Bundesverfassungsgericht formulierte Befugnis des Einzelnen herleiten, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.⁸⁶⁹ Statt dessen sind die Bindungen des Art. 2 Abs. 1 GG auf der hier untersuchten zweiten Ebene dogmatisch und methodisch genauso zu entwickeln wie die Bindungen der sachlich spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen.

Das ändert nichts an der Besonderheit des Art. 2 Abs. 1 GG, nicht durch ein sachliches Thema bestimmt und begrenzt zu sein. Diese Besonderheit hat zur Folge, daß er als Grundrecht, das auf der zweiten Ebene greift, nochmals zwei zu unterscheidende Anwendungsbereiche hat. Der erste Anwendungsbereich betrifft den Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Konstellationen, die *rein persönlichkeitsbezogen* sind. Art. 2 Abs. 1 GG hat einen eigenständigen inhaltlichen Schutzbereich, indem er die Grundrechtsträger in bestimmten Hinsichten in ihrer Identität, ihrer Individualität und in ihrer sozialen Stellung schützt.⁸⁷⁰ Die entwicklungsbedingte Dauerverknüpfung mit dem Schutz der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG ist an dieser Stelle überholt.⁸⁷¹ Art. 2 Abs. 1 GG gibt bereits für sich genommen einen Persönlichkeitsschutz her, in dessen Mittelpunkt die Person als solche, nicht ein bestimmtes, von einer sachlich spezifizierten Freiheitsgewährleistung erfaßtes Thema steht. Im zweiten Anwendungsbereich greift Art. 2 Abs. 1 GG in den Konstellationen, in denen bestimmte Folgen zwar zu erwarten, aber noch nicht zu spezifizieren oder abzuschätzen sind oder in denen eine Bündelung vielfältiger Situationen und Folgen notwendig ist.⁸⁷² Ihm kommt insoweit eine *Bündelungs- und Auffangfunktion* zu. In manchen Konstellationen mag man nicht genau herausarbeiten können, ob man mit dem – bereits durch eine Abstraktion gekennzeichneten und immer abstrahierbaren – Persönlich-

866 *Schwan*, Datenschutz, S. 121, 130 ff., 146 ff. Dazu bereits oben Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt C.I. und II.2.

867 Näher Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.I.2. und 3.

868 *Meister*, Datenschutz, S. 114 ff. Siehe auch *Selmer*, Steuerrecht und Bankgeheimnis, S. 8 f., der meint, daß das Bankgeheimnis speziell hinsichtlich der Kunden sich in der „durch Art. 2 I GG garantierten allgemeinen menschlichen Handlungsfreiheit thematisiert (findet), die sich auf alle Bereiche persönlichen und wirtschaftlichen Agierens erstreckt und daher auch das Recht des Einzelnen umfaßt, sich nach eigenem Belieben eine wie auch immer geartete ‚Geheimsphäre‘ zu schaffen und aufrechtzuerhalten“.

869 BVerfGE 65, I (43).

870 Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II. und III.

871 Zur Entwicklung des informationsbezogenen Schutzes im Anschluß an die traditionelle Dogmatik, vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt B.II.1. Hier hat die Einbeziehung der Menschenwürde inzwischen keinen nachvollziehbaren Sinn mehr, siehe auch Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.II.

872 Vgl. etwa die Abgrenzung zwischen Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in BVerfGE 58, 257 (273 f.).

keitsbezug oder eher mit einer Bündelung zu tun hat. Dogmatisch ist man auf eine präzise Unterscheidung in solchen Fällen aber auch nicht unbedingt angewiesen. Für beide Anwendungsbereiche gilt, daß die Schutzwirkungen des Art. 2 Abs. 1 keineswegs im Ansatz schwächer sind als die der anderen Grundrechtsgewährleistungen.⁸⁷³

Die Bindungen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit sind auf der jeweils herauszuarbeitenden Basis kontext- und prozeßbezogen zu entwickeln. Sie setzen an bestimmten Punkten des – übergreifend in den Blick genommenen – Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten an und geben dabei unter Umständen Maßstäbe auf zweiter Stufe her. Der Persönlichkeitsschutz kann bereits die Erhebung bestimmter Daten verbieten, zum Beispiel eine Genomanalyse zu Zwecken der Feststellung der Eignung für eine bestimmte Beschäftigung.⁸⁷⁴ Er greift auch hinsichtlich intensiver polizeilicher Observationen einer Person.⁸⁷⁵ Er kann das Gebot enthalten, daß die Speicherung bestimmter wertender, insbesondere abqualifizierender oder stigmatisierender Attribute über eine Person grundsätzlich zu unterbleiben hat.⁸⁷⁶ Er kann aufgeben, daß die Nutzung von Daten zu bestimmten Zwecken oder eine Übermittlung unterlassen werden muß, etwa bei Daten, die inhaltlich die Privatsphäre betreffen oder heimlich gesammelt worden sind⁸⁷⁷, bei Gesundheitsangaben⁸⁷⁸, bei genetischen Daten⁸⁷⁹ oder bei Daten über einen zu ungesicherten Verdacht. Denkbar ist auch ein Verbot der Verwendung bestimmter Informationen.⁸⁸⁰ Weiter kommen Anonymisierungs- oder Pseudonymisierungsgebote in Betracht, etwa wenn bestimmte Daten, die im Rahmen der Straftatenverhütung oder Verfolgungsvorsorge erhoben worden sind, stigmatisierende Informationen über „zufällig Betroffene“ vermitteln, aber untrennbar mit Daten über die „Zielperson“ verbunden sind und deswegen nicht gelöscht werden können.

Auf der zweiten Ebene enthält Art. 2 Abs. 1 GG somit ebenso wie die thematisch spezifizierten Grundrechtsgewährleistungen vor allem grundsätzliche Unterlassenspflichten und -ansprüche. Deren gegenstandsgerechte Herleitbarkeit hängt von der Grundregulierung ab, die Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verlangt. Zusätzliche Bindungen des Persönlich-

873 Insoweit zutreffend hat das BVerfG, das Art. 2 Abs. 1 GG zum einen als allgemeines Freiheitsrecht oder als allgemeine Handlungsfreiheit, zum anderen als allgemeines Persönlichkeitsrecht versteht, zu diesem immer hervorgehoben, daß es substanzhaltig ist und einen intensiven Schutz vermitteln kann. Vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, unter Punkt B.

874 *Simitis*, Arbeitnehmerdaten, S. 173 m.w.N.

875 Vgl. BGH, DöV 1991, S. 849 (849 f.).

876 Vgl. zu den in APIS gespeicherten personenbeschreibenden Merkmalen *Weichert*, APIS, S. 217 f.

877 Vgl. dazu – in Weiterentwicklung der Ausführungen in BVerwGE 116, 104 (109 ff.) – BVerwG, NJW 2004, S. 2462 (2464 ff.) – Herausgabe von Stasi-Unterlagen: Das BVerwG zieht neben dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung den Anspruch auf Achtung der Privatsphäre und das Recht am gesprochenen Wort als Prüfungsmaßstäbe heran.

878 Vgl. BVerwG, NZWehrR 2004, S. 163 (165 f.).

879 Hier können Diskriminierungsverbote hinzukommen, vgl. für das Problemfeld privater Versicherungen *Trute*, Wissenspolitik, S. 320 ff. Allgemein zu genetischen Daten mit zahlreichen Hinweisen auf ggf. erforderliche Modifikationen allgemeiner Vorgaben *Trute*, Wissenspolitik, S. 320 ff.; *Weichert*, Schutz, S. 133 ff.

880 Das steht hinter dem auf dem Resozialisierungsgedanken beruhenden § 51 Abs. 1 BZRG. Vgl. als Beispiel auch § 21 Abs. 4 HSOG.

keitsschutzes, die in bestimmten Konstellationen hinzutreten, können zudem die grundlegenden Anforderungen an die Gewährleistung von Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten der Grundrechtsträger verstärken. Hier ist mit Blick auf die besondere Persönlichkeitsnähe etwa an die Einsichtsansprüche der Patienten in die sie betreffenden Gesundheitsakten⁸⁸¹ oder der Opfer in die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes⁸⁸² zu denken. Ein Beispiel sind außerdem die besonderen Unterrichtungspflichten, die gegenüber den Personen, die an medizinischen Forschungsvorhaben teilnehmen, hinsichtlich des vorgesehenen Umgangs mit den personenbezogenen Informationen und Daten bestehen.⁸⁸³

B. Die Bauweise der gesetzlichen Regelungen

Wegen des Zusammenspiels der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und der Bindungen weiter hinzutretender Grundrechtsgewährleistungen hat die Gesetzgebung bei *einer* gesetzlichen Regelung gegebenenfalls *mehrere grundrechtliche Bindungen* zu beachten. Dogmatisch ist das unproblematisch. Die Bindungen der einzelnen Grundrechtsgewährleistungen wirken sich dabei in zwei zu unterscheidenden Formen aus. Zum einen können Gesetzgebung und Exekutive deren Gewährleistungsinhalten vollständig Rechnung tragen. Die Gesetzgebung käme dann bei den Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht nur den Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, sondern auch den Geboten der jeweiligen Freiheitsgewährleistung nach. Die Verwaltung würde die Regelungen entsprechend auslegen und anwenden. In solchen Fällen wird die Freiheitsgewährleistung durch das staatliche Vorgehen nicht beeinträchtigt. Zum anderen kann die Gesetzgebung wegen der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte Einschränkungen der jeweiligen Gewährleistung vorsehen. Im ersten Fall gestalteten die gesetzlichen Regelungen den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten entsprechend den aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 folgenden Anforderungen und zugleich nach Maßgabe zusätzlicher einzelgrundrechtlicher Bindungen. Im zweiten Fall enthielte die gesetzliche Regelung die Ermächtigung für ein Vorgehen, das die einschlägige Freiheitsgewährleistung beeinträchtigt.

I. Achtung der einzelgrundrechtlichen Bindungen

Sind den einzelnen Freiheitsgewährleistungen für bestimmte Konstellationen, die sich infolge der Grundregulierung in übergreifender Perspektive unter Berücksichtigung des Verwendungszusammenhangs beschreiben lassen, Unterlassungspflichten zu entnehmen, kann die Gesetzgebung diesen vollständig nachkommen und die gesetzlichen Regelungen so anlegen, daß die einschlägige Freiheitsgewährleistung nicht beeinträchtigt wird. Denn die Unterlassungspflichten bestehen immer (nur) relativ im Hinblick auf den jeweiligen

881 Dazu den Nw in Vierter Teil, Fn 438.

882 Näher *Trute*, Regelungen, S. 1044 f.

883 § 40 Abs. 2 a AMG.

Verwendungszusammenhang. Vom Vorgehen her sind die geschaffenen oder vorgesehenen grundlegenden Bestimmungen zunächst als Struktur zugrundezulegen und im Folgeschritt nach Maßgabe der einzelgrundrechtlichen Bindungen zu präzisieren, abzuwandeln, einzuschränken oder zu ergänzen. Weiter sind die Regelungen, die mit Rücksicht auf die Freiheitsgewährleistung entstehen, bei der Regelung jeweils nachfolgender Schritte zu beachten. Da die Gesetzgebung in den Regelungszusammenhängen bei den verschiedenen Regelungselementen der grundlegenden Gestaltung ansetzen kann, damit den Bindungen der Freiheitsgewährleistungen Rechnung getragen wird, verbleiben ihr Gestaltungsspielräume.

Im Rahmen der *Determination der Verarbeitungsabläufe* ist die *Festlegung der Verwendungszwecke* das erste Regelungselement, das entsprechend den zusätzlichen Bindungen einer Freiheitsverbürgung näher gestaltet werden kann. Verpflichtet ein Grundrecht eine staatliche Stelle, Informations- und Datenverarbeitungen hinsichtlich eines Sachverhalts, der seinem Schutz unterfällt, oder wegen deren Wirkungen, gegen die es (vorgreifend) Schutz gewährt, zu unterlassen, kann die Gesetzgebung, falls die Reichweite der Zweckfestlegung problematisch ist, die Verwendungszwecke anders, in der Regel enger oder differenzierter festlegen, damit das Grundrecht nicht beeinträchtigt wird.⁸⁸⁴ Bündelnde Zweckfestlegungen können so differenziert werden, daß ein grundrechtliches Gebot, die Erhebung oder Nutzung bestimmter Angaben zu einem der von der bündelnden Zweckbestimmung erfaßten Zwecke zu unterlassen, einhalten wird. Zweckänderungsregelungen können entfallen oder hinsichtlich der in ihnen enthaltenen Festlegung von Verwendungszwecken enger und differenzierter geregelt werden, soweit eine Freiheitsgewährleistung bei bestimmten Zwecken Unterlassungspflichten hergibt. Die Bindung an die festgelegten Verwendungszwecke ist dagegen kein eigenständiges Element, das durch Maßgaben der einzelnen Freiheitsgewährleistungen gegenüber der auf grundlegender Ebene bestehenden Zweckbindung verstärkt würde. Sie ist vielmehr Korrelat der Zweckfestlegungen und folgt darüber den Eingrenzungen oder Differenzierungen der gesetzlichen Bestimmungen.⁸⁸⁵

Das Regelungselement der *Erforderlichkeit*, das die Relation zwischen den jeweiligen Verarbeitungsvorgängen und der Aufgabenerfüllung beschreibt⁸⁸⁶, bewirkt auf der grundlegenden Ebene, daß Verarbeitungsvorgänge, die für die festgelegten Verwendungszwecke nicht erforderlich sind, unzulässig sind oder umgekehrt: daß nur erforderliche Verarbeitungsvorgänge zulässig sind. Mit dieser Funktion bietet es selbst keinen Ansatzpunkt für eine Einengung aufgrund zusätzlicher Bindungen der einzelnen Freiheitsgewährleistungen. Der Abhängigkeitsgrad könnte zwar schärfer bestimmt werden, dies zum Beispiel durch den Begriff „unverzichtbar“. Die Gewährleistungsaussagen werden dabei aber

884 Vgl. Wolter, Datenschutz, S. 819 f., zum Einfluß grundrechtlicher Maßstäbe (Unschuldsvermutung, nemo temetur) auf die Regelungen der Polizei- und Strafprozeßrechts.

885 Wenn manchmal ausgeführt wird, die „Zweckbindung“ sei verstärkt, liegt dies meist an einer unzureichenden Differenzierung von Zweckfestlegung und Zweckbindung. In der Regel ist gemeint, daß die Zwecke enger festzulegen sind und die verantwortliche Stelle daran im Verarbeitungsverlauf gebunden ist.

886 Vgl. oben Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.1.b.

nicht vollständig gewahrt, sondern bereits teilweise eingeschränkt.⁸⁸⁷

Zusätzlichen Maßgaben einzelner Freiheitsgewährleistungen kann die Gesetzgebung insbesondere im Rahmen der *näheren Determination der Verarbeitungsvorgänge* gerecht werden. Dies hätte hier nicht die Funktion, daß die Verarbeitungsvorgänge näher auf die sachlichen Aufgaben und Befugnisse zugeschnitten werden⁸⁸⁸, sondern die Funktion, daß die aus den einzelnen Freiheitsgewährleistungen resultierenden Pflichten erfüllt werden. Dabei ist dem Verlauf der einzelnen Phasen in den Verarbeitungs- und Regelungszusammenhängen zu folgen. Die Gestaltung muß auf die Probleme reagieren, die dort jeweils aufgeworfen werden. Wie auf der grundlegenden Ebene stehen dem Gesetzgeber mehrere Ansatzpunkte und Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung. In Abhängigkeit von den Geboten der Freiheitsgewährleistung kann er sie im Verbund oder einander ergänzend und kompensierend einsetzen. So kann er bestimmte Personen und die sie betreffenden Angaben in Reaktion auf einen besonderen grundrechtlichen Schutz aus Informations- und Datenverarbeitungen ausklammern oder insoweit eine möglichst baldige Anonymisierung vorsehen. Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die jeweiligen Verarbeitungsvorgänge können mit Blick auf Angaben oder Daten, deren Erhebung oder Speicherung eine Freiheitsgewährleistung bei gegebenem Verwendungszweck verbietet, eingeschränkt werden. Da etwa Art. 4 GG die Kenntnisnahme von Tagebuchaufzeichnungen im Rahmen eines Strafverfahrens grundsätzlich verbietet, könnten die Erhebungsregelungen so gestaltet werden, daß für solche höchstpersönlichen Aufzeichnungen ein Ausnahmetatbestand festgehalten wird. Die staatliche Stelle muß die Informationen, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt, dann anders bilden und ohne die Kenntnisse entscheiden, die bestimmte Daten vermittelten. Soweit tatbestandliche Voraussetzungen die Funktion haben, eine Einschreitschwelle festzulegen, handelt es sich um eine Element, das allein bei der Einschränkung der Grundrechtsgewährleistungen eine Rolle spielt. Eine Ausklammerung der Sachverhalte, die dem Schutz eines Grundrechts unterfallen, kann auch erfolgen, indem die gesetzliche Regelung die Aussagegehalte der Daten und Informationen, die erhoben, verarbeitet oder gebildet werden dürfen, näher umschreibt und einengt.⁸⁸⁹ Denkbar sind weiter Regelungen, die vorsehen, daß bestimmte Daten einer Zweckänderungsregelung nicht unterfallen oder nicht übermittelt werden dürfen.⁸⁹⁰

Im Rahmen der *System- und Technikgestaltung* kann der Gesetzgeber zusätzlichen Bindungen einer Freiheitsverbürgung nachkommen, indem er die sachlichen Aufgabenzuweisungen differenzierter oder präziser gestaltet und damit Grundlagen vor allem für differenziertere oder engere Zweckfestlegungen herstellt. Er kann die technische und organisatorische Abschottung von Verarbeitungsbereichen aufgeben. Des weiteren kommt, etwa bei

887 Siehe daher sogleich Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt B.II.

888 Vgl. Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt B.II.2.

889 Siehe z.B. § 81 e StPO, der die Informationsgewinnung auf der Grundlage des „genetischen Fingerabdrucks“ auf die Feststellung der Abstammung und der Herkunft von Spurenmaterial beschränkt. Feststellungen über andere Tatsachen dürfen nicht erfolgen; darauf gerichtete Untersuchungen sind unzulässig, § 81 e Abs. 1 S. 3 StPO.

890 Bei einer solchen Gestaltung würden nicht die in der Zweckänderungsvorschrift festgehaltenen Zwecke enger gefaßt, sondern Daten aus ihrem Anwendungsbereich ausgeklammert.

Gesundheitsangaben, die Festlegung von Pflichten zur Anonymisierung, Pseudonymisierung oder Verschlüsselung in Betracht. All dies kann dazu führen, daß zusätzliche Bindungen einer einschlägigen Freiheitsgewährleistung vollständig eingehalten werden und insofern keine Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt.

II. Einschränkung der Einzelgrundrechte aufgrund der Gesetzesvorbehalte

Geben die einzelnen Freiheitsgewährleistungen in bestimmten Konstellationen, die sich infolge der Grundregulierung in übergreifender Perspektive unter Berücksichtigung des Verwendungszusammenhangs beschreiben lassen, Unterlassungspflichten her, kann die Gesetzgebung sie nach Maßgabe der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte einschränken. Man hat an dieser Stelle mit der gewohnten Struktur von Grundrechtstatbestand und Grundrechtsbegrenzung zu tun. Man muß dabei aber beachten, daß der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten Gegenstand der grundrechtlichen Bindungen ist. Insbesondere hat man nicht nur wegen der Zwei-Ebenen-Konzeption grundrechtlicher Bindungen, sondern auch wegen der Verflochtenheit der Verarbeitungsvorgänge und wegen der prozeßübergreifenden Schutzwirkungen der Freiheitsverbürgungen mit einem besonderen Verhältnis von Grundrechten und gesetzlichen Regelungen zu tun. Grundrechtliche Unterlassungspflichten stehen daher immer auch in einem Kontext bereits vorhandener Regelungszusammenhänge.⁸⁹¹ An dem jeweils zu beurteilenden Punkt sind die maßstabsetzenden Grundrechtsaussagen und deren Begrenzung durch Gesetz aber in der gewohnten dogmatischen Form voneinander differenziert. Eine Grundrechtsbeeinträchtigung liegt vor, wenn das staatliche Vorgehen von den grundrechtlichen Vorgaben abweicht.⁸⁹² Dadurch werden die grundrechtlichen Schutzmechanismen ausgelöst. Es bedarf einer die Beeinträchtigung deckenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die verfassungsmäßig ist. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen zählen vor allem besondere Anforderungen des jeweiligen Gesetzesvorbehalts sowie das Bestimmtheitsgebot und das Übermaßverbot.

Im Rahmen des Übermaßverbots muß dem staatlichen Vorgehen, das das Grundrecht beeinträchtigt, die *Eignung* zukommen, das ihm zugrunde liegende Ziel zu erreichen. Die in Rede stehenden Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge müssen danach für den jeweils festgelegten Verwendungszweck und für das Ziel geeignet sein, das hinter der Erfüllung der Aufgaben nach Maßgabe der Befugnisse steht. Da eine solche Anforderung bereits auf grundlegender Ebene durch das Regelungselement der Erforderlichkeit aufgefangen wird, wird die Geeignetheit keine Probleme aufwerfen. Anders als das auf grundlegender Ebene geltende Regelungselement der Erforderlichkeit betrifft die *Erforderlichkeit* als Anforderung des Übermaßverbots *nicht* die Beschreibung der Relation zwischen Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen und der Aufgabenerfüllung. An dieser Stelle geht es vielmehr darum, ob es ein milderes Mittel gibt. Zum Beispiel kann der Zugriff auf bestimmte Unterlagen, hinsichtlich derer eine Freiheitsgewährleistung einen spezifischen

891 Vgl. bereits oben Vierter Teil, 11. Kapitel, Punkt A.I.

892 Vgl. Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt C.II.2.

Schutz gewährt, mangels Erforderlichkeit grundrechtswidrig sein, weil es die den Grundrechtsträger weniger belastende Möglichkeit gibt, die für die Aufgabenerfüllung benötigten Informationen aus anderweitigen Quellen zu erzeugen. Die Gesetzgebung kann auf diese Komponente des Übermaßverbots mit ihren Möglichkeiten der Gestaltung der Regelungen reagieren: Sie kann Angaben, die dem Schutz eines Grundrechts unterfallen, dessen Einschränkung am Übermaßverbot scheitert, durch eine entsprechende Gestaltung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Verarbeitungsvorgänge aus der Verarbeitung ausklammern. Sie kann das Regelungselement der Erforderlichkeit auf grundlegender Ebene verschärfen, indem mit Begriffen wie dem der „Unverzichtbarkeit“ klargestellt wird, daß die staatliche Stelle jede andere Möglichkeit, eine Aufgabe ohne den jeweiligen Verarbeitungsvorgang zu erfüllen, diesem vorzuziehen hat. Die *Verhältnismäßigkeit* als Anforderung des Übermaßverbots erfordert eine Abwägung. Dabei wird beurteilt, ob die Folgen der Beeinträchtigung des Grundrechts durch den jeweiligen Informations- und Datenverarbeitungsvorgang in einem angemessenen Verhältnis zu den Folgen für die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe stehen. Anders als in der traditionellen Eingriffsabwehrkonzeption stehen hier, da schon im Rahmen der Konkretisierung der Freiheitsgewährleistung nachteilige Folgen herausgearbeitet und aus Perspektive des Freiheitsversprechens normativ beurteilt werden müssen, bestimmte Grundlagen einer rationalen Beurteilung der Verhältnismäßigkeit bereits zur Verfügung. Im übrigen ist bei dieser Komponente ist zu beachten, daß man mit Rücksicht auf die Charakteristika von Informationen als Sinnelementen unterschiedliche Perspektiven einnehmen muß: Im Rahmen der Beurteilung und Gewichtung des grundrechtlichen Schutzes kommt es auf die Perspektive des Grundrechts und des Grundrechtsträgers an, während der Verarbeitungsvorgang bei der Beurteilung und Gewichtung des (Allgemein)Interesses aus Perspektive des Verwendungszwecks und der dahinter stehenden Aufgabe zu betrachten ist.⁸⁹³ Steht die Verhältnismäßigkeit der Einschränkung der Freiheitsgewährleistung entgegen, wird die Gesetzgebung darauf verwiesen, die informations- und datenbezogenen Regelungen anders, nämlich so zu gestalten, daß entweder die Gewährleistung nicht beeinträchtigt oder die Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.

C. Ergebnisse: Zwei-Ebenen-Konzeption statt Datenschutzgrundrecht

I. Verankerung eines Datenschutzgrundrechts ?

Die Determination des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist eine neue Dimension grundrechtlichen Schutzes. Aus unterschiedlichen Anlässen wird daher die explizite normtextliche Verankerung eines „Datenschutzgrundrechts“ gefordert oder realisiert. Eine Einführung in das Grundgesetz wurde vor allem im Anschluß an das Volkszählungsurteil und in der Diskussion um die Verfassungsreform im Zusammenhang mit der Wiedervereinigung vorgeschlagen.⁸⁹⁴ Einen aktuellen Anlaß liefert die angestrebte

⁸⁹³ Dazu Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2., 4. Kapitel, Punkt C.II.2.

⁸⁹⁴ Siehe dazu *Simitis*, Aufnahme, S. 46 ff.; *Schrader*, Datenschutz, S. 427 ff.

Modernisierung des Datenschutzrechts.⁸⁹⁵ Anders als das Grundgesetz haben eine Reihe von Landesverfassungen Datenschutzgrundrechte mittlerweile eingeführt. Die Textvarianten sind vielfältig. Manchmal wird die Gewährleistung in Anlehnung an die vom Bundesverfassungsgericht gewählte Fassung als Recht beschrieben, über die Preisgabe und Verwendung oder noch zusätzlich über die Weitergabe persönlicher Daten selbst zu bestimmen.⁸⁹⁶ Manchmal wird jeder Person – ähnlich wie in Art. II-68 EU-Verfassungsvertragsentwurf – ein Recht auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten zugesichert.⁸⁹⁷ Vereinzelt wird die Beschreibung der Gewährleistung um die Aussage ergänzt, daß personenbezogene Daten nur mit freiwilliger und ausdrücklicher Zustimmung des Berechtigten erhoben, gespeichert, verarbeitet, weitergegeben oder sonst verwendet werden dürfen.⁸⁹⁸ Häufig werden das Recht jeder Person auf Auskunft über die Speicherung persönlicher Daten und auf Einsicht in sie betreffende Akten oder sonstige amtliche Unterlagen ergänzt.⁸⁹⁹ Über die Gesetzesvorbehalte sind Einschränkungen im überwiegenden Allgemeininteresse durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig.⁹⁰⁰ Dies wird zum Teil dahin konkretisiert, daß dabei insbesondere Inhalt, Zweck und Ausmaß der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der personenbezogenen Daten zu bestimmen und Rechte auf Auskunft, Löschung und Berichtigung näher zu regeln sind.⁹⁰¹

Die vielfältigen Textvarianten auf der Ebene der Landesverfassungen belegen die Schwierigkeiten bei der Formulierung eines adäquaten Gewährleistungsgehalts. Diese können nicht überraschen. Grundrechtliche Bindungen und Schutzpositionen, die sich auf den Umgang staatlicher Stellen oder, soweit die Drittwirkung greift, privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten richten, können nicht in Form eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten beschrieben werden. Die Garantie eines Anspruchs auf Schutz personenbezogener Daten wirkt ebenfalls schutzverkürzend.⁹⁰² Wissensrechte können nicht auf Auskunfts- oder Akteneinsichtsrechte reduziert werden. Schon der Bezug ausschließlich auf Daten fördert eine verfehltte Ausgestaltung. Statt dessen hat die Informationsebene im Zentrum des Schutzes zu stehen. Information ist eine Grundkategorie, deren Bezüge zu anderen Kategorien – Handlungen, Entscheidungen, Kommunikation, Persönlichkeit – nicht verloren gehen dürfen. Erst mit Blick auf diese Bezüge sind die Schutzziele und Schutzerfordernisse sinnvoll zu konkretisieren. Hinter dem Datenschutz steht keine einheitliche Schutzidee, sondern ein vielfältiges Spektrum von Schutzerfordernissen. Deshalb ist die Einführung eines „Grundrechts auf Datenschutz“ nicht sinnvoll.

895 *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 57 f.

896 Vgl. Art. 11 BbgVerf, Art. 33 VerfvBl, Art. 4 a VerfRhPf., Art. 33 SächsVerf, Art. 6 ThürVerf.

897 Art. 12 Verf.Bremen, Art. 4 NWVerf, Art. 6 MVVerf, Art. 2 SaarlVerf, Art. 6 Sachs.-Anh.Verf.

898 Art. 11 BbgVerf, Art. 33 SächsVerf.

899 Art. 11 BbgVerf, Art. 12 Verf.Bremen, Art. 6 MVVerf., Art. 4 a VerfRhPf., Art. 6 ThürVerf.

900 Art. 33 VerfvBl, Art. 12 Verf.Bremen, Art. 4 a VerfRhPf., Art. 2 SaarlVerf, Art. 33 SächsVerf.

901 Art. 6 Sachs.-Anh.Verf.

902 Zu Art. II-68 EU-VerfVertrEntwurf bereits Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt A.II.1.

II. „Informationelle Selbstbestimmung“ als Bündel vielfältiger Bindungen und Rechtspositionen auf zwei Ebenen

Gegenstandsgerechte Bindungen und Rechtspositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten sind in komplexer Form als eigenständige Dimension grundrechtlicher Gewährleistungen⁹⁰³ im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption auszuarbeiten. Sie schützen die Grundrechtsträger im Verhältnis zum Staat. Schutz gegenüber privaten Dritten besteht im Rahmen der Drittwirkung, die mit mehr oder weniger weitreichenden Modifikationen verbunden ist.⁹⁰⁴ Die Zwei-Ebenen-Konzeption ermöglicht es, Regelungs- und Schutzerfordernisse zu differenzieren und die grundrechtlichen Vorgaben mit Blick auf die jeweiligen Gefährdungen zu konkretisieren: In je spezifischer Form bestehen einerseits auf einer grundlegenden Ebene Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG an eine Grundregulierung, andererseits auf einer zweiten Ebene zusätzliche Bindungen aus den einzelnen Freiheitsgewährleistungen in den Konstellationen, in denen die Grundrechtsträger in begründbarer Weise besonders geschützt sind. Die Zwei-Ebenen-Konzeption ermöglicht es außerdem, daß die einzelnen Freiheitsgewährleistungen besonderen Schutzerfordernissen, die (erst) mit Blick auf Inhalte und Folgen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zu begründen sind, Rechnung tragen können, ohne daß man in eine zirkuläre Perspektive gerät.⁹⁰⁵

Auf einer den einzelnen Grundrechtsverbürgungen vorgelagerten Ebene enthält Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Aussagen zur grundlegenden gesetzlichen Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Er gibt der Gesetzgebung auf, diesen in sachgerechter und transparenzsichernder Form zu steuern, den Grundrechtsträgern sowohl Kenntnis- als auch Einflußmöglichkeiten zu gewährleisten und adäquate Kontrollen zu institutionalisieren. Dabei setzt er gegebenenfalls Maßstäbe auf zweiter Stufe. Man hat insgesamt mit einem neuen Verhältnis von Grundrechtsvorgaben und gesetzlicher Ausgestaltung zu tun.⁹⁰⁶ Im Bereich der Telekommunikation übernimmt Art. 10 GG ähnliche Schutzfunktionen. Auf der Grundlage, die durch die gesetzliche Realisierung der Anforderungen an eine Grundregulierung entsteht, können aus den thematisch spezifizierten Grundrechtsverbürgungen im Wege einer neuartigen Form der Konkretisierung weitere Rechtsbindungen und Schutzpositionen hergeleitet werden, die sich gerade auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten rich-

903 Demnach hat man, selbst wenn Interdependenzen zu Verhaltens- oder Kommunikationsfreiheiten bestehen, nicht mit einem Grundrechtsvoraussetzungs- oder Grundrechtsgefährdungsschutz zu tun. Zur Diskussion vgl. Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

904 Vgl. insbes. Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.III.2.

905 Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.I.2.

906 Vierter Teil, 10. Kapitel, Punkt A.IV. Vgl. auch Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a., zur Konnexität von Gewährleistung und grundrechtlich determinierter gesetzlicher Ausgestaltung, die bei der Konstruktion eines „Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten“ aber nicht angemessen dogmatisch eingefangen werden kann.

ten.⁹⁰⁷ Sie zielen nicht auf die – auf ihre Weise die Grundrechtsträger schützende – begrenzende und strukturierende Ausgestaltung des Umgangs mit Informationen und Daten in Abstimmung mit der je gegebenen sachlichen Regelungsebene, sondern dienen dem Schutz der Grundrechtsträger in der dem jeweiligen Freiheitsbereich unterfallenden Konstellation. Wegen der geschützten Belange verpflichten sie grundsätzlich zu einem Unterlassen des in Rede stehenden Vorgangs; in diesem Rahmen können sie auch auf Schutzvorkehrungen zielen. Sie setzen punktuelle Determinanten an bestimmten Stellen der Verarbeitungsprozesse, die die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG überlagern. Sie können sich außerdem schutzverstärkend auf die Gewährleistung von Kenntnis- oder Einflußrechten auswirken.

Insgesamt entsteht somit ein *Bündel vielfältiger und auf zwei Ebenen verankerter Rechtsbindungen und Rechtspositionen*. Das stimmt damit überein, daß „Information“ eine Grundkategorie darstellt, die ähnlich abstrakt zu verstehen ist wie die Begriffe „Handlung“, „Entscheidung“ oder „Kommunikation“ und sich zugleich durch Charakteristika auszeichnet.⁹⁰⁸ „Informationelle Selbstbestimmung“ ist somit assoziativ, nicht dogmatisch zu verstehen. Der Begriff stellt in deskriptiver Form heraus, daß jeder Person im Hinblick auf den Umgang staatlicher Stellen oder anderer Privater mit den personenbezogenen Informationen und Daten (grund)rechtlicher Schutz zukommt.

Die Gesetzgebung hat mehrere grundrechtliche Bindungen und Rechtspositionen auf unterschiedlichen Ebenen zu beachten. Im Rahmen einer solchen Konzeption können die Anregungen aufgegriffen werden, die völker- und europarechtliche Vorgaben bieten, soweit sie nicht selbst defizitär sind. Zum Beispiel bleibt der grundgesetzliche Schutz nicht mehr hinter der Mehrdimensionalität des Art. 8 EMRK oder des Art. II-68 EU-Verfassungsvertragsentwurf zurück⁹⁰⁹, sondern führt über deren Ansätze hinaus. Die Umsetzung der Vorgaben einerseits der Grundrechte, andererseits der EG-Datenschutzrichtlinien kann überwiegend in eine stimmige gesetzliche Konzeption gebracht werden. An manchen Stellen, zum Beispiel bei der Zweckkompatibilität oder bei den „sensitiven“ Daten⁹¹⁰, erfordern Unterschiede eine angemessene Koordination. Die EG-Datenschutzrichtlinien müssen freilich ihrerseits gegenstandsgerecht weiterentwickelt werden.

Die erforderlichen gesetzlichen Regelungen stellen eigenständige, informations- und datenbezogene Regelungen dar; weder die Sachnormen noch die Amtshilfenvorschriften decken den Regelungsbedarf ab.⁹¹¹ Trotzdem hat man nicht mit der Determinationsreichweite und -tiefe zu tun, zu der ein „Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten“ führt. Denn die grundrechtlichen Bindungen gestalten sich sowohl auf der Ebene des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch auf der Ebene hinzutretender Freiheitsgewährleistungen inhaltlich anders. Der Gesetzgebung verbleiben vor allem auf der Ebene der Grundregulierung zahlreiche Spielräume. Gegen-

907 Vierter Teil, 9. Kapitel, Punkt B.II.

908 Erster Teil, 2. Kapitel.

909 Dritter Teil, 6. Kapitel, Punkt A., 7. Kapitel, Punkt A.II.1.

910 Dritter Teil, 7. Kapitel, Punkt B.I.4.b.aa. und bb.

911 Zur Diskussion Zweiter Teil, 3. Kapitel, Punkt A.III.2.a.

standsbedingt liegen hier außerdem in bestimmten Hinsichten besondere exekutive Konkretisierungskompetenzen oder, soweit es um Private geht, „regulierte Selbstregulierungen“ nahe. Zusätzliche Bindungen der einzelnen Freiheitsverbürgungen können zusätzliche gesetzliche Bestimmungen zum Schutz betroffener Grundrechtsträger erfordern. Das gilt aber nicht zwingend und nicht in jeder Hinsicht. Sie können auch zu einer anderen Gestaltung der Regelungen führen, die als Grundregulierung bereits vorhanden sind.

Eine solche Konzeption erfordert für die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten einerseits eigenständige Determinationsmuster. Sie ermöglicht aber andererseits zugleich eine angemessene Abstimmung mit den sachlich bereits vorhandenen Regelungsstrukturen. Sie setzt eine solche Koordination sogar voraus, weil sie sich in bestimmtem Umfang auf jene Strukturen stützt. Sie kann demnach nicht nur mit anderweitigen Regelungsdimensionen des Informationsrechts, sondern vor allem auch mit den sachlichen Regelungsdimensionen abgestimmt werden. Damit wird eine Integration in übergreifende Konzeptionen möglich, ohne die die Regelungen und Schutzpositionen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht sinnvoll zu gestalten sind.

Der Grundlagencharakter der Informationsdimension und die Vielfältigkeit der Schutzanfordernisse im Bereich des „Daten“-schutzes bedeuten, daß man nicht mit einem besonderen Rechtsgebiet zu tun hat, das in isolierter Form mit wenigen Vorschriften gestaltet werden könnte.⁹¹² Die systembildende Dogmatik und die Kombination allgemeiner und bereichsspezifischer Vorschriften müssen allerdings an vielen Stellen neu geformt werden. Vor allem kommt es darauf an, Regelungen und Schutzpositionen auszuarbeiten, die in Einklang mit den Schutzanfordernissen stehen und in nachvollziehbarer Weise begründet sind. Nur so wird der „Daten“-schutz als die wichtige Schutzdimension anerkannt, die er ist.

912 Albers, Information, S. 86 ff., bes. S. 88 f.

Zusammenfassende Thesen

Erster Teil: Die Materialisierung des Freiheitsschutzes

1. Der individuelle Schutz im Hinblick auf den Umgang anderer mit personenbezogenen Informationen und Daten ist eine neue Dimension grundrechtlicher Gewährleistungen. Die gegenstandsbedingten Charakteristika erfordern eine Grundrechtsdogmatik, die über die traditionelle Eingriffsabwehr hinausführt und sich durch ein komplexeres Verständnis der Grundrechtsnormen auszeichnet.

2. Die „klassische“ Eingriffsabwehrkonzeption operiert auf der Grenzlinie einer Unterscheidung von Gesellschaft und Staat, die in einer bestimmten Form konstruiert und dann zugrunde gelegt wird. Gewährleistungsbereiche, Eingriff und Gesetzesvorbehalte stellen ein System aufeinander abgestimmter Komponenten dar. Daraus resultieren spezifische Limitationen. Freiheitsrechte dienen der Sicherung einer vorgegebenen, individueller Ausfüllung überlassenen, dogmatisch als prinzipiell unbegrenzt konzipierten Freiheit. Deswegen kennzeichnet es die originären Schutzgegenstände abwehrrechtlicher Grundrechtspositionen, daß sie in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuweisbar sind. Zu den Leitbegriffen gehören die individuelle Selbstbestimmung, die Entscheidungs- und Verhaltensautonomie oder den Individuen zugeordnete Freiheitssphären. Der Eingriffsbegriff wirkt mit seinen Kriterien – Rechtsaktqualität der staatlichen Maßnahme, deren Adressierung an eine bestimmte Person, deren Anordnungsqualität, deren Sanktionsbewehrung und der unmittelbaren Beeinträchtigung der Rechtsposition – individualisierend und begrenzt die staatliche Verantwortlichkeit. Ihm kommt eine zentrale dogmatische Rolle zu.

3. Mit der Lesart der Grundrechte als objektive Grundsatznormen werden die Grundrechtssätze zu Freiheitsgewährleistungen, aus denen unterschiedliche staatliche Pflichten konkretisierbar sind. Kern ist ein abstrakter angelegtes Verständnis des Aussagegehalts der Grundrechtssätze, das das „klassische“ Konzept der Eingriffsabwehr einschließt und relativiert. Entgegen der üblichen Beschreibung stehen objektivrechtliche Grundrechtssätze daher nicht neben Eingriffsabwehrrechten. Grundrechte sind vielmehr objektivrechtliche Normen mit einem zu konkretisierenden Regelungsinhalt, die zugleich subjektive Rechte vermitteln können. Diese Abstraktion ermöglicht es, die grundrechtlichen Garantien mit Sinnbezügen anzureichern, die sich dem traditionellen Konzept entziehen. Dogmatisch bedingt sie eine neue und differenziertere Handhabung des Verhältnisses von objektivrechtlichen Normgehalten und subjektiven Rechten, die auf den objektiven Rechtssätzen beruhen.

4. Auf dieser Basis lassen sich die objektivrechtlichen Aussagen der Grundrechtsnormen so auslegen, daß überindividuelle Ebenen und die sozialen Zusammenhänge mitthematisiert werden, in denen sich individuelle Freiheit konstituiert und entfaltet. Inhaltlich führt dies zu neuartigen Rechtsbindungen und Rechtspositionen. Der Staat erhält verschiedene Funktionen. Dogmatisch wird man darauf verwiesen, die Bindungen und Rechte über die textlich umschriebenen Aussagen der Norm herzuleiten. Die individu-

elle Schutzposition ergibt sich als eine über die objektivrechtlichen Aussagen der einschlägigen Gewährleistung vermittelte und über die Norm zugleich begrenzte Position.

5. Die Aussagen der Grundrechtsnormen können zudem den aus traditioneller Sicht staats-,internen“ Bereich erfassen, indem Grundrechtsbindungen für die staatliche Organisation und das staatliche Verfahren hergeleitet werden. Dogmatisch ist zwischen der Freiheitsgewährleistung und der Organisation oder dem Verfahren eine qualifizierte rechtliche Beziehung herzustellen, damit nicht die gesamten gegebenen Strukturierungen von Organisation und Verfahren als kontingent erscheinen. Rechtsbindungen aus dem mit der Endentscheidung betroffenen Grundrecht lassen sich über eine engere rechtliche Verknüpfung von Endentscheidung und Organisation oder Verfahren der Entscheidungsfindung begründen, indem man die Organisation oder das Verfahren aufschlüsselt und dann darauf abstellt, daß Rechte des Betroffenen bestimmte Wirkungen, die für das mit der Endentscheidung betroffene Rechtsgut absehbar sind, an genau dem Punkt des Entscheidungsfindungsprozesses steuern sollen, an dem die Wirkungen (noch) zu beeinflussen sind. Insofern wird der Grundrechtsgehalt in immer schon spezifizierter Weise so erstreckt, daß er quer über den staatlichen Entscheidungsprozessen liegt. Die organisations- und verfahrensbezogenen Rechte des Einzelnen werden über die jeweils einschlägige Norm vermittelt und sind immer nur als sachlich begrenzte Positionen begründbar.

6. Die veränderten Gewährleistungsinterpretationen ermöglichen die Herleitung von Leistungspflichten und -rechten. Deren inhaltliche Konkretisierung kann nicht auf „formale“ Prinzipien wie dasjenige eines Minimalstandards gestützt werden. Vielmehr hat man sich allein an der Grundrechtsnorm zu orientieren und sie mit Hilfe neuer Argumentationsmuster zu konkreten Vorgaben zu verdichten. Bestimmte Rechtsbindungen und Rechtspositionen können sich in differenzierter Weise auf unterschiedlichen Stufen und hinsichtlich unterschiedlicher Aspekte ergeben. Damit entsteht ein vielfältiges Bild leistungrechtlicher Grundrechtsinhalte.

7. Infolge der veränderten Gewährleistungsinterpretation, die Sinnbezüge in die Norm einführt, im Hinblick auf die sich der „klassische“ Eingriff nicht mehr nahtlos als Rechtsbeeinträchtigung anschließt, gerät der Eingriffsbegriff unter Änderungsdruck. Lösungen sind nicht über eine isolierte Betrachtung und Umformung der Eingriffskriterien zu finden. Vielmehr bedarf es einer neuen Koordination von Gewährleistungsinhalten und Eingriffsbeschreibungen. Dabei ist der Eingriffsbegriff – anders als im „klassischen“ Konzept – dem Gewährleistungsgehalt prinzipiell nachgeordnet.

8. Die Änderungen des Grundrechtsverständnisses erzwingen eine Konzentration auf die Aussagen der Gewährleistungen. Der Gewährleistungsgehalt wird zum Kernelement dogmatischer Strukturierung; andere Komponenten müssen in ihrem Bezug darauf neu zugeschnitten werden. Die Bestimmung des Gewährleistungsgehalts darf nicht traditionellen Beschreibungsformen verhaftet bleiben. Damit bietet sich die Chance der Entwicklung neuer Rechtsbindungen und Individualrechtspositionen, die mit der klassischen Eingriffsabwehr nicht sachgerecht zu erfassen sind.

9. Im Vergleich zu den traditionellen Schutzgütern weist der (grund)rechtliche Schutz von Personen im Hinblick auf den Umgang staatlicher Stellen oder – im Rahmen der

Drittwirkung – privater Dritter mit den personenbezogenen Informationen und Daten gegenstandsbedingte Charakteristika auf.

10. Informationen sind Sinnelemente. Sie sind nicht ontisch oder gegenständlich zu erfassen. Sie bilden sich in einem bestimmten Wissens- und Interpretationskontext aufgrund einer verstehenden Deutungs- und Rekonstruktionsleistung und sind dabei zugleich auf etwas Beobachtetes, auf Mitteilungsinhalte oder auf Daten rückführbar. In die Deutung fließen Erwartungsstrukturen ein, insbesondere das schon vorhandene Wissen und pragmatische Interessen. In der Zeitdimension werden Informationen prozeßhaft weitergeführt und umgesetzt. Mitvollzug und Prognosen der Informationserzeugung werden dadurch erleichtert, daß Strukturen und Prozesse in bestimmten Hinsichten festgelegt sein können.

11. Informationen und Daten sind strikt zu unterscheiden. Daten sind Zeichen oder Zeichengebilde, die auf einem Datenträger festgehalten, insofern vergegenständlicht und in eigenständiger Weise faßbar sind. Relevant sind weniger einzelne Daten als vielmehr die Datenverarbeitung als Prozeß. Die Phasen des Umgangs mit Daten sind dabei nicht isoliert, sondern als Komponenten eines (abzugrenzenden) Verarbeitungszusammenhangs zu betrachten, dessen bindendes Glied darin liegt, daß die Daten als potentielle Basis von Informationen dienen. Der Umgang mit Informationen und die Verarbeitung von Daten sind miteinander verflochten.

12. Medien, Techniken und Netze der Kommunikation und Datenverarbeitung prägen die Art und Beschaffenheit der Datenbasis im Verlauf der Verarbeitungsphasen. Sie wirken sich weiter auf die Informationen aus, die auf den Daten beruhen. Zudem beeinflussen sie die sozialen Bedingungen der Erzeugung und Handhabung von Informationen.

13. Die Ausdifferenzierung der Informations- und Datenverarbeitungsprozesse aus unmittelbaren Handlungs-, Kommunikations- und Entscheidungszusammenhängen führt dazu, daß der Umgang mit Informationen und Daten über die traditionell vorhandenen, punktuellen Vorschriften hinaus zu einem eigenständigen Gegenstand rechtlicher Regelungen wird. Dabei muß man vielfältige Regelungsdimensionen unterscheiden. Wegen der Differenzierungserfordernisse und wegen der jeweils notwendigen Koordinationen mit der sachlichen Ebene und den anderweitig bereits vorhandenen Regelungsstrukturen wäre es verfehlt, informations- und datenbezogene Regelungen mit dem Konzept einer „Informationsordnung“ zu erfassen. Der Begriff der „Informationsordnung“ impliziert eine Einheit informations- und datenbezogener Normen, die es nicht geben kann und deren Konzeption reduktionistisch wirkte.

14. Der individuelle Schutz im Hinblick auf den Umgang staatlicher Stellen oder privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten stellt einen besonderen Bezugspunkt dar, der gegen andere Regelungsdimensionen im Informations- und Datenbereich abgegrenzt werden muß. In der Diskussion werden dazu vielfältige Schutzerfordernisse thematisiert. Man kann sie unter den Gesichtspunkten der Steuerung der Informations- und Datenverarbeitungen sowie der Kenntnis- und der Einflußchancen Betroffener systematisieren.

15. Will man darauf gerichtete Garantien und Rechte aus den Grundrechten herleiten, muß man sich auf ganz neuartige dogmatische Anforderungen einstellen.

16. Etwaige Schutzpositionen dienen nicht der Sicherung real schon vorhandener Chancen. In der Regel wird die betroffene Person in bezug auf Geschehnisse außerhalb ihres de facto gegebenen Einfluß- und Kenntnisbereichs geschützt. Daher hat man es mit grundrechtlich konstituierten individuellen Positionen zu tun.

17. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft kann nicht in der Form gegeneinander abgegrenzter Entscheidungssphären konzipiert werden, auf der die traditionelle Grundrechtsdogmatik aufbaut. Gegenstandsgerechte Bindungen und Rechte müssen sich an den Informationen orientieren, die der Staat im jeweiligen staatlichen Wissens- und Deutungskontext und in den staatlichen Kommunikations- und Entscheidungsprozessen gewinnt und umsetzt.

18. Anders als die traditionellen Schutzgegenstände, die in Form eines nicht schon strukturell begrenzten Individualguts denkbar und zuordbar sind, können individuelle Rechtspositionen, die sich auf den Umgang staatlicher Stellen oder, vermittelt über die Drittwirkung, privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten richten, nicht mit Hilfe individualistisch gefaßter Zuordnungsmuster begriffen werden. Man benötigt übergreifende Bezüge, weil sich Informationen als Sinngehalte erst durch Interpretationsleistungen in dem jeweils relevanten Deutungs- und Wissenskontext bilden und die sich Informierenden daran strukturell beteiligt sind. Nutzt man die über die traditionelle Dogmatik hinausweisenden Grundrechtsinterpretationen, können aber normorientiert überindividuelle Perspektiven hergestellt und Rechtsbindungen und Rechtspositionen entwickelt werden, die in dem jeweils herausgearbeiteten Kontext oder Verfahren bestehen. Subjektive Rechte werden dabei über den individualschützenden Gehalt der einschlägigen Norm vermittelt und inhaltlich bestimmt. Daher sind sie – unabhängig vom näheren Inhalt – nicht als prinzipiell unbegrenzte, sondern nur als begrenzte Positionen zu formulieren. Zugleich werden Rechte unterschiedlichen Inhalts denkbar.

19. Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge unterfallen nicht dem überkommenen Eingriffsbegriff. Deshalb muß man zugrunde legen, daß sich die Grundrechtsnormen nicht auf die objektivrechtliche Begründung subjektiver Rechte auf Abwehr „klassischer“ Eingriffe beschränken. Der Eingriffsbegriff muß neu gestaltet werden.

20. Der Gehalt der zu konkretisierenden Rechtsbindungen und Schutzpositionen wird außerdem dadurch geprägt, daß auch unter rechtlichen Aspekten die Unterscheidung von Informationen und Daten zu beachten ist. Die Informationsebene hat im Zentrum des Schutzes zu stehen. Die Datenebene ist darauf bezogen, aber unter Berücksichtigung dieses Bezuges als eigenständiger Regelungsgegenstand faßbar. Auf einer solchen Grundlage kann dann unter anderem der Regelungsbedarf thematisiert werden, der aufgrund der je spezifischen Gefahren der eingesetzten Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken entsteht.

21. Grundrechtliche Bindungen und Rechtspositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten sind demnach nicht mit den Perspektiven und in den Beschreibungsformen der traditionellen Dogmatik faßbar. Man muß vielmehr auf die abstraktere Auslegung der Grundrechtsnormen als objektivrechtliche Freiheitsgewährleistungen zurückgreifen, aus denen verschiedenartige Pflichten und

Rechte zu entwickeln sind. Die Aufmerksamkeit muß sich auf den Gewährleistungsgehalt der Normen und auf dessen Konkretisierung verschieben.

Zweiter Teil: Analyse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

1. Die Entwicklung grundrechtlicher Bindungen und Schutzpositionen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten ist mit besonderen inhaltlichen, dogmatischen und methodischen Anforderungen verbunden. Die Interpretationen und Argumentationsmuster des Bundesverfassungsgerichts stellen Lösungsversuche dar. Die Rechtsprechung ist deshalb in ihren übergreifenden Kontexten und aus einer Metaperspektive zu beobachten.

2. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist eine unmittelbar informations- und datenorientierte Verbürgung. Das Bundesverfassungsgericht entwickelt es auf der Grundlage des in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrechts und in Interdependenz zur Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit. Informationelle Selbstbestimmung zielt auf den Schutz einer Person gegen, den Einfluß auf und ihr Wissen über den Umgang anderer mit den sie selbst betreffenden Informationen und Daten. Dies versucht das Gericht über eine Schutzgehaltsfassung umzusetzen, nach der dem Einzelnen die Befugnis gewährleistet wird, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen. Zu den daraus resultierenden Maßgaben gehören die Erfordernisse einer bereichsspezifischen und präzisen Regelung des Verwendungszwecks und einer Zweckbindung, Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten sowie die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter.

3. Dazu kann man unmittelbar eine Reihe von Kritikpunkten herausarbeiten: Schutzziel und Schutzkonzept des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung werden durch die gewählte Fassung des Schutzgehalts nicht angemessen umgesetzt. Das systematische Verhältnis zur Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit bleibt mehrdeutig. Die Selbstbestimmungsidee paßt jedenfalls nicht in dem Sinne, in dem man sie bei den „natürlichen“ Freiheiten und den traditionellen Schutzgütern begreift. Die Differenz von Informationen und Daten wird unzureichend berücksichtigt. Die im Ansatz abwehrrechtliche Gestaltung ist insbesondere mit Blick auf die erkennbare Relevanz von Kenntnisrechten verkürzt. Die Determinationsreichweite und -tiefe wirft Probleme auf. Den näheren Maßgaben fehlt eine präzise Rückbindung an die grundrechtliche Gewährleistung.

4. Die dem Volkszählungsurteil vorangegangene Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG zeigt, daß das Bundesverfassungsgericht in Fallkonstellationen, in denen es über den Grundrechtsschutz im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten entscheiden mußte, mit neuartigen inhaltlichen und dogmatischen Lösungen reagiert hat. Ihre Entwicklung liefert zugleich die genetische Erklärung für die Gestaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

5. Das Verfassungsgericht handhabt das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht im Sinne eines ohne jeden Bezugspunkt belassenen („allgemeinen“) Freiheitsrechts. Die einschlägige Rechtsprechung zerfällt vielmehr in eine Reihe inhaltlich und dogmatisch

unterschiedlicher Konkretisierungen. Obwohl dieser Komplex weit reicht, ist der Schutz im Hinblick auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten dort nicht unterzuordnen. Die darauf gerichteten Gewährleistungen differenzieren sich wegen dessen Charakteristika aus.

6. Das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre stellt gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit eine Schutzerweiterung dar, indem es sich auf den Schutz hinsichtlich des Umgangs anderer mit Informationen und Daten erstreckt. Seiner ursprünglichen dogmatischen Konstruktion nach ist es aber keine explizit informationsorientierte Verbürgung. Vielmehr schließt das inhaltliche Konzept einer privaten Sphäre den Schutz in Bezug auf die Gesprächsinhalte oder Daten ein, die in dieser Sphäre entstehen. Diese Verkopplung des informations- und datenbezogenen Schutzes mit dem inhaltlichen Konzept der Privatsphäre erlaubt einerseits die Anlehnung an die überkommene Dogmatik. Andererseits erfüllt sie zwei gegenstandsbedingt bedeutsame Funktionen: Sie leistet eine rechtliche Zuordnung von (faktisch verselbständigbaren oder verselbständigten) Aussagegehalten, Angaben oder Daten zum Individuum. Sie liefert außerdem eine normative Begründung dafür, warum dem Grundrechtsträger Einfluß auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten zukommt. Im näheren entlasten Abstraktionshöhe und Dogmatik der Privatsphärenkonzeption von einer präzisen Ausarbeitung der Schutzzinhalte und des Eingriffsbegriffs. Soweit das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre konkretisiert wird, schützt es individuelle Positionen in sozialen Kontexten: die Möglichkeit individuellen Rückzugs, die psychische Integrität und die Erwartungssicherheit hinsichtlich des nur begrenzten Bekanntwerdens persönlicher Angaben, die Unbefangenheit in vertraulichen Kommunikationen oder bestimmte Bedingungen der Möglichkeit von Entfaltungs- und Kommunikationschancen, die auf Vertraulichkeit angewiesen sind.

7. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht stellt, eingesetzt an den Leistungsgrenzen des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre, ebenfalls eine Schutzerweiterung im Vergleich zu den der allgemeinen Handlungsfreiheit zugeordneten Schutzgütern dar. Es ist ebenfalls keine explizit informationsorientierte Verbürgung. Der Schutzgehalt wird in Form von Entscheidungsbefugnissen formuliert, die über den jeweiligen Fallzusammenhang an die Ziele und das Konzept des Persönlichkeitsschutzes rückgebunden sind. Diese Entscheidungsbefugnisse entsprechen scheinbar gewohnten dogmatischen Mustern. Die normative Begründung dafür, warum dem Grundrechtsträger Einfluß auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten zukommt, verschwindet jedoch in einer gar nicht passenden handlungsgeprägten Fassung. Soweit der Persönlichkeitsschutz konkretisiert wird, zielt er teilweise auf die Stellung der Person in der sozialen Umwelt: Er richtet sich auf die Sicherung des Einflusses einer Person auf das Bild, das sich die Umwelt von ihr bildet, auf die Bewahrung vor Verunsicherung oder auf den Schutz des (Selbst)Vertrauens im Umgang mit anderen. Teilweise zielt er auf die Wahrung der Rechte des Betroffenen im Prozeß der Informations- und Datenverarbeitungen.

8. In das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind Elemente eingeflossen, die sowohl diesen ihm vorangegangenen Figuren als auch deren literarischer Kritik entstammen. Die Fassung als Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten ist unter anderem an die persönlichkeitsrechtlichen Entscheidungsbe-

fugnisse angelehnt. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zeichnet sich aber dadurch aus, daß es unmittelbar informations- und datenorientiert und abstrakter gestaltet ist. Damit wird der informations- und datenbezogene Schutz aus der festen Bindung an anderweitige materiale Gewährleistungsinhalte gelöst. Das führt zu einem deutlichen Flexibilitätsgewinn und zu grundlegenden Erweiterungen des bis dahin erreichten Schutzes. Inhaltlich und dogmatisch ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Fassung eines Entscheidungsrechts über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten jedoch nicht gegenstandsgerecht. Das Gericht hat damit auch die bereits damals vielfältigen und breitgefächerten Überlegungen zum Datenschutz in eine sehr verkürzende Form gebracht.

9. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, die dem Volkszählungsurteil nachfolgt, wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beibehalten. Sowohl im Hinblick auf es selbst als auch im Hinblick auf seine genetischen Grundlagen finden sich aber wichtige Novellierungen.

10. Das Verhältnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu den speziellen Freiheitsgewährleistungen wird nicht näher ausgearbeitet. Deren Einschlägigkeit deutet sich freilich an. Dabei gelangt das Gericht zu eigenständigen Konkretisierungsmustern. Insbesondere Art. 10 GG übernimmt in seinem Anwendungsbereich Schutzfunktionen, die ansonsten Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG obliegen. Inhaltlich und dogmatisch wird er jedoch anders angelegt. Schutzziel ist die Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation. Als Bedingung der Möglichkeit einer trotz dieser Angewiesenheit freien Kommunikation gewährleistet Art. 10 GG die Geheimnisqualität und die Transparenz der Kommunikation zwischen den Grundrechtsträgern, und er vermittelt ihnen als Kommunikationsteilnehmern entsprechende Abwehr- oder auch Leistungsrechte. Seinen Schutz können weitere Grundrechtsgarantien mit zusätzlichen Maßgaben ergänzen. Ihre Einschlägigkeit kann sich aus dem Inhalt und dem Kontext einer Kommunikation oder im Hinblick auf die beeinträchtigenden Folgen der Verwendung erlangter Kenntnisse in neuen Verwendungszusammenhängen ergeben.

11. Trotz der abstrakteren Konzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht nicht darin aufgegangen. Beide sind zudem weiterentwickelt worden. Die Grundlagen, die die Formulierung einer Entscheidungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten mitgetragen haben, hat das Bundesverfassungsgericht mittlerweile geändert, zum Teil sogar explizit korrigiert.

12. Der Schutz der Privatsphäre wird von der Figur des unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung gelöst und eigenständig als Bedingung der Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung begründet. Inhaltlich und dogmatisch wird er grundlegend umgestaltet. Mit Blick auf den Schutzbedarf, der hinsichtlich des Wissens anderer besteht, konkretisiert das Gericht das Recht auf Achtung der Privatsphäre als individuelle Schutzposition in sozialen Kontexten. Methodisch dient eine normgeleitete, vor allem folgenorientierte Argumentation der Begründung und der Beschreibung von Inhalten und Grenzen des Schutzes. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre ist in seiner neuen Form eine

Verbürgung neben anderen Gewährleistungen, die Rechte hinsichtlich des Umgangs mit Informationen und Daten vermitteln.

13. Auch das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht wird inhaltlich und dogmatisch grundlegend umgestaltet. Sein Schutzgehalt wird nicht mehr in Form von Entscheidungs- und Verfügungsbefugnissen formuliert. Es enthält kein allgemeines und umfassendes Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person. Das Gericht konkretisiert es nunmehr ebenfalls mit Hilfe sozialer Perspektiven, im Rahmen derer die Aufrechterhaltung der Grundbedingungen sozialer Beziehungen zwischen dem Grundrechtsträger und seiner sozialen Umwelt, das soziale Ansehen, die soziale Anerkennung oder das Selbstwertgefühl rechtliche Relevanz erhalten. Inhalt, Reichweite und Grenzen der Gewährleistungsgehalte und der Schutzpositionen werden über normgeleitete, vor allem folgenorientierte Argumentationen begründet. In dieser Form vermittelt auch das Persönlichkeitsrecht bestimmte Rechte hinsichtlich des Umgangs anderer mit Informationen und Daten.

14. Das Verhältnis zwischen dem Recht auf Achtung der Privatsphäre, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung bleibt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts freilich inkonsistent und ungeklärt. Das liegt unter anderem daran, daß dem Persönlichkeitsrecht keine abgrenzbare inhaltliche Schutzidee, sondern ein kasuistisch entwickelter, punktueller Schutz der Persönlichkeit zugrunde liegt. Umgekehrt ermöglicht die Fassung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ihrerseits keine durchwegs tragfähige Bestimmung der Anwendungsbereiche.

15. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung selbst wird zwar nicht grundlegend neu gestaltet. Es wird aber sowohl inhaltlich als auch dogmatisch differenziert und spezifiziert.

16. Das Gericht greift über die traditionell-abwehrrechtlichen Muster hinaus. Zum einen modifiziert es sie, weil die Reichweite und die Tiefe der auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten gerichteten Grundrechtsbindungen problematisch werden. Zum anderen leitet es mit Rücksicht auf den funktionalen Zusammenhang zwischen den abwehrrechtlichen Gehalten und den Kenntnismöglichkeiten der Grundrechtsträger Kenntnisrechte als Leistungsrechte her. Schließlich setzt es das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Verhältnis unter Privaten entsprechend der allgemeinen Drittwirkungsdogmatik ein.

17. Indem das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine genuin informations- und datenbezogene Gewährleistung ist, stehen in den Konkretisierungen und den Abwägungen nicht Daten, sondern Informationen im Mittelpunkt. Sofern das Gericht den Schutz konkretisiert oder abwägt, orientiert es sich vor allem an den Inhalten und Wirkungen von Informationen. Soweit es den Schutz gegen die Informationsinteressen des Staates oder privater Dritter abgrenzt, stehen auf der einen Seite die Interessen des Grundrechtsträgers, daß staatliche Stellen oder Dritte etwas nicht als Information erfahren und nutzen können, und auf der anderen Seite deren Wissens- und Verwertungsinteressen.

18. Als nähere Maßgaben stellt das Gericht vor allem die gesetzliche Festlegung des Verwendungszwecks, die Bindung an diesen Zweck und die Anforderungen an Zweckänderungen heraus. Es handelt sich im Rahmen der grundrechtlichen Bindungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten um eigenständige Anforderungen mit spezifischen Funktionen. Daraus resultiert eine Konnexität von Gewährleistungsbereich und grundrechtlich determinierter gesetzlicher Ausgestaltung.

19. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst drängt mittlerweile eine Neukonzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf. Eine Rückkehr zu den überkommenen Figuren des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre oder des Persönlichkeitsrechts wäre angesichts derer Leistungsgrenzen keine angemessene Lösung. Die innovativen Elemente, die die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in sich birgt, müssen im Gegenteil aufgegriffen und weiterentwickelt werden.

Dritter Teil: Einflußmechanismen und Lösungsmuster völker- und europarechtlicher Determinanten

1. Völker- und europarechtliche Vorgaben im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten können das Verständnis der grundrechtlichen Gewährleistungen mitprägen oder sich zumindest mittelbar darauf auswirken. Sie sind noch nicht umfassend ausgearbeitet oder geklärt. Soweit sie konkretisiert sind, gestalten sie sich auf den jeweiligen Ebenen komplex und mehrdimensional.

2. Die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention wirken zum einen als Rechtserkenntnisquelle bei der Konkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte, zum anderen als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes vermittelt auf diese ein. Nach dem bisherigen, im gegebenen Erkenntniskontext zugrundezulegenden Entwicklungsstand ist vor allem Art. 8 EMRK relevant. Er schützt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz. Das Privatleben als völker- und europarechtlicher Begriff gewährleistet einen nicht räumlich zu verstehenden Bereich, innerhalb dessen die einzelne Person auch in sozialen Beziehungen oder in der Öffentlichkeit ihre Persönlichkeit frei entfalten kann. Der vorgeschaltete Anspruch auf Achtung ermöglicht eine Konkretisierung unter (Mit)Beobachtung des als Verletzung in Betracht kommenden Verhaltens, die Erfassung unterschiedlicher Beeinträchtigungsformen und die Entwicklung von Leistungs- und Schutzansprüchen. Art. 8 EMRK erstreckt sich auf einen Schutz hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Dabei bleibt der Schutz an den Begriff des Privatlebens gekoppelt, der freilich weit interpretiert wird, so daß sich Schutzgehalt und Beeinträchtigung zum Teil verflechten. Die individuellen Rechtspositionen werden nicht als Entscheidungsrecht über persönliche Daten formuliert, sondern vom Anspruch auf „Achtung“ des Privatlebens aus prozeßbezogen und mehrdimensional, insbesondere auch zu Kennntnisrechten, konkretisiert.

3. Die Datenschutzkonvention des Europarats legt als ein völkerrechtlicher Vertrag, der in nationales Recht umzusetzen ist, allgemein gehaltene Grundsätze zum Umgang mit personenbezogenen Daten im Falle derer automatisierten Verarbeitung fest. Sie hat ihre

unmittelbare rechtliche Bedeutung mittlerweile aufgrund der ihr nachfolgenden und ihr entsprechenden nationalen Datenschutzgesetze sowie aufgrund der EG-Datenschutzrichtlinie verloren. Sie bleibt jedoch als deren genetische Grundlage relevant.

4. Grundrechte auf Unions- und Gemeinschaftsebene überlagern nationale Grundrechte nicht, wirken sich aber in vermittelter Weise aus, indem sie auf die Rechtsetzung der Gemeinschaftsorgane einwirken und die Mitgliedstaaten bei der Ausführung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts binden. Bisher sind sie in zwar vertraglich verbindlicher, aber nur generalklauselartiger Form verankert. Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, der bislang keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, hält einen breiten Katalog von Grundrechten sowie unterschiedliche Grundrechtsfunktionen textlich fest. Art. II-68 Abs. 1 des Entwurfs eines Verfassungsvertrages sieht das Recht jeder Person auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten vor. Nachfolgend schließen sich heterogene Elemente unterschiedlicher Provenienz an. Sie sind von dem Bemühen geprägt, bestimmte Elemente der Umsetzung des zu gewährleistenden Schutzes auf Grundrechtsebene sicherzustellen, haben aber eher schutzverkürzende Folgen. Indem der Grundsatz des Art. II-68 Abs. 1 Verfassungsvertragsentwurf als ein übergreifend-abstrakt zu verstehendes „Recht auf Schutz“ formuliert worden ist, läßt er sich in mehreren Funktionen entfalten. In den bisherigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs klingt die Herleitbarkeit eines gemeinschaftsgrundrechtlichen Schutzes hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten zwar an. Die konkrete Gestalt bleibt jedoch undeutlich.

5. Auf sekundärrechtlicher Ebene gehen die EG-Datenschutzrichtlinie und die EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation den Bindungen nationaler Grundrechte prinzipiell vor. Beide Richtlinien sind inzwischen umgesetzt worden, behalten aber ihre Bedeutung insofern, als die nationalen Vorschriften, die ihrer Umsetzung dienen, gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt werden müssen.

6. Die Datenschutzrichtlinie zielt, auch wenn sie den Schutz der Privatsphäre (im europarechtlichen Sinne) hervorhebt, übergreifend auf den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten. Dabei präzisiert sie die Zuordnungskriterien zwischen einer bestimmten Verarbeitung personenbezogener Daten und den je geschützten Grundrechten und Grundfreiheiten allerdings nicht.

7. Die Differenz von Informationen und Daten wird in der Datenschutzrichtlinie unzureichend reflektiert. Der Rückbezug auf die Schutzziele und Schutzkonzeptionen und die Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten sind Ansatzpunkte, über die man diese Differenz mit dem Ziel eines gegenstandsgerechten Verständnisses der Vorgaben einführen kann.

8. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist das Kernelement, das den Anwendungsbereich, aber auch die Vorgaben der Datenschutzrichtlinie insgesamt prägt. Sie gilt – bei weitem Dateibegriff – für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in Dateien gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Strukturierte Akten werden davon erfaßt. Auch wird ein umfassender Verarbeitungsbegriff gewählt, der sämtliche Formen umschließt, die durch die technische Dynamik entstehen.

9. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen setzen zum einen die Grundsätze, die Anforderungen an die Qualität der Daten stellen. Dazu gehört die Erhebung personenbezogener Daten nur für festgelegte eindeutige und rechtmäßige (Verwendungs)Zwecke. Diese Festlegung dient der Eingrenzung des Verwendungszusammenhanges und sichert zugleich das Wissen der betroffenen Person um die Möglichkeiten der Verwendung der Daten ab. Die Richtlinie fordert keine Bindung an den festgelegten Zweck in der Form, daß die Weiterverarbeitung der Daten auf den festgelegten Zweck beschränkt wäre; sie muß lediglich damit vereinbar sein. Zu den Grundsätzen zählen weiter die Zweckentsprechung sowie die Erheblichkeit. Außerdem bestehen Anforderungen zur Sicherstellung der Richtigkeit der Daten.

10. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen setzen zum anderen die Grundsätze, die die Zulässigkeit der Verarbeitung von personenbezogener Daten betreffen. Die EG-Datenschutzrichtlinie folgt dem Regelungskonzept einer übergreifend-umfassenden Determination. Dieses Regelungskonzept wird durch den – geradezu komplementären – Ansatz einer weit gefaßten Beschreibung der Konstellationen ausgefüllt, in denen die Mitgliedstaaten die Zulässigkeit einer Verarbeitung personenbezogener Daten vorsehen. Im Grundsatz wird dies wiederum hinsichtlich der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten verschärft. Die Datenschutzrichtlinie wählt an dieser Stelle eine kontextübergreifend-typisierende Betrachtung zugunsten eines besonderen Schutzes „sensitiver“ Daten.

11. Neben den Pflichten, denen die für die Datenverarbeitung Verantwortlichen unterliegen, sieht die EG-Datenschutzrichtlinie eine Reihe von Rechten vor, die der betroffenen Person einzuräumen sind. Dazu gehören vor allem Kenntnis-, insbesondere Unterrichts- und Auskunftsrechte zumindest über den Verantwortlichen einer Verarbeitung und über die Zwecksetzungen. Diese Rechte sind nicht allein mit Blick auf Rechtsschutzinteressen der Betroffenen zu verstehen. Sie stellen Wissensrechte dar, die auf dem Beteiligtsein oder der „Betroffenheit“ der Person beruhen, auf die sich Daten beziehen. Hinzu kommen Rechte auf Berichtigung, Sperrung und Löschung von Daten sowie Nachberichtsansprüche im Falle einer vorangegangenen Datenübermittlung. Zusätzlich ist ein Widerspruchsrecht vorzusehen. Es kann von seiner Funktion her als besonderes Einflußrecht der betroffenen Person verstanden werden, das auf den konkreten Umgang mit personenbezogenen Daten in einer konkreten Konstellation einwirkt.

12. Die Datenschutzrichtlinie und die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation enthalten des weiteren Maßgaben, die auf die Beeinflussung der Entwicklung der Techniken zielen. In der Datenschutzrichtlinie findet sich dies teilweise bei den Vorgaben zur Sicherheit der Verarbeitung, insbesondere aber mit der Vorabkontrolle. Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation stellt Anforderungen etwa an die Netzsicherheit und an die Leistungsmerkmale bestimmter technischer Geräte. Weiter gibt die Datenschutzrichtlinie den Mitgliedstaaten auf, eine übergreifende Transparenz mit Instrumenten zur Herstellung der Öffentlichkeit der Verarbeitungen sicherzustellen. Hinzu treten Vorgaben zur institutionalisierten Kontrolle der Informations- und Datenverarbeitungen durch die Einrichtung unabhängiger Kontrollstellen, denen Beratungsaufgaben und verschiedene Befugnisse zustehen sollen.

13. Die völker- und europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind weder mit den Schutzzinhalten noch in jeder Hinsicht mit den Maßgaben des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung deckungsgleich, die das Bundesverfassungsgericht formuliert hat. Sie können einerseits bestimmte Anregungen für eine Neukonzeption des grundgesetzlichen Schutzes bieten. Sie sind aber andererseits selbst partiell defizitär. Beides muß man berücksichtigen, soweit Koordinationserfordernisse bestehen.

Vierter Teil: Gegenstandsgerechte Grundrechtsbindungen im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption

1. Die Grundrechtsnormen des Grundgesetzes enthalten Rechtsbindungen für das staatliche Vorgehen und vermitteln subjektive Rechte, indem sie bestimmte inhaltliche Themen mit einem Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechen verknüpfen. Nach Text und Sinn sind sie nicht auf bestimmte Perspektiven und nicht auf eine bestimmte Form der Beschreibung von Schutzgegenständen, insbesondere nicht auf den Schutz individuellen Verhaltens, festgelegt. Vielmehr können sie auf unterschiedlichen Ebenen in unterschiedliche Gewährleistungsfacetten oder -dimensionen konkretisiert werden.

2. Gegenstandsgerechte Bindungen und Rechtspositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten sind in komplexer Form als eigenständige Dimension grundrechtlicher Gewährleistungen im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption auszuarbeiten. Die Zwei-Ebenen-Konzeption ermöglicht es, daß man aus den einzelnen Freiheitsgewährleistungen Rechtsbindungen und Rechte herleiten kann, die sich gerade auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten richten und gegenstandsbedingt (erst) mit Blick auf dessen Inhalte und Folgen zu konkretisieren sind. Sie erlaubt es außerdem, Regelungs- und Schutzerfordernisse zu differenzieren und die grundrechtlichen Vorgaben mit Blick auf die jeweiligen Gefährdungen zu entwickeln.

3. Auf einer den einzelnen Grundrechtsverbürgungen vorgelagerten Ebene enthält Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG Aussagen zur grundlegenden gesetzlichen Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Er verpflichtet die Gesetzgebung dazu, diesen sachgerecht und transparent zu gestalten, individuelle Kenntnismöglichkeiten zu gewährleisten sowie adäquate Einflußmöglichkeiten sicherzustellen. Auf der Grundlage, die durch die gesetzliche Realisierung der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entsteht, treten auf einer zweiten Ebene die einzelnen Gewährleistungen mit weiteren punktuellen Maßgaben und Schutzpositionen an bestimmten Stellen der Verarbeitungsvorgänge hinzu. Sie zielen nicht auf die – auf ihre Weise die Grundrechtsträger schützende – begrenzende und strukturierende Ausgestaltung des Umgangs mit Informationen und Daten in Abstimmung mit der je gegebenen sachlichen Regelungsebene, sondern bieten in den von ihnen erfaßten Konstellationen einen besonderen Schutz. Die Gesetzgebung hat insofern mehrere grundrechtliche

Bindungen auf unterschiedlichen Ebenen zu beachten. Dabei besteht ein komplexes Wechselspiel zwischen grundrechtlichen Vorgaben und gesetzlichen Bestimmungen.

4. Die grundrechtlichen Bindungen und Rechtspositionen schützen die Grundrechtsträger im Verhältnis zum Staat. Schutz gegenüber privaten Dritten besteht im Rahmen der Drittwirkung, die mit mehr oder weniger weitreichenden Modifikationen verbunden ist.

I. Grundrechtliche Vorgaben zur Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten

5. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG enthält Aussagen zur grundlegenden Regulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten, der in Form unbegrenzter, intransparenter und unbeeinflussbarer Abläufe die freie Entfaltung der Persönlichkeit in einer grundsätzlichen Weise beeinträchtigte. Schutzziele und Aussagegehalte führen weder zu einem Entscheidungsrecht des Einzelnen über die Preisgabe und Verwendung ihn betreffender Daten noch zu einer Verpflichtung des Staates oder, vermittelt über die Drittwirkung, privater Dritter, jeglichen Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten grundsätzlich zu unterlassen. Sie richten sich in erster Linie mit Regelungsanforderungen an die Gesetzgebung. Die objektivrechtlichen Aussagen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG können zugleich subjektive Rechte vermitteln.

6. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet erstens zu einer sachgerechten und transparenzsichernden Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten. Er reagiert damit auf die Freiheitsgefahren, die vollständig ungebundene, unbegrenzte und intransparente Verarbeitungsweisen auf der Ebene grundlegender Bedingungen individueller Freiheit mit sich brächten. Er schützt die Grundrechtsträger, indem er gesetzliche Regelungen verlangt, aufgrund derer der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten in einer mit der sachlichen Regelungsebene abgestimmten Form begrenzt, strukturiert und transparent gestaltet ist.

7. Zweitens verpflichtet Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zur Gewährleistung individueller Kenntnismöglichkeiten. Wegen der Interdependenzen zu den Entfaltungs- und Verhaltensfreiheiten, mit Blick auf die Bedeutung der Kenntnischancen für die Persönlichkeitsbildung und -entfaltung sowie unter Berücksichtigung der Aussagen der Menschenwürde erstreckt sich das Grundrecht darauf, daß die Grundrechtsträger die Möglichkeit haben, ihrerseits Wissen über den Umgang anderer mit den sie betreffenden Informationen und Daten zu erlangen. Darüber hinaus ergibt sich die Verpflichtung zur Gewährleistung von Kenntnismöglichkeiten aus den Wechselbeziehungen zwischen den aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herleitbaren Schutzpositionen. Im Bereich der öffentlichen Gewalt treten insoweit die Maßgaben der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG hinzu. Die Vorgabe, Kenntnismöglichkeiten zu sichern, ist leistungsrechtlicher Natur. Ihr Gehalt ist aber nicht auf ein Minimum reduziert. Er kann sich in unterschiedlichen Hinsichten zu konkreten Bindungen und Rechtspositionen verdichten.

8. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet drittens zur Gewährleistung individueller Einflußchancen. Der die Grundrechtsträger betreffende Umgang mit Informationen und Daten soll nicht an ihnen vorbei verlaufen; ohne Einflußmöglichkeiten sind objek-

tive Regulierung und Kenntnischancen unzureichend. Zudem ergänzen rechtlich gewährleistete Einflußpositionen die begrenzten Steuerungswirkungen der abstrakt-typisierenden gesetzlichen Determination, indem sie den Grundrechtsträgern die (Möglichkeit der) Beteiligung an den konkreten Verarbeitungsabläufen garantieren. Einflußchancen zielen zum einen auf die Daten, die der staatlichen Stelle oder auch anderen Privaten im Verarbeitungsverlauf zur Verfügung stehen, zum anderen auf die Informationen und übergreifender auf das Wissen, das die jeweilige Stelle oder Dritte aus Daten oder anderen Informationsgrundlagen über die Person bilden.

9. Die aufgrund des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebotenen Regelungen werden durch die Anforderung einer Institutionalisierung adäquater Kontrollen ergänzt. Diese Institutionalisierung hat die Funktion, daß die Umsetzung der rechtlichen Regelungen durch deren Adressaten von einer diesen gegenüber unabhängigen Instanz hinreichend überwacht und dadurch gesichert wird. Die Reichweite der Kontrollbefugnisse folgt der Funktion der Kontrolle. Hinsichtlich der Entscheidungsbefugnisse verbleiben der Gesetzgebung Gestaltungsspielräume, soweit die Wirksamkeit der Kontrolle gewahrt bleibt. Die institutionalisierten Kontrollen dienen im Vergleich zu den Einflußrechten und Rechtsschutzgarantien, die der betroffenen Person zur Verfügung stehen müssen, der gegenstandsbedingten Kompensation und Ergänzung. Insofern können sie selbst präzisiert und in eine übergreifende Konzeption der Kontrollmöglichkeiten integriert werden.

10. Die gesetzlichen Regelungen, die den grundrechtlichen Anforderungen nachkommen, erfordern einerseits eigenständige Determinationsmuster. Andererseits sind sie angemessen mit den bereits vorhandenen sachlichen Regelungsstrukturen abzustimmen, die den (Verarbeitungs- und Verwendungs-)Kontext und damit die Informations- und Datenverarbeitungen prägen. Hier bleibt die Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Bereichen eine Leitunterscheidung, selbst wenn sie ihrerseits differenzierungsbedürftig ist. Daneben müssen die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten untereinander koordiniert und jeweils in Regelungszusammenhänge eingebettet werden.

11. Die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sind durch eine Kombination allgemeiner und bereichsspezifischer Bestimmungen umzusetzen. Soweit sich bestimmte Regelungen abstrahieren lassen oder systembildend-übergreifend gelten können, kann ein Querschnitts- und Auffanggesetz geschaffen werden.

12. Im Rahmen der sachgerechten und transparenzsichernden Steuerung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten lassen sich die Determination der Verarbeitungsabläufe und die ihr vorgelagerte System- und Technikgestaltung unterscheiden. Die Systemgestaltung bezieht sich auf abgrenzbare soziale Systeme oder Teilsysteme, im Rahmen derer in Kommunikations-, Entscheidungs-, Informations- und Datenverarbeitungsverfahren Aufgaben erledigt oder bestimmte Ziele verfolgt werden und in denen sich die Verarbeitungsvorgänge bewegen. Die Technikgestaltung umfaßt die Entwicklung, die Auswahl, den Einsatz und die Konfiguration von Datenverarbeitungsnetzwerken, -anlagen, -programmen oder Speichermedien. Beide bestimmen im Vorfeld den Rahmen und die Bedingungen konkreter Informations- und Datenverarbeitungen. Die

grundrechtlichen Anforderungen können darauf gerichtete Regelungen entweder verlangen oder jedenfalls auch dadurch realisiert werden.

13. Zu den zentralen Elementen einer Determination der Verarbeitungsabläufe gehören Zwecksetzungen, die Maßgabe der Erforderlichkeit, weitere phasenorientierte Determinanten und technikspezifische Bestimmungen. Die Festlegung der Verwendungszwecke verklammert die Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit den sachlichen Regelungsstrukturen, verbindet – gemeinsam mit der Zweckbindung – die einzelnen Verarbeitungsvorgänge zu jeweils einheitlichen oder auch zu sich differenzierenden Verarbeitungszusammenhängen und ermöglicht die nähere Regelung einzelner Phasen. Die nachgeordnete Zweckbindung stellt die prozeßübergreifende Bindung an die gesetzliche und aufgrund des Gesetzes konkretisierte Zweckbestimmung sicher. Zweckbündelungen oder Zweckänderungsmöglichkeiten sind nicht als Ausnahmen anzusehen, sondern zulässig, sofern die Funktionen, die die Festlegung der Verwendungszwecke für die Begrenzung, Strukturierung und transparente Gestaltung wahrnimmt, (immer noch) erfüllt werden und sofern einem etwaigen Folgeregelungsbedarf Rechnung getragen wird. Durch die Maßgabe der Erforderlichkeit werden die jeweils festgelegten Verwendungszwecke und die darauf auszurichtenden Informations- und Datenverarbeitungsvorgänge mit einem bestimmten Abhängigkeitsgrad in eine Abhängigkeitsbeziehung eingeordnet. Je nach Regelungsbereich und Regelungserfordernissen sind weitere, vor allem phasenspezifische Determinanten notwendig. Der Gesetzgebung stehen eine Reihe von Regelungsmöglichkeiten zur Verfügung, die im Verbund oder einander ergänzend und kompensierend eingesetzt werden können. Zusätzliche technikspezifische Bestimmungen können die normativen Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten begleiten und absichern.

14. Zu den zentralen Elementen im Bereich der System- und Technikgestaltung werden die Prinzipien der Datenvermeidung und Datensparsamkeit, die Pflicht zum Einsatz von Anonymisierungs- und Pseudonymisierungsverfahren sowie das Datenschutzaudit in Form des Systemaudits und der Produktzertifizierung gezählt. Als allgemein-abstrakte Grundsätze sind jene Prinzipien und diese Pflicht weder grundrechtsgeboten noch sinnvoll. Systemaudit und Produktzertifizierung haben aus der Perspektive der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG die Funktion, die Umsetzung der inhaltlichen Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten mit Hilfe eines Verfahrens zu unterstützen, dessen Kernpunkte eine Prüfung und Bewertung durch unabhängige Gutachter und die Veröffentlichung des Ergebnisses sind. Als Verfahrensinstitutionalisierungen, die bereichsübergreifend geregelt, aber bereichsspezifisch eingesetzt werden, sind sie grundsätzlich sinnvoll, wenn auch nicht grundrechtsgeboten. Im übrigen ist die System- und Technikgestaltung vor allem bereichsspezifisch zu realisieren. Der jeweils zuständige Gesetzgeber kann zum Beispiel die Aufgaben präziser oder differenzierter beschreiben, Vorgaben zur organisatorischen oder technischen Abschottung von Verarbeitungszusammenhängen setzen oder organisationssteuernde Regelungen zu den Verarbeitungsbefugnissen treffen. Im Verhältnis zur Determination der Verarbeitungsvorgänge kann die System- und Technikgestaltung Ergänzungs-, aber auch Surrogatscharakter haben.

15. Zur gesetzlichen Gewährleistung individueller Kenntnismöglichkeiten sind gestuft angelegte, verschiedenartige Rechtspositionen erforderlich. Den Grundrechtsträgern ist eine übergreifende Orientierung ebenso wie eine konkrete Kenntnis bestimmter Verarbeitungsvorgänge zu ermöglichen. Übergreifende Orientierungschancen werden teilweise bereits gewährleistet, indem der Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten aufgrund der gesetzlichen Umsetzung der grundrechtlichen Verpflichtung zur sachgerechten und transparenzsichernden Regulierung begrenzt, strukturiert und transparent gestaltet wird. Informations- und Kommunikationspläne könnten die Strukturen und Prozesse der Informations- und Datenverarbeitungen weiter veranschaulichen. Beteiligungs- und Mitteilungspflichten, wie sie mit dem Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen, mit Anhörungsgeboten oder mit Benachrichtigungspflichten vorgesehen sind, garantieren konkrete Kenntnismöglichkeiten auf Veranlassung der informations- und datenverarbeitenden Stellen. Hinzu kommen Formen der Kenntnisgewähr auf Initiative der Grundrechtsträger, vor allem Akten- oder Dateieinsichtsrechte und Auskunftsansprüche. Nach Maßgabe einer Abwägung und mit hinreichenden Schutzvorkehrungen ist es zulässig, die verfassungsrechtlich gebotenen Kenntnismöglichkeiten gesetzlich nur eingegrenzt zu gewährleisten.

16. Einflußchancen der betroffenen Personen sind zu sichern, indem die gesetzlichen Normen, die der Grundregulierung dienen, individualschützenden Charakter erhalten und subjektivrechtlich durchsetzbar sind. Darüber hinaus können sich die grundrechtlichen Vorgaben im jeweiligen Regelungskontext in unterschiedlicher Weise zur Verpflichtung verdichten, zusätzliche Einflußpositionen zu gewährleisten. Gesetzlich kann dies mittels Beteiligungsansprüchen, Widerspruchsrechten, Einwilligungserfordernissen oder Garantien der Verfügbarkeit technischer unterstützter Optionen verwirklicht werden.

17. Die Grundregulierung des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten, mit der die Gesetzgebung den Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG nachkommt, bietet eine Basis, die es ermöglicht, die einzelnen Freiheitsgewährleistungen gegenstandsgerecht zu zusätzlichen Rechtsbindungen und -positionen zu konkretisieren.

II. Zusätzliche Bindungen einzelner Freiheitsgewährleistungen

18. Auch die einzelnen Freiheitsgewährleistungen geben Bindungen und Rechtspositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten her. Deren Herleitung richtet sich nach dem Regelungsansatz der jeweiligen Grundrechtsnorm. In keinem Fall geht es um „spezielle Garantien“ einer „informationellen Selbstbestimmung“, die Entscheidungsrechte über die Preisgabe und Verwendung von Daten vermittelten, die sich thematisch dem Bereich einer bestimmten Verbürgung zuordnen ließen.

19. Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG schützen den ihnen unterfallenden Bereich anhand formal-äußerlicher Kriterien. Im Mittelpunkt des Art. 10 GG, der in vielfältigen Dimensionen zu entfalten ist, steht die Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation. Über einen formalen Regelungsansatz gewährleistet Art. 10 GG deren Geheimnisqualität in der Vermittlungsphase und damit deren Transparenz; er schützt die Grundrechtsträger darauf bezogen

jeweils eigenständig als Kommunikationsteilnehmer. Seine Schutzwirkungen erstrecken sich auf den Umgang mit Informationen und Daten, der einer Kenntnisnahme geschützter Kommunikationsvorgänge nachfolgt. Zu seinen Bindungen können andere Grundrechtsgewährleistungen mit ihren näheren inhaltlichen Maßgaben verstärkend hinzutreten.

20. Aus den anderen Grundrechtsgewährleistungen sind auf der Grundlage der normtextlichen Verknüpfung des thematischen mit einem freiheitsrechtlichen Gehalt Rechtsbindungen und Rechtspositionen zu entwickeln, die sich gerade auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten richten. Paradigmata wie das „Recht auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten“, das Recht auf Achtung einer ausgegrenzten „Privatsphäre“ oder das „Recht auf Selbstdarstellung“ greifen dabei zu kurz. Auch vermittelt die einschlägige Gewährleistung dem Grundrechtsträger nicht bereits deshalb Schutz, weil sich Informationen oder Daten auf ihn beziehen. Sie schützt ihn vielmehr mit Blick auf den übergreifenden Kontext und die darin bestehenden sozialen Positionen sowie auf die Inhalte und Folgen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten.

21. Als Basis der Normkonkretisierung ist deswegen eine übergreifende Perspektive erforderlich. Sie kann aufgrund der Grundregulierung, mit der die Gesetzgebung die Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erfüllt, hinreichend herausgearbeitet werden. Man muß zum einen die als Informationsbasis relevanten Sachverhalte – Beobachtetes, Mitteilungs- oder Gesprächsinhalte, Unterlagen oder sonstige Daten – erfassen. Je nach Konstellation kann es auch auf die soziale Position oder Rolle des Grundrechtsträgers ankommen, die infolge einer Umsetzung oder Vermittlung von Informationen beeinträchtigt würde. Zum anderen ist der jeweilige Deutungs- und Verwendungskontext herauszuarbeiten, in dessen Rahmen Informationen gewonnen und umgesetzt werden. Darüber hinaus sind die Folgen abzuschätzen, die der Umgang mit Informationen und Daten erwarten läßt. An dieser Stelle gewinnen soziologische oder psychologische Erkenntnisse, etwa zur Privatsphäre oder zur Selbstdarstellung, Bedeutung. Sie zeigen Wirkungsmechanismen bestimmter Informationen in sozialen Zusammenhängen auf, zum Beispiel Wissens- und Verhaltensänderungen der informierten Personen oder Stellen, Stigmatisierungen oder erwartungsvermittelte Formen der Verhaltensanpassung. Mit all dem stehen nicht Daten, sondern der Umgang mit Informationen und Daten sowie seine Wirkungen im Zentrum der Aufmerksamkeit.

22. Mit ihrem jeweiligen thematischen Gehalt können die einzelnen Freiheitsgewährleistungen an unterschiedlichen Ansatzpunkten anknüpfen. Zum einen kann ein Grundrecht, dessen Regelungsbereich bestimmte Sachverhalte erfaßt, Rechtsbindungen und Rechte im Hinblick auf den Umgang mit Informationen und Daten hergeben, der an diese Sachverhalte anknüpft. Zum anderen kann die Grundrechtsgewährleistung, unter die die Bereiche oder Positionen fallen, die infolge der Gewinnung oder Umsetzung der Informationen nachteilig betroffen wären, vorgreifend Determinanten setzen. Rechtsbindungen und individuelle Rechte ergeben sich im Verhältnis zwischen Grundrechtsträger und Staat oder im Netzwerk zwischen Grundrechtsträger, Staat und privaten Dritten über die Konkretisierung des mit dem thematischen Gehalt verknüpften Unantastbarkeits-, Achtungs-

Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechens. Diese Konkretisierung stützt sich auf normative Argumentationen mit Blick auf den herausgearbeiteten übergreifenden Kontext und die darin bestehenden Positionen sowie auf die Folgen, die die Gewinnung und Umsetzung der Informationen und die Verarbeitung von Daten insoweit herbeiführen. Im Hinblick auf Nachteile und nachteilige Folgen, die mit dem Freiheitsversprechen unvereinbar sind, schützt die einschlägige Gewährleistung die Grundrechtsträger, indem sie Pflichten und Rechte hergibt, die den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten determinieren. Die Normkonkretisierung liefert zugleich die notwendige Begründung, warum und inwieweit dem Einzelnen darauf gerichtete Rechte überhaupt zustehen.

23. Die einzelgrundrechtlichen Bindungen werden bei einer so angelegten Konkretisierung kontext- und prozeßbezogen entwickelt. Sie greifen relational zum Wissens- und Verwendungskontext und setzen in differenzierter Form an unterschiedlichen Punkten der Verarbeitungsverläufe an. Sie geben im wesentlichen Unterlassungsgebote her. Sie können aber auch Schutzvorkehrungen aufgeben. Darüber hinaus können sie die Pflicht zur Gewährleistung von Kenntnis- und Einflußmöglichkeiten verstärken.

24. Da die Grundrechtsgewährleistungen zu Rechtsbindungen und Rechtspositionen im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten zu konkretisieren sind, wird die Eingriffskomponente davon entlastet, mittels bestimmter Kriterien Freiheitsverbürgung und staatliches Vorgehen zu relationieren. Sie ist den Aussagen der Norm prinzipiell nachgeordnet und kann neu gefaßt werden: Eine Grundrechtsbeeinträchtigung ist eine dem Staat zurechenbare Abweichung von den Vorgaben der Grundrechtsnorm, die für den Umgang mit Informationen und Daten bestehen. Diese Fassung trägt der veränderten dogmatischen Rolle Rechnung, die dem Eingriff zukommt. Das Grundrecht wird verletzt, wenn die Beeinträchtigung verfassungswidrig ist.

25. Wegen des Zusammenspiels der Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und der Vorgaben weiter hinzutretender Grundrechtsverbürgungen hat die Gesetzgebung bei einer gesetzlichen Regelung gegebenenfalls mehrere grundrechtliche Bindungen zu beachten. Geben die einzelnen Freiheitsgewährleistungen zusätzliche Bindungen her, kann die Gesetzgebung diese vollständig einhalten und die gesetzlichen Regelungen so anlegen, daß keine Grundrechtsbeeinträchtigung vorliegt. In Betracht kommt zum Beispiel eine engere oder differenziertere Zweckfestlegung, eine nähere Determination der Verarbeitungsphasen oder die organisatorische und technische Abschottung von Verarbeitungsbereichen. Die Gesetzgebung kann die einzelnen Freiheitsgewährleistungen auch nach Maßgabe der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte einschränken. In beiden Varianten können die zusätzlichen Bindungen zu einer anderen Gestaltung der Regelungen, die als Grundregulierung bereits vorhanden sind, oder zu zusätzlichen gesetzlichen Bestimmungen führen.

26. Insgesamt sind die einzelnen Freiheitsgewährleistungen im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht auf bestimmte Muster, etwa das der „Privatsphäre“, beschränkt. Sie bieten ein offenes Konzept, das vielfältige und auch neu entstehende Schutzerfordernisse aufgreifen kann.

III. Informationelle Selbstbestimmung als Bündel unterschiedlicher Rechtsbindungen und Rechtspositionen im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption

27. „Informationelle Selbstbestimmung“ ist assoziativ, nicht dogmatisch zu verstehen. Es handelt sich um (nicht mehr als) einen deskriptiven Begriff, der hervorhebt, daß jeder Person im Hinblick auf den Umgang staatlicher Stellen oder anderer Privater mit den personenbezogenen Informationen und Daten (grund)rechtlicher Schutz zukommt.

28. Die grundrechtlichen Bindungen und Rechtspositionen, die die Grundrechtsträger hinsichtlich des Umgangs staatlicher Stellen oder, vermittelt über die Drittwirkung, privater Dritter mit personenbezogenen Informationen und Daten schützen, sind im Rahmen einer Zwei-Ebenen-Konzeption als eine inhaltlich und dogmatisch eigenständige, komplex gestaltete Dimension der Grundrechtsgewährleistungen zu begreifen. Man gelangt zu einem vielfältigen Bündel informations- und datenbezogener Garantien und Rechte, die in unterschiedlichen Hinsichten aufeinander Bezug nehmen und aufeinander aufbauen. Der dadurch gewährleistete individuelle Schutz hat in ganz anderer Weise Gewicht als ein Entscheidungsrecht über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten.

29. Im Rahmen einer solchen Konzeption können die Anregungen aufgegriffen werden, die völker- und europarechtliche Vorgaben bieten. Die grundgesetzlichen Bindungen und Rechte bleiben nicht mehr hinter der Mehrdimensionalität des Art. 8 EMRK oder des Art. II-68 EU-Verfassungsvertragsentwurf zurück, sondern führen über deren Ansätze hinaus. Diese Normen müssen ebenso wie die EG-Datenschutzrichtlinien allerdings ihrerseits gegenstandsgerecht weiterentwickelt werden.

30. Der Grundlagencharakter der Informationsdimension und die Vielfältigkeit der Schutzerfordernisse im Bereich des „Daten“-schutzes bedeuten, daß man nicht mit einem besonderen Rechtsgebiet zu tun hat, das in isolierter Form mit wenigen Vorschriften gestaltet werden könnte. Auch die Idee einer „Informationsordnung“ geht fehl.

31. Für die Regelungen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten sind einerseits eigenständige Determinationsmuster erforderlich. Andererseits ermöglicht die hier entwickelte Konzeption eine angemessene Abstimmung mit den sachlich bereits vorhandenen Regelungsstrukturen. Sie setzt eine solche Koordination sogar voraus, weil sie in bestimmtem Umfang auf jene Strukturen aufbaut. Damit wird eine Integration in übergreifende Zusammenhänge möglich, ohne die die Regelungen und Rechtspositionen hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten nicht sinnvoll zu gestalten sind.

32. Die Gesetzgebung hat, zumal vor diesem Hintergrund, vor allem auf der Ebene der Grundregulierung vielfältige Gestaltungsspielräume. Gegenstandsbedingt liegen hier außerdem in bestimmten Hinsichten besondere exekutive Konkretisierungskompetenzen oder, soweit es um Private geht, „regulierte Selbstregulierungen“ nahe. Flexibilitäten auf der grundlegenden Ebene werden gerade und nur deswegen tragfähig, weil auf der zweiten Ebene der Schutz durch die einzelnen Freiheitsgewährleistungen hinzutritt, die auf einen besonderen Schutzbedarf der betroffenen Person reagieren.

Literaturverzeichnis

- Abel, Gunther: *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*, Berlin 1964
- Ahlf, Ernst-Heinrich: Der Begriff des „Eingriffes“ insbesondere bei kriminalpolizeilicher Tätigkeit und die sog. „Schwellentheorie“ zu § 163 Abs. 1 StPO, *Die Polizei* 1983, S. 41 ff.
- Alber, Siegbert / Widmaier, Ulrich: Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung. Zu den Beziehungen zwischen EuGH und EGMR, *EuGRZ* 2000, S. 497 ff.
- Albers, Marion: *Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem*, DVBl 1996, S. 233 ff.
- Zur Neukonzeption des grundrechtlichen „Daten“-schutzes, in: Haratsch/Kugelman/Repkewitz (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 1996, S. 113 ff.
 - Das Bundesverfassungsgericht als Hüter seines selbstbestimmten Entscheidungsprogramms, *KritV* 1998, S. 193 ff.
 - Die Kodifikation von Grundrechtsnormen im Recht der Europäischen Union, in: dies./Heine/Seyfarth (Hrsg.), Beobachten – Entscheiden – Gestalten. Symposium zum Ausscheiden von Dieter Grimm aus dem Bundesverfassungsgericht, Berlin, 2000, S. 129 ff.
 - Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, Berlin, 2001
 - Information als neue Dimension im Recht, *Rechtstheorie* 2002, S. 61 ff.
 - Rethinking the Doctrinal System of Fundamental Rights. New Decisions of the Federal Constitutional Court, *German Law Journal* Vol. 3 No. 11 (2002), abrufbar unter <http://www.germanlaw-journal.com>
 - Verfassungsrechtliche Grundlagen einer transparenten Verwaltung, in: Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Sommersymposium Informationsfreiheit, Düsseldorf 2004, S. 31 ff.
- Alberts, Hans-Werner: Die Bedeutung des Brokdorf-Urteils für die Informationserhebung der Polizei bei und aus Versammlungen, *Die Polizei* 1986, S. 389 ff.
- Informationelle Tätigkeit und spezielle Grundrechte, *CR* 1994, S. 492 ff.
- Alberts, Hans Werner / Merten, Karlheinz: *Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei*. Kommentar, 3. Aufl., Hamburg, 2002
- Alexy, Robert: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985
- Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, *Der Staat* 1990, S. 49 ff.
- Amelung, Knut: Der Grundrechtsschutz der Gewissenserforschung und die strafprozessuale Behandlung von Tagebüchern, *NJW* 1988, 1002 ff.
- Die zweite Tagebuchentscheidung des BVerfG, *NJW* 1990, S. 1753 ff.
 - Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, Berlin, 1990
 - Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren, *NJW* 1991, S. 2533 ff.
- Arndt, Adolf: Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, in: ders., *Gesammelte juristische Schriften: Ausgewählte Aufsätze und Vorträge 1946 – 1972*, München, 1976, S. 157 ff.
- Arndt, Claus: Die „strategische Kontrolle“ von Post- und Fernmeldeverkehrsbeziehungen, *NJW* 1985, S. 107 ff.
- Die Fernmeldekontrolle im Verbrechensbekämpfungsgesetz, *NJW* 1995, S. 169 ff.
 - Zum Abhörurteil des BVerfG, *NJW* 2000, S. 47 ff.
- Ashby, William Ross: *An introduction to cybernetics*, London, 5. Aufl. 1963
- Auernhammer, Herbert: Die Europäische Datenschutz-Konvention und ihre Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Datenverkehr, *DuD* 1985, S. 7 ff.

- Bachof, Otto: Freiheit des Berufs*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Dritter Band, 1. Halbband, 1958, S. 155 ff.
- Badura, Peter: Anhörungsbeitrag* in der öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 19. Juni 1989, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, Zur Sache 17/1990, Bonn, 1990, S. 15 f.
- *Stellungnahme* zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 19. Juni 1989, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, Zur Sache 17/1990, Bonn, 1990, S. 148 ff.
- *Staatsrecht*. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., München, 2003
- Bär, Wolfgang: Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1992
- Bäumler, Helmut: Normenklarheit als Instrument der Transparenz*, JR 1984, S. 361
- *Datenschutz* beim Verfassungsschutz, AöR 1985, S. 30 ff.
- *Versammlungsfreiheit* und Verfassungsschutz, JZ 1986, S. 469 ff.
- *Der Auskunftsanspruch* des Bürgers gegenüber den Nachrichtendiensten, NVwZ 1988, S. 199 ff.
- *Informationsverarbeitung* im Polizei- und Strafverfahrensrecht, in: Liskin/Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., München, 2001, S. 735 ff.
- *Das Recht auf Anonymität*, in: ders./v. Mutius (Hrsg.): Anonymität im Internet. Grundlagen, Methoden und Tools zur Realisierung eines Grundrechts, Braunschweig/Wiesbaden: Vieweg, 2003, S. 1 ff.
- *Datenschutz bei der Polizei*, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München, 2003, S. 1447 ff.
- *Ein Gütesiegel auf den Datenschutz*. Made in Schleswig-Holstein, DuD 2004, S. 80 ff.
- Bäumler, Helmut (Hrsg.): Polizei und Datenschutz*. Neupositionierung im Zeichen der Informationsgesellschaft, Neuwied/Kriftel, 1999
- Bäumler, Helmut / v. Mutius, Albert (Hrsg.): Anonymität im Internet*. Grundlagen, Methoden und Tools zur Realisierung eines Grundrechts, Braunschweig/Wiesbaden, 2003
- Bainbridge, David: EC Data Protection Directive*, London/Dublin/Edinburgh, 1996
- Barbey, Günther: Amtshilfe* durch Informationshilfe und „Gesetzesvorbehalt“, in: Wilke (Hrsg.), Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin; Berlin/New York, 1984, S. 25 ff.
- Barlow, John Perry: Wein ohne Flaschen*. Globale Computernetze, Ideen-Ökonomie und Urheberrecht, in: Bollmann (Hrsg.), Kursbuch Neue Medien. Trends in Wirtschaft und Politik, Wissenschaft und Kultur, 2. Aufl., Mannheim, 1996, S. 79 ff.
- Baston-Vogt, Marion: Der sachliche Schutzbereich* des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen, 1997
- Bateson, Gregory: Ökologie des Geistes: Anthropologische, psychologische, biologische und epistemologische Perspektiven*, 6. Aufl., Frankfurt a.M., 1983
- *Geist und Natur: Eine notwendige Einheit*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 1984
- Bauer, Hartmut: Privatisierung* von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL Bd. 54, Berlin/New York, 1995, 243 ff.
- Baumann, Reinhold: Stellungnahme* zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1983 zum Volkszählungsgesetz 1983, DVBl 1984, S. 612 ff.
- Baumgartner, Gerhard: EU-Mitgliedschaft* und Grundrechtsschutz, Wien, 1997
- Becker, Bernd: Öffentliche Verwaltung: Lehrbuch für Wissenschaft und Praxis*, Percha, 1989
- Becker, Hans Joachim: Anmerkung* zum Beschluß des BVerfG vom 15.01.1970, NJW 1970, S. 1075 f.
- Beckmann, Elke: Der Schutz personenbezogener Daten im sozialen Sicherungssystem*. Auf der Basis des deutschen, österreichischen und europäischen Rechts, Baden-Baden, 2000

- Bell, Daniel: *The Social Framework of the Information Society*, in: Dertouzos/Moses (eds), *The Computer Age: A Twenty-Year View*, Cambridge/Mass./London, 1979, S. 163 ff.
- Benda, Ernst: *Privatsphäre und „Persönlichkeitsprofil“*. Ein Beitrag zur Datenschutzdiskussion, in: Leibholz/Faller/Mikat/Reis (Hrsg.), *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung*: Festschrift für Willi Geiger, Tübingen, 1974, S. 23 ff.
- Die *Menschenwürde*, in: ders./Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, Berlin/New York, 1. Aufl. 1983, S. 107 ff.
 - Menschenwürde und *Persönlichkeitsrecht*, in: ders./Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, Berlin/New York, 2. Aufl. 1994, S. 161 ff.
 - Das Recht auf *informationelle Selbstbestimmung* und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Datenschutz, DuD 1984, S. 86 ff.
- Bender, Michael: *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen*. Zur Bedeutung der Grundrechte für die Rechtsanwendung, Heidelberg, 1991
- Berg, Wilfried: *Datenschutz und Forschungsfreiheit*, JöR N.F. Bd. 33 (1984), S. 63 ff.
- Berka, Walter: *Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz*. Die Freiheit der Medien und ihre Verantwortung im System der Grundrechte, Wien/New York, 1982
- Bernhardt, Rudolf: Zur *Anfechtung* von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, S. 302 ff.
- Bernsdorff, Norbert / Borowsky, Martin: *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, Baden-Baden, 2002
- Bethge, Herbert: Zur Problematik von *Grundrechtskollisionen*, München, 1977
- *Grundrechtsverwirklichung* und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren. Zu einigen Aspekten der aktuellen Grundrechtsdiskussion, NJW 1982, S. 1 ff.
 - *Freiheit und Gebundenheit* der Massenmedien, DVBl 1983, S. 369 ff.
 - *Aktuelle Probleme* der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1985, S. 351 ff.
 - Der *Grundrechtseingriff*, VVDStRL Bd. 57, Berlin/New York, 1998, S. 7 ff.
- Bieber, Horst: *Datenschutz – der Schutz gegen den gläsernen Menschen*, in: Bull/Kitagawa (Hrsg.), *Computer im Dienst der Gesellschaft*?, Köln/Berlin/Bonn/München, 1984, S. 13 ff.
- Binne, Wolfgang: *Das neue Recht des Sozialdatenschutzes*, NZS 1995, S. 97 ff.
- Bischoff, Stefan: Zur *Komplementierung* des Datenschutzes unter organisatorischen Aspekten. Das Konzept der Zweckbindung, in: Traummüller/Fiedler/Grimmer/Reinermann (Hrsg.), *Neue Informationstechnologien und Verwaltung*, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1984, S. 193 ff.
- Bizer, Johann: *Forschungsfreiheit und Informationelle Selbstbestimmung*. Gesetzliche Forschungsregelungen zwischen grundrechtlicher Förderungspflicht und grundrechtlichem Abwehrrecht, Baden-Baden, 1992
- Schutz der *Vertraulichkeit* in der Telekommunikation, KJ 1995, S. 450 ff.
 - *Beweissicherheit* im elektronischen Rechtsverkehr, in: Haratsch/Kugelman/Repkewitz (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft*, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 1996, S. 141 ff.
 - *Verschlüsselung* und staatlicher Datenzugriff – Die deutsche Debatte –, in: Büllesbach (Hrsg.), *Datenschutz im Telekommunikationsrecht*. Deregulierung und Datensicherheit in Europa, Köln, 1997, S. 245 ff.
 - *Web-Cookies* – datenschutzrechtlich, DuD 1998, S. 277 ff.
 - *Nachfrage* nach Sicherheit – Privater Vertraulichkeitsschutz und staatliche Sicherheitspolitik in der Telekommunikation, in: ders./Koch (Hrsg.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität*. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?, Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 29 ff.
 - *Datenschutz* durch Technikgestaltung, in: Bäumler/v. Mutius (Hrsg.), *Datenschutzgesetze der dritten Generation*. Texte und Materialien zur Modernisierung des Datenschutzrechts, Neuwied/Kriftel, 1999, S. 28 ff.
 - Datenschutzrechtliche *Informationspflichten* – Ein Beitrag für marktwirtschaftlichen Datenschutz, in: Bäumler/v. Mutius (Hrsg.) *Datenschutz als Wettbewerbsvorteil*. Privacy sells: Mit modernen Datenschutzkomponenten Erfolg beim Kunden, Braunschweig/Wiesbaden, 2002, S. 125 ff.

- *Datenschutzrecht*, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, Berlin/Heidelberg/New York, 2003, S. 561 ff.
- *Strukturplan* für ein modernes Datenschutzrecht, DuD 2004, S. 6 ff.
- Blanke, Thomas: *Öffentlichkeit* und Geheimhaltung, KJ 1988, S. 281 ff.
- Bleckmann, Albert: *Verfassungsrang* der Europäischen Menschenrechtskonvention ?, EuGRZ 1994, S. 149 ff.
- Das Allgemeine *Persönlichkeitsrecht* in der Europäischen Menschenrechtskonvention – Zur Interpretation des Art. 8 Abs. 1 EMRK, in: Erichsen/Kollhosser/Welp (Hrsg.), Recht der Persönlichkeit, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, S. 9 ff.
- *Staatsrecht II* – Die Grundrechte, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1997
- Bleckmann, Albert / Eckhoff, Rolf: *Der „mittelbare“ Grundrechtseingriff*, DVBl 1988, S. 373 ff.
- Blümel, Willi: *Grundrechtsschutz* durch Verfahrensgestaltung, in: ders. (Hrsg.), Frühzeitige Bürgerbeteiligung bei Planungen, Berlin, 1982, S. 23 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Das Grundrecht der *Gewissensfreiheit*, VVDStRL Bd. 28, Berlin/New York, 1970, S. 33 ff.
- *Grundrechtstheorie* und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529 ff.
- *Die sozialen Grundrechte* im Verfassungsgefüge, in: ders./Jekewitz/Ramm (Hrsg.), Soziale Grundrechte: Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Bd. 2, Heidelberg/Karlsruhe, 1981, S. 7 ff.
- *Grundrechte* als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 1990, S. 1 ff.
- *Die Bedeutung der Unterscheidung* von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, in: ders., Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M., 1991, S. 209 ff.
- *Das Bild vom Menschen* in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung, in: ders., Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M., 1991, S. 58 ff.
- *Zur Kritik der Wertbegründung* des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M., 1991, S. 67 ff.
- *Schutzbereich*, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken: Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, Der Staat 2003, S. 165 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang / Wieland, Joachim: Die „*Rundfunkfreiheit*“ – ein Grundrecht ? Überlegungen zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 5 Abs. 1 GG für die Organisation des Rundfunks, AfP 1982, S. 77 ff.
- Boehme-Neßler, Volker: *Electronic Government*: Internet und Verwaltung. Visionen, Rechtsprobleme, Perspektiven, NVwZ 2001, S. 374 ff.
- *Datenschutz* in der Informationsgesellschaft: Vom Datenschutzrecht zum Informationswirtschaftsrecht, K & R 2002, S. 217 ff.
- Bolter, Jay D.: Das *Internet* in der Geschichte des Schreibens, in: Münker/Roesler (Hrsg.), Mythos Internet, Frankfurt a.M., 1997, S. 37 ff.
- Borowski, Martin: Grundrechtliche *Leistungsrechte*, JöR N.F. Bd. 50 (2002), S. 301 ff.
- Brandner, Hans Erich: Das allgemeine *Persönlichkeitsrecht* in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, JZ 1983, S. 689 ff.
- Breitfeld, Anja: *Berufsfreiheit* und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, Berlin, 1992
- Brennecke, Ralf: Kriterien zur *Operationalisierung* der faktischen Anonymisierung, in: Kaase/Krupp/Pflanz/Scheuch/Simitis (Hrsg.), Datenzugang und Datenschutz. Konsequenzen für die Forschung, Königstein/Ts., 1980, S. 158 ff.
- Brenneisen, Hartmut: *Informationelle Eingriffe* im Vorfeld von Versammlungen, DuD 2000, S. 651 ff.

- Brenner, Michael: *Bundesnachrichtendienst* im Rechtsstaat. Zwischen geheimdienstlicher Effizienz und rechtsstaatlicher Kontrolle, Baden-Baden, 1990
- Breuer, Rüdiger: *Grundrechte als Anspruchsnormen*, in: Bachof (Hrsg.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung*: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, München, 1978, S. 89 ff.
- *Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht*, NVwZ 1986, S. 171 ff.
- Brinckmann, Hans: Das *Verkehrsinformationssystem ZEVIS* als Beispiel technischer Determinierung von Recht und Verwaltung, DÖV 1985, S. 889 ff.
- Brohm, Winfried: Die *Dogmatik* des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVdStRL Bd. 30, Berlin/New York, 1972, S. 245 ff.
- Brossette, Josef: *Der Wert der Wahrheit* im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Ein Beitrag zum zivilrechtlichen Ehren-, Persönlichkeits- und Datenschutz, Berlin, 1991
- Brühann, Ulf: *EU-Datenschutzrichtlinie - Umsetzung in einem vernetzten Europa*, RDV 1996, S. 12 ff.
- *Datenschutz* und Europäische Gemeinschaft, AfP 1998, S. 345 ff.
- *Europarechtliche Grundlagen*, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 131 ff.
- Die *Veröffentlichung* personenbezogener Daten im Internet als Datenschutzproblem. Zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, DuD 2004, S. 201 ff.
- Brühann, Ulf / Zerdick, Thomas: *Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie*, CR 1996, S. 429 ff.
- Brugger, Winfried: Der grundrechtliche Schutz der *Privatsphäre* in den Vereinigten Staaten von Amerika, AöR 1983, S. 25 ff.
- Bryde, Brun-Otto: *Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1982
- Die *Einheit der Verwaltung* als Rechtsproblem, VVdStRL Bd. 46, Berlin/New York, 1988, S. 181 ff.
- *Programmatik* und Normativität der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I: *Entwicklung und Grundlagen*, Heidelberg, 2004, S. 679 ff.
- Büllesbach, Alfred: *Datenschutz bei Data Warehouses und Data Mining*, CR 2000, S. 11 ff.
- *Datenschutz* in der betrieblichen Datenverarbeitung, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 949 ff.
- Büllesbach, Alfred / Garstka, Hansjürgen, *Systemdatenschutz und persönliche Verantwortung*, in: Müller/Pfitzmann (Hrsg.), *Mehrseitige Sicherheit in der Kommunikationstechnik. Verfahren, Komponenten, Integration*, Bonn/Reading/Massachusetts, 1997, S. 383 ff.
- Bull, Hans Peter: *Datenschutz contra Amtshilfe*. Von der „Einheit der Staatsgewalt“ zur „informationellen Gewaltenteilung“, DÖV 1979, S. 689 ff.
- *Datenschutz* als Informationsrecht und Gefahrenabwehr, NJW 1979, S. 1177 ff.
- Auf dem Weg zu einem *Recht der Informationsbeziehungen*. Die „Grundsätze für einen besseren Datenschutz“ und das Konzept einer „aktiven Informations-Rechtspolitik“, *Recht und Politik* 1980, S. 150 ff.
- *Verfassungsrechtlicher Datenschutz*, in: Bieber/Bleckmann/Capotorti u.a. (Hrsg.), *Das Europa der zweiten Generation*, *Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, Kehl/Straßburg, 1981, S. 869 ff.
- Der Einzelne in der *Informationsgesellschaft*, in: Sonntag (Hrsg.), *Die Zukunft der Informationsgesellschaft*, Frankfurt a.M., 1983, S. 10 ff.
- Der *Einfluß* der Datenschutzgesetze auf die öffentliche Verwaltung, DÖV 1983, S. 829 ff.
- *Datenschutz oder Die Angst vor dem Computer*, München, 1984
- Die *Grundprobleme* des Informationsrechts, Zwolle, 1985
- *Thesen zu den sozialen und rechtlichen Risiken der Informationstechnik*, IuR 1986, S. 3 ff.
- Was ist *Informationsrecht* ?, IuR 1986, S. 287 ff.

- Neue *Konzepte*, neue Instrumente ? Zur Datenschutz-Diskussion des Bremer Juristentages, ZRP 1998, S. 310 ff.
- *Europol*, der Datenschutz und die Informationskultur, in: Lamnek/Tinnefeld (Hrsg.), Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa. Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität, Baden-Baden, 1998, S. 217 ff.
- Aus aktuellem *Anlaß*: Bemerkungen über Stil und Technik der Datenschutzgesetzgebung, RDV 1999, S. 148 ff.
- Bullinger*, Martin: *Elektronische Medien* als Marktplatz der Meinungen. Abschied vom Modell harmonisierender Meinungspflege durch gewaltenteilende Presse- und Rundfunkunternehmen, AöR 1983, S. 161 ff.
- Bumke*, Christian: *Publikumsinformation*. Erscheinungsformen, Funktionen und verfassungsrechtlicher Rahmen einer Handlungsform des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung 2004, S. 3 ff.
- Bumke*, Ulrike: Die öffentliche *Aufgabe* der Landesmedienanstalten. Verfassungs- und organisationsrechtliche Überlegungen zur Rechtsstellung einer verselbständigten Verwaltungseinheit, München, 1995
- Burgi*, Martin: Das *Grundrecht* der freien Persönlichkeitsentfaltung durch einfaches Gesetz, ZG 1994, S. 341 ff.
- Burkert*, Herbert: Das *Problem des Zusatzwissens*, in: Kaase/Krupp/Pflanz/Scheuch/Simitis (Hrsg.), Datenzugang und Datenschutz. Konsequenzen für die Forschung, Königstein/Ts., 1980, S. 143 ff.
- Die *Konvention* des Europarates zum Datenschutz. Rückblick und Ausblick, CR 1988, S. 751 ff.
- *Informationszugang* als Element einer Europäischen Informationsrechtsordnung ? Gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen, in: Lamnek/Tinnefeld (Hrsg.), Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa. Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität, Baden-Baden, 1998, S. 113 ff.
- *Internationale Grundlagen*, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München, 2003, S. 85 ff.
- Busch*, Bernhard: Das *Verhältnis* des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Parlaments- und Gesetzesvorbehalt, Berlin, 1992
- Busch*, Jost-Dietrich: *Anmerkung* zum Volkszählungsurteil, DVBl 1984, S. 385 ff.
- Calliess*, Christian: Die *Charta* der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, S. 261 ff.
- Canaris*, Claus-Wilhelm: *Grundrechte* und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201 ff.
- *Bankvertragsrecht*, 2. Bearbeitung, Handelsgesetzbuch Großkommentar (begr. von Hermann Staub), Band III/3, 3. Aufl., Berlin/New York, 1981
- *Grundrechte und Privatrecht*. Eine Zwischenbilanz, Berlin/New York, 1999
- Caspar*, Johannes: Nationale *Grundrechtsgarantien* und sekundäres Gemeinschaftsrecht, DÖV 2000, S. 349 ff.
- Conrads*, Dieter: *Datenkommunikation*. Verfahren, Netze, Dienste, Braunschweig/Wiesbaden, 1989
- Coppel*, Jason / O'Neill, Aidan: The European Court of Justice: Taking Rights Seriously ?, CMLR 1992, S. 669 ff.
- MacCormick*, Neil: *Argumentation* und Interpretation im Recht. „Rule Consequentialism“ und rationale Rekonstruktion, in: Teubner (Hrsg.) Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden, 1995, S. 39 ff.
- Council of Europe*: Explanatory report on the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 1981
- Cremer*, Wolfram: Der sog. objektiv-rechtliche *Gehalt* der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Eine kritische Würdigung eines „Grundbestands des Grundrechtswissens“, in: Erbguth/Müller/Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, Berlin, 1999, S. 59 ff.

- *Freiheitsgrundrechte*. Funktionen und Strukturen, Tübingen, 2003
- Däubler, Wolfgang: *Arbeitnehmerdatenschutz* – ein Problem der EG ? in: Tinnefeld/Philipps/Heil (Hrsg.), Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, Baden-Baden, 1995, S. 110 ff.
- Dalakouras, Theoharis: *Beweisverbote* bezüglich der Achtung der Intimsphäre. Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechtsproblematik sowie des griechischen Rechts, Berlin, 1988
- Dammann, Ulrich: *Transparenz der Datenverarbeitung*: Erfolge und Defizite, ZRP 1980, S. 81 ff.
- Dammann, Ulrich / Simitis, Spiros: *EG-Datenschutzrichtlinie*. Kommentar, 1. Aufl., Baden-Baden, 1997
- Datenschutzbeauftragte des Bundes und der Länder: Auswirkungen des Volkszählungsurteils*. Entschließung in der Konferenz vom 27./28. März 1984, DÖV 1984, S. 504 ff.
- Deckert, Martina Renate: *Folgenorientierung* in der Rechtsanwendung, München, 1995
- Degen, Manfred: *Pressefreiheit, Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie*. Zugleich ein Beitrag zur Problematik von Grundrechtskonkurrenzen, Berlin, 1981
- Degenhart, Christoph: Die allgemeine *Handlungsfreiheit* des Art. 2 I GG, JuS 1990, S. 161 ff.
- Denninger, Erhard: *Freiheitsordnung* – Wertordnung – Pflichtordnung. Zur Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1975, S. 545 ff.
- *Verfassungstreue* und Schutz der Verfassung, VVDStRL Bd. 37, Berlin/New York, 1979, S. 7 ff.
- *Die Trennung von Verfassungsschutz und Polizei und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, ZRP 1981, S. 231 ff.
- Das Recht auf informationelle *Selbstbestimmung* und Innere Sicherheit, KJ 1985, S. 215 ff.
- *Verfassungsrechtliche Grenzen* polizeilicher Datenverarbeitung insbesondere durch das Bundeskriminalamt, CR 1988, S. 51 ff.
- *Diskussionsbeitrag*, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, VVDStRL Bd. 46, Berlin/New York, 1988, S. 297 f.
- *Staatliche Hilfe* zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, § 113, S. 291 ff.
- *Polizeirecht*, in: Meyer/Stolleis (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht für Hessen, 5. Aufl., Baden-Baden, 2000, S. 267 ff.
- Denninger, Erhard / Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schneider, Hans-Peter / Stein, Ekkehart (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied/Kriftel, Stand August 2002 (AK-GG)
- Derleder, Peter: Die Macht der geheimen *Mitwisser* – Überlegungen zum Verhältnis von Rechtsstaat und Privatsphäre am Beispiel des telefonischen Mithörers, in: Böttcher (Hrsg.), Recht, Justiz, Kritik. Festschrift für Richard Schmid zum 85. Geburtstag, Baden-Baden, 1985, S. 251 ff.
- Deutsch, Markus: Die *heimliche Erhebung* von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei, Heidelberg, 1992
- Deutscher Bundestag (Hrsg.): Enquete-Kommission „Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft“. Deutschlands Weg in die *Informationsgesellschaft*, Bonn, 1998
- Dieckmann, Uwe / Eitschberger, Bernd / Eul, Harald / Schwarzhaupt, Paul / Wohlrab, Gerwald: *Datenschutzaudit* – Quo Vadis ?, DuD 2001, S. 549 ff.
- Dietel, Alfred/ Gintzel, Kurt/ Kniesel, Michael: *Demonstrations- und Versammlungsfreiheit*. Kommentar zum Gesetz über Versammlungen und Aufzüge vom 24. Juli 1953, 13. Aufl., Köln/Berlin/München, 2004
- Dietlein, Johannes: Die *Lehre* von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin, 1992
- Das *Untermaßverbot*. Bestandsaufnahmen und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur, ZfG 1995, S. 131 ff.
- Di Fabio, Udo: *Grundrechte* im präzeptoralen Staat am Beispiel der hoheitlichen Informationstätigkeit, JZ 1993, S. 689 ff.
- *Risikoentscheidungen* im Rechtsstaat. Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere an Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen, 1994

- Dingeldey*, Thomas: Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungsverbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten, *NStZ* 1984, S. 529 ff.
- Dippoldsmann*, Peter: *EG-Datenschutz* – „Zwiedenken“ auf europäisch. Zum Gebrauch des Datenschutzes als Instrument zu seiner Vereitelung, *KJ* 1994, S. 369 ff.
- Discher*, Thomas: *Mittelbarer Eingriff*, Gesetzesvorbehalt, Verwaltungskompetenz: Die Jugendsekten-Entscheidungen – BVerwGE 82, 76; BVerwG, *NJW* 1991, 1770; 1992, 2496; BVerfG, *NJW* 1989, 3269, *JuS* 1993, S. 463 ff.
- Dix*, Alexander: *Konzepte* des Systemdatenschutzes, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht*. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München, 2003, S. 363 ff.
- Dörr*, Erwin / *Schmidt*, Dietmar: *Neues Bundesdatenschutzgesetz*. Handkommentar, 3. Aufl., Köln, 1997
- Dolde*, Klaus-Peter: *Grundrechtsschutz* durch einfaches Verfahrensrecht ?, *NVwZ* 1982, S. 65 ff.
- *Behördliche Warnungen* vor nicht verkehrsfähigen Lebensmitteln. Rechtsgutachten, Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde, Bonn, 1987
- Dolderer*, Michael: *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin, 2000
- Dolzer*, Rudolf/ *Vogel*, Klaus/ *Graßhof*, Karin (Hrsg.): *Bonner Kommentar zum Grundgesetz (BK)*, Heidelberg, Stand Mai 2004
- Dreier*, Horst: *Dimensionen* der Grundrechte. Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektivrechtlichen Grundrechtsgehalten, Hannover, 1993
- Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche *Grundrechtsgehalte*, *Jura* 1994, S. 505 ff.
- *Grundrechtsdurchgriff* contra Gesetzesbindung ? Exemplarische Betrachtungen zum Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsrecht anhand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, *Die Verwaltung* 2003, S. 105 ff.
- Dreier*, Horst (Hrsg.): *Grundgesetz*. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen, 2004
- Dreier*, Thomas: *Informationsrecht* in der Informationsgesellschaft, in: Bizer/Lutterbeck/Rieß (Hrsg.), *Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft*. Freundesgabe für Alfred Büllesbach, Stuttgart, 2002, S. 65 ff.
- Druey*, Jean Nicolas: *Information* als Gegenstand des Rechts. Entwurf einer Grundlegung, Zürich, 1995
- *Kommunikation* als Gegenstand des Rechts, in: Klopfer (Hrsg.), *Kommunikation – Technik – Recht: Kommunikationsrecht in der Technikgeschichte*, Berlin, 2002, S. 73 ff.
- Dürig*, Günter: Der Grundrechtssatz von der *Menschenwürde*: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, *AöR* 1956, S. 117 ff.
- *Grundrechte* und Zivilrechtsprechung, in: Maunz (Hrsg.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956, S. 157 ff.
- Durkheim*, Emile: *Über soziale Arbeitsteilung*. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, Frankfurt a.M., 2. Aufl., 1988
- Duttge*, Gunnar: *Recht* auf Datenschutz ? Ein Beitrag zur Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche, *Der Staat* 1997, S. 281 ff.
- Eberle*, Carl-Eugen: *Datenschutz* durch Meinungsfreiheit, *DÖV* 1977, S. 306 ff.
- Die *öffentliche Verwaltung* vor den Herausforderungen der Informationsgesellschaft, *Die Verwaltung* 1987, S. 459 ff.
- Zum *Verwertungsverbot* für rechtswidrig erlangte Informationen im Verwaltungsverfahren, in: Selmer/v. Münch (Hrsg.): *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, Berlin/New York, 1987, S. 351 ff.
- Löst die *Informationstechnik*, insbesondere über den Datenschutz, eine Verrechtlichungswelle aus ?, in: Reiner mann/Fiedler/Grimmer/Lenk/Traunmüller (Hrsg.), *Neue Informationstechniken – neue Verwaltungsstrukturen* ? Heidelberg, 1988, S. 141 ff.
- Ebsen*, Ingwer: *Informationelle Selbstbestimmung* und informationelle Gewaltenteilung im Sozialrecht, *IuR* 1988, S. 335 ff.

- Öffentlich-rechtliche *Rahmenbedingungen* einer Informationsordnung, DVBl 1997, S. 1039 ff.
- Eckhoff*, Rolf: *Der Grundrechtseingriff*, Berlin/Bonn/Köln/München, 1992
- Egloff*, Willi: *Information und Grundrechte*, DVR 1978, S. 115 ff.
- Egloff*, Willi / *Schimmel*, Wolfgang: Die „*Magna Charta* des Bürgers von heute“? Anmerkungen zum neuen Bundesdatenschutzgesetz, DVR 1977, S. 124 ff.
- Ehlers*, Dirk / *Heydemann*, Christoph: *Datenschutzrecht* in der Kommunalverwaltung, DVBl 1990, S. 1 ff.
- Ehmann*, Eugen / *Helfrich*, Marcus: *EG-Datenschutzrichtlinie*. Kurzkomentar, Köln, 1999
- Ehmann*, Horst: *Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht*, AcP 1988, S. 230 ff.
- *Bankauskunft* und Bankgeheimnis im Lichte des Datenschutzrechts, in: Habscheid/Hoffmann-Nowotny/Linder/Meier-Hayoz (Hrsg.), *Freiheit und Zwang. Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte*, Festschrift Hans Giger, Bern, 1989, S. 123 ff.
- Zur *Zweckbindung* privater Datennutzung. Zugleich ein Beitrag des Datenschutzrechts mit einer Stellungnahme zu den Entwürfen zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes, RDV 1988, S. 169 ff., 221 ff.
- *Prinzipien* des deutschen Datenschutzrechts – unter Berücksichtigung der Datenschutz-Richtlinie der EG vom 24.10.1995 – (2. Teil), RDV 1999, S. 12 ff.
- Ehmann*, Horst / *Sutschet*, Holger: *EU-Datenschutzrichtlinie* – Umsetzungsbedarf und Auswirkungen aus Sicht des Arbeitsrechts, RDV 1997, S. 3 ff.
- Eifert*, Martin: *Verwaltungskommunikation* im Internet, in: Ladeur (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden, 2003, S. 131 ff.
- Eifert*, Martin / *Schreiber*, Lutz: Elektronische *Signatur* und der Zugang zur Verwaltung. Die Folgen der EU-Signaturrichtlinie für das Verwaltungsrecht und die Verwaltungspraxis, MMR 2000, S. 340 ff.
- Einwig*, Alfred: *Stellungnahme* zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 19. Juni 1989, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes*, Zur Sache 17/1990, Bonn, 1990, S. 261 ff.
- Eisele*, Michaela: *Subjektive öffentliche Rechte auf Normerlaß*, Berlin, 1999
- Eisenstein*, Elisabeth: *The Printing Press as an Agent of Change*. Communications and cultural transformations in early-modern Europe, 2 Bände, Cambridge/London/New York/Melbourne, 1979
- Ellger*, Reinhard: *Der Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr*. Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden, 1990
- Datenschutz und europäischer *Binnenmarkt*. Zugleich ein Beitrag zum „Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“ der Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 27. 7. 1990, RDV 1991, S. 57 ff., 121 ff.
- *Konvergenz* oder Konflikt bei der Harmonisierung des Datenschutzes in Europa? EU-Datenschutzrichtlinie – Datenschutzkonvention des Europarats, CR 1994, S. 558 ff.
- Die *Entwicklung* des Datenschutzrechts in der Europäischen Union, in: Weber/Thürer/Zäch (Hrsg.), *Datenschutz im europäischen Umfeld*, Zürich, 1995, S. 1 ff.
- Europäische *Menschenrechtskonvention* und deutsches Privatrecht. Die Einwirkung von Artt. 8 und 10 EMRK auf die deutsche Privatrechtsordnung, *RechtsZ* Bd. 63 (1999), S. 625 ff.
- Elwert*, Georg: Die gesellschaftliche Einbettung von *Schriftgebrauch*, in: Baekker/Markowitz/Stichweh/Tyrell/Willke (Hrsg.), *Theorie als Passion: Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, Frankfurt a.M., 1987, S. 238 ff.
- Enders*, Christoph: *Anmerkung* zum Kammerbeschluß des BVerfG, JZ 2000, S. 1108 ff.
- Erd*, Rainer: Probleme des OnlineRechts. Teil I: Probleme der *Domainvergabe* und -nutzung, KJ 2000, S. 107 ff.
- Ericksen*, Hans-Uwe: *Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit* I, 3. Aufl., München, 1982
- *Allgemeine Handlungsfreiheit*, in: Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI: *Freiheitsrechte*, 2. Aufl., Heidelberg, 2001, § 152, S. 1185 ff.

- Ernst, Marcus A.: *Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozeß*, Berlin, 1993
- Eul, Lotte: Die *Informations- und Datenschutzregelungen* im Zehnten Kapitel des SGB V, in: Schulin (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Band 1: Krankenversicherungsrecht, München, 1994, § 48, S. 1140 ff.
- Everling, Ulrich: Die *Verantwortung* des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften für die europäische Informationsordnung, in: Lamnek/Tinnefeld (Hrsg.), *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa. Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität*, Baden-Baden, 1998, S. 176 ff.
- Evers, Hans-Ulrich: *Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz*, Berlin, 1960
- Das allgemeine *Persönlichkeitsrecht* im öffentlichen Recht und die Aufnahme von Lichtbildern zur Überwachung von Versammlungen, in: Pleyer/Schultz/Schwinge (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Reinhardt*, Köln, 1972, S. 377 ff.
 - Der *Schutz des Privatlebens* und das Grundrecht auf Datenschutz in Österreich, *EuGRZ* 1984, S. 281 ff.
- Fechner, Frank: *Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 6.11.2003*, *JZ* 2004, S. 246 ff.
- Federrath, Hannes / Pfitzmann, Andreas: *Gliederung und Systematisierung von Schutzziele in IT-Systemen*, *DuD* 2000, S. 704 ff.
- Fiedler, Herbert: Vom Datenschutz- zum *Informationsrecht*, *DuD* 1981, S. 10 ff.
- Floridi, Luciano: *Information*, in: ders. (ed.), *The Blackwell guide to the philosophy of computing and information*, Oxford, 2004, S. 40 ff.
- Flume, Werner: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, 1992
- ForsthoFF, Ernst: *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, *VVdStRL* Bd. 12, Berlin, 1954, S. 8 ff.
- Die *Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in: Barion /ders./Weber (Hrsg.), *Festgabe für Carl Schmitt*, Berlin, 1959, S. 35 ff.
 - *Der introvertierte Rechtsstaat* und seine Verortung, *Der Staat* 1963, S. 385 ff.
 - Der *Persönlichkeitsschutz* im Verwaltungsrecht, in: *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag*, Karlsruhe, 1964, S. 41 ff.
- Franzius, Claudio: *Technikermöglichkeitsrecht. Wechselbeziehungen zwischen Technik und Recht am Beispiel der Kommunikationstechnik*, *Die Verwaltung* 2001, S. 487 ff.
- Friauf, Karl Heinrich: *Zur Rolle der Grundrechte im Interventions- und Leistungsstaat*, *DVBf* 1971, S. 674 ff.
- Friauf, Karl Heinrich / Höfling, Wolfgang (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum Grundgesetz (BlnKomm)*, Berlin, Stand Dezember 2003
- Friedrichs, Hans Georg: *Der Einsatz von V-Leuten durch die Ämter für Verfassungsschutz*, Göttingen, 1981
- Frohn, Hansgeorg: *Nochmals: Zum Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts*, *DÖV* 1984, S. 458 f.
- Frowein, Jochen Abr. / Peukert, Wolfgang: *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2. Aufl., Kehl/Straßburg/Arlington, 1996 (Frowein/Peukert)
- Fuhrmann, Heiner: *Technikgestaltung als Mittel zur rechtlichen Steuerung im Internet*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2002, S. 115 ff.
- Gallwas, Hans-Ulrich: *Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte: Ein Beitrag zum Begriff der Nebenwirkungen*, Berlin, 1970
- *Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes*, *Der Staat* 1979, S. 507 ff.
 - *Diskussionsbeitrag*, Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, *VVDStRL* Bd. 46, Berlin/New York, 1988, S. 310 f.
 - Zum Prinzip der *Erforderlichkeit* im Datenschutzrecht, in: Haft/Hassemmer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), *Strafgerichtsbarkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993

- Gallwas, Hans-Ullrich / Geiger, Hansjörg / Schneider, Jochen / Schwappach, Jürgen / Schweinoch, Joachim: *Datenschutzrecht*, Kommentar und Vorschriftensammlung, Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz, 6. Aufl., 1986
- Gamillscheg, Franz: *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, AcP 1964, S. 385 ff.
- Garstka, Hansjürgen: *Grundbegriffe für den Datenschutz*, in: Kilian/Lenk/Steinmüller (Hrsg.), *Datenschutz. Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung*, Frankfurt a.M., 1973, S. 209 ff.
- *Theoretische Grundlagen*, in: Steinmüller (Hrsg.), *ADV und Recht. Einführung in die Rechtsinformatik und das Recht der Informationsverarbeitung*, 2. Aufl., Berlin, 1976
- Empfiehlt es sich, *Notwendigkeit* und Grenzen des Schutzes personenbezogener – auch grenzüberschreitender – Informationen neu zu bestimmen ?, DVBl 1998, S. 981 ff.
- *Selbstdatenschutz*, in: Baeriswyl/Rudin (Hrsg.), *Perspektive Datenschutz. Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik*, Zürich, 2002, S. 159 ff.
- Geddert-Steinacher, Tatjana: *Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, Berlin, 1990
- Geiger, Andreas: *Die Einwilligung in die Verarbeitung von persönlichen Daten als Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung*, NVwZ 1989, S. 35 ff.
- Geiger, Hansjörg / Schneider, Jochen: *Der Umgang mit Computern. Möglichkeiten und Probleme ihres Einsatzes*, 3. Aufl., München, 1985
- Geiger, Klaus: *Datenschutz bei den Verfassungsschutzbehörden. Vorschläge für eine Neukonzeption*, DVBl. 1990, S. 748 ff.
- Geis, Max-Emanuel: *Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts. Ein Plädoyer für die „Sphärentheorie“*, JZ 1991, S. 112 ff.
- Gellermann, Martin: *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, Tübingen, 2000
- von Gerlach, Jürgen: *Der Schutz der Privatsphäre von Personen des öffentlichen Lebens in rechtsvergleichender Sicht*, JZ 1998, S. 741 ff.
- Germann, Michael: *Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet*, Berlin, 2000
- Gersdorf, Hubertus: *Funktionen der Gemeinschaftsgrundrechte im Lichte des Solange II-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 1994, S. 400 ff.
- Giesecke, Michael: *Schriftsprache als Entwicklungsfaktor in Sprach- und Begriffsgeschichte*, in: Koselleck (Hrsg.), *Historische Semantik und Begriffsgeschichte*, Stuttgart, 1979, S. 262 ff.
- Giesecke, Michael: *Der Buchdruck in der frühen Neuzeit. Eine historische Fallstudie über die Durchsetzung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien*, Frankfurt a.M., 1991
- Gill, Karamjit S.: *Information Society. New Media, Ethics and Postmodernism*, Berlin/Heidelberg/New York, 1995
- Goebel, Jürgen W.: *Amtshilfe durch Informationshilfe: Verfassungsrechtliche Aspekte fortgesetzter Datenübermittlung in der öffentlichen Verwaltung*, München/Wien, 1981
- Goerlich, Helmut: *Wertordnung und Grundgesetz. Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden, 1973
- *Grundrechte als Verfahrensgarantien. Ein Beitrag zum Verständnis des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, 1981
- Götz, Volkmar: *Polizeiliche Bildaufnahmen von öffentlichen Versammlungen. Zu den Neueregungen in §§ 12 a, 19 a VersammlG*, in: NVwZ 1990, S. 112 ff.
- Goffman, Erving: *Verhalten in sozialen Situationen. Strukturen und Regeln der Interaktion im öffentlichen Raum*, Gütersloh, 1971
- *Asyle. Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen*, Frankfurt a.M., 1972
- *Interaktion. Spaß am Spiel; Rollendistanz*, München, 1973
- *Techniken der Imagepflege. Eine Analyse ritueller Elemente in sozialer Interaktion*, in: ders., *Interaktionsrituale. Über Verhalten in direkter Kommunikation*, Frankfurt a.M., 1975, S. 10 ff.

- Wir alle spielen *Theater*. Die Selbstdarstellung im Alltag, 5. Aufl., München/Zürich, 1985
- *Stigma*. Über die Techniken der Bewältigung beschädigter Identität, 11. Aufl., Frankfurt a.M., 1994
- Gola, Peter: Der auditierte *Datenschutzbeauftragte* – oder von der Kontrolle der Kontrolleure, RDV 2000, S. 93 ff.
- Informationelle *Selbstbestimmung* in Form des Widerspruchsrechts, DuD 2001, S. 278 ff.
- Gola, Peter / Muthlein, Thomas: *TDG, TDDSG*. Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz. Kommentierung für die Praxis, Frechen, 2000
- Gola, Peter / Schomerus, Rudolf: *BDSG*. Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar, 7. Aufl., München, 2002
- Golembiewski, Claudia: Das *Datenschutzaudit* in Schleswig-Holstein, in: Bäumler/v. Mutius (Hrsg.), *Datenschutz als Wettbewerbsvorteil*. Privacy sells: Mit modernen Datenschutzkomponenten Erfolg beim Kunden, Braunschweig/Wiesbaden, 2002, S. 107 ff.
- *Anonymität* im Recht der Multimediadienste, in: Bäumler/v. Mutius (Hrsg.), *Anonymität im Internet*, Braunschweig / Wiesbaden, 2003, S. 107 ff.
- Gounalakis, Georgios / Mand, Elmar: Die neue *EG-Datenschutzrichtlinie* – Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht, CR 1997, S. 431 ff., 497 ff.
- Grabenwarter, Christoph: Die *Charta* der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl 2001, S. 1 ff.
- Grabitz, Eberhard: *Freiheit* und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, Tübingen, 1976
- Der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1973, S. 568 ff.
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard: Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, München, Stand Januar 2004 (*Grabitz/Hilf*)
- Gramm, Christof: *Aufklärung* durch staatliche Publikumsinformationen. Staatshandeln als Aufklärung ?, Der Staat 1991, 51 ff.
- Griese, Thomas: *Zur Notwendigkeit* und Effektivität eines verbesserten datenrechtlichen Persönlichkeitsschutzes im Arbeitsrecht, Berlin, 1987
- Grimm, Dieter: *Grundrechte* und soziale Wirklichkeit: Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnis, in: Hassemer (Hrsg.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden, 1982, S. 39 ff.
- *Verfahrensfehler* als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, S. 865 ff.
- Die *Entwicklung der Grundrechtstheorie* in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, in: ders., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987, S. 308 ff.
- *Rückkehr* zum liberalen Grundrechtsverständnis ?, in: ders., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991, S. 221 ff.
- *Soziale Voraussetzungen* und verfassungsrechtliche Gewährleistungen der Meinungsfreiheit, in: ders., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1987, S. 232 ff.
- *Entscheidungsfolgen* als Rechtsgründe. Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Teubner (Hrsg.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden, 1995, S. 139 ff.
- Die *Meinungsfreiheit* in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, S. 1697 ff.
- Grimm, Rüdiger: *Datenverarbeitung* im Internet, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm, *Datenschutz im Electronic Commerce: Technik – Recht – Praxis*, Heidelberg, 2003, S. 21 ff.
- Grimm, Rüdiger / Roßnagel, Alexander: *Datenschutz* für das Internet in den USA, DuD 2000, S. 446 ff.
- Grimmer, Klaus: *Informationsverbund*. Öffentlicher und privater Bereich – Problemskizze –, in: Steinmüller (Hrsg.), *Informationsrecht und Informationspolitik*, München/Wien, 1976, S. 66 ff.
- Gröpl, Christoph: Die *Nachrichtendienste* im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung. Legitimation, Organisation und Abgrenzungsfragen, Berlin, 1993

- Gröschner, Rolf: *Öffentlichkeitsaufklärung* als Behördenaufgabe, DVBl 1990, S. 619 ff.
- Gross, Gerhard: Das Recht auf *informationelle Selbstbestimmung* mit Blick auf das Volkszählungsgesetz 1987, das neue Bundesstatistikgesetz und die Amtshilfe, AöR 1988, S. 161 ff.
- Groß, Thomas: Die *Beziehungen* zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, 1999, S. 57 ff.
- Die *Schutzwirkung* des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses nach der Privatisierung der Post, JZ 1999, S. 326 ff.
 - Öffentliche *Verwaltung* im Internet, DÖV 2001, S. 159 ff.
 - Die *Informatisierung* der Verwaltung. Eine Zwischenbilanz auf dem Weg von der Verwaltungsautomation zum E-Government, VerwArch 2004, S. 400 ff.
- Grosz, Stephen / Beatson, Jack / Duffy, Peter: *Human Rights. The 1998 Act and The European Convention*, London, 2000
- Grote, Rainer: Kommunikative *Selbstbestimmung* im Internet und Grundrechtsordnung, KritV 1999, S. 27 ff.
- Günter, Johannes: *Berufsfreiheit* und Eigentum in der Europäischen Union. Eine rechtsvergleichende Studie, Heidelberg, 1998
- Gundermann, Lukas: *Sozialhilfe* für Dagobert Duck. Sind Anonymität und Pseudonymität im E-Government möglich ?, DuD 2003, S. 282 ff.
- Gurlit, Elke: *Konturen* eines Informationsverwaltungsrechts, DVBl 2003, S. 1119 ff.
- Gusy, Christoph: *Grundrechtsschutz* vor staatlichen Informationseingriffen, VerwArch 1983, S. 91 ff.
- Das *Grundrecht* des Post- und Fernmeldegeheimnisses, JuS 1986, S. 89 ff.
 - *Informationelle Zusammenarbeit* zwischen Sicherheitsbehörden. Auftrag und Grenzen am Beispiel der Verfassungsschutzbehörden, CR 1989, S. 628 ff.
 - *Polizeiliche Befragung* am Beispiel des § 9 NRWPolG, NVwZ 1991, S. 614 ff.
 - *Informationelle Selbstbestimmung* und Datenschutz: Fortführung oder Neuanfang ?, KritV 2000, S. 52 ff.
 - *Verwaltung* durch Information. Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns, NJW 2000, S. 977 ff.
- Gutenberg, Ulrich: Die *heimliche Überwachung* von Wohnungen. Zur verfassungsrechtlichen Problematik des § 9 II, III BVerfSchG und verwandter Vorschriften, NJW 1993, S. 567 ff.
- Häberle, Peter: *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL Bd. 30, Berlin/New York, 1972, S. 43 ff.
- „*Leistungsrecht*“ im sozialen Rechtsstaat, in: Hablitzel/Wollenschläger (Hrsg.), Recht und Staat: Festschrift für Günther Küchenhoff, Berlin, 1972, S. 453 ff.
 - Die *Abhörentscheidung* des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970. Analyse und Kritik des Urteils sowie des Minderheitsvotums vom 4. Januar 1971, JZ 1971, S. 145 ff.
 - Die *Wesensgehaltgarantie* des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz: Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., Heidelberg, 1983
 - Die *Menschenwürde* als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, Heidelberg, 3. Aufl. 2004, § 22, S. 317 ff.
- Hager, Johannes: *Grundrechte* im Privatrecht, JZ 1994, S. 373 ff.
- Hahn, Ulrich: *Datenschutzrecht* und grenzüberschreitender Datenverkehr. Regelungsbedarf, Rechtsvergleich und Rechtsfortbildung, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1994
- Hahn, Werner: *Offenbarungspflichten* im Umweltschutzrecht, Köln/Berlin/ Bonn/München, 1984
- Hailbronner, Kay: *Die Freiheit der Forschung* und Lehre als Funktionsgrundrecht, Hamburg, 1979

- Hain, Karl-Eberhard: *Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot* ?, DVBl 1993, S. 982 ff.
- Haltern, Ulrich R. / Mayer, Franz C. / Möllers, Christoph R.: *Wesentlichkeitstheorie* und Gerichtsbarkeit. Zur institutionellen Kritik des Gesetzesvorbehalts, Die Verwaltung 1997, S. 51 ff.
- Hamel, Walter: *Glaubens- und Gewissensfreiheit*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Viertes Band, 1. Halbband, Berlin, 1960, S. 37 ff.
- Hamm, Rainer: Geben moderne *Technologien* und die europäische Integration Anlaß, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen ? Referat beim 62. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band II/1, Teil M, München, 1998
- Hansen, Marit: *Privacy Enhancing Technologies*, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München: Beck, 2003, S. 291 ff.
- Hansen, Marit / Krause, Christian: *Selbstdatenschutz*: Sicherheit im Eigenbau, in: Schulzki-Haddouti (Hrsg.), Bürgerrechte im Netz, Bonn, 2003, S. 127 ff.
- Hansen, Marit / Probst, Thomas: *Datenschutzgütesiegel* aus technischer Sicht: Bewertungskriterien des schleswig-holsteinischen Datenschutzgütesiegels, in: Bäumler/v. Mutius (Hrsg.), Datenschutz als Wettbewerbsvorteil. Privacy sells: Mit modernen Datenschutzkomponenten Erfolg beim Kunden, Braunschweig/Wiesbaden, 2002, S. 163 ff.
- Hartleb, Uwe: *Sinn und Zweck der Vorschriften über den Sozialdatenschutz im SBG X aus der Sicht des Gesetzgebers*, Sonderheft zu RDV Heft 1/1995, S. 9 ff.
- Hartlieb, Hanns-Peter: *Demonstrationsrecht* und polizeiliche Überwachung, KJ 1976, S. 287 ff.
- Hase, Friedhelm: Das *Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“*. Bemerkungen zum Datenschutz anläßlich des „Volkszählungsurteils“ des Bundesverfassungsgerichts, DuR 1984, S. 39 ff.
- Hassmer, Winfried: Über die *Berücksichtigung* von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in: Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing, Band 1, München, 1982, S. 493 ff.
- Über die abschbare *Zukunft* des Datenschutzes, KJ 1996, S. 99 ff.
- Hauck-Scholz, Peter: *Verfassungskonformität der Volkszählung 1987* ?, NJW 1987, S. 2769 ff.
- Heintzen, Markus: *Staatliche Warnungen* als Grundrechtsproblem, VerwArch 1990, S. 532 ff.
- Heinzelmann, Dierk Michael: Die *Datenübermittlung*. Eine datenschutzrechtliche Bewertung der verschiedenen Formen des Datentransfers unter besonderer Berücksichtigung der Datenverarbeitung im öffentlichen Bereich, Tübingen, 1991
- Held, Jürgen: *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, Berlin, 1984
- Henke, Ferdinand: Die *Datenschutzkonvention* des Europarates, Frankfurt a.M./Bern/New York, 1986
- Henninger, Markus: *Observation* im Versammlungsgeschehen, DÖV 1998, S. 713 ff.
- Hermes, Georg: Das *Grundrecht* auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg, 1987
- *Grundrechtsschutz* durch Privatrecht auf neuer Grundlage? Das BVerfG zu Schutzpflicht und mittelbarer Drittwirkung der Berufsfreiheit, NJW 1990, S. 1764 ff.
- Hesse, Konrad: *Bestand und Bedeutung* der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, S. 427 ff.
- Heußner, Hermann: *Probleme* des Datenschutzes in der Sozialversicherung, in: Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft Bd. 67 (1978), S. 57 ff.
- Zur *Funktion des Datenschutzes* und zur Notwendigkeit bereichsspezifischer Regelungen, in: Gitter/Thieme/Zacher (Hrsg.), Im Dienst des Sozialrechts: Festschrift für Georg Wannagat, Köln/ Berlin/Bonn/München, 1981, S. 173 ff.
- Das informationelle *Selbstbestimmungsrecht* in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, SGb 1984, S. 279 ff.

- Zur *Zweckbindung* und zur informationellen Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Brandt/Gollwitzer/Henschel (Hrsg.), Ein Richter, ein Bürger, ein Christ: Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden, 1987, S. 231 ff.
- Hilderink, Berthold: *Datenschutz* in der gesetzlichen Krankenversicherung. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der EU-Datenschutzrichtlinie, Münster, 2000
- Hillenbrand-Beck, Renate / Greß, Sebastian: *Datengewinnung* im Internet. Cookies und ihre Bewertung unter Berücksichtigung der Novellierung des TDDSG, DuD 2001, S. 389 ff.
- Hobert, Guido: *Datenschutz* und Datensicherheit im Internet. Interdependenz und Korrelation von rechtlichen Grundlagen und technischen Möglichkeiten, 2. Aufl., Frankfurt a.M., 1998
- Höfling, Wolfram: *Offene Grundrechtsinterpretation*. Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz, Berlin, 1987
- Höfling, Wolfram: *Vertragsfreiheit*. Eine grundrechtsdogmatische Studie, Heidelberg, 1991
- Hoeren, Thomas: *Datenschutz* in Europa. Der zweite Entwurf einer EG-Datenschutzrichtlinie und dessen Auswirkungen auf die deutsche Privatwirtschaft, WM 1994, S. 1 ff.
- *Internet und Recht* – Neue Paradigmen des Informationsrechts, NJW 1998, S. 2849 ff.
- *Information* als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Prolegomena zu einer Theorie des Informationsrechts, MMR, Beil. 9/1998, S. 6* ff.
- *Urheberrecht 2000* – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, S. 3 ff.
- Hoffmann, Bernhard: *Zweckbindung* als Kernpunkt eines prozeduralen Datenschutzansatzes. Das Zweckproblem aus theoretischer und praktischer Sicht, Baden-Baden, 1991
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Die *grundrechtliche Freiheit* der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: Stödter/Thieme (Hrsg.) Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen, Tübingen, 1977, S. 385 ff.
- *Datenschutz* als Schutz eines diffusen Interesses in der Risikogesellschaft, in: Krämer/Micklitz/Tonner (Hrsg.), Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung, Baden-Baden, 1997, S. 777 ff.
- Weiter so im *Datenschutzrecht* ?, DuD 1998, S. 684 ff.
- *Informationelle Selbstbestimmung* in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 1998, S. 513 ff.
- Informationelle Selbstbestimmung als *Grundrecht* kommunikativer Entfaltung, in: Bäumler (Hrsg.), „Der neue Datenschutz“ – Datenschutz in der Informationsgesellschaft von morgen, Neuwied/Kriftel, 1998, S. 11 ff.
- *Telekommunikationsrecht* als europäisiertes Verwaltungsrecht, DVBl 1999, S. 125 ff.
- *Grundrechtsanwendung* unter Rationalitätsanspruch, Der Staat 2004, S. 203 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Vesting, Thomas: *Ende der Massenkommunikation* ? Zum Strukturwandel der technischen Medien, in: dies (Hrsg.), Perspektiven der Informationsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, S. 11 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Eifert, Martin: *Telekommunikations- und Medienrecht* als Technikrecht, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, Berlin/Heidelberg/New York, 2003, S. 489 ff.
- Hofmann, Jochen: *Demonstrationsfreiheit* und Grundgesetz. Der Brokdorf-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl 1987, S. 97 ff., 129 ff.
- Holznagel, Bernd / Krahn, Christoph / Werthmann, Christoph: *Electronic Government* auf kommunaler Ebene - Die Zulässigkeit von Transaktionsdiensten im Internet, DVBl 1999, S. 1477 ff.
- Huber, Bertold: Post aus Pullach – Das *G 10-Urteil* des BVerfG vom 14.7.1999, S. 393 ff.
- Huber, Peter-Michael: *Grundrechtsschutz* durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat, München, 1988
- *Konkurrenzschutz* im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Tübingen, 1991
- Hubmann, Heinrich: *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Aufl., Köln/Graz, 1967

- Hüsch, Hans-Peter: *Verwertungsverbote* im Verwaltungsverfahren, Pfaffenweiler, 1991
- Hufen, Friedhelm: *Die Freiheit der Kunst* in staatlichen Institutionen. Dargestellt am Beispiel der Kunst- und Musikhochschulen, Baden-Baden, 1982
- *Heilung und Unbeachtlichkeit grundrechtsrelevanter Verfahrensfehler ? Zur verfassungskonformen Auslegung der §§ 45 und 46 VwVfG*, NJW 1982, S. 2160 ff.
 - *Das Volkszählungsurteil* des Bundesverfassungsgerichts und das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung: eine juristische Antwort auf „1984“ ?, JZ 1984, S. 1072 ff.
- Ibler, Martin: *Grundrechtseingriff* und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), *Staat – Kirche – Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer*, München, 2001, S. 145 ff.
- Iglesias, Gil Carlos R.: *Zur Stellung der Europäischen Menschenrechtskonvention im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in: Beyerlin/Bothe/Hofmann/Petermann (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin/Heidelberg, 1995, S. 1269 ff.
- Ihde, Rainer: *Cookies – Datenschutz als Rahmenbedingungen der Internetökonomie*, CR 2000, S. 413 ff.
- Ipsen, Jörn: *Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter*, JZ 1997, S. 473 ff.
- Isensee, Josef: *Wer definiert die Freiheitsrechte ?*: Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates, Heidelberg/Karlsruhe, 1980
- *Grundrechte und Demokratie*. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, Der Staat 1981, S. 161 ff.
 - *Das Grundrecht auf Sicherheit*: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin/New York, 1983
 - *Das Grundrecht als Abwehrrecht* und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V: *Allgemeine Grundrechtslehren*, 2. Aufl., Heidelberg, 2000, § 111, S. 143 ff.
- Jacob, Joachim W.: *Nationaler Datenschutz – rechtskulturelle Aspekte*, in: Lamnek/Tinnefeld (Hrsg.), *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa*. Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität, Baden-Baden, 1998, S. 87 ff.
- Januschek, Franz: „Widerstand“ gegen *Technisierung der Kommunikation*, in: Weingarten/Fiehler (Hrsg.), *Technisierte Kommunikation*, Opladen, 1988, S. 123 ff.
- Jarass, Hans D.: *Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 1985, S. 363 ff.
- *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz*, NJW 1989, S. 857 ff.
 - *Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik*, AöR 1995, S. 346 ff.
 - *Die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in: Erichsen/Kollhoser/Welp (Hrsg.), *Recht der Persönlichkeit*, Berlin, 1996, S. 89 ff.
- Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Kommentar, 7. Aufl., München, 2004 (Jarass/Pieroth)
- Jeand'Heur, Bernd: *Grundrechte im Spannungsverhältnis zwischen subjektiven Freiheitsgarantien und objektiven Grundsatznormen*. Zur Erweiterung der Grundrechtsfunktionen und deren Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik, JZ 1995, S. 161 ff.
- Jellinek, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl., Tübingen, 1905
- Jensen, Günter: *Amtshilfe* durch Informationsweitergabe: Ein Datenschutzproblem, dargestellt an der Weitergabe personenbezogener Daten durch die Ortskrankenkassen im Wege der Rechts- und Amtshilfe, DVR 1977, S. 1 ff.
- Jesch, Dietrich: *Gesetz und Verwaltung*. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, 2. Aufl., Tübingen, 1968
- Jürgensen, Thomas / Schlünder, Irene: *EG-Grundrechtsschutz* gegenüber Maßnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 1996, S. 200 ff.

- Kahl, Wolfgang: Vom weiten *Schutzbereich* zum engen Gewährleistungsgehalt. Kritik einer neuen Richtung der deutschen Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 2004, S. 167 ff.
- Kaissis, Athanasios: *Datenschutz* in Griechenland und die orthodoxe Kirche. Das Beispiel des Mönchsberger Athos, in: Lamnek/Tinnefeld (Hrsg.), *Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa. Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität*, Baden-Baden, 1998, S. 96 ff.
- Kamlah, Ruprecht: *Right of privacy*. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in amerikanischer Sicht unter Berücksichtigung neuer technologischer Entwicklungen, Köln/Berlin/Bonn/München, 1969
- *Datenüberwachung* und Bundesverfassungsgericht, *DÖV* 1970, S. 361 ff.
 - *Datenschutz* im Spiegel der anglo-amerikanischen Literatur. Ein Überblick über Vorschläge zur Datenschutzgesetzgebung, 1971, BTdrucks. VI/3826, Anlage 2
- Karaus, Christian: Der grundrechtliche Schutz der *Privatsphäre* bei der Erhebung, Verarbeitung und Weitergabe von statistischen Daten, Berlin, 1985
- Kathke, Leonhard: *Verfassungsrechtliche Aspekte* des Pakets der Sicherheitsgesetze, München, 1990
- Kau, Wolfgang: Vom *Persönlichkeitsschutz* zum Funktionsschutz: Persönlichkeitsschutz juristischer Personen des Privatrechts in verfassungsrechtlicher Sicht, Heidelberg, 1989
- Kay, Wolfgang: Das *Recht* des Bürgers auf Akteneinsicht oder Auskunft, *Die Polizei* 1990, S. 76 ff.
- MacKay, Donald M.: The Place of ‚*Meaning*‘ in the Theory of Information, in: ders., *Information, Mechanism and Meaning*, Cambridge Mass./ London, 1969, S. 79 ff.
- Kaysers, Hans Henning: Die *Unterrichtung* Betroffener über Beschränkungen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses. Aktuelle Probleme des Artikel 10-Gesetzes und des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, *AöR* 2004, S. 121 ff.
- Kilian, Werner / Wind, Martin: Vernetzte *Verwaltung* und zwischenbehördliche Beziehungen, *VerwArch* 1997, S. 499 ff.
- Kilian, Wolfgang: *Europäisches Datenschutzrecht* – Persönlichkeitsrecht und Binnenmarkt, in: Tinnefeld/Philipps/Heil (Hrsg.), *Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa*, Baden-Baden, 1995, S. 98 ff.
- *Rekonzeptualisierung* des Datenschutzrechts durch Technisierung und Selbstregulierung ? Zum Modernisierungsgutachten 2002 für den Bundesminister des Inneren, in: Bizer/Lutterbeck/Rieß (Hrsg.), *Umbruch von Regelungssystemen in der Informationsgesellschaft*. Freundesgabe für Alfred Büllsbach, Stuttgart 2002, S. 151 ff.
- Kimminich, Otto: *Privatheit* und politisch-administrative Struktur. Zugleich ein Literaturbericht, *Die Verwaltung* 1971, S. 206 ff.
- Kirchhof, Paul: *Verwalten* durch „mittelbares“ Einwirken, Köln/Berlin/Bonn/München, 1977
- Verfassungsrechtlicher *Schutz* und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung ?, *EuGRZ* 1994, S. 16 ff.
- Kischel, Uwe: Zur *Dogmatik* des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union, *EuGRZ* 1997, S. 1 ff.
- Küttler, Friedrich: Im *Telegrammstil*, in: Gumbrecht/Pfeiffer (Hrsg.), *Stil. Geschichten und Funktionen eines kulturwissenschaftlichen Diskurselements*, Frankfurt a.M., 1986, S. 358 ff.
- Klein, Eckart: Grundrechtliche *Schutzpflicht* des Staates, *NJW* 1989, S. 1633 ff.
- Klein, Hans H.: Die *Grundrechte* im demokratischen Staat. Kritische Bemerkungen zur Auslegung der Grundrechte in der deutschen Staatsrechtslehre der Gegenwart, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1972
- *Rundfunkrecht* und Rundfunkfreiheit, *Der Staat* 1981, S. 177 ff.
 - Die *grundrechtliche Schutzpflicht*, *DVB1* 1994, S. 489 ff.
 - Grundrechte am *Beginn* des 21. Jahrhunderts, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg, 2004, S. 269 ff.

Kloepfer, Michael: *Grundrechte* als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München, 1970

- *Datenschutz* als Grundrecht. Verfassungsprobleme der Einführung eines Grundrechts auf Datenschutz, Königstein/Ts., 1980
- *Verfassungsausweitung* und Verfassungsrechtswissenschaft, in: Rüthers/Stern (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat*. Festgabe zum 10jährigen Jubiläum der Gesellschaft für Rechtspolitik, München, 1984, S. 199 ff.
- Der *Vorbehalt* des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685 ff.
- *Produktthinweispflichten* bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, Berlin, 1991
- Staatliche *Informationen* als Lenkungsmittel, dargestellt insbesondere am Problem behördlicher Warnungen und Empfehlungen im Umweltrecht, Berlin/New York, 1998
- Geben moderne *Technologien* und die europäische Integration Anlaß, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen? Gutachten D für den 62. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages, Band I/1, München, 1998
- *Informationsgesetzbuch* – Zukunftsvision?, K&R 1999, S. 241 ff.
- *Informationsrecht*, München, 2002

Kniesel, Michael: Die *Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit* – Verfassungsrechtliche Grundlagen und versammlungsgesetzliche Konkretisierung, NJW 1992, S. 857 ff.

- *Versammlungswesen*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 3. Aufl., München, 2001, S. 603 ff.

Kniesel, Michael / Tegtmeyer, Henning / Vahle, Jürgen: *Handbuch* des Datenschutzes bei den Sicherheitsbehörden. Datenschutz und Informationsverarbeitung in der sicherheitsbehördlichen Praxis, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1986

Knöll, Ralf: Die *Charta* der Grundrechte der Europäischen Union. Inhalte, Bewertung und Ausblick, NVwZ 2001, S. 392 ff.

Koch, Thorsten: Der *Grundrechtsschutz* des Drittbetroffenen. Zur Rekonstruktion der Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen, 2000

Köhntopp, Marit: *Datenschutz* technisch sichern, in: Roßnagel (Hrsg.), *Allianz von Medienrecht und Informationstechnik? Ordnung in digitalen Medien durch Gestaltung der Technik am Beispiel von Urheberrecht, Datenschutz, Jugendschutz und Vielfaltsschutz*, Baden-Baden, 2001, S. 55 ff.

Köhntopp, Marit / Köhntopp, Kristian: *Datenspuren* im Internet, CR 2000, S. 248 ff.

Koenig, Christian / Neumann, Andreas: *Das Ende* des sektorspezifischen Datenschutzes für die Telekommunikation?, ZRP 2003, S. 5 ff.

König, Doris: Das *Umweltinformationsgesetz* – ein Modell für mehr Aktenöffentlichkeit?, DÖV 2000, S. 45 ff.

Königshofen, Thomas: *Datenschutz* in der Telekommunikation. Die neuen bereichsspezifischen Regelungen zum Datenschutz nach dem TKG und der TDSV, ArchivPT, 1997, S. 19 ff.

Körner-Dammann, Marita: Der zweite *Entwurf* einer EG-Datenschutzrichtlinie, RDV 1993, S. 14 ff.

Körner, Marita: Informierte *Einwilligung* als Schutzkonzept, in: Simon/Weiss (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums*, Baden-Baden, 2000, S. 131 ff.

Kopp, Ferdinand: Das *EG-Richtlinienvorhaben* zum Datenschutz, RDV 1993, S. 1 ff.

- *Tendenzen* der Harmonisierung des Datenschutzrechts in Europa, DuD 1995, S. 204 ff.

Krause, Christian: *Tools* für Anonymität, in: Bäuml/v. Mutius (Hrsg.), *Anonymität im Internet*, Braunschweig / Wiesbaden, 2003, S. 158 ff.

Krause, Peter: *Grundrechtliche Grenzen* staatlicher und privater Informationserhebung und -verarbeitung, Der Betrieb, Beil. Nr. 23/83, 1983, S. 1 ff.

- Das Recht auf *informationelle Selbstbestimmung* – BVerfGE 65, 1, JuS 1984, S. 268 ff.

Krebs, Walter: *Vorbehalt des Gesetzes* und Grundrechte. Vergleich des traditionellen Eingriffsvorbehalts mit den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes, Berlin, 1975

- *Kompensation* von Verwaltungsverfahrensfehlern durch gerichtlichen Rechtsschutz ? Zur Problematik des § 46 VwVfG des Bundes und der Länder, DVBl 1984, S. 109 ff.
- *Subjektiver Rechtsschutz* und objektive Rechtskontrolle, in: Erichsen/Hoppe/v. Mutius (Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Festschrift für Christian-Friedrich Menger, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, S. 191 ff.
- *Freiheitsschutz* durch Grundrechte, Jura Extra: Grundfragen und Grundlagen des Zivilrechts, Strafrechts und Öffentlichen Rechts, Berlin/New York, 1990, S. 60 ff.
- *Verwaltungsorganisation*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, 2. Aufl., Heidelberg, 1996, § 69, S. 567 ff.
- Kreuzer, Karl F.: *Persönlichkeitsschutz* und Entgegnungsanspruch. Ein Beitrag zum Medienrecht, in: Leibholz/Faller/Mikat/Reis (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger, Tübingen, 1974, S. 91 ff.
- Krippendorff, Klaus: Der verschwundene *Bote*. Metaphern und Modelle der Kommunikation, in: Merten/Schmidt/Weischenberg (Hrsg.), Die Wirklichkeit der Medien, Opladen, 1994, S. 79 ff.
- Kröger, Klaus: *Grundrechtstheorie* als Verfassungsproblem, Baden-Baden, 1978
- Krüger, Hans Christian / Polakiewicz, Jörg: *Vorschläge* für ein kohärentes System des Menschenrechtsschutzes in Europa. Europäische Menschenrechtskonvention und EU-Grundrechtecharta, EuGRZ 2001, S. 92 ff.
- Kruse, Lenelis: *Privatheit* als Problem und Gegenstand der Psychologie, Bern/Stuttgart/Wien, 1980
- Kubica, Johann / Leineweber, Heinz: *Grundfragen* zu den Zentralstellenaufgaben des Bundeskriminalamtes, NJW 1984, S. 2068 ff.
- Kubicek, Herbert: Das *Internet* auf dem Weg zum Massenmedium ? Ein Versuch, Lehren aus den Geschichte alter und neuer Medien zu ziehen, in: Werle/Lang (Hrsg.), Modell Internet ?, Frankfurt a.M., 1997, S. 213 ff.
- Kubicek, Herbert / Rolf, Arno: *Mikropolis*. Mit Computernetzen in die „Informationsgesellschaft“, 2. Aufl., Hamburg, 1986
- Kübler, Hans-Dieter: *Telematisierung*, sprachlicher Wandel und Technisierung des Wissens, in: Weingarten/Fiehler (Hrsg.), Technisierte Kommunikation, Opladen, 1988, S. 137 ff.
- Kübler, Hartmut: *Informationstechnik* in Verwaltungsorganisationen: Einsatzbedingungen, Chancen und Risiken, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1987
- Kübler, Klaus: Nochmals: Die fotografierenden *Verfassungsschützer*, JuS 1966, S. 319 ff.
- Kühl, Kristian: *Demonstrationsfreiheit* und Demonstrationsstrafrecht, NJW 1985, S. 2379 ff.
- Neue *Gesetze* gegen terroristische Straftaten, NJW 1987, S. 737 ff.
- Kühling, Jürgen: *Grundrechtskontrolle* durch den EuGH. Kommunikationsfreiheit und Pluralismussicherung im Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1997, S. 296 ff.
- Die *Kommunikationsfreiheit* als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, Berlin, 1999
- *Grundrechte*, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin/Heidelberg/New York, 2003, S. 583 ff.
- Kühme, Jörg-Detlef: Die *Reichsverfassung* der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben, Frankfurt a.M., 1985
- Von der bürgerlichen *Revolution* bis zum Ersten Weltkrieg, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg, 2004, S. 97 ff.
- Küpper, Georg: *Tagebücher*, Tonbänder, Telefonate. Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren, JZ 1990, S. 416 ff.
- Küster, Dieter: *Einsatz* der Datenverarbeitung bei der Polizei des Bundes und der Länder, Die Polizei 1985, Beilage 1, S. 3 ff.
- Kugelman, Dieter: Die informatorische *Rechtsstellung* des Bürgers. Grundlagen und verwaltungsrechtliche Grundstrukturen individueller Rechte auf Zugang zu Informationen der Verwaltung, Tübingen, 2001

- Kunig, Philip: *Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung*, Jura 1993, S. 595 ff.
- Kutscha, Martin: *Datenschutz durch Zweckbindung – ein Auslaufmodell ?* ZRP 1999, S. 156 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz: *Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken. Zur „objektiv-rechtlichen Dimension“ des Datenschutzes*, DuD 2000, S. 12 ff.
- *Schutz von Prominenz als Eigentum. Zur Kritik der Caroline-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, ZUM 2000, S. 879 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz / Gostomzyk, Tobias: *Der Gesetzesvorbehalt im Gewährleistungsstaat*, Die Verwaltung 2003, S. 141 ff.
- Laicher, Eberhard: *EU-Richtlinie zum Datenschutz und BDSG. Gedanken zur Novellierung des BDSG*, DuD 1996, S. 409 ff.
- Lampe, Ernst-Joachim: *Der Straftäter als „Person der Zeitgeschichte“*, NJW 1973, S. 217 ff.
- Langenfeld, Christine / Zimmermann, Andreas: *Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und europäischem Verfassungsrecht. Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidungen aus Dublin, Straßburg und Luxemburg zum irischen Informationsverbot für Abtreibungen*, ZaöRV 1992, S. 259 ff.
- Langer, Margit: *Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung: Verfassungsrechtliche Vorgaben der privatrechtlichen Informationsordnung*, Berlin, 1992
- Laubinger, Hans-Werner: *Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens*, VerwArch 1982, S. 60 ff.
- Lavranos, Nikolaos: *Datenschutz in Europa. Am Beispiel der Datenschutzrichtlinien, des Schengen Information System (SIS) und Europol*, DuD 1996, S. 400 ff.
- Lazarakos, Grigorios G.: *Das datenschutzrechtliche Medienprivileg. Presseprivileg bei Multimediaanwendungen in Deutschland, Griechenland und Großbritannien unter dem Einfluß des Europarechts*, Berlin, 2003
- Lazaratos, Panagiotis: *Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren*, Berlin, 1990
- Lege, Joachim: *Die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG*, Jura 2002, S. 753 ff.
- Lehner, Dieter: *Der Vorbehalt des Gesetzes für die Übermittlung von Informationen im Wege der Amtshilfe*, München, 1996
- Leidinger, Tobias: *Hoheitliche Warnungen, Empfehlungen und Hinweise im Spektrum staatlichen Informationshandelns. Zum aktuellen Stand der Diskussion in Rechtsprechung und Literatur*, DÖV 1993, S. 925 ff.
- Leisner, Walter: *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960
- Lenz, Carl Otto: *Der europäische Grundrechtsstandard in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes*, EuGRZ 1993, S. 585 ff.
- Lerche, Peter: *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1961
- *Geheimsschutz und Öffentlichkeitsinteresse*, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), *Verfassungsschutz und Rechtsstaat*, Köln 1981, S. 117 ff.
- *Bankgeheimnis – verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen*, ZHR Bd. 149 (1985), S. 165 ff.
- Lodde, Stephan W.H.: *Informationsrechte des Bürgers gegen den Staat*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1996
- Lorenz, Dieter: *Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie*, München, 1973
- *Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG*, Jura 1983, S. 393 ff.
- *Allgemeine Handlungsfreiheit und unbenannte Freiheitsrechte*, in: Geis/Lorenz (Hrsg.), *Staat – Kirche – Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer*, München, 2001, S. 213 ff.
- Lorenz, Frank Lucien: *Absoluter Schutz versus absolute Relativität. Die Verwertung von Tagebüchern zur Urteilsfindung im Strafprozeß*, GA 1992, S. 254 ff.
- Lübbe-Wolff, Gertrude: *Der Anspruch auf Information über den Inhalt ermessensbindender Verwaltungsvorschriften*, DÖV 1980, S. 594 ff.

- *Stufen des Grundrechtsschutzes* gegen Verfahrensverstöße, in: Schwarze/Graf Vitzthum (Hrsg.), Grundrechtsschutz im nationalen und internationalen Recht, Baden-Baden, 1983, S. 137 ff.
- *Rechtsprobleme* der behördlichen Umweltberatung, NJW 1987, S. 2705 ff.
- *Die Grundrechte* als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden, 1988
- Lücke, Jörg*: Begründungszwang und Verfassung, Tübingen, 1987
- Luhmann, Niklas*: *Grundrechte* als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, 1965
- *Veränderungen* im System gesellschaftlicher Kommunikation und die Massenmedien, in: Soziologische Aufklärung Bd. 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation, Opladen, 1981, S. 309 ff.
- *Soziale Systeme*, Frankfurt a.M., 1984
- Was ist *Kommunikation* ?, in: Simon (Hrsg.), Lebende Systeme: Wirklichkeitskonstruktionen in der systemischen Therapie, Berlin, 1988, S. 10 ff.
- *Das Recht* der Gesellschaft, Frankfurt a.M., 1993
- *Die Realität* der Massenmedien, 2. Aufl., Opladen, 1996
- *Die Gesellschaft* der Gesellschaft, 2 Bände, Frankfurt a.M., 1997
- *Organisation* und Entscheidung, Opladen/Wiesbaden, 2000
- Lyon, David*: From „Post-Industrialism“ to „*Information Society*“. A New Social Transformation ?, in: Sociology 1986, S. 577 ff.
- Macht, Klaus*: *Verwertungsverbote* bei rechtswidriger Informationserlangung im Verwaltungsverfahren, Berlin, 1999
- Mähring, Matthias*: Das *Recht* auf informationelle Selbstbestimmung im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1991, S. 369 ff.
- Mallmann, Christoph*: Das Problem der *Privatsphäre* innerhalb des Datenschutzes, in: Jochen Schneider (Hrsg.), Datenschutz – Datensicherung, München, 1971, S. 19 ff.
- *Datenschutz* in Verwaltungs-Informationssystemen. Zur Verhältnismäßigkeit des Austausches von Individualinformationen in der normvollziehenden Verwaltung, München/Wien, 1976
- Mallmann, Otto*: *Zielfunktionen* des Datenschutzes: Schutz der Privatsphäre – Korrekte Information; mit einer Studie zum Datenschutz im Bereich der Kreditinformationssysteme, Frankfurt a.M., 1976
- *Volkszählung* und Grundgesetz, JZ 1983, S. 651 ff.
- Zweigeteilter *Datenschutz* ? Auswirkungen des Volkszählungsurteils auf die Privatwirtschaft, CR 1988, S. 93 ff.
- Mangoldt, Hermann von / Klein, Friedrich / Starck, Christian*: Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl., München 1999 (v. Mangoldt/ Klein/Starck)
- Marauhn, Thilo*: *Sicherheit* in der Kommunikationstechnik durch legislatives Risikomanagement, KritV 1999, S. 57 ff.
- Marenbach, Ulrich*: *Die informationellen Beziehungen* zwischen Meldebehörde und Polizei in Berlin. Historische, verfassungsrechtliche und dogmatische Aspekte der Zusammenarbeit, Berlin, 1995
- Martensen, Jürgen*: *Persönlichkeitsrecht* und Anhörung des Bürgers vor dem Erlaß belastender Verwaltungsakte, DÖV 1995, S. 538 ff.
- Masing, Johannes*: Die *Mobilisierung* des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin, 1997
- *Parlamentarische Untersuchungen* privater Sachverhalte. Art. 44 GG als staatsgerichtetes Kontrollrecht, Tübingen, 1998
- *Transparente Verwaltung*: Konturen eines Informationsverwaltungsrechts, VVDStRL Bd. 63, Berlin/New York, 2004, S. 377 ff.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter / Badura, Peter / Di Fabio, Udo / Herdegen, Matthias / Herzog, Roman / Klein, Hans H. / Korioth, Stefan / Lerche, Peter / Papier, Hans-Jürgen / Randelzhofer, Albrecht / Schmidt-Aßmann, Eberhardt / Scholz, Rupert*: Kommentar zum Grundgesetz, München: Beck, Stand Februar 2004 (Maunz/Dürig)

- Maurer, Hartmut: *Der Verwaltungsvorbehalt*, VVDStRL Bd. 43, Berlin/New York, 1985, S. 135 ff.
- Mayer, Franz C.: *Recht und Cyberspace*, NJW 1996, S. 1782 ff.
- Mayer, Patrick G.: *Das Internet im öffentlichen Recht. Unter Berücksichtigung europarechtlicher und völkerrechtlicher Vorgaben*, Berlin, 1999
- Mayer-Metzner, Helmut: *Auskunft* aus Dateien der Sicherheits- und Strafverfolgungsorgane, Köln/Berlin/Bonn/München, 1994
- Mehlich, Harald: *Die Verwaltungsorganisation im Informatisierungsprozeß*, in: *Die Verwaltung* 1996, S. 385 ff.
- Meissner, Claus: *Die Volkszählung in der Rechtsprechung: Versuch einer Bilanz*, NVwZ 1989, S. 1 ff.
- Meister, Herbert: *Datenschutz im Zivilrecht. Das Recht am eigenen Datum*, 2. Aufl., Bergisch-Gladbach, 1981
- *Das Schutzgut des Datenrechts*, DuD 1983, S. 163 ff.
- Merten, Detlef: *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*. Art. 2 I GG in der Entwicklung, JuS 1976, S. 345 ff.
- *Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 23.03.1981*, JR 1982, S. 301
 - *Handlungsgrundrechte als Verhaltensgarantien: Zugleich ein Beitrag zur Funktion der Grundrechte*, VerwArch 1982, S. 103 ff.
 - *Zur negativen Meinungsfreiheit*, DÖV 1990, S. 761 ff.
 - *Vereinsfreiheit*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI: Freiheitsrechte, 2. Aufl., Heidelberg, 2001, § 144, S. 775 ff.
- Merten, Klaus: *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozeßanalyse*, Opladen, 1977
- *Kommunikationsmodell und Gesellschaftstheorie*, in: KZfSS 1978, S. 572 ff.
- Metzler-Meibom, Barbara: *Soziale Kosten in der Informationsgesellschaft: Überlegungen zu einer Kommunikationsökologie*, Frankfurt a.M., 1987
- Meyer, Georg / Anschütz, Gerhard: *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, 7. Auflage, München/Leipzig, 1919
- Meyer, Jürgen (Hrsg.): *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2003
- Miles, Ian / Rush, Howard / Turner, Kevin / Bessant, John: *Information Horizons. The Long-Term Social Implications of New Information Technologies*, 1988
- Mitcham, Carl: *Philosophy of Information Technology*, in: Floridi (ed.), *The Blackwell guide to the philosophy of computing and information*, Oxford, 2004, S. 327 ff.
- Mitchell, William J.: *Die neue Ökonomie der Präsenz*, in: Münker/Roesler (Hrsg.), *Mythos Internet*, Frankfurt a.M., 1997, S. 15 ff.
- Mitrou, Evangelia: *Die Entwicklung der institutionellen Kontrolle des Datenschutzes. Kontrollmodelle und Kontrollinstanzen in der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich*, Baden-Baden, 1993
- Möller, Hauke: *Regulierung anonymer E-Mail. Verfassungsrechtliche Vorgaben*, DuD 2002, S. 267 ff.
- Möllers, Christoph: *Staat als Argument*, München, 2000
- Moos, Flemming: *Datenschutz im Internet*, in: Kröger/Gimmy, *Handbuch zum Internetrecht. Electronic Commerce – Informations-, Kommunikations- und Mediendienste*, 2. Aufl., Berlin / Heidelberg / New York, 2002, S. 497 ff.
- Morié, Rolf / Murck / Manfred Schulte, Rainer (Hrsg.): *Auf dem Weg zu einer europäischen Polizei*, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar, 1992
- Morlok, Martin: *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen, 1993
- Mückenberger, Ulrich: *Datenschutz als Verfassungsgebot: das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts*, KJ 1984, S. 1 ff.

- Müller, Friedrich: Die *Positivität* der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik, 2. Aufl., Berlin, 1990
- Müller, Friedrich / Pieroth, Bodo / Fohmann, Lothar: *Leistungsrechte* im Normbereich einer Freiheitsgarantie: Untersucht an der staatlichen Förderung Freier Schulen, Berlin, 1982
- Müller, Jörg Paul: Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen *Bedeutung* der Grundrechte. Rechtsvergleichende Bemerkungen aus Schweizer Sicht, Der Staat 1990, S. 33 ff.
- Müller, Paul J.: Die *Gefährdung* der Privatsphäre durch Datenbanken, in: Damann/Karhausen/ders./Steinmüller, Datenbanken und Datenschutz, Frankfurt/New York, 1974, S. 63 ff.
- *Funktionen des Datenschutzes* aus soziologischer Sicht, DVR 1975, S. 107 ff.
- *Soziale Kontrolle* durch Datenbanken?: in: Krauch (Hrsg.), Erfassungsschutz: Der Bürger in der Datenbank: zwischen Planung und Manipulation, Stuttgart, 1975, S. 141 ff.
- Müller, Rolf-Georg: *Polizeiliche Datenerhebung* durch Befragung. Zugleich eine Analyse des § 9 nw.PolG, Berlin, 1997
- Müller, Ulrich: Die *Verletzung* des Persönlichkeitsrechts durch Bildnisveröffentlichung. Das „Recht am eigenen Bild“ als untauglicher Versuch einer Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Frankfurt a.M./Bern/New York, 1985
- Münch, Ingo von: Die photographierenden *Verfassungsschützer*, JuS 1965, S. 404 ff.
- Münch, Ingo von (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 3. Aufl., München, 1985 (GGK I, 3. Aufl.)
- Münch, Ingo von / Kunig, Philip (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Aufl., München, 2000 (GGK I)
- Murswiek, Dietrich: Die staatliche *Verantwortung* für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin, 1985
- Staatliche *Warnungen*, Wertungen, Kritik als Grundrechtseingriffe. Zur Wirtschafts- und Meinungslenkung durch staatliches Informationshandeln, DVBl 1997, S. 1021 ff.
- Das *Bundesverfassungsgericht* und die Dogmatik mittelbarer Grundrechtseingriffe. Zu der Glykol- und der Osho-Entscheidung vom 26.6.2002, NVwZ 2003, S. 1 ff.
- Mutius, Albert von: *Grundrechtsschutz* contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?, NJW 1982, S. 2150 ff.
- *Anonymität* als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – terminologische, rechtssystematische und normstrukturelle Grundfragen, in: Bäumlerv. Mutius (Hrsg.): Anonymität im Internet. Grundlagen, Methoden und Tools zur Realisierung eines Grundrechts, Braunschweig / Wiesbaden: Vieweg, 2003, S. 12 ff.
- Nedden, Burkhard: *Risiken* und Chancen für das Datenschutzrecht, in: Roßnagel (Hrsg.), Allianz von Medienrecht und Informationstechnik? Ordnung in digitalen Medien durch Gestaltung der Technik am Beispiel von Urheberschutz, Datenschutz, Jugendschutz und Vielfaltsschutz, Baden-Baden, 2001, S. 67 ff.
- Neumann-Duesberg, Horst: *Dokumentarfernsehsendung* „Soldatenmord von Lebach“ unter persönlichkeitsrechtlichem und verfassungsrechtlichem Aspekt, JZ 1973, S. 261 ff.
- Nickel, Rainer: Zur *Zukunft* des Bundesverfassungsgerichts im Zeitalter der Europäisierung, JZ 2001, S. 625 ff.
- Nickl, Markus: *Web Sites* – Die Entstehung neuer Textstrukturen, in: Bollmann/Heibach (Hrsg.), Kursbuch Internet. Anschlüsse an Wirtschaft und Politik, Wissenschaft und Kultur, Mannheim, S. 389 ff.
- Niehues, Norbert: *Verwaltungssachenrecht*, in: Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts: Festschrift für Hans J. Wolff, München, 1973, S. 247 ff.
- Nipperdey, Hans Carl: Die *Würde* des Menschen, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band, Berlin, 1954, S. 1 ff.
- *Freie Entfaltung* der Persönlichkeit, in: Bettermann/Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Viertes Band, 2. Halbband, Berlin, 1962, S. 741 ff.

- Nitsch, Peter: *Datenschutz* und Informationsgesellschaft, ZRP 1995, S. 361 ff.
- Nodorf, Matthias: *Datenschutz* in der gesetzlichen Krankenversicherung, Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien, 1995
- Nora, Simon / Minc, Alain: *Die Informatisierung* der Gesellschaft, Frankfurt a.M./New York, 1979
- Oeter, Stefan: „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. Ein Beitrag zu den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte, AöR 1994, S. 529 ff.
- Ohlenburg, Anna: Die neue *EU-Datenschutzrichtlinie 2002/58/EG*. Auswirkungen und Neuerungen für elektronische Kommunikation, MMR 2003, S. 82 ff.
- Oldiges, Martin: *Einheit der Verwaltung* als Rechtsproblem, NVwZ 1987, S. 737 ff.
- *Internationale Steuerauskunft* und der grundrechtliche Schutz von Informationen: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Internationale Steuerauskunft und deutsches Verfassungsrecht, München, 1987, S. 86 ff.
 - Neue *Aspekte* der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in: Staat, Wirtschaft, Steuern. Festschrift für Karl Heinrich Friauf, Heidelberg, 1996, S. 281 ff.
- Ong, Walter J.: *Orality and Literacy*. The Technologizing of the Word, London/New York, 1982
- Opsahl, Torkel: *The Convention* and the right to respect for family life, particularly as regards the unity of the family and the protection of the rights of parents and guardians in the education of children, in: Robertson (ed.), *Privacy and Human Rights*, Manchester University Press, 1973, S. 182 ff.
- Ossenbühl, Fritz: *Verwaltungsvorschriften* und Grundgesetz, Bad Homburg/Berlin/Zürich, 1968
- Die *Interpretation* der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, S. 2100 ff.
 - *Grundrechtsschutz* im und durch Verfahrensrecht, in: Müller/Rhinow/Schmid/Wildhaber (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M., 1982, S. 183 ff.
 - *Umweltpflege* durch behördliche Warnungen und Empfehlungen, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986
 - *Grundsätze* der Grundrechtsinterpretation, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I: Entwicklung und Grundlagen, Heidelberg, 2004, S. 595 ff.
- Otten, Dieter / Küntzler, Jürgen: Über die *Herstellung* von Anonymität bei elektronischen Wahlen, DuD 2003, S. 274 ff.
- Pache, Eckard: Die Europäische *Menschenrechtskonvention* und die deutsche Rechtsordnung, EuR 2004, S. 393 ff.
- Paeffgen, Hans-Ullrich: Das *Urteil* des Bundesverfassungsgerichts zum G 10 in der Fassung des Verbrechensbekämpfungsgesetzes 1994, StV 1999, S. 668 ff.
- Palm, Franz / Roy, Rudolf: *Mailboxen*: Staatliche Eingriffe und andere rechtliche Aspekte, NJW 1996, S. 1791 ff.
- Panagiotides, William A.: Der *Data Protection Act* 1984. Zur Geschichte der Datenschutzgesetzgebung in Großbritannien, Baden-Baden, 1998
- Papier, Hans-Jürgen: *Art. 12 GG* – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl 1984, S. 801 ff.
- *Rechtsschutzgarantie* gegen die öffentliche Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Freiheitsrechte, 2. Aufl., Heidelberg, 2001, § 154, S. 1233 ff.
- Pauly, Walter: *Strukturfragen* des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes. Zur konstitutionellen Bedeutung von Art. F Abs. 2 EUV, EuR 1998, S. 242 ff.
- Pearce, Graham / Platten Nicholas: Achieving Personal *Data Protection* in the European Union, Journal of Common Market Studies 1998, S. 529 ff.
- Pedrazzini, Mario M.: *Grundsätze* des Datenschutzes im öffentlich-rechtlichen Bereich, WuR 1982, S. 55. ff.

- Peitsch, Dietmar: *Grundrechtswesentlichkeit* polizeilicher Informationssammlung und -verarbeitung, CR 1989, S. 721 ff.
- Die *Informationsbeschaffung* im neuen Polizeirecht, ZRP 1992, S. 127 ff.
- Pernice, Ingolf: Eine *Grundrechte-Charta* für die Europäische Union, DVBl 2000, S. 847 ff.
- Pestalozza, Christian: Der *Schutz* vor der Rundfunkfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland, NJW 1981, S. 2158 ff.
- Peters, Hans: *Freie Entfaltung der Persönlichkeit* als Verfassungsziel, in: Constantopoulos/Wehberg (Hrsg.), *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechtes und der Rechtsphilosophie*: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg, 1953, S. 669 ff.
- Das *Recht auf freie Entfaltung* der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Köln/Opladen, 1963
- Petersdorff, Ulrich von: *Datenschutz* in der Sozialverwaltung, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 1685 ff.
- Pfitzmann, Andreas: *Datenschutz* durch Technik, in: Bäumler/v. Mutius (Hrsg.), *Datenschutzgesetze der dritten Generation. Texte und Materialien zur Modernisierung des Datenschutzrechts*, Neuwied/ Krefeld, 1999, S. 18 ff.
- Philipp, Renate: *Staatliche Verbraucherinformationen* im Umwelt- und Gesundheitsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989
- Pieroth, Bodo: Der Wert der *Auffangfunktion* des Art. 2 Abs. 1 GG: Zu einem bundesverfassungsgerichtlichen Streit um die allgemeine Handlungsfreiheit, AöR 1990, S. 33 ff.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard: *Grundrechte/Staatsrecht* II, 1. Aufl. Heidelberg, 1985; 20. Aufl., Heidelberg, 2004
- Pietzcker, Jost: *Verwaltungsverfahren* zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL Bd. 41, Berlin/New York, 1983, S. 193 ff.
- „*Grundrechtsbetroffenheit*“ in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik, in: Püttner (Hrsg.), *Festschrift für Otto Bachof*, München, 1984, S. 131 ff.
 - *Drittwirkung* – Schutzpflicht – Eingriff, in: Maurer (Hrsg.), *Das akzeptierte Grundgesetz: Festschrift für Günter Dürig*, München, 1990, S. 345 ff.
- Pipkorn, Jörn: *Auskunftsansprüche* gegenüber Verwaltungsbehörden, DÖV 1970, S. 171 ff.
- Pitschas, Rainer: *Verwaltungsverantwortung* und *Verwaltungsverfahren*: Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts, München, 1990
- Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen *Informationsordnung*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Grundlagen*, Baden-Baden, 1993, S. 219 ff.
 - *Informationelle Selbstbestimmung* zwischen digitaler Ökonomie und Internet. Zum Paradigmenwandel des Datenschutzrechts in der globalen Informationsgesellschaft, DuD 1998, S. 139 ff.
 - Geben moderne *Technologien* und die europäische Integration Anlaß, Notwendigkeit und Grenzen des Schutzes personenbezogener Informationen neu zu bestimmen? Referat beim 62. Deutschen Juristentag, in: *Verhandlungen des zweiundsechzigsten Deutschen Juristentages*, Band II/1, Teil M, München, 1998
 - Das *Informationsverwaltungsrecht* im Spiegel der Rechtsprechung, *Die Verwaltung* 2000, S. 111 ff.
- Platten, Nick: *Background to and History of the Directive*, in: David Bainbridge, *EC Data Protection Directive*, London/Dublin/Edinburgh, 1996, S. 13 ff.
- Podlech, Adalbert: *Verfassungsrechtliche Probleme* öffentlicher Informationssysteme, DVR 1972/73, S. 149 ff.
- *Datenschutz* im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Entwürfe eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 75 GG) zur Einführung einer Rahmenkompetenz für Datenschutz und eines Bundesdatenschutz-Rahmengesetzes, Berlin, 1973

- *Aufgaben* und Problematik des Datenschutzes, DVR 1976, S. 23 ff.
- Das Recht auf *Privatheit*, in: Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt a.M., 1979, S. 50 ff.
- *Individualdatenschutz* – Systemdatenschutz, in: Brückner/Dalichau (Hrsg.), Beiträge zum Sozialrecht: Festgabe für Hans Grüner, Percha, 1982, S. 451 ff.
- Die *Transformation* des für Informationssysteme geltenden Informationsrechts in die Informationssysteme steuerndes Systemrecht, in: Bräutigam/Höller/Scholz (Hrsg.), Datenschutz als Anforderung an die Systemgestaltung, Opladen, 1990, S. 346 ff.
- Pohl, Joachim: *Informationsbeschaffung* beim Mitbürger, Berlin, 2002
- Poscher, Ralf: *Grundrechte* als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen, 2003
- Poster, Mark: *Elektronische Identitäten* und Demokratie, in: Munker/Roesler (Hrsg.), Mythos Internet, Frankfurt a.M., 1997, S. 147 ff.
- Preu, Peter: *Freiheitsgefährdung* durch die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten. Überlegungen aus Anlaß des Gentechnikanlagen-Beschlusses des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, JZ 1990, 88, JZ 1991, S. 265 ff.
- Preuß, Ulrich K.: *Grundrechte* in der Europäischen Union, KJ 1998, S. 1 ff.
- Prinz, Matthias / Peters, Butz: *Medienrecht*. Die zivilrechtlichen Ansprüche, München, 1999
- Raabe, Marius / Helle-Meyer, Niels: *Informationsfreiheit* und Verwaltungsverfahren. Zum Verhältnis neuer und klassischer Informationsrechte gegenüber der Verwaltung, NVwZ 2004, S. 641 ff.
- Rachor, Frederik: *Vorbeugende Straftatenbekämpfung* und Kriminalakten. Zur Aufbewahrung und Verwendung von Informationen aus Strafverfahren durch die Polizei, Baden-Baden, 1989
- Rammert, Werner: Paradoxien der *Informatisierung*: Bedroht die Computertechnik die Kommunikation im Alltagsleben?, in: Weingarten (Hrsg.), Information ohne Kommunikation?: Die Lösung der Sprache vom Sprecher, Frankfurt a.M., 1990, S. 18 ff.
- Ramsauer, Ulrich: *Die faktischen Beeinträchtigungen* des Eigentums, Berlin, 1980
- *Die Bestimmung* des Schutzbereichs von Grundrechten nach dem Normzweck, VerwArch 1981, S. 89 ff.
- Rasmussen, Heike: *Datenschutz* im Internet. Gesetzgeberische Maßnahmen zur Verhinderung der Erstellung ungewollter Nutzerprofile im Web – Zur Neufassung des TDDSG, CR 2002, S. 36 ff.
- Datenschutz in der *Sozialversicherung*, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München, 2003, S. 1717 ff.
- Reese, Jürgen / Kubicek, Herbert / Lange, Bernd-Peter / Lutterbeck, Bernd / Reese, Uwe: *Gefahren* der informationstechnologischen Entwicklung, Frankfurt a.M./New York, 1979
- Rehbein, Dieter: *Rechtsfragen* zum Bankgeheimnis, ZHR Bd. 149 (1985), S. 139 ff.
- Reid, A.A.L.: *Comparing Telephone* With Face-To-Face Contact, in: de Sola Pool (Hrsg.), The Social Impact of the Telephone, Cambridge, Mass., 1977, S. 386 ff.
- Reinermann, Heinrich: *Vernetzte Verwaltung*, Die Verwaltung 1995, S. 1 ff.
- Reinhardt, Michael: *Umweltinformation* als subjektives Recht. Das Umweltinformationsgesetz vom 8. Juli 1994 als Beispiel konzeptionsdefizitärer Transformationsgesetzgebung, Die Verwaltung 1997, S.161 ff.
- Rengeling, Hans-Werner: *Grundrechtsschutz* in der Europäischen Gemeinschaft, München, 1993
- Ridder, Helmut K.J.: *Meinungsfreiheit*, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Zweiter Band, Berlin, 1954, S. 243 ff.
- Ridder, Helmut K.J. / Breitbach, Michael / Rühl, Ulli F.H. / Steinmeier, Frank: *Versammlungsrecht*. Kommentar, 1. Aufl., Baden-Baden, 1992
- Riegel, Reinhard: *Auswirkungen* des Volkszählungsgesetz-Urteils des Bundesverfassungsgerichts auf die informationelle Tätigkeit der Sicherheitsbehörden und rechtliche Konsequenzen insbesondere für die Novellierung von BDSG und Personalausweisgesetz, RiA 1984, S. 121 ff.

- *Rechtsgrundlagen* für die informationelle Tätigkeit der Verfassungsschutzbehörden und datenschutzrechtliche Konsequenzen aus dem Volkszählungsgesetzurteil des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 1985, 765 ff.
- Einführung der *Schleppnetzfahndung* – behutsame Fortentwicklung des Rechts ? Zugleich ein Beitrag zu Grundfragen des Rechts der Polizeilichen Personenkontrolle und Datenverarbeitung, CR 1986, S. 138 ff.
- Nochmals: *Polizeiliche Bildaufnahmen* von öffentlichen Versammlungen, NVwZ 1990, S. 745 f.
- *Befugnisse zur Informationsverarbeitung* für Zwecke der Strafverfolgung, in: Geppert/Dehnicke (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer*, Berlin, 1990, S. 345 ff.
- Rieß, Jochen: *Regulierung und Datenschutz im europäischen Telekommunikationsrecht*. Ein Rechtsvergleich, Braunschweig/Wiesbaden, 1996
- Vom *Fernmeldegeheimnis* zum Telekommunikationsgeheimnis, in: Alfred Büllesbach (Hrsg.), *Datenschutz im Telekommunikationsrecht. Deregulierung und Datensicherheit in Europa*, Köln, 1997, S. 127 ff.
- *Datenschutz* in der betrieblichen Telekommunikation, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 1019 ff.
- Ringwald, Gerhard: *Gegenpol zu Inpol ? Computer bei der Justiz*, ZRP 1988, S. 178 ff.
- Robbers, Gerhard: *Sicherheit als Menschenrecht*. Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion, Baden-Baden, 1987
- *Anspruch auf Normerlaß* – OVG Koblenz, NJW 1988, 1684, JuS 1988, S. 949 ff.
- *Behördliche Auskünfte* und Warnungen gegenüber der Öffentlichkeit, AfP 1990, S. 84 ff.
- Röger, Ralf: *Internet und Verfassungsrecht*. Materielle und kompetentielle Probleme eines neuen Mediums, ZRP 1997, S. 203 ff.
- Rössler, Beate: *Der Wert des Privaten*, 1. Aufl., Frankfurt a.M., 2001
- *Anonymität und Privatheit*, in: Bäuml/v. Mutius (Hrsg.), *Anonymität im Internet*, Braunschweig/Wiesbaden, 2003, S. 27 ff.
- Rötzer, Florian: *Das Recht auf Anonymität*, in: Bäuml (Hrsg.), *E-Privacy: Datenschutz im Internet*, Braunschweig/Wiesbaden, 2000, S. 27 ff.
- Roewer, Helmut: *Datenverarbeitung und Informationsübermittlung durch die Verfassungsschutzbehörden*, NJW 1985, S. 773 ff.
- Rogall, Klaus: *Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses*, GA 132 (1985), S. 1 ff.
- *Frontalangriff* auf die Bürgerrechte oder notwendige Strafverfolgungsmaßnahme ? Zur Regelung der sog. Schleppnetzfahndung in § 163 d StPO, NStZ 1986, S. 385 ff.
- *Informationseingriff* und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, Tübingen, 1992
- Rohlf, Dietwalt: *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG, Berlin, 1980
- Rolf, Arno: *Informatik, neue „Informations- und Kommunikationstechniken“ und sozialorientierte Technikforschung in der „Informationsgesellschaft“*, in: ders. (Hrsg.), *Neue Techniken Alternativen: Möglichkeiten und Grenzen sozialverträglicher Informationstechnikgestaltung*, Hamburg, 1986, S. 99 ff.
- Roscher, Falk: *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem*. Dargestellt am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin, 1974
- Rossen, Helge: *Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk*. Die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 1 GG, Baden-Baden: Nomos, 1988
- *Vollzug und Verhandlung*. Die Modernisierung des Verwaltungsvollzugs, Tübingen, 1999
- *Kontrollfunktion der Öffentlichkeit* – ihre Möglichkeiten und ihre rechtlichen Grenzen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungskontrolle*, Baden-Baden, 2001, S. 117 ff.
- Roßnagel, Alexander: *Das Recht auf (tele-)kommunikative Selbstbestimmung*, KJ 1990, S. 267 ff.

- Globale *Datenetze*: Ohnmacht des Staates – Selbstschutz der Bürger. Thesen zur Änderung der Staatsaufgaben in einer „civil information society“, ZRP 1997, S. 26 ff.
- *Rechtliche Regelungen* als Voraussetzung für Technikgestaltung, in: Müller/Pfitzmann (Hrsg.), *Mehrseitige Sicherheit in der Kommunikationstechnik. Verfahren, Komponenten, Integration*, Bonn/Reading/Massachusetts, 1997, S. 361 ff.
- *Datenschutz* in globalen Netzen, Das TDDSG – ein wichtiger erster Schritt, DuD 2000, S. 253 ff.
- *Möglichkeiten* für Transparenz und Öffentlichkeit im Verwaltungshandeln – unter besonderer Berücksichtigung des Internet als Instrument der Staatskommunikation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, 2000, S. 257 ff.
- *Datenschutzaudit*. Konzeption, Durchführung, Gesetzliche Regelung, Braunschweig/Wiesbaden, 2000
- Das neue Recht elektronischer *Signaturen*. Neufassung des Signaturgesetzes und Änderung des BGB und der ZPO, NJW 2001, S. 1817 ff.
- *Allianz* von Medienrecht und Informationstechnik: Hoffnungen und Herausforderungen, in: ders. (Hrsg.), *Allianz von Medienrecht und Informationstechnik ? Ordnung in digitalen Medien durch Gestaltung der Technik am Beispiel von Urheberrecht, Datenschutz, Jugendschutz und Vielfaltsschutz*, Baden-Baden, 2001, S. 17 ff.
- *Weltweites Internet* – globale Rechtsordnung ?, MMR 2002, S. 67 ff.
- *Konzepte* des Selbst Datenschutzes, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 325 ff.
- *Datenschutzaudit*, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 437 ff.
- Roßnagel, Alexander (Hrsg.), *Recht der Multimedia-Dienste*. Kommentar, München, Stand Dezember 2003
- Roßnagel, Alexander / Wedde, Peter / Hammer, Volker / Pordesch, Ulrich: *Die Verletzlichkeit der „Informationsgesellschaft“*, Opladen, 1989
- Roßnagel, Alexander / Wedde, Peter / Hammer, Volker / Pordesch, Ulrich: *Digitalisierung der Grundrechte ? Zur Verfassungsverträglichkeit der Informations- und Kommunikationstechnik*, Opladen, 1990
- Roßnagel, Alexander / Bizer, Johann: *Multimedadienste* und Datenschutz, DuD 1996, S. 209 ff.
- Roßnagel, Alexander / Scholz, Philip: *Datenschutz* durch Anonymität und Pseudonymität. Rechtsfolgen der Verwendung anonymer und pseudonymer Daten, MMR 2000, S. 721 ff.
- Roßnagel, Alexander / Pfitzmann, Andreas / Garstka, Hansjürgen: *Modernisierung des Datenschutzrechts*, DuD 2001, S. 253 ff.
- Roßnagel, Alexander / Pfitzmann, Andreas / Garstka, Hansjürgen: *Modernisierung des Datenschutzrechts*. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 2001, Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Berlin, 2001; auch abrufbar unter <http://www.bmi.bund.de>
- Roth, Andreas: *Verwaltungshandeln mit Drittbetroffenheit* und Gesetzesvorbehalt, Berlin, 1991
- Roth, Wolfgang: *Faktische Eingriffe* in Freiheit und Eigentum: Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes und der Eingriffsrechtfertigung, Berlin, 1994
- Rublack, Susanne: *Inpol-neu* aus datenschutzrechtlicher Sicht, DuD 1999, S. 437 ff.
- Rühl, Ulli F.H.: *Tatsachen* – Interpretationen – Wertungen. Grundfragen einer anwendungsorientierten Grundrechtsdogmatik der Meinungsfreiheit, Baden-Baden, 1998
- Das allgemeine *Persönlichkeitsrecht* – Versuch einer Annäherung an seine Strukturen und Prinzipien, in: Albers/Heine/Seyfarth (Hrsg.), *Beobachten – Entscheiden – Gestalten*. Symposium zum Ausscheiden von Dieter Grimm aus dem Bundesverfassungsgericht, Berlin 2000, S. 79 ff.
- Rüpke, Giseler: *Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit*: Zugleich ein Versuch pragmatischen Grundrechtsverständnisses, Baden-Baden, 1976
- *Aspekte* zur Entwicklung eines EU-Datenschutzrechts, ZRP 1995, S. 185 ff.
- Ruffert, Matthias: *Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte*, EuGRZ 1995, S. 518 ff.

- *Vorrang* der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen, 2001
- *Schlüsselfragen* der Europäischen Verfassung der Zukunft. Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 2004, S. 165 ff.
- Ruiz, Blanca R.: *Privacy* in Telecommunications. A European and an American Approach, The Hague/London/Boston, 1997
- Rupp, Hans Heinrich: *Grundfragen* der heutigen Verwaltungsrechtslehre: Verwaltungsnorm und Rechtsverhältnis, 2. Aufl., Tübingen, 1991
- Vom *Wandel der Grundrechte*, AöR 1976, S. 161 ff.
- Die *Unterscheidung* von Staat und Gesellschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, § 31, S. 879 ff.
- Neuere *Probleme* um den Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Blankenagel/Pernice/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum 70. Geburtstag, Tübingen, 2004, S. 731 ff.
- Sachs, Michael: „*Volenti non fit iniuria*“. Zur Bedeutung des Willens des Betroffenen im Verwaltungsrecht, VerwArch 1985, S. 398 ff.
- Verfassungsrecht II. *Grundrechte*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York, 2002
- *Informationsinterventionismus* und Verfassungsrecht, in: Osterloh/Schmidt/Weber, Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 209 ff.
- Sachs, Michael (Hrsg.): *Grundgesetz*. Kommentar, 3. Aufl., München, 2003
- Saeltzer, Gerhard: Sind diese *Daten* personenbezogen oder nicht? Wie der Personenbezug von Daten, auch biometrischer, sich fundiert prüfen lässt, DuD 2004, S. 219 ff.
- Saladin, Peter: *Persönliche Freiheit* als soziales Grundrecht? in: Morand (Hrsg.), Le droit social à l'aube du XXI^e siècle, 1989, S. 99 ff.
- Sandbothe, Mike: *Interaktivität – Hypertextualität – Transversalität*. Eine medienphilosophische Analyse des Internet, in: Münker/Roesler (Hrsg.), Mythos Internet, Frankfurt a.M., 1997, S. 56 ff.
- Sasse, Christoph: *Sinn und Unsinn* des Datenschutzes, Karlsruhe/Heidelberg, 1976
- *Persönlichkeitsrecht* und Datenschutzgesetzgebung in Deutschland, in: Triffterer/von Zezschwitz (Hrsg.): Festschrift für Walter Mallmann, Baden-Baden, 1978, S. 213 ff.
- Schaar, Peter: *Persönlichkeitsprofile* im Internet, DuD 2001, S. 383 ff.
- Schatzschneider, Wolfgang: *Ermittlungstätigkeit* der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, Frankfurt a.M./Bern/Las Vegas, 1979
- Scheller, Martin / Boden, Klaus-Peter / Greenen, Andreas / Kampermann, Joachim: *Internet: Werkzeuge und Dienste*, Berlin/Heidelberg, 1994
- Schenke, Wolf-Rüdiger: *Verfassungskonformität* der Volkszählung, NJW 1987, S. 2777 ff.
- Scherer, Joachim: *Telekommunikationsrecht* und Telekommunikationspolitik, Baden-Baden, 1985
- *Entwicklungslinien* des Telekommunikationsrechts, CR 2000, S. 35 ff.
- Die *Umgestaltung* des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket, K & R 2002, S. 273 ff., 329 ff., 385 ff.
- Scherzberg, Arno: *Grundlagen* und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, DVBl 1988, S. 129 ff.
- „*Objektiver*“ *Grundrechtsschutz* und subjektives Grundrecht. Überlegungen zur Neukonzeption des grundrechtlichen Abwehrrechts, DVBl 1989, S. 1128 ff.
- *Grundrechtsschutz* und „Eingriffsintensität“. Das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, Berlin, 1989
- Der freie *Zugang* zu Informationen über die Umwelt, UPR 1992, S. 48 ff.
- *Freedom of information* – deutsch gwendet: Das neue Umweltinformationsgesetz, DVBl 1994, S. 733 ff.

- *Wertkonflikte* vor dem Bundesverfassungsgericht – zur Bewältigung politisch-moralischer Streitfragen im Verfassungsprozeß, DVBl 1999, S. 356 ff.
- *Die Öffentlichkeit* der Verwaltung, Baden-Baden: Nomos, 2000
- Die öffentliche *Verwaltung* als informationelle Organisation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, 2000, S. 195 ff.
- Scheuner*, Ulrich: *Pressefreiheit*, VVdStRL Bd. 22, Berlin, 1965, S. 1 ff.
- Schild*, Hans Hermann: *Die EG-Datenschutz-Richtlinie*, EuZW 1996, S. 549 ff.
- *Datenerhebung*, -verarbeitung und -nutzung, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht*. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München, 2003, S. 502 ff.
- Schimmel*, Wolfgang: Grundlegung für ein *Informationsrecht*, in: Eberle u.a. (Hrsg.), *ADV und Recht*. Einführung in die Rechtsinformatik und das Recht der Informationsverarbeitung, 2. Aufl., Berlin, 1976, S. 131 ff.
- *Datenschutz*, in: Eberle u.a. (Hrsg.), *ADV und Recht*. Einführung in die Rechtsinformatik und das Recht der Informationsverarbeitung, 2. Aufl., Berlin, 1976, S. 145 ff.
- Schlink*, Bernhard: *Der Bürger als Datenobjekt*, in: Kilian/Lenk/Steinmüller (Hrsg.), *Datenschutz: Juristische Grundsatzfragen beim Einsatz elektronischer Datenverarbeitungsanlagen in Wirtschaft und Verwaltung*, Frankfurt a.M., 1973, S. 155 ff.
- *Bemerkungen* zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, *Der Staat* 1980, S. 73 ff.
- *Abwägung* im Verfassungsrecht, Berlin, 1976
- *Die Amtshilfe*, Berlin, 1982
- *Freiheit durch Eingriffsabwehr*. Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, *EuGRZ* 1986, S. 457 ff.
- *Das Recht* der informationellen Selbstbestimmung, *Der Staat* 1986, S. 233 ff.
- *Datenschutz* und Amtshilfe, *NVwZ* 1986, S. 249 ff.
- *Die Bewältigung* der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, VVDStRL Bd. 48, Berlin/New York, 1990, S. 235 ff.
- Schlörer*, Jan: *Anonymisierung* von Mikrodaten der Forschung: Technische Aspekte, in: Kaaße/Krupp/Pflanz/Scheuch/Simitis (Hrsg.), *Datenzugang und Datenschutz*. Konsequenzen für die Forschung, Königstein/Ts., 1980, S. 118 ff.
- Schmahl*, Stefanie: *Die Verzahnung* der deutschen, europäischen und internationalen Rechtsebenen bei der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten, in: Bauschke/Becker/Brauser-Jung/Eifert/Frank/Gerking/Fuchs/Glöckner/Gostomzyk/Hofmann/Korte/Lange/Martini/Mehde/Nowak/Schütz (Hrsg.), *Pluralität des Rechts – Regulierung in Spannungsfeld der Rechtsebenen*, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden, 2003, S. 163 ff.
- Schmidt*, Walter: *Die Freiheit vor dem Gesetz*. Zur Auslegung des Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, *AöR* 1966, S. 42 ff.
- Die bedrohte *Entscheidungsfreiheit*, *JZ* 1974, S. 241 ff.
- Schmidt-Aßmann*, Eberhard: *Der Verfahrensgedanke* in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in: Lerche/Schmitt/Glaeser/Schmidt-Aßmann, *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, Heidelberg, 1984, S. 1 ff.
- *Verwaltungsverfahren*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III: *Das Handeln des Staates*, 2. Aufl., Heidelberg, 1996, § 70, S. 623 ff.
- *Das allgemeine Verwaltungsrecht* als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, Berlin/Heidelberg, 1998
- *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*: Perspektiven der Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, 2000, S. 405 ff.
- *Der Rechtsstaat*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. II: *Verfassungsstaat*, 3. Aufl., Heidelberg, 2004, § 26, S. 541 ff.

- Schmidt-Jortzig*, Edzard: *Meinungs- und Informationsfreiheit*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Freiheitsrechte, 2. Aufl., Heidelberg, 2001, § 141, S. 635 ff.
- Schmits*, Volker: Das Recht der *Gegendarstellung* und das right of reply. Eine rechtsvergleichende Studie über die Entgegnungskonzeptionen in Deutschland und England, Sinzheim, 1997
- Schmitt*, Carl: *Verfassungslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1957
- *Freiheitsrechte* und institutionelle Garantien, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, Berlin, 1958, S. 140 ff.
- Schmitt Glaeser*, Walter: Die *Rundfunkfreiheit* in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1987, S. 215 ff.
- Die *Meinungsfreiheit* in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1988, S. 52 ff.
 - Schutz der *Privatsphäre*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Freiheitsrechte, 2. Aufl., Heidelberg, 2001, § 129, S. 41 ff.
- Schnapp*, Friedrich E.: Der *Verwaltungsvorbehalt*, VVDStRL Bd. 43, Berlin/New York, 1985, S. 172 ff.
- Schneider*, Hans: *Anmerkung zum Volkszählungsurteil*, DÖV 1984, S. 161 ff.
- Schnur*, Roman: *Pressefreiheit*, VVdStrL Bd. 22, Berlin: de Gruyter, 1965, S. 101 ff.
- *Rezension* zu Peter Häberle (Wesensgehaltgarantie), DVBl 1965, S. 489 ff.
- Schoch*, Friedrich: Staatliche *Informationspolitik* und Berufsfreiheit. Das Urteil des BVerwG vom 18.10.1990 (3 C 2/88) im Spiegel der Rechtsordnung, DVBl 1991, S. 667 ff.
- Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer *Informationsordnung*, VVDStRL 57, Berlin/New York, 1998, S. 158 ff.
 - Die *Rolle des Staates* in der Informationsgesellschaft, in: Dieter Leipold (Hrsg.), Rechtsfragen des Internet und der Informationsgesellschaft, Heidelberg, 2002, S. 83 ff.
- Schönke*, Adolf / *Schröder*, Horst / *Lenckner*, Theodor / *Eser*, Albin / *Cramer*, Peter / *Stree*, Walter / *Heine*, Günter / *Perron*, Walter / *Sternberg-Lieben*, Detlev: Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., München, 2001 (*Schönke/Schröder*)
- Scholler*, Heinrich J.: Die *Freiheit* des Gewissens, Berlin, 1958
- Scholz*, Rupert: Das *Grundrecht* der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1975, S. 80 ff. und 265 ff.
- Die *Koalitionsfreiheit* als Verfassungsproblem, München, 1971
 - Das dritte *Fernsehurteil* des Bundesverfassungsgerichts. Zugleich Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 16.6.1981, JZ 1981, 581, JZ 1981, S. 561 ff.
- Scholz*, Rupert / *Pitschas*, Rainer: *Informationelle Selbstbestimmung* und staatliche Informationsverantwortung, Berlin, 1984
- Scholz*, Rupert / *Pitschas*, Rainer: *Informationstechnik* zwischen Bürokratie und Datenschutz, AöR 1985, S. 489 ff.
- Schrader*, Hans-Hermann: *Datenschutz* in den Grundrechtskatalog. Verfassungsrechtliche Aspekte des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, CR 1994, S. 427 ff.
- Das *Abhörurteil* des BVerfG. Gewinn oder Verlust für den Datenschutz ?, DuD 1999, S. 650 ff.
 - *Selbstdatenschutz*: Effektive Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts, in: Bäumler (Hrsg.), „Der neue Datenschutz“ – Datenschutz in der Informationsgesellschaft von morgen, Neuwied/Kriftel, 1998, S. 206 ff.
- Schrepper*, Thomas W.: *Datenschutz* und Verfassung. Eine Untersuchung zur verfassungsrechtlichen Relevanz der Erfassung, Aufbewahrung und Weitergabe personenbezogener Daten, Bern/Frankfurt a.M./New York, 1985
- Schröder*, Meinhard: Der *Geheimhaltungsschutz* im Recht der Umweltchemikalien. Eine Untersuchung nach deutschem Recht und europäischem Gemeinschaftsrecht (Berichte des Umweltbundesamtes 10/80), Berlin, 1980

- Schubert, Ingrid / Krebsbach-Gnath, Camilla: Chancen und Risiken des Einsatzes von Expertensystemen*, München, 1987
- Schubert, Manuel: Recht auf Informationszugang. Ein Verwaltungsinformationszugangsgesetz für Deutschland* ?, DuD 2001, S. 400 ff.
- Schürmann, Frank: Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung. Strukturen, Medien, Auftrag und Grenzen eines informalen Instruments der Staatsleitung*, Berlin, 1992
- Schulte, Martin: Das Datenselbstbestimmungsrecht des Bürgers*, in: Großfeld/Salje (Hrsg.), Elektronische Medien im Recht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986
- *Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege*, DVBl 1988, S. 512 ff.
- Schulz, Wolfgang: Verfassungsrechtlicher „Datenschutzaufrag“ in der Informationsgesellschaft. Schutzkonzepte zur Umsetzung informationeller Selbstbestimmung am Beispiel von Online-Kommunikation*, Die Verwaltung 1999, S. 137 ff.
- Schulz-Schaeffer, Helmut: Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz. Libertätsrechte und Vermutung für den Kernbereich der Freiheitsrechte*, Berlin, 1971
- Schulze-Fielitz, Helmuth: Anmerkung zum Beschluß des BVerfG vom 24. 3. 1998 – 1BvR 131/96*, JZ 1998, S. 1118 ff.
- Nach dem 11. September: An den *Leistungsgrenzen* eines verfassungsstaatlichen Polizeirechts ?, in: Horn (Hrsg.), Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin, 2003, S. 407 ff.
- Schuppert, Gunnar Folke: Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Königstein/Ts., 1980
- *Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem*, DÖV 1987, S. 757 ff.
- Schwabe, Jürgen: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971
- *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977
- Schwan, Eggert: Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsrechte*, VerwArch 1975, S. 120 ff.
- *Amtsgeheimnis oder Aktenöffentlichkeit?: Der Auskunftsanspruch des Betroffenen, das Grundrecht auf Datenschutz und das Prinzip der Aktenöffentlichkeit*, München, 1984
- Schwartz, Barry: The Social Psychology of Privacy*, American Journal of Sociology Vol. 73 (1967/68), S. 741 ff.
- Schweizer, Rainer: Die Grundlagen der schweizerischen Datenschutzgesetzgebung*, WuR 1982, S. 27 ff.
- *Europäisches Datenschutzrecht - Was zu tun bleibt*, DuD 1989, S. 542 ff.
- Schwerdtfeger, Gunther: Grundrechtlicher Drittschutz im Baurecht. Dogmatische Grundlegungen zur Rechtsprechung des BVerwG, NVwZ 1982, S. 5 ff.*
- *Verbrauchslenkung durch Information. Die Transparenzkommission beim Bundesgesundheitsamt*, in: Wilke (Hrsg.), Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin/New York, 1984, S. 715 ff.
- Sehr, Peter: INPOL-neu. System der Zukunft für die deutsche Polizei*, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Festschrift für Horst Herold, Wiesbaden, 1998, S. 135
- Seibel, Wolfgang: Die Entwicklung zum „technisierten sozialen Rechtsstaat“. Überlegungen zu den Folgen der technischen Rationalisierung in der öffentlichen Verwaltung und den Problemen ihrer Steuerung und Kontrolle*, VerwArch 1983, S. 325 ff.
- Seibert, Helga: Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassungsgericht*, in: Vogel/Simon/Podlech (Hrsg.), Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch, Baden-Baden, 1981, S. 519 ff.
- Seidel, Ulrich: Persönlichkeitsrechtliche Probleme der elektronischen Speicherung privater Daten*, NJW 1970, S. 1581 ff.
- *Datenbanken und Persönlichkeitsrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy*, Köln, 1972

- Selmer, Peter: *Steuerrecht und Bankgeheimnis*: Zur Stellung der Banken im steuerrechtlichen und steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen Dritte (Grundlagen, verfassungsrechtliche Schranken, Rechtsschutz), Hamburg, 1981
- Shannon, Claude E.: *The Mathematical Theory of Communication*, in: ders./Weaver, The Mathematical Theory of Communication, Urbana/Chicago/London, 1949, S. 29 ff.
- Sieber, Ulrich: *Informationsrecht und Recht der Informationstechnik*. Die Konstituierung eines Rechtsgebietes in Gegenstand, Grundfragen und Zielen, NJW 1989, S. 2569 ff.
- *Mißbrauch der Informationstechnik und Informationsstrafrecht*. Entwicklungstendenzen in der internationalen Informations- und Risikogesellschaft, in: Tauss/Kollbeck/Mönikes (Hrsg.), Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft. Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik, Baden-Baden, 1996, S. 608 ff.
- Sievers, Burkard: *Geheimnis*: Zu einer Soziologie des Alltagsverhaltens, Jahrbuch für Sozialwissenschaft Bd. 44 (1973), S. 375 ff.
- *Geheimnis und Geheimhaltung* in sozialen Systemen, Opladen, 1974
- Sievers, Malte: *Der Schutz der Kommunikation im Internet durch Artikel 10 des Grundgesetzes*, Baden-Baden, 2003
- Simitis, Spiros: *Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung*, NJW 1971, S. 673 ff.
- Datenschutz – *Notwendigkeit und Voraussetzungen* einer gesetzlichen Regelung, DVR 1973, S. 138 ff.
- Datenschutz und *Melderecht*. Von der Abstraktion der Generalklauseln zur Konkretheit bereichsspezifischer Regelungen, in: Triffterer/von Zezschwitz (Hrsg.): Festschrift für Walter Mallmann, Baden-Baden, 1978, S. 259 ff.
- *Datenschutz*: Voraussetzung oder Ende der Kommunikation ?, in: Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Helmut Coing, Band II, München, 1982, S. 495 ff.
- Die *informationelle Selbstbestimmung* – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, S. 398 ff.
- Von der *Amtshilfe* zur Informationshilfe. Informationsaustausch und Datenschutzanforderungen in der öffentlichen Verwaltung, NJW 1986, S. 2795 ff.
- Reicht unser *Datenschutzrecht* angesichts der technischen Revolution ? – Strategien zur Wahrung der Freiheitsrechte, in: von Schoeler (Hrsg.), Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat ? : Strategien zur Wahrung der Freiheitsrechte im Computerzeitalter, Opladen, 1986, S. 21 ff.
- Programmierter *Gedächtnisverlust* oder reflektiertes Bewahren. Zum Verhältnis von Datenschutz und historischer Forschung, in: Fürst/Herzog/Umbach, Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin/New York, 1987, S. 1475 ff.
- Datenschutz und *Europäische Gemeinschaft*, RDV 1990, S. 3 ff.
- *Stellungnahme* zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages vom 19. Juni 1989, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.), Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes, Zur Sache 17/1990, Bonn, 1990, S. 715 ff.
- „*Sensitive*“ *Daten* – Zur Geschichte und Wirkung einer Fiktion, in: Brem/Druey/Kramer/Schwande (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern, 1990, S. 469 ff.
- Verarbeitung von *Arbeitnehmerdaten*: Die Empfehlung des Europarates, CR 1991, S. 161 ff.
- Zur *Aufnahme* der „informationellen Selbstbestimmung“ in das Grundgesetz. Stellungnahme vorgetragen vor der Gemeinsamen Verfassungskommission am 9. 9. 1992 in Bonn, KritV 1993, S. 46 ff.
- Lob der *Unvollständigkeit* – Zur Dialektik der Transparenz personenbezogener Informationen, in: Däubler-Gmelin/Kinkel/Meyer/Simon (Hrsg.), Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden, 1994, S. 573 ff.
- Die *Entscheidung* des Bundesverfassungsgerichts zur Volkszählung – 10 Jahre danach, KritV 1994, S. 121 ff.

- *Privatisierung* und Datenschutz, DuD 1995, S. 648 ff.
- Vom *Markt* zur Polis. Die EU-Richtlinie zum Datenschutz, in: Tinnefeld/Philipps/Heil (Hrsg.), Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, Baden-Baden, 1995, S. 51 ff.
- *Virtuelle Präsenz* und Spurenlosigkeit – Ein neues Datenschutzkonzept, KritV 1996, S. 99 ff.
- Die *EU-Datenschutzrichtlinie* – Stillstand oder Anreiz ?, NJW 1997, S. 281 ff.
- Die *Erosion* des Datenschutzes. Von der Abstumpfung der alten Regelungen und den Schwierigkeiten, neue Instrumente zu entwickeln, in: Sokol (Hrsg.), Neue Instrumente im Datenschutz, Düsseldorf 1999, S. 5 ff.
- Auf dem *Weg* zu einem neuen Datenschutzkonzept, DuD 2000, S. 714 ff.
- Simitis*, Spiros / *Fuckner*, Gerhard: Informationelle *Selbstbestimmung* und „staatliches Geheimhaltungsinteresse“, NJW 1990, S. 2713 ff.
- Simitis*, Spiros/ *Dammann*, Ulrich / *Mallmann*, Otto / *Reh*, Hans-Joachim: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden, 1981 (*Simitis/Dammann/Mallmann/Reh*)
- Simitis*, Spiros / *Dammann*, Ulrich / *Geiger*, Hansjörg / *Mallmann*, Otto / *Walz*, Stefan: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden, Stand: Juli 1994 (*Simitis/Dammann/Geiger/Mallmann/Walz*)
- Simitis*, Spiros (Hrsg.): Kommentar zum *Bundesdatenschutzgesetz*, 5. Aufl., Baden-Baden, 2003
- Simon*, Helmut: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin/New York, 1994, S. 1637 ff.
- Skipper*, Andrew: A U.K. *Perspective*, EuZW 1993, S. 145 ff.
- Sobota*, Katharina: Das *Prinzip* Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen, 1997
- Sodan*, Helge: *Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit* und Grundrechtsschutz, DÖV 1987, S. 858 ff.
- *Leistungsausschlüsse* im System der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechtsschutz von Leistungsanbietern, SGB 1992, S. 200 ff.
- Der *Anspruch* auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, NVwZ 2000, S. 601 ff.
- Sokol*, Bettina: *Datenschutz* versus Informationszugang ?, DuD 1997, S. 380 ff.
- Datenschutz und *Informationszugang*, in: Bäumler (Hrsg.), „Der neue Datenschutz“. Datenschutz in der Informationsgesellschaft von morgen, Neuwied/Kriftel, 1998, S. 35 ff.
- Das *Recht* auf informationelle Selbstbestimmung – ein Phantom im Computerzeitalter ?, in: Hutter/Tessmer (Hrsg.), Menschenrechte und Bürgergesellschaft in Deutschland, Opladen, 1999, S. 135 ff.
- *Informationszugang und Datenschutz*, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München, 2003, S. 1803 ff.
- Solove*, Daniel J.: *Privacy* and Power. Computer Databases and Metaphors for Information Privacy, Stanford Law Review Vol. 53 (2001), S. 1393 ff.
- Sommermann*, Karl-Peter: Völkerrechtlich garantierte *Menschenrechte* als Maßstab der Verfassungskonkretisierung - Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 1989, S. 391 ff.
- Spaeth*, Wiebke: *Grundrechtseingriff* durch Information. Zur Verfassungsmäßigkeit von verhaltenssteuernden Warnungen und Empfehlungen der Bundesregierung, Frankfurt a.M., 1995
- Stähler*, Thomas P.: Datenschutzrechtliche *Aspekte* der Weitergabe von Sozialdaten. Vor allem am Beispiel der gesetzlichen Rentenversicherung und verwandter Versicherungszweige sowie unter besonderer Berücksichtigung der Datenweitergabe an die Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden, Baden-Baden, 2000
- Staff*, Ilse: *Sicherheitsrisiko* durch Gesetz. Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum G 10-Gesetz, KJ 1999, S. 586 ff.
- Starck*, Christian: Die *Grundrechte* der Grundgesetzes. Zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungskonstruktion, JuS 1981, S. 237 ff.

- *Menschenwürde* als Verfassungsgarantie im modernen Staat, JZ 1981, S. 457 ff.
- Steiger, Heinhard: *Institutionalisierung* der Freiheit ? Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Grundrechte, in: Schelsky (Hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, 1. Aufl., Düsseldorf, 1970, S. 91 ff.
- Steinbeiß-Winkelmann, Christine: *Grundrechtliche Freiheit* und staatliche Freiheitsordnung, Funktion und Regelungsgehalt verfassungsrechtlicher Freiheitsgarantien im Licht neuerer Grundrechtstheorien, Frankfurt a.M./Bern/New York, 1986
- Steinbuch, Karl: Über den Wert von Informationen, GRUR 1987, S. 579 ff.
- Der Mensch – Objekt oder Subjekt der Informationsverarbeitung, RDV 1988, S. 1 ff.
- Steindorff, Ernst: *Persönlichkeitsschutz* im Zivilrecht, Heidelberg, 1983
- Steinmüller, Wilhelm: *Gegenstand*, Grundbegriffe und Systematik der Rechtsinformatik. Ansätze zukünftiger Theoriebildung, DVR 1972/73, S. 113 ff.
- *Informationsrecht* und Informationspolitik, München, 1976
- *Datenverkehrsrecht* oder informationelles Selbstbestimmungsrecht des Bürgers ?, in: Beerfeltz / Friedrich-Naumann-Stiftung (Hrsg.), *Datenschutz. Dokumentation*, Bonn, 1979, S. 51 ff.
- Das *Volkszählungsurteil* des Bundesverfassungsgerichts, DuD 1984, S. 91 ff.
- *Informationstechnologie* und Gesellschaft. Einführung in die Angewandte Informatik, Darmstadt, 1993
- Steinmüller, Wilhelm / Lutterbeck, Bernd / Mallmann, Christoph / Harbort, Uwe / Kolb, Gerhard / Schneider, Jochen: *Grundfragen* des Datenschutzes. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, 1971, BTdrucks VI/3826, Anlage 1
- Stern, Klaus: *Menschenwürde* als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Achterberg/Krawietz/Wyduckel (Hrsg.), *Recht und Staat im sozialen Wandel. Festschrift für Hans Ulrich Scupin*, Berlin, 1983, S. 627 ff.
- Das *Staatsrecht* der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München, 1988
- Das *Staatsrecht* der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte, München, 1994
- Stettner, Rupert: *Grundfragen* einer Kompetenzlehre, Berlin, 1983
- Stock, Martin: *Medienfreiheit* als Funktionsgrundrecht. Die journalistische Freiheit des Rundfunks als Voraussetzung allgemeiner Kommunikationsfreiheit, München, 1985
- Eine *Grundrechtscharta* für die Europäische Union: Wie sollte die Medienfreiheit darin ausgestaltet werden ?, ZUM 2000, S. 533 ff.
- *EU-Medienfreiheit* – Kommunikationsgrundrecht oder Unternehmerfreiheit ?, K & R 2001, S. 289 ff.
- Störmer, Rainer: Zur *Verwertbarkeit* tagebuchartiger Aufzeichnungen. Der unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung in der Rechtsprechung des BVerfG, Jura 1991, S. 17 ff.
- Storr, Stefan: Zur *Bonität* des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union, Der Staat 1997, S. 547 ff.
- Stürner, Rolf: *Strafrechtliche Selbstbelastung* und verfahrensförmige Wahrheitsfindung, NJW 1981, S. 1757 ff.
- Suhr, Dieter: *Entfaltung* der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin, 1976
- *Freiheit durch Geselligkeit*. Institut, Teilhabe, Verfahren und Organisation im systematischen Raster eines neuen Paradigmas, EuGRZ 1984, S. 529 ff.
- Sule, Satish: *Europol* und europäischer Datenschutz, Baden-Baden, 1999
- Szczekalla, Peter: Die sogenannten grundrechtlichen *Schutzpflichten* im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer „gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion“, Berlin, 2002
- Taeger, Jürgen: *Die Offenbarung* von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Baden-Baden, 1988

- Tanenbaum, Andrew S.: *Computernetzwerke*, 3. Aufl., München/London/Mexico/New York/Singapur/Toronto, 1997
- Tauss, Jörg / Kollbeck, Johannes / Mönikes, Jan (Hrsg.): *Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft*. Herausforderungen und Perspektiven für Wirtschaft, Wissenschaft, Recht und Politik, Baden-Baden, 1996
- Tettinger, Peter J.: Die *Charta* der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, S. 1010 ff.
- Theuer, Andreas: Der Zugang zu Umweltinformationen aufgrund des Umweltinformationsgesetzes (UIG), NVwZ 1996, S. 326 ff.
- Thoma, Richard: Die juristische *Bedeutung* der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Nipperdey (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung: Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, Erster Band, Berlin, 1929, S. 1 ff.
- Timmefeld, Marie-Theres: *Persönlichkeitsrecht* und Modalitäten der Datenerhebung im Bundesdatenschutzgesetz, NJW 1993, S. 1117 f.
- *Teilhabe* an Information in der offenen Gesellschaft, DuD 1997, S. 136 ff.
 - *Geschützte Daten*, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 485 ff.
- Trute, Hans Heinrich: Die *Regelungen* des Umgangs mit den Stasi-Unterlagen im Spannungsfeld von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und legitimen Verwendungszwecken, JZ 1992, S. 1043 ff.
- Die *Forschung* zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung. Das Wissenschaftsrecht als Recht kooperativer Verwaltungsvorgänge, Tübingen, 1994
 - *Funktionen* der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, Baden-Baden, 1997, S. 249 ff.
 - Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer *Informationsordnung*, VVDStRL Bd. 57, Berlin/New York, 1998, S. 216 ff.
 - Der *Schutz* personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 1998, S. 822 ff.
 - Rechtspolitik der Zukunft – *Informationsrecht*, in: Holoubek/Lienbacher (Hrsg.), *Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik*, Wien / New York, 1998, S. 313 ff.
 - Die *Erosion* des klassischen Polizeirechts durch die polizeiliche Informationsvorsorge, in: Erbguth/Müller/Neumann (Hrsg.): *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch: Gedächtnisschrift für Bernd Jeand Heur*, Berlin, 1999, S. 403 ff.
 - The *Impact* of Global Networks on Political Institutions and Democracy, in: Engels/Keller (eds.), *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Baden-Baden, 2000, S. 131 ff.
 - *Wissenspolitik* und rechtliche Regulierung – Überlegungen am Beispiel der Erzeugung und Verwendung genetischer Daten, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und rechtliche Regulierung. Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung*, Baden-Baden, 2002, S. 290 ff.
 - *Verfassungsrechtliche Grundlagen*, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 156 ff.
 - *Gefahr* und Prävention in der Rechtsprechung zum Polizei- und Ordnungsrecht, *Die Verwaltung* 2003, S. 501 ff.
- Tuner, Lotte: Zur *Problematik* des funktionalen Behördenbegriffs, DSWR 1983, S. 270 ff.
- Uerpmann, Robert: *Die Europäische Menschenrechtskonvention* und die deutsche Rechtsprechung. Ein Beitrag zum Thema Völkerrecht und Landesrecht, Berlin, 1993
- Unruh, Peter: Zur *Dogmatik* der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin, 1996
- Vahle, Jürgen: *Verfassungsrechtliche Maßstäbe* einer künftigen datenschutzgerechten Neuregelung der polizeilichen Datenverarbeitung, DuD 1987, S. 434 ff.

- Vassilaki, Irini*: The constitutional *background* of privacy protection within the European Communities. Basic principles for the interpretation and implementation of the EC Data Protection Directive, *Revue Européenne de Droit Public* 1994, S. 109 ff.
- Vesting, Thomas*: Zum *Wandel* normativer Leitdifferenzen in der „Informationsgesellschaft“, in: Imhof/Jarren/Blum (Hrsg.), *Steuerungs- und Regelungsprobleme in der Informationsgesellschaft*, Opladen/Wiesbaden, 1999, S. 267 ff.
- Zur Entwicklung einer „*Informationsordnung*“, in: Badura/Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, S. 219 ff.
 - Das *Internet* und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes, in: Ladeur (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden, 2003, S. 155 ff.
- Vogelgesang, Klaus*: *Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*?, Baden-Baden, 1987
- Vofßhein, Reinhard*: *Datenschutzauditierung*. Akkreditierungsvarianten und ihre Konsequenzen, *DuD* 2004, S. 92 ff.
- Vofßkuhle, Andreas*: Der *Wandel* von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, Baden-Baden, 2000, S. 349 ff.
- Waechter, Kay*: *Probleme des neuen niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes*, *ZfG* 1995, S. 142 ff.
- Wahl, Rainer*: *Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts*, *Der Staat* 1979, S. 321 ff.
- Der *Vorrang* der Verfassung, *Der Staat* 1981, S. 485 ff.
 - *Verwaltungsverfahren* zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, *VVDStRL* Bd. 1, Berlin/New York, 1983, S. 151 ff.
 - Die doppelte *Abhängigkeit* des subjektiven öffentlichen Rechts, *DVBl* 1996, S. 641 ff.
 - Die objektivrechtliche *Dimension* der Grundrechte im internationalen Vergleich, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band I: *Entwicklung und Grundlagen*, Heidelberg, 2004, S. 745 ff.
- Wahl, Rainer / Masing, Johannes*: *Schutz durch Eingriff*, *JZ* 1990, S. 553 ff.
- Walden, Marcus*: *Zweckbindung und -änderung präventiv und repressiv erhobener Daten im Bereich der Polizei*, Berlin, 1996
- Walter, Christian*: Die Europäische *Menschenrechtskonvention* als Konstitutionalisierungsprozeß, *ZaöRV* 1999, S. 961 ff.
- Walz, Stefan*: *Datenschutz-Herausforderungen durch neue Technik und Europarecht*, *DuD* 1998, S. 150 ff.
- Warren, Samuel D. / Brandeis, Louis D.*: *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review* Bd. 4, 5 (1890), S. 193 ff.
- Watzlawick, Paul / Beavin, Janet H. / Jackson, Don D.*: *Menschliche Kommunikation: Formen, Störungen, Paradoxien*, 3. Aufl., Bern, 1972
- Weaver, Warren*: *Recent Contributions to the Mathematical Theory of Communication*, in: Shannon/ders., *The Mathematical Theory of Communication*, Urbana/Chicago/London, 1949, S. 1 ff.
- Weber, Albrecht*: Die Europäische *Grundrechtscharta* – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, *NJW* 2000, S. 537 ff.
- Weber, Martina*: *EG-Datenschutzrichtlinie*. Konsequenzen für die deutsche Datenschutzgesetzgebung, *CR* 1995, S. 297 ff.
- Der betriebliche *Datenschutzbeauftragte* im Lichte der EG-Datenschutzrichtlinie, *DuD* 1995, S. 698 ff.
- Weber-Dürler, Beatrice*: Der *Grundrechtseingriff*, *VVDStRL* Bd. 57, Berlin/New York, 1998, S. 57 ff.
- Wedde, Peter*: *Rechte der Betroffenen*, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 546 ff.
- Weichert, Thilo*: Das *Ausländerzentralregister*, *InfAuslR* 1987, S. 205 ff.

- *Informationelle Selbstbestimmung* und strafrechtliche Ermittlung: zum verfassungskonformen Technischeinsatz im Strafverfahren, Pfaffenweiler, 1990
- *APIS: Die Arbeitsdatei PIOS Innere Sicherheit (APIS)* – mehr als ein Rechtsproblem, CR 1990, S. 213 ff, 281 ff.
- Der *Schutz* genetischer Informationen. Strukturen und Voraussetzungen des Gen-Datenschutzes in Forschung, Medizin, Arbeits- und Versicherungsrecht, DuD 2002, S. 133 ff.
- *Datenschutz* in Ausländerbehörden, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München, 2003, S. 1570 ff.
- Weiler, J.H.H. / Lockhart, Nicolas J.S.*: „Taking Rights Seriously” Seriously. The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, CMLR 1995, S. 51 ff., 579 ff.
- Weingart, Peter*: „Großtechnische Systeme“ – ein Paradigma der Verknüpfung von Technikentwicklung und sozialem Wandel ?, in: ders. (Hrsg.), Technik als sozialer Prozeß, Frankfurt a.M., 1989, S. 174 ff.
- Weingarten, Rüdiger*: *Typisierungen technisierter Kommunikation*, in: ders./Fiehler (Hrsg.), Technisierte Kommunikation, Opladen, 1988, S. 9 ff.
- Die *Verkabelung der Sprache*. Grenzen der Technisierung von Kommunikation, Frankfurt a.M., 1989
- Weise, Karl Theodor*: Datenschutz für „Trivialdaten“, DuD 1989, S. 279 ff.
- Weiß, Wolfgang*: Zur *Wirkung* von Richtlinien vor Ablauf der Umsetzungsfrist, DVBl 1998, S. 568 ff.
- von Weizsäcker, Carl Friedrich*: *Sprache als Information*, in: ders., Die Einheit der Natur, 4. Aufl., München, 1972, S. 39 ff.
- *Materie, Energie, Information*, in: ders., Die Einheit der Natur, 4. Aufl., München, 1972, S. 342 ff.
- von Weizsäcker, Ernst*: *Erstmaligkeit* und Bestätigung als Komponenten der pragmatischen Information, in: ders. (Hrsg.), Offene Systeme I: Beiträge zur Zeitstruktur von Information, Entropie und Evolution, Stuttgart, 1974, S. 82 ff.
- Wellbrock, Rita*: *Persönlichkeitsschutz* und Kommunikationsfreiheit. Eine Analyse der Zuordnungsproblematik anhand der Rechtsprechung der Zivilgerichte und des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden, 1982
- Der Hessische *Regelungsentwurf* für die polizeiliche Datenverarbeitung, CR 1986, S. 149 ff.
- Welp, Jürgen*: Die strafprozessuale *Überwachung* des Post- und Fernmeldeverkehrs, Heidelberg, 1974
- Wendt, Rudolf*: *Eigentum* und Gesetzgebung, Hamburg, 1985
- Wente, Jürgen*: *Informationelles Selbstbestimmungsrecht* und absolute Drittwirkung der Grundrechte, NJW 1984, S. 1446 f.
- Werckmeister, Georg*: *Informationsrecht* – Grundlagen und Anwendung im Überblick, DVR 1978, S. 97 ff.
- Werle, Raymund*: *Innovationspotenziale* im Internet – Selbstregelung auf Strukturebene, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und Telekommunikation. Rechtliche Steuerung von Innovationsprozessen in der Telekommunikation, Baden-Baden, 2000, S. 141 ff.
- Wersig, Gernot*: *Informationssoziologie*: Hinweise zu einem informationswissenschaftlichen Teilbereich, Frankfurt a.M., 1973
- Die *kommunikative Revolution*: Strategien zur Bewältigung der Krise der Moderne, Opladen, 1985
- Westin, Alan F.*: *Privacy and Freedom*, 6. Aufl., New York, 1970
- *Privacy in the Modern Democratic State*, in: Johnson/Snapper (eds.), Ethical Issues in the Use of Computers, Belmont, 1985, S. 184 ff.
- Wetter, Irmgard*: Die *Grundrechtscharta* des Europäischen Gerichtshofes, Frankfurt a.M., 1998
- Wichert, Michael*: *Web-Cookies* - Mythos und Wirklichkeit, DuD 1998, S. 273 ff.

- Wieland, Joachim: *Die Freiheit des Rundfunks*. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 12 Absatz 1 GG, Berlin, 1984
- Wiese, Markus: Unfreiwillige *Spuren* im Netz, in: Bäumler (Hrsg.), *E-Privacy. Datenschutz im Internet*, Braunschweig/Wiesbaden, 2000, S. 9 ff.
- Wiesel, Georg / Gerster, Helmut: *Das Informationssystem der Polizei. INPOL*, Bundeskriminalamt (Hrsg.), Wiesbaden, 1978
- Willke, Helmut: *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin, 1975
- Wind, Irene / Siegert, Michael: *Datenschutzrichtlinie der EG – mögliche Auswirkungen auf das BDSG*, RDV 1992, S. 118 ff.
- Windthorst, Kay: *Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation*, Berlin, 1998
- *Regulierungsansätze im deutschen und US-amerikanischen Telekommunikationsrecht*, CR 1998, S. 281 ff., 340 ff.
- Wingert, Bernd: Die neue *Lust* am Lesen ? Erfahrungen und Überlegungen zur Lesbarkeit von Hypertexten, in: Bollmann (Hrsg.), *Kursbuch Neue Medien. Trends in Wirtschaft und Politik, Wissenschaft und Kultur*, 2. Aufl.: Mannheim, 1996, S. 112 ff.
- Winkler, Sebastian: Der Europäische *Gerichtshof* für Menschenrechte, das Europäische Parlament und der Schutz der Konventionsgrundrechte im Gemeinschaftsrecht. Anmerkung zum EGMR-Urteil im Fall Matthews ./ Vereinigtes Königreich, EuGRZ 2001, S. 18 ff.
- Wintrich, Josef M.: *Zur Problematik der Grundrechte*, Köln/Opladen, 1957
- *Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG*, in: Maunz/Nawiasky/Heckel (Hrsg.), *Staat und Bürger. Festschrift für Willibald Apelt*, München/Berlin, 1958, S. 1 ff.
- De Witte, Bruno: The Past and Future *Role* of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights, in: Alston (ed), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, S. 859 ff.
- Wochner, Manfred: *Das Datenschutzdurcheinander*, DVBl 1982, S. 233 ff.
- Woertge, Hans-Georg: *Die Prinzipien des Datenschutzrechts und ihre Realisierung im geltenden Recht*, Heidelberg, 1984
- Wolf, Rainer: *Grundrechtseingriff durch Information ? Der steinige Weg zu einer ökologischen Kommunikationsverfassung*, KJ 1995, S. 340 ff.
- Wolff, Heinrich Amadeus: Der verfassungsrechtliche *Schutz* von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, NJW 1997, S. 98 ff.
- Wolff, Hans-Julius / Bachof, Otto: *Verwaltungsrecht II*, 4. Aufl., München, 1976
- Wolter, Jürgen: Heimliche und automatisierte *Informationseingriffe* wider Datengrundrechtsschutz: Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozeß- und Polizeirecht, Goldtammers Archiv 1988, S. 49 ff.
- Repressive und präventive *Verwertung* tagebuchartiger Aufzeichnungen. Zugleich eine Besprechung der Tagebuch-Entscheidung des BVerfG, StV 1990, S. 175 ff.
- *Beweisverbote* und Informationsübermittlung der Polizei bei präventiver Videoüberwachung eines Tatverdächtigen – BGH NJW 1991, 2651 –, Jura 1992, S. 520 ff.
- *Datenschutz* und Strafprozeß. Zum Verhältnis von Polizeirecht und Strafprozeßrecht, ZStW Bd. 107 (1995), S. 793 ff.
- Wülfing, Thomas: *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte* und Grundrechtsschranken, Berlin, 1981
- Wuermeling, Ulrich / Felixberger, Stefan: *Fernmeldegeheimnis* und Datenschutz im Telekommunikationsgesetz, CR 1997, S. 230 ff.
- Würtenberger, Thomas / Heckmann, Dirk / Riggert, Rainer: *Polizeirecht* in Baden-Württemberg, 5. Aufl., Heidelberg, 2002
- Wurst, Matthias: *Europa* 1992: Auf dem Weg zu einem einheitlichen Datenschutzrecht in der europäischen Gemeinschaft, JuS 1991, S. 448 ff.
- Zezschwitz, von, Friedrich: *Konzept der normativen Zweckbegrenzung*, in: Roßnagel (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung*, München, 2003, S. 219 ff.

- Zijderveld, Anton C.: Elektronische Interaktion* ?, in: Oskar Schatz (Hrsg.), *Die elektronische Revolution: Wie gefährlich sind die Massenmedien* ?, Graz/Wien/Köln, 1975, S. 97 ff.
- Zöller, Marc Alexander: Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten. Zur Vernetzung von Strafverfolgung und Kriminalitätsverhütung im Zeitalter von multimedialer Kommunikation und Persönlichkeitsschutz*, Heidelberg, 2002
- Zöllner, Dieter: Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem. Grundsatzfragen der Datenschutzkontrolle*, Berlin, 1995
- Zöllner, Wolfgang: Daten- und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1982
- *Informationsordnung und Recht*, Berlin/New York, 1990
- Zuleeg, Manfred: Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung* ?, DVBl 1976, S. 509 ff.
- Die Europäische *Gemeinschaft* als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545 ff.
- Zum *Verhältnis* nationaler und europäischer Grundrechte. Funktionen einer EU-Charta der Grundrechte, EuGRZ 2000, S. 511 ff.

Sachverzeichnis

Abgleich s. Datenabgleich

Abhören 243 ff., 268 ff., 322 mit Fn 180, 346, 372 mit Fn 72, 374 ff., 437 mit Fn 313
s. Telekommunikationsgeheimnis

s. Wohnung, Unverletzlichkeit

Abrufverfahren 495

Abschottung

– und Privatsphäre 202, 206 f., 217, 239, 250, 253, 277, 376 ff., 385, 387, 394 f., 425, 430

– im Rahmen der Verarbeitungsvorgänge 526, 529

– als Element der System- und Technikgestaltung 468, 487, 490, 550, 552, 554, 561, 562, 592, 598

– Trennung von Statistik und Verwaltungsvollzug 171, 263 f., 561

Abstammung, Recht auf Kenntnis 264 f., 470 mit Fn 433

Akten

– Auskunft und Einsicht 107, 129, 294 f., 482, 483, 569 ff., 573, 601

– und Dateibegriff 319

– Verarbeitung in 106

Aktualität s. Richtigkeit, Begriff

Allgemeines Freiheitsrecht s. Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Allgemeine Handlungsfreiheit s. Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Allgemeines Persönlichkeitsrecht s. Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

Allgemeininteresse s. RiS, Einschränkungsmöglichkeiten

Amtsermittlungsgrundsatz 557 f.

Amtshilfe 166 f., 168, 199, 537, 603

Anhörung 191 mit Fn 182, 414, 474, 568, 578, 579

Anonymisierung

– Anonymisierungsdienste 374

– Begriff 495, 555

– Funktion 129, 170 f., 461, 495

– Pflicht zum Einsatz von A.verfahren
– als Grundrechtsgebot 555 ff., 595

– als Regelungsoption 475, 552, 558, 562, 581, 598, 599

– und Statistik 165 f., 170 ff., 262 f.

Anonymität

– Recht auf 426 mit Fn 278

– Schutzerfordernisse 127 ff., 379 ff., 426

Arbeitsverhältnis 129

Arzt/Patienten-Verhältnis 200 ff.

Art. 29-Gruppe 311 f.

Auffanggesetz 479 ff., 504, 520, 564, 572, 577, 588

Aufgaben

– und Informations- und Datenverarbeitung 95, 108, 462 ff., 477 ff., 487 ff.

– und Zweckfestlegung 498 f., 500 ff.

– und Erforderlichkeit 517

– und Determination der Verarbeitungsvorgänge 521 ff.

– und System- und Technikgestaltung 546 f., 549 f., 550 ff.

Auskunftsrecht s. Kenntnismöglichkeiten

Ausstrahlungswirkung 56 ff.

s. Grundrechtsnormen, objektivrechtliche Freiheitsgewährleistungen

Automatisierte Einzelentscheidungen 339 f., 535

Bagatelldaten 160, 463 f. mit Fn 406

Beeinträchtigung s. Grundrechtsbeeinträchtigung

Befragung 157, 200 ff., 364, 441 ff.

Begründungspflicht 536, 573 f.

Benachrichtigung s. Kenntnismöglichkeiten, Unterrichtung

Bereichsspezifität

– Diskussion 129 f.

– Regelungen 129 f., 321, 327 f., 330, 464, 479 f., 490, 514, 520, 542 f., 561, 564, 566, 570, 573, 578, 604

– Zweckfestlegung 166 f., 268, 269, 497, 502, 504

– System- und Technikgestaltung 561 ff.

- Berichtigung 122, 265, 300, 305, 331, 333, 336 f., 472, 474, 530, 531, 572, 576, 601
- Berufsfreiheit 48 mit Fn 80, 72, 75, 79 ff., 242, 304, 307 f., 357, 358 f., 366, 369, 388, 393, 400, 409, 410, 413 ff., 592
- Beschaffung s. Informationsgrundlagen
- Beschlagnahme 200 ff., 272, 441
- Bestimmtheit 168, 489, 503, 514, 517 mit Fn 605, 565, 599
- Beteiligung 129, 567, 577 f.
- Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 242, 342, 369, 370, 393, 592
- Beurteilungsspielraum s. Konkretisierungskompetenz
- Bewegungsprofil 125
- Briefgeheimnis 249, 357
- Datei**
- Begriff 319, 350
 - Einsichtsrechte 569 ff.
 - Register 121, 341 f., 566
- Daten**
- Begriff 89
 - Abgrenzung gg Informationen 87 ff., 96 ff.
 - Basis von Informationen 89 ff., 97
 - Zeichen oder Zeichengebilde 89
 - personenbezogen s. Personenbezogenheit
- Datenabgleich 105, 173, 493, 531, 535
- Datenbank 107 f., 117, 125, 456
- Datenerhebung
- Begriff 96, 492
 - Funktion 96, 492
 - Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen 474, 515, 524, 564, 567 f., 579, 582
 - Grundsatz der offenen Erhebung 441 ff., 525 f., 540, 567 f.
 - Methoden 441 ff., 523, 525 f.
 - Modus 441 ff., 523, 525 f.
 - phasenspezifische Regulierung 523 ff.
- Datenlöschung 96, 495, 539
- Datenminimierung 93, 525, 554
- Datennutzung
- Begriff 96, 493
 - Funktion 96, 493
 - phasenspezifische Regulierung 531 ff.
- Datensammlung auf Vorrat 166, 323, 346 mit Fn 278, 465
- Datenschutzdiskussion
- als genetische Grundlage des RiS 113 ff., 211 ff.
 - Diversifikation 129 f.
 - Leitgedanken 113 ff.
- s. Grundrecht auf Datenschutz
- Datenschutzaudit 129, 559 ff.
- Datenschutzbeauftragte
- Grundrechtsvorgaben 162, 166, 169 f., 171, 476
 - Unabhängigkeit 476
- s. Kontrollstelle
- Datenschutzkonvention 297 ff.
- Datenschutzrichtlinien
- EG-Datenschutzrichtlinie 311 ff.
 - Entstehungsgeschichte 312 f.
 - Regelungsmuster 315 ff.
 - Umsetzungsspielräume 321
 - EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 345 ff.
 - Wirkungen 311 f.
- Datensicherheit 127, 299, 340 f., 346, 465 mit Fn 411, 542 f., 560
- Datensparsamkeit
- Begriff 551 f.
 - Funktion 553
 - als Grundrechtsgebot 553 ff.
 - als Grundsatz 550 ff.
- Datenspeicherung
- Begriff 96, 492
 - Funktion 492
 - phasenspezifische Regulierung 526 ff.
- Datenspernung 96, 495, 539
- Datenübermittlung
- Begriff 96, 494 f.
 - Funktion 495
 - phasenspezifische Regulierung 536 ff.
 - „Verbindung von tendenziell miteinander Unvereinbarem“ 172 f., 466, 539
- Datenübersichten 121
- Datenveränderung
- Begriff 96, 492 f.
 - Funktion 493
 - phasenspezifische Regulierung 530 f.

Datenverarbeitung

- Begriff 87 mit Fn 226, 96 mit Fn 256
- Phasen 96 f., 491 ff., 523 ff.
 - Interdependenzen 96 f., 491 ff.
 - Verflochtenheit mit Informationsprozessen 96 f., 491 ff.
 - Phasenspezifische Regulierung 520 ff.
- Verarbeitungszusammenhang 96 f., 465 f., 467, 491, 496, 498 f., 510, 521

Datenverarbeitungstechnik 98 ff., 542 ff., 548 ff.

Datenvermeidung

- Begriff 551 f.
- Funktion 553
- als Grundrechtsgebot 553 ff.
- als Grundsatz 550 ff.

Datenzugang 111, 112, 471, 558 mit Fn 751

Digitalisierung 100, 457

Drittwirkung

- dogmatische Grundlagen 36 ff.
 - des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung 267
 - der Grundrechtsvorgaben zur Grundregulierung 464, 476, 477 ff., 500, 562, 567, 576
 - der Bindungen einzelner Freiheitsgewährleistungen 360 ff.
- s. Privatrecht

Ehe und Familie 47, 79, 228, 304, 357, 359, 368 f., 377, 378, 395, 398

Eigentum 57, 75, 144, 242, 290, 307, 357, 359, 369, s. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse

Einflußmöglichkeiten

- als Grundrechtsgebot 462, 474 f.
- besondere gesetzliche Einflußpositionen 474 f., 579 ff.
- Individualschutzcharakter gesetzlicher Regelungen 474, 578
- Koordinationserfordernisse 576 ff.

Eingriff

- Begriff
 - klassisch 34 ff.
 - Flexibilisierung 70 ff.
- Funktion 34, 70, 446

– Informationseingriff s. dort
s. Grundrechtsbeeinträchtigung

Eingriffsabwehr

- klassische Konzeption 29 ff.
- moderne Ansätze 34 mit Fn 27, 51 mit Fn 85
- Limitationen 29 ff.

Eingriffsintensität 72, 73 f., s. Grundrechtsbeeinträchtigung, Intensität

Einsichtsrechte 121 f., 129, 473, 482, 486, 565, 569 ff., 571, 596

Einwilligung

- als Grundrechtsgebot 475, 580 f.
- als Einflußposition 475, 580 f.
- öffentlicher Bereich 580 f.
- nichtöffentlicher Bereich 581

Elfes-Urteil 165, 182 f.

EMRK

- Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK)
 - Schutzgehalte 290 ff.
 - Beeinträchtigungsformen 291, 293 ff.
 - Verflochtenheit von Schutzbereich und Beeinträchtigung 297
- Wirkungen 288 f.

Entscheidungsbefugnis über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten s. RiS

Entscheidungsspielraum s. Konkretisierungskompetenz

Eppler-Entscheidung 222 ff.

Erforderlichkeit

- als Regelungselement im Rahmen der Grundregulierung 516 ff.
 - Begriff 516 f.
 - Funktionen 516
 - gesetzliche Gestaltung 519, 597 f., 600
- als Komponente des Übermaßverbots 33, 599 f.

Erheblichkeit 299, 306, 325

Erhebung s. Datenerhebung

Faktische Beeinträchtigung s. Grundrechtsbeeinträchtigung

Fernmeldegeheimnis s. Telekommunikationsgeheimnis

Folgenorientierte Argumentation 59 f.,
117 ff., 244 ff., 247, 251 ff., 257 f., 259,
270 ff., 282 f., 370, 373 ff., 389 ff., 410 ff.,
422 ff., 430 ff., 451 f., 456 ff.

Freiheit

– in der klassischen Eingriffsabwehr 29 ff.
– und Sozialität 42 ff.

Freiheitsgewährleistungen, spezifizierte

– Inhalte 357 ff.
– Vorgaben für den Umgang mit personen-
bezogenen Informationen und Daten
242 ff., 370 ff., 382 ff., 405 ff., 422 ff.,
425 ff., 451 ff., 589 ff.

Gegendarstellung

– Recht auf 110, 229 f., 255 f.
– als Einflußposition 122, 475

Geheimnisgewährleistungen 366 ff.

Gesetzesvorbehalt

– Mehrfunktionalität
– Eingriffsvorbehalt 29, 34
– Zuweisung einer Konkretisierungs-
kompetenz 53, 68, 482 f.
– Parlamentsvorbehalt 53, 483 f., 489,
– Reichweite 72, 160, 603 f.
– Umgang mit personenbezogenen Informa-
tionen und Daten 482 ff., 596 ff., 599 ff.
– Wesentlichkeitstheorie 53, 440, 461

Gestaltungsspielraum s. Konkretisierungs-
kompetenz

Gewaltenteilung, informationelle 264, 463

Gewissensfreiheit 357, 359, 367 f., 377,
385 f., 387 f., 390 ff., 429, 591 f.

gläserner Mensch 116

Glaubensfreiheit 357, 359, 361, 367 f., 429

Grundrecht auf Datenschutz 600 f.

Grundrechtsbeeinträchtigung

– Begriff 74 f., 78 ff., 444 ff.
– Abweichung von den Maßgaben der
Grundrechtsnormen 445 f.

– faktische 71 ff.

– Funktion 70, 446, 599

– Intensität 446 f.

– mittelbare 71 ff.

– durch Umgang mit Informationen und Da-
ten 134 ff., 163 f., 437 ff., 444 ff., 599

s. Eingriff

Grundrechtsgefährdungsschutz 156 f., 602
mit Fn 903

Grundrechtsnormen

– Geltung im Verhältnis zwischen Privaten
s. Drittwirkung

– Gewährleistungsdimensionen 36 ff.,
357 ff.

– funktionsspezifische Konkretisierung
68 f.

– objektivrechtliche Freiheitsgewährlei-
stungen 36 ff., 39 ff., 357 ff., 454 ff.

– Resubjektivierung 40

– subjektive Rechte 39 ff.

– Zusammenhang mit Eingriffsbegriff
29 ff., 70 ff., 134 ff., 437 ff.

s. Gesetzesvorbehalt

s. Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte

Grundrechtsposition

– Abwehrrecht 29 ff.

– Leistungsrecht 61 ff.

– organisations- und verfahrensbezogener
Schutz 54 ff., 592 f.

– soziale Position 49 ff., 196 f., 221 f.,
223 ff., 233, 243 ff., 250, 251 ff., 255 ff.,
260 ff., 270 ff., 282 ff., 357 ff., 373 ff.,
379 ff., 400 ff., 422 ff., 426 ff., 454 ff.

s. Schutzgut

Grundrechtsvoraussetzungsschutz 49 mit
Fn 83, 156 f., 602 mit Fn 903

Grundregulierung

– Gefährdungsabhängige Ausgestaltung
464

– Gewährleistung von Einflußmöglichkei-
ten 474 f., 575 ff.

– Gewährleistung von Kenntnismöglich-
keiten 469 ff., 562 ff.

– Institutionalisierung adäquater Kontrollen
475 ff.

– Steuerung der Verarbeitungsabläufe
462 ff., 487 ff.

– Verhältnis von Grundrechtsanforderungen
und gesetzlichen Regelungen 481 ff.

Grundsatz der Erhebung beim Betroffenen

s. Datenerhebung

Grundsatz der offenen Erhebung s. Daten-
erhebung

Handlungsfreiheit s. Allgemeine Handlungsfreiheit

In-Camera-Verfahren 575

Individualrechtsposition s. Grundrechtsnormen, subjektive Rechte
s. Grundrechtsposition

Informant

- Schutz bei Kenntnisbegehren 572, 573
- Schutz der Pressefreiheit 368, 388
- Unterscheidung Vertrauensschutz / Informationschutz 382 f.

Information

- Abgrenzung gegen Daten 89, 96 ff.
- Begriff 87 ff.
- Differenzierung von Bewußtsein und Kommunikation 94 f., 494
- Eigenständigkeit als Regelungs- und Schutzdimension 107 ff., 131 ff., 193 ff., 360 ff., 454 ff.
- Inadäquanz eigentumsanaloger Muster 143 ff.
- Inadäquanz individualistischer Zuordnungsmuster 137 ff.
- und Macht 115, 117, 126, 479
- und Wissen 89, 92 ff.
- Verflochtenheit von Informations- und Datenverarbeitungsvorgängen 96 f., 491 ff.

Informationsgrundlagen

- Beschaffung 108, 491, 492, 496, 523 ff.

Informationelle Gewaltenteilung 264, 463

Informationelle Selbstbestimmung

- Begriff 22, 602 f.
 - als leitender Topos 21, 123 ff.
- s. RiS

Informationseingriff 163 f. mit Fn 57, 438 ff., 446

Informationsfreiheit 47, 112, 304, 416, 419

Informationsgewinnung

- Begriff 493 f.
- Funktion 494
- heimliche 441 ff.
- phasenspezifische Regulierung 533 ff.

Informationsinteressen 272

Informations- und Kommunikationspläne
566

Informationsordnung 22, 112

Informationsrechte s. Kenntnismöglichkeiten

Informationsrecht

- Regelungsdimensionen 109 ff.
- und sachliche Regelungsstrukturen 111, 477 ff., 604

Informationsveränderung 494

Informationsverwendung

- Begriff 494
- Funktion 494
- phasenspezifische Regulierung 535 f.

Institutionelle Garantie 43 f.

Internet

- Grundlagen 101 f.
- spezifische Regelungserfordernisse 109 ff., 426, 467, 548, 555, 558

Intimsphäre 198, 208 f., 248, 366 f., 377, 381 f.

Kenntnismöglichkeiten

- als Grundrechtsgebot 462, 469 ff.
- Informationsrechte, EG-DSRiL 331 ff.
- Formen
 - Auskunft 570 f.
 - Beteiligung 567 f.
 - Einsicht 569 f.
 - übergreifende Orientierung 565 ff.
 - Unterrichtung 567, 568 f.
- Koordinationserfordernisse 562 ff.

Kennzeichnungspflicht 269, 526, 528 mit Fn 646

Kommunikationsnetze 98 ff.

Kompetenzen

- und Rechtsstaat 478, 488 ff.
- und Zweckfestlegung 501 ff.

Konkretisierungskompetenz

- exekutive 53, 484, 603 f.
- gesetzgeberische 53, 68, 482 ff.
- Neubestimmung 53, 484, 603 f.

Kontrolle

- als Grundrechtsgebot 162, 169 f., 171, 266, 475 f.
- Entscheidungsbefugnisse 476
- Kontrollbefugnisse 476

Kontrollstelle

- Befugnisse 342 f.
- Einrichtung 342 f.
- Unabhängigkeit 342

Koordinationsanforderungen 477, 487 ff.,
562 ff., 576 ff.

Leistungsrechte s. Grundrechtsposition

Massenmedien 100, 103

Medien 98 ff.

Mediendienste 550, 555

Meinungsfreiheit 47, 79, 210, 256 f., 304,
331, 357, 358, 361 f., 365, 366, 397, 398 f.,
404, 410, 411 ff., 416, 424

Meldepflicht 343 f.

Menschenwürde

- Funktion beim informationsbezogenen
Schutz 195 ff., 459, 470 f.
- Gehalt 195 f.
- als Leistung einer sozialen Beziehung
195 f.
- Objektformel 196 mit Fn 199

Methoden 440, 441 ff., 457, 466, 496, 503,
506, 512 f., 523, 525 f., 528, 535, 539

Mikrozensus-Entscheidung 153 f., 194,
195 ff.

Modus 441 ff., 503, 506, 523, 525 f., 528,
540

Multimedia 102

Nachberichtspflicht 538

Nachteilsverbot 172, 173

Netze 98 ff.

Netzzugang 110

Normenklarheit 168, 173, 269, 463, 503,
514, 565

Nutzungsprofil 125 f., 457

**Objektivrechtliche Gehalte s. Grundrechts-
normen**

Observation 89, 224, 242, 416, 418, 420,
438, 439, 441

OECD-Leitlinien 287

Öffentlichkeit

- Schutz des Verhaltens in der Öffentlich-
keit 210, 253, 293, 296, 362 f., 364 f.,
398 f., 415 ff., 418 ff.

Parlamentarvorbehalt s. Gesetzesvorbehalt

Personenbeziehbarkeit 461 mit Fn 398,
495, 555

Personenbezogenheit 126, 131, 156 mit Fn
19, 237 f., 461, 495, 555

Persönlichkeitsentfaltung s. Recht auf freie
Entfaltung der Persönlichkeit

Persönlichkeitsprofil 109, 116, 125 f., 142,
154, 197, 456 f., 457, 459

Persönlichkeitsrecht s. Recht auf freie Ent-
faltung der Persönlichkeit

Phasenspezifische Regulierung s. Daten-
verarbeitung, Phasen

Pressefreiheit 47, 67, 217 f., 246, 255,
296 f., 304, 357, 359, 366, 368, 388, 392 f.,
419, 423

Privatautonomie 190, 231 mit Fn 334

Privatrecht 477 ff., s. Drittwirkung

Privatheitsgewährleistungen 366 ff., 595,
s. Recht auf Achtung der Privatsphäre

Privatsphäre

- als deskriptiver Begriff 385, 387, 418 mit
Fn 256, 428
- als soziologisches Konzept 379 ff.,
384 ff.

– Relativität 211 ff.

– Relevanz des Verwendungszusammen-
hanges 215 f.

s. Privatheitsgewährleistungen

s. Recht auf Achtung der Privatsphäre

Protokollierung 122, 169 mit Fn 85, 539

Pseudonymisierung

- Begriff 495, 555 f.
- Funktion 129, 461, 495
- Pflicht zum Einsatz von P.verfahren
– als Grundrechtsgebot 555 ff., 595
- als Regelungsoption 552, 558, 581, 599

Qualitätsanforderungen, EG-DSRiL 321 ff.

Querschnittsgesetz 167, 177, 479 ff., 504,
520, 564, 572, 577, 588

Recht am Datum 143 ff., 594

Recht am eigenen Bild 219, 251, 260 ff.

Recht am gesprochenen Wort 204 f., 219, 260, 261

Recht auf Achtung der Privatsphäre

– Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens s. EMRK

– Genese 193 ff.

– Schutzzinhalte

– ursprüngliche Konstruktion 201 ff., 206 ff.

– Novellierungen 248 ff.

– informationsorientierter Schutz 251 ff., 277, 366 ff., 382 ff., 595

– Beeinträchtigungsformen 194 ff., 366 ff.

– Rekonstruktion 382 ff.

– Relativität s. Privatsphäre

– Relevanz des Verwendungszusammenhangs s. Privatsphäre

– Sphärentheorie 208 ff.

– Verbürgung neben anderen Gewährleistungen 252 f., 277 f., 366 ff.

– Verhältnis zur Handlungsfreiheit 193 ff., 234

– Verhältnis zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung 247 f., 250, 252 f., 277 f.

Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

– Abstrakt-vorgelagerte Gewährleistung

– Schutzzinhalte

– allgemein 454 ff.

– Vorgaben zur Grundregulierung 460 ff.

– Funktion gesetzlicher Regelungen 460 f., 481 ff.

– Allgemeines Freiheitsrecht 31, 34, 36, 180, 181, 183, 185 ff., 234, 270, 593 f.

– Allgemeine Handlungsfreiheit 34, 65, 77, 181 ff., 226 f., 234, 290 mit Fn 16

– Allgemeines Persönlichkeitsrecht

– Genese 217 ff., 222 ff.

– Schutzzinhalte

– Entscheidungsbefugnisse 204 f., 218 ff., 222 ff., 229, 232 f., 255 ff.

– Gewährleistung der engeren persönlichen Lebenssphäre 178 ff., 230 f.

– Informationsorientierter Schutz 217 ff., 230 ff., 278

– Novellierungen 255 ff., 278

– Verbindung mit Menschenwürde 195 ff., 594

– Verhältnis zur Handlungsfreiheit 230 f., 234

– Verhältnis zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung 253 f.

– Anspruch auf verfassungsmäßiges staatliches Verhalten 35, 184, 189

– Dichotomisierung in Handlungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht 178 ff., 230 ff.

– Eingriffsfreiheit 183, 184 f., 189, 192

– Informationsorientierter Schutz 593 ff.

– Gemeinschaftsvorbehalt 182

– Nachteilsfreiheit 186, 188 ff., 234

Recht auf informationelle Selbstbestimmung

– Beeinträchtigungsformen 163 f., 239 f.

– Bezug zum Demokratieprinzip 156

– Determinationsreichweite und -tiefe 159 f., 162 ff., 238

– Drittwirkung 267

– Einschränkungsmöglichkeiten 164 ff.

– Entscheidungsbefugnis über Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten

– Herleitung 153 ff.

– Problematik 156 ff., 236 ff., 594

– Genese 234 ff.

– Informationsorientierter Schutz

– statt Handlungsschutz 234

– statt Datenschutz 158 ff., 270 ff.

– Literarischer Ursprung 213 ff.

– Maßgaben 162 f., 165 ff., 239, 268 ff.

– Schutzzinhalte und -reichweite 153 ff., 262 ff.

– Schutzziel und -konzept 155 ff., 235 f.

– Systematischer Zusammenhang mit der Verhaltensfreiheit 156 f., 235

– Verbindung mit Menschenwürde 195 ff., 234

– Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht 253 f.

– Verhältnis zum Recht auf Achtung der Privatsphäre 247 f., 250, 252 f., 277 f.

Rechte auf freie Entscheidung über Kommunikation und Kommunikationsadressaten 361 ff.

Rechtsbeeinträchtigung s. Grundrechtsbeeinträchtigung

Rechtsstaat 459 mit Fn 385, 478
 Rechtsstaatliches Verteilungsprinzip 31 f.,
 33 mit Fn 23, 51, 63, 78
 Rechtsweggarantie
 – Inhalt 57 mit Fn 115, 472, 575
 – Grundlage von Kenntnisrechten 163,
 266, 472 f., 571 f., 574
 – Grundlage von Schutzvorkehrungen 169
 mit Fn 85
 Rechtswidrigkeitsfolgen 539 ff.
 Regulierte Selbstregulierung 484, 604
 Reindividualisierungsrisiko 166, 170 f.
 Relativität der Privatsphäre s. Privatsphäre
 Resozialisierung 117, 218 ff., 231 mit Fn
 336, 256, 271, 395 f., 409, 595 mit Fn 880
 Richtigkeit
 – Begriff 119
 – Regelungserfordernisse 119 f., 127,
 141 f., 154, 325, 457 f., 465, 475, 505,
 512, 513, 515, 518, 521, 523, 525, 528 f.,
 530, 531, 532, 535, 539, 550, 576
 Rundfunk 99 ff., 110
 Rundfunkfreiheit 47, 48, 67, 218 ff., 229 f.,
 304, 357, 359, 371 f.

 Scheidungsaktenbeschluß 194, 198 ff.
 Schutzgut
 – als Bezugspunkt dogmatischer Strukturi-
 erung 183 ff.
 – der klassischen Eingriffsabwehr 33 f.
 – im Hinblick auf den Umgang mit perso-
 nenbezogenen Informationen und Daten
 426 ff., 455 ff., 602 ff.
 Schutzpflicht 62 ff.
 Selbstbestimmung 154
 Selbstdarstellung
 – als soziologisches Konzept 400 ff.
 – Recht auf
 – Interpretationsmuster 222 ff., 396 ff.
 – Defizite 223 ff., 404 f.,
 – Rekonstruktion 405 ff.
 Selbstschutz 129, 475, 581
 Selbstverständnis 31 mit Fn 15, 211,
 222 ff.

Sensitive Daten 160 ff., 216, 237, 328 ff.,
 436, 603
 Signatur, digitale 110 f., 128
 Sinn 90 ff.
 Sozialer Geltungsanspruch 223 ff.
 Sphärentheorie s. Recht auf Achtung der
 Privatsphäre
 Statistik 170 ff., 262 ff.
 Stelle 536 f.
 Stigmatisierung 117, 118, 129, 188, 233,
 256, 257, 259, 386 mit Fn 135, 408 mit
 Fn 214, 428, 449,
 Subjektives Recht 39 f.
 s. Grundrechtsnormen
 s. Grundrechtsposition
 Systemdatenschutz 544 f.
 Systemgestaltung
 – Begriff 466 f., 544 ff.
 – als Grundrechtsgebot 467 ff., 547 f.
 – als Regelungsoption 469, 550 ff.
 – Bereichsspezifität als Merkmal 561 f.

 Technik
 – Recht und 467 mit Fn 416
 s. Datenverarbeitungstechnik
 Technikentwicklung 548 ff.
 Technikgestaltung
 – Begriff 467, 548 ff.
 – als Grundrechtsgebot 467 ff., 548 ff.
 – als Regelungsoption 469, 550 ff.
 Technikspezifische Bestimmungen 542 ff.
 Teledienste 130, 550, 555, 558, 581
 Telefon 99
 Telekommunikationsdienste 130, 346 f.,
 376 mit Fn 89, 567 mit Fn 785
 Telekommunikationsgeheimnis 243 ff.,
 268 ff., 357, 367, 370 ff., 602
 Transparenz 112, 120 ff., 129, 135 f., 143,
 245, 332, 341 ff., 374, 424, 452, 462 ff. mit
 Fn 400
 Triviale Daten s. Bagatelldaten

 Übergangsfrist 486

Übermaßverbot 33, 160 f., 168, 592 f., 599 f.

Übermittlung s. Datenübermittlung

Unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung

- als Wesensgehaltsschutz 193 f.
- im Rahmen der Genese des Rechts auf Achtung der Privatsphäre 197 ff.

Unions- und Gemeinschaftsgrundrechte – Charta 302 ff.

- Einschränkungsvorbehalt 304
- Rechtsprechung des EuGH 306 ff.
- kein RiS auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene 310
- Verhältnis zu nationalen Grundrechten 301 f.
- Wirkungen 301 f.

Untermaßverbot 64, 68 mit Fn 158

Unterrichtung s. Kenntnismöglichkeiten

Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

- als Konstrukt 29 f., 132 f.
- als Grundlage der Eingriffsabwehrkonzeption 29 f.
- im Bereich des Umgangs mit personenbezogenen Informationen und Daten 132 ff.

Unterscheidung zwischen staatlichen und privaten Regelungsbereichen 477 ff.

Verantwortlichkeit 539

Verarbeitungsvorgänge

- Aufschlüsselung 96 f., 491 ff., 522 ff.
- Determination 464 ff., 496 ff., 596 ff.
- Verhältnis zur Systemgestaltung 490 f., 562

Verbindungsdaten 246 mit Fn 395, s. Telekommunikationsgeheimnis

Verbot mit Erlaubnisvorbehalt 463

Verdeckte Ermittler 573

Vereinigungsfreiheit 358, 359, 362, 365, 366, 369, 398, 399 mit Fn 185, 417

Verfassungsschutz 118, 416, 418, 421, 429, 458 mit Fn 383, 471 mit Fn 437, 496, 504 mit Fn 571, 508 mit Fn 579, 592

Verfügungsrecht über Darstellungen der Person s. Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Entscheidungsbefugnisse
Verhältnismäßigkeitsprinzip s. Übermaßverbot

Versammlungsfreiheit 155, 210, 242, 304, 357 ff., 362, 369, 398 f., 411 ff., 415 f., 420 f., 429, 592

Verschlüsselung 128, 129, 374, 475, 550, 552, 599

Vertragsfreiheit 187

Vertrauensverhältnisse 368 f., 382 f.

Verwaltungsentscheidungen

- als Produkt von Informationsprozessen 108
- im Rechtsstaat 478, 487 ff.

Verwendungszusammenhang 95, 114, 116, 153, 159, 161 f., 168 f., 197, 204, 215 f., 236 f., 245, 246, 261, 271, 273, 283, 294, 318, 323, 328 ff., 332, 335, 374, 379, 384, 394, 396, 407, 422, 427, 432, 436, 452, 467, 499, 506, 542, 570, 589, 590

Verwertungsverbot s. Rechtswidrigkeitsfolgen

Virtualität 102, 110

Volkszählungsurteil 152 ff.

Vorabkontrolle 344 f., 475

Wahrheit 257

Wert 38 f.

Wesensgehaltgarantie 193 ff.

Wesentlichkeitstheorie s. Gesetzesvorbehalt

Widerspruchsrecht 337 ff., 579 f.

Wissen 89, 92 ff.

Wohnung, Unverletzlichkeit 265 f., 268 ff., 290, 304, 308, 357, 367, 370, 376, 386

Zahlungsverkehrsprofil 125

Zertifizierung 129, 559 ff.

Zeugnispflicht 200 ff.

Zeugnisverweigerungsrecht 272, 443 mit Fn 346

Zusatzwissen 263

Zulässigkeitsvoraussetzungen, EG-DSRiL
321 f., 326 ff.

Zweck als zentrale Kategorie 497

Zweckänderungen

- Begriff 513
- Gesetzliche Gestaltung 514 ff.
- Verfassungsmäßigkeit 167 f., 268 f.,
511 f., 513 ff.

Zweckbindung

- als grundrechtliche Anforderung 166 ff.,
170, 228 f., 269 f., 374 f., 507 ff.
- Begriff 269, 507
- Gesetzliche Gestaltung 508, 510 f., 597
- Funktionen 168 f., 270, 509 ff.
- Verhältnis zur Zweckkompatibilität 510,
515 f.

Zweckbündelung 511 ff.

Zweckfestlegung

- als Anforderung der EG-DSRiL 323
- als Anforderung des EU-Verfassungs-
vertragsentwurfs 305
- als grundrechtliche Anforderung 166 ff.,
170, 268 ff., 374 f., 498 ff., 591
- Begriff 166, 498
- Flexibilitäten 506 f.
- Funktionen 168 f., 270, 498 ff.
- Gesetzliche Gestaltung 500 ff., 597
- Konkretionsgrad 166 f., 500 ff.

Zweckkompatibilität 323 ff.

Zwei-Ebenen-Konzeption

- Konstruktion 453, 454, 589 ff., 602 ff.
- Notwendigkeit 283, 451 ff., 454