

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 *Rohlf*, 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 *Rohlf*, Privatsphäre, S. 141; *Vogelgesang*, S. 92 f.

45 *Scholler*, Freiheit, S. 140 ff.; *Hamel*, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 58; *Rohlf*, 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 Vertrautheit 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 Glaeser*, 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“.

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 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 Forsthoff, Persönlichkeitsschutz, S. 42 f., 46.

111 Schlink, Amtshilfe, S. 194 ff.

112 Zur Einschlägigkeit der Einzelgrundrechte vgl. Schlink, Amtshilfe, S. 199.

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

- https://doi.org/10.5771/9783845258638_354 <https://www.inlibra.com/de/page/agb> - Open Access - 

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 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 *Ripke* 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 gezerrt 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 Ausführung 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*, Tagebuchsentscheidung, 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 Wissensgebots 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 (Kammerbeschl.), NJW 1989, 3269 (3296 f.) – Beeinträchtigung des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 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. 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. 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 Selbstdarstellungsidee 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, 1. Kapitel, Punkt A.

204 Das entspricht spezifisch soziologischer Sicht, vgl. bereits Erster Teil, 1. 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 Schweise 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 Netzwerkconstellation 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 Risikoverteilungs- 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 vertragen 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; *Kunig*, 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; *Hoffmann*, 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 Kenntnisnahme 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

gennehmen, 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 Schweisen 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, vorgeifend 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

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.; *Grimm*, 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 Normverstosses 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/Garstka*, 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 Telegrafatenverkehrs, 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 herausgerückt, 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 *Kniesel/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 *Kniesel/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; *Kniesel/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 beeinflussten 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 insofern herbeiführen. 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 festgefügt 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 Einflußnahmen 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; *Simitis*, 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 leerlaufen und ihren Zweck verfehlen 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 aber anerkennt, 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 herzuleiten, 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 *Sueltzer*, 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 BayVG, 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 BVerwGE 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 *Kugelman*, 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 beigelegter Wertungen Streit besteht. Ein Recht der Betroffenen, festgehaltene Angaben um eine eigene Darstellung zu ergänzen, dient der Vervollständigung der Schweisen 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 transparenzsichernden 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.

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; *Rosnagel/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“ Privater⁴⁹⁵ – 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 Regelanforderungen 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 bestimmbaren 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-

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 *rechtlchen 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*

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 Gleichermäßen 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.; *Einwig*, 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. *Zeitzschwitz*, 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 Lohnsteuernkarten. 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 BVerfSchG 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 *Simutis*, 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 Flexibilität. 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 Anfang 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 Regelungszusammenhangs 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 allgemeinen 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. Zetzschwitz, 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 *Tinnesfeld*, 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 transparenzsichernden 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 Verarbeitung- 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 Vierer 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 Verwendungszusammenhanges. 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 Verarbeitungsläufe 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 *Büllesbach/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/Pfitzmann/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 Abschlussscheidung 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 Regulationsstrukturen 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 *Pfützmann*, Datenschutz, S. 18 ff.; *Federrath/Pfützmann*, Gliederung, S. 704 ff.; *Hoberl*, Datenschutz, S. 81.

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 Zweiebenen-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 Statistikerarbeit⁷⁴⁶ anders dar als in einem traditionellen Verwaltungsvorgehen, 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 Verwaltungsvorgehen dem Untersuchungsgrundsatz –, die nicht nur eine Anonymisierung, sondern auch eine Pseudonymisierung der personenbezogenen Daten der Beteiligten eines Verwaltungsvorgehens 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 Statistikerarbeit. 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 *Orten/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 insoweit 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 Auffanggesetzen 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 ermöglichen 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, Kenntnismöglichkeiten 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 regelmäßig 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 Kenntniskönnen, 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.