

Volkszählungen und informationeller Grundrechtsschutz

Svenja Behrendt

I. Einleitung

Volkszählungen haben eine lange Historie. Archäologische Funde deuten darauf hin, dass bereits ca. 3.800 Jahre v. Chr. in Babylon eine Volkszählung durchgeführt wurde. Bekannt ist auch, dass im Römischen Reich umfangreiche Volkszählungen stattgefunden haben. Als verfassungs- und grundrechtliches Thema wurden Volkszählungen jedoch erst spät erkannt. Das hat seinen Grund naturgemäß primär darin, dass Volkszählungen überhaupt erst zu einem verfassungsrechtlichen Thema werden können, wenn Verfassungen existieren bzw. wenn es eine rechtliche Ordnung gibt, die als Verfassung begriffen wird. Entsprechendes gilt für die positiv-rechtliche Anerkennung von Grundrechten. Darüber hinaus ist die Auseinandersetzung mit Volkszählungen als verfassungs- und grundrechtliches Thema erheblich durch Vorstellungen über das Recht, die Rolle des Staates sowie die Grundrechte und die Verfassung beeinflusst und wird so auch durch entsprechende Vorverständnisse und die zu der entsprechenden Zeit diskutierten theoretischen Ansätze beeinflusst.

Die Thematisierung als verfassungsrechtliches Problem wird erheblich von faktischen Umständen beeinflusst, das zeigt sich bei einem Blick auf Volkszählungen unter dem nationalsozialistischen Unrechtsregime. Bereits die im Rahmen der Volkszählung von 1939 erfolgte Sonderzählung der Juden und „jüdischen Mischlinge“ nach den Kriterien der antisemitischen Nürnberger Rassengesetze hätte – angesichts des Missbrauchspotentials und des rasch zunehmenden Antisemitismus – unter der Weimarer Reichsverfassung als verfassungs- und grundrechtliches Thema diskutiert werden können.¹ Der Antisemitismus griff zwar bereits so stark um sich, dass es

1 Ob diese Erfassungen für den Holocaust *tatsächlich* genutzt wurden, ist anscheinend nicht ganz klar. Siehe dazu J. Wietog, Volkszählungen unter dem Nationalsozialismus: Eine Dokumentation zur Bevölkerungsstatistik im Dritten Reich, 2001; N. Zimmermann, Die Ergänzungskarten für Angaben über Abstammung und Vorbildung der Volkszählung vom 17. Mai 1939 (abrufbar unter <https://www.bundesarchiv.de/DE/Con>

längst zu deutlich schwerwiegenderen Menschenrechtsverletzungen zu Lasten der jüdischen Bevölkerung gekommen war. Neben diesen zahlreichen eklatanten Menschenrechtsverletzungen hätte indes auch die Sonderzählung thematisiert werden können. Dass diese Diskussion nicht erfolgte, dürfte an dem sich auch in der Verfassungsrechtslehre etablierenden Antisemitismus, an der sich in der Veröffentlichungslandschaft aufbauenden „massiven antiliberalen Front“² sowie an der Praxis der Einschüchterung und systematischen Unterdrückung von Gegnern des Unrechtsregimes gelegen haben. Dass Grundrechtsbestimmungen³ zu dem Zeitpunkt der Sonderzählung bereits außer Kraft gesetzt waren, hätte einer Thematisierung nicht entgegen gestanden. Man hätte schließlich die verfassungsrechtliche Legitimität jener Außerkraftsetzung in Frage stellen und das faschistische „Grundrechtsverständnis“⁴ verfassungs- und grundrechtlich als menschenrechtsinkompatibel demaskieren können.⁵ Ob das dem Einzelnen angesichts der zu erwartenden Reaktionen des Staatsapparates zumutbar gewesen wäre, steht auf einem anderen Blatt. Die faktischen Umstände mögen die Erkenntnis und Thematisierung von Volkszählungen als verfassungsrechtliches Problem erschweren – die grund- und verfassungsrechtliche Relevanz der Sonderzählung 1939 ist aber gerade wegen des massiven Antisemitismus, der Pogrome und des Genozids deutlich offenkundiger als das Volkszählungsgesetz 1983.

tent/Publikationen/Aufsaetze/aufsatz-zimmermann-ergaenzungskarten.pdf?__blob=publicationFile).

2 Siehe *W. Pauly*, in: HGR, § 14 Rn. 14, vgl. auch *H. Dreier*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in: VVdStRL 60 (2001), S. 9 (25 f.); *Pauly*, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in: VVdStRL 60, S. 73 (93, 95).

3 Siehe dazu *Pauly*, in: HGR, § 14 Rn. 14.

4 Zur Grundrechtstheorie im Nationalsozialismus siehe *Pauly*, in: HGR, § 14.

5 Das ist selbst auf dem Boden eines positivistischen Rechtsverständnisses möglich, sofern man den Normgehalt nicht als von der nationalsozialistischen Führungsriege gesetzt versteht (denn das würde dazu führen, dass das menschenrechtswidrige „Grundrechtsverständnis“ der Nationalsozialisten die materiellen Normgehalte prägen würde). Leider war ein solches Verständnis im Dienst des Regimes damals durchaus sehr präsent, vgl. *Pauly*, in: VVdStRL 60, S. 73 (95). Auch ein positivistisches Rechtsverständnis kann sich indes von solchen setzungsbezogenen Vorstellungen emanzipieren. Zu dem Unterschied zwischen setzungs- und anwendungsbezogenen rechtspositivistischen Ansätzen (bzw. etatistischem, psychologischen und soziologischem Positivismus) instruktiv *W. Ott*, Der Rechtspositivismus: Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Aufl. 1992, S. 19 ff. und *passim*.

In der deutschen Geschichte wurden Volkszählungen erst durch bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen als verfassungsrechtliches Thema öffentlich sichtbar. Den Anfang machte der Mikrozensus-Beschluss⁶ im Jahr 1969. 1983 folgte die gesamtgesellschaftlich und im juristischen Diskurs deutlich größere Wellen schlagende Volkszählungsentscheidung,⁷ in der das Bundesverfassungsgericht über mehrere Verfassungsbeschwerden gegen das Volkszählungsgesetz 1983 entschied. Das rechtswissenschaftlich Bahnbrechende war der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht einem neuen Grundrecht zur sinnbildlichen Geburt verhalf: Dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung. In der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung werden (auch) Datenerhebungen im Rahmen von Volkszählungen (einschließlich des Mikrozensus) seither am Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemessen.⁸

Die Entscheidung aus dem Jahr 1983 hatte Volkszählungen zum Anlass, ihre grundrechtliche und rechtstatsächliche Bedeutung geht aber weit darüber hinaus. An dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung sind schließlich längst nicht nur die im Rahmen von Volkszählungen erfolgenden Datenerhebungen zu messen – grundsätzlich ist vielmehr *jede* Verarbeitung von personenbezogenen Daten (genauer: von auf einen Grundrechtsträger bezogenen Daten) eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit.⁹ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist in seiner Konzeption und Konstruktion indes auch fast vierzig Jahre nach seiner erstmaligen Anerkennung unklar geblieben – trotz umfangreicher Judikatur und kritischer Begleitung durch die Literatur.¹⁰ Die zunächst recht nachdrücklich geäußerte Kritik¹¹ scheint mittlerweile

6 BVerfGE 27, 1.

7 BVerfGE 65, 1.

8 Vgl. BVerfGE 150, 1 (80, 106) – Zensus 2011.

9 Siehe *T. Schwabenbauer*, in: Lisken/Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 7. Aufl., 2021, Kap. G Rn. 20 m.w.N. Zu den konzeptionellen Inkonsistenzen bei Ablehnung dieser These siehe *S. Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte (im Erscheinen), Teil 3.

10 Zu den Inkonsistenzen und Konzeptions- und Konstruktionsproblemen siehe *Behrendt*, Entzauberung, Teil 2 und 3.

11 Vgl. *M. Albers*, Information als neue Dimension im Recht, Rechtstheorie 33 (2002), 61 (81); *dies.*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 152 ff.; *dies.*, Informationelle Selbstbestimmung als vielschichtiges Bündel von Rechtsbindungen und Rechtspositionen, in: Friedewald/Lamla/Roßnagel (Hrsg.), Informationelle Selbstbestimmung im digitalen Wandel, 2017, S. 11 (21 f.); *K.-H. Ladeur*, Das Recht auf informationelle

jedoch leiser geworden zu sein. Was das bedeutet, ist in gewisser Hinsicht Kaffeesatzleserei. Es könnte ein Zeichen für eine Versöhnung mit der Entwicklung sein.¹² Vielleicht sehen verbleibende Kritiker:innen aber auch schlichtweg keinen Sinn darin, gegen Windmühlen zu kämpfen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist augenscheinlich gekommen, um zu bleiben. Sofern der – als berechtigt empfundenen – Kritik auch unter Aufrechterhaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen werden kann, besteht ferner kein zwingender Grund, das so intuitiv-plausible Recht auf informationelle Selbstbestimmung als solches in Frage zu stellen. Dieses Ergebnis ist aber regelmäßig nur durch einen Rückgriff auf die dogmatische Trickkiste bzw. durch die Postulierung weiterer Axiome möglich. Aber sind diese Wege zur Bewahrung des (subjektivrechtlich konzipierten) Rechts auf informationelle Selbstbestimmung konzeptionell tragfähig? Dass die Möglichkeit der Aufrechterhaltung ein Irrtum ist, zeigt sich erst, wenn man sich den Zusammenhängen widmet und eine Verständigung zwischen unterschiedlichen Zugängen und Verständnissen der Grundrechte ermöglicht – andernfalls werden Inkonsistenzen und Unstimmigkeiten bloß unterschiedlichen konzeptionellen Zugängen oder dem Mysterium des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seinen Ausprägungen angelastet. Dabei zeigt sich dann auch, dass die Versuche einer weitgehend dogmatik-orientierten Grundrechtswissenschaft, Auswüchse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung mittels eines Werkzeugs aus dem reichhaltigen Werkzeugkasten der allgemeinen Grundrechtslehre wieder einzufangen, nur dem Anschein nach helfen. Die Fokussierung auf Einzelprobleme verhindert die Sicht auf das Ganze. Die dogmatischen Anstrengungen können den Brüchen und Inkonsistenzen¹³ nicht abhelfen

Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, 45; *H.-H. Trutte*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, S. 156; *H. P. Bull*, Fehlentwicklungen im Datenschutz am Beispiel der Videoüberwachung, JZ 2017, 797 (800).

- 12 Marion Albers begrüßt beispielsweise die jüngeren Entwicklungen in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und merkt lediglich an, dass „[d]ie Grundrechtsgewährleistungen [...] noch passender ausgearbeitet werden [müssen]“, *dies.*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl., 2022, § 22 Rn. 32.
- 13 Zu den Inkonsistenzen und Brüchen in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung siehe Albers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2. Aufl., 2012, § 22 Rn. 62 ff. Etwas versöhnlicher in Bezug auf die jüngeren Entwicklungen nun *dies.*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), § 22 Rn. 32. Zu Inkonsistenzen und Brüchen in der Entfaltung

– sie erschweren nur den Blick dafür, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gar kein Grundrecht ist.¹⁴

Für die Prüfung der grundrechtlichen Zulässigkeit von Datenerhebungen im Rahmen des Zensus stellt sich die Frage, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung überhaupt den grundrechtlichen Maßstab bilden kann. Dieser Beitrag thematisiert deshalb die Probleme um die Konzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und den grundrechtlichen informationellen Schutz, der bei einem korrigierten Verständnis maßgebend wäre. Im Folgenden werde ich zunächst die relevanten Gehalte des Volkszählungsurteils selbst vorstellen, stelle zwei verschiedene Lesarten vor und gehe dann (in der hier gebotenen Kürze) auf ausgewählte Probleme in der Konstruktion und Konzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ein. Anschließend skizziere ich, wie der informationelle Grundrechtsschutz bei einem korrigierten Grundrechtsverständnis aussehen könnte. Abschließend werden die zentralen Zusammenhänge anhand des Zensus skizzenhaft veranschaulicht.

II. Das Volkszählungsurteil

Das Bundesverfassungsgericht hatte über Verfassungsbeschwerden gegen das Volkszählungsgesetz 1983 zu entscheiden. Die materielle verfassungsrechtliche Prüfung hat das Bundesverfassungsgericht bei dem durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG normtextlich verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrecht angesetzt¹⁵ und dabei ganz maßgeblich auf den Gedanken der Selbstbestimmung abgestellt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasste

„auch die aus dem Gedanken der *Selbstbestimmung* folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden [...].

des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und der Gegenüberstellung unterschiedlicher materiell-inhaltlicher Konzeptionen des Rechts siehe *Behrendt, Entzauberung*, Teil 3.

14 Zu der Frage, warum das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kein Grundrecht sein kann, siehe *Behrendt, Entzauberung*, Kap. 22. Die dortigen Ausführungen bauen allerdings auf andere Teile der Dissertation (insbesondere Teil 2 Kap. 12, Teil 3 und Teil 4, Kap. 19) auf.

15 BVerfGE 65, 1 (41).

[...] *Individuelle Selbstbestimmung* setzt aber - auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien - voraus, daß dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Entscheidung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener *Selbstbestimmung* zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung waren eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichte Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.¹⁶

Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass die Möglichkeiten der Generierung von Wissen über Individuen durch die neuen Möglichkeiten der Datenverarbeitung (unbegrenzte Speicherbarkeit, schnelle Abrufbarkeit, Möglichkeiten der Zusammenführung) eine neue Qualität aufwiesen.¹⁷ Ferner seien die Korrektheit und Verwendung der Ergebnisse solcher Datenverarbeitungsvorgänge weitgehend der Kontrolle des Einzelnen entzogen.¹⁸ Das könne einschüchtern und von einer eigentlich intendierten Grundrechtsausübung abschrecken. Wer nicht mehr wissen könne, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über einen wisse, werde in seiner Freiheit wesentlich gehemmt, aus eigener *Selbstbestimmung* zu planen oder zu entscheiden.¹⁹

Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht:

„Freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist daher von dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich

16 BVerfGE 65, 1 (42 ff.), Hervorhebung nicht im Original.

17 BVerfGE 65, 1 (42).

18 BVerfGE 65, 1 (42).

19 BVerfGE 65, 1 (43).

selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“²⁰

Und genau das ist das besagte Grundrecht, um dessen Geburt es geht: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.²¹

Das Bundesverfassungsgericht hat von Anfang an gesehen, dass dieses Recht selbstverständlich nicht schrankenlos gewährleistet sein kann:

„Der Einzelne hat nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über ‚seine‘ Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Information, auch soweit sie personenbezogen ist, stellt ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Das Grundgesetz hat, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mehrfach hervorgehoben ist, die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden [...]. Grundsätzlich muß daher der Einzelne Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im überwiegen- den Allgemeininteresse hinnehmen.“²²

Konsequenterweise hat es festgehalten, dass Beschränkungen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen.²³ Bis hierhin entspricht die Konzipierung noch der geläufigen Dogmatik, nach der ein Grundrecht erst durch kollidierende Grundrechte bzw. verfassungsrechtlich geschützte Interessen eingeschränkt werden kann (ganz im Sinne eines „Recht-und-Gegenrecht“-Szenarios). Die sich anschließenden Ausführungen deuten jedoch schon darauf hin, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vielleicht nicht ganz so zu verstehen ist, wie es bis dahin den Anschein gehabt hat. Denn nun wird ausgeführt, dass zur verfassungsrechtlichen Bewertung der

„Tragweite [des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung] für Eingriffe, durch welche der Staat die Angabe personenbezogener Daten vom Bürger verlangt, [...] nicht allein auf die Art der Angaben abgestellt werden [kann]. Entscheidend sind ihre Nutzbarkeit und Verwendungs-

20 BVerfGE 65, 1 (43).

21 Siehe BVerfGE 65, 1 (43).

22 BVerfGE 65, 1 (43 f.).

23 BVerfGE 65, 1 (44).

möglichkeit. Diese hängen einerseits von dem Zweck, dem die Erhebung dient, und andererseits von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten ab. Dadurch kann ein für sich gesehen belangloses Datum einen neuen Stellenwert bekommen; insoweit gibt es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein ‚belangloses‘ Datum mehr.“²⁴

Diese Passage dürfte einer der zentralen Anlässe für die intensive Diskussion um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewesen sein, denn nun gibt es *zwei Deutungsmöglichkeiten*: Nach der *ersten* Lesart bleibt das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur der Grund für die Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Die Persönlichkeitsrechtsrelevanz²⁵ würde sich allein bei der Abwägung bzw. der Ermittlung des konkreten Sollens²⁶ auswirken: Bei gewichtigen gegenläufigen Interessen und zu vernachlässigender Persönlichkeitsrechtsrelevanz wäre die Datenverarbeitung erlaubt. Kommt dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hingegen das größere Gewicht zu, so wäre die Datenverarbeitung nicht gerechtfertigt. Nach der *zweiten* Lesart spielt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch bei der korrekten Erfassung des Schutzbereichs eine Rolle: Die Befugnis würde nur geschützt werden, wenn das personenbezogene Datum entweder aus sich heraus oder aufgrund seines Verwendungszusammenhangs persönlichkeitsrechtsrelevant sei. In jedem Fall hängt aber die Ermittlung des konkreten Sollens von dem Verwendungszusammenhang ab: Es könne, so das Bundesverfassungsgericht,

„nicht allein davon abhängen, ob [die Daten] intime Vorgänge betreffen. Vielmehr bedarf es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums der Kenntnis seines Verwendungszusammenhangs: Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Angaben verlangt werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglich-

24 BVerfGE 65, 1 (45).

25 Inwiefern eine Persönlichkeitsrelevanz zugleich eine Persönlichkeits-*rechts*-relevanz darstellt, hängt von dem materiellen Verständnis des Persönlichkeitsrechts ab. Da dies jedenfalls nicht zwingend gleichgesetzt werden kann, es aber jedenfalls um die normativ geschützte Ebene geht, ist hier von einer Persönlichkeitsrechtsrelevanz die Rede.

26 Gemeint ist das definitive, reale Sollen als das Ergebnis der grundrechtlichen Prüfung.

keiten bestehen, laßt [sic!] sich die Frage einer zulässigen Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beantworten.“²⁷

Klar ist jedenfalls, dass – nach im Volkszählungsurteil geäußerter Ansicht des Bundesverfassungsgerichts – grds. erst die Berücksichtigung des Verwendungszusammenhangs eine verfassungsrechtliche Prüfung der Zulässigkeit der Datenverarbeitung ermöglicht. Das ist im Grunde selbstverständlich, denn ohne diese Kontextualisierung können weder die Beeinträchtigung gegebenenfalls rechtfertigenden Interessen gewürdigt werden, noch lassen sich die Risiken für die grundrechtlich geschützten Interessen des Grundrechtsträgers vollständig ermessen.

Das könnte man dann so verstehen, dass der grundrechtliche Schutz durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erst dann greift, wenn diese Zusammenhänge bekannt sind. Aber ist das richtig? Schützt es nicht – gerade wegen der Gefahr persönlichkeitsrechtsrelevanter Verwendungen – schon vor der Erhebung personenbezogener Daten als solcher? Wenn man das (im Sinne der ersten Lesart) so sieht, dann würde das bedeuten, dass der konkrete Verwendungszusammenhang allenfalls dazu führen kann, dass ein grundrechtliches Schutzbedürfnis in dem Zeitpunkt entfällt, in dem der Verwendungszusammenhang klar ist und kein grundrechtliches Schutzbedürfnis aktiviert. Dementsprechend wäre es konsequent, dass eine zulässige Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten eine Ermächtigungsgrundlage voraussetzen, die den Verwendungszweck bereichsspezifisch, präzise und (normen-)klar²⁸ bezeichnet, so den Verwendungszusammenhang festlegt und die zulässige Verwendung auf eben jenen Zweck begrenzt.²⁹ Insofern fügt sich das Erfordernis einer Regelung des Verwendungszwecks in der Ermächtigungsgrundlage in das gängige grundrechtsdogmatische Gefüge ein: Wie üblich ist eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die Beeinträchtigung auf gesetzlicher Grundlage zur Verfolgung eines

27 BVerfGE 65, 1 (45).

28 BVerfGE 155, 119 (181). In der Volkszählungsentscheidung ist zunächst nur von dem Erfordernis einer bereichsspezifischen und präzisen Bestimmung des Verwendungszwecks die Rede, s. BVerfGE 65,1 (46).

29 Siehe dazu BVerfGE 65, 1 (46). Zur Entwicklung der Zweckbindung und Zulässigkeit einer zweckändernden Verwendung siehe BVerfGE 141, 220 (324 ff.); 155, 119 (179 ff.) m.w.N. und *Schabenbauer*, in: Lisken/Denninger, Kap. G Rn. 23 ff. Zur Umsetzung und erforderlichen Kennzeichnung der Zwecke in der Praxis vgl. (am Beispiel des Polizeirechts) T. Weichert, Kennzeichnungspflicht von polizeilichen Datensätzen, NVwZ 2022, 844.

die Beeinträchtigung legitimierenden Zwecks erfolgt. Das Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage ergibt sich aus der rechtfertigungsbedürftigen Beeinträchtigung.

Nimmt man im Sinne der oben angesprochenen *zweiten* Lesart an, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung von vorneherein nur bei gegebener Persönlichkeitsrechtsrelevanz einen Schutz entfaltet, dann führt das zu der etwas absurd anmutenden Situation, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Ermächtigungsgrundlage erfordert, die wegen des dadurch festgelegten Verwendungszusammenhangs die grundrechtliche Relevanz der Datenerhebung und -verarbeitung gegebenenfalls beseitigt. Zwar ist es generell der Sinn und Zweck des Gesetzesvorbehalts, einen Grundrechtseingriff zu legitimieren – anders als bei der ersten Lesart läge aber bei der zweiten Lesart dann gar kein Grundrechtseingriff vor. Der Gesetzesvorbehalt würde nicht dazu dienen, einen Grundrechtseingriff ggf. zu legitimieren – er würde dazu dienen, feststellen zu können, dass gar kein Grundrechtseingriff und damit keine Rechtfertigungsbedürftigkeit vorläge. Sinn und Zweck der Ermächtigungsgrundlage wäre dann nicht die Legitimierung eines Grundrechtseingriffs, sondern das rückwirkende Entfallen der Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Legitimierung. Das ist nicht dasselbe. Bei der ersten Lesart hat die Ermächtigungsgrundlage keine Konsequenzen für das Bestehen der grundrechtlichen Rechtfertigungslast, sondern ermöglicht nur das Gelingen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung; bei der zweiten Lesart hat die Ermächtigungsgrundlage den nachträglichen Wegfall der grundrechtlichen Rechtfertigungslast (und damit des Anlasses, welcher die Ermächtigungsgrundlage grundrechtsgemäß erforderlich macht) zur Folge. Die erste Lesart führt nicht zu dieser Umfunktionierung des Gesetzesvorbehalts.

III. Die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und die grundrechtswissenschaftliche Kritik

Seit dem Volkszählungsurteil gab es eine Vielzahl bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Das Gericht thematisierte darin u.a. das Verhältnis des Grundrechts zu anderen Grundrechten – und damit auch die informationellen Schutz-

gehalte anderer Grundrechte.³⁰ Mit dem Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wurde ein weiteres Grundrecht entwickelt,³¹ das schon durch seine Anerkennung die Frage aufwirft, welche Rückschlüsse sich daraus für die Konzipierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ergeben.³² Die Rechtsprechung zur Zweckbindung hat eine Metamorphose durchgemacht,³³ das oben skizzierte Problem besteht indes nach wie vor. In der Judikatur gibt es außerdem einige Tendenzen, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eher im Sinne der zweiten Lesart zu konzipieren und damit bereits die rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vom Vorliegen einer Persönlichkeitsrechtsrelevanz abhängig zu machen.³⁴ Damit kommt die Judikatur der in der Literatur geäußerten Kritik entgegen:³⁵ Bei einer Konzipierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne der ersten Lesart schützt das Recht die Befugnis, grundsätzlich selbst zu entscheiden, ob und inwiefern personenbezogene Daten verarbeitet werden dürfen. Daran wurde u.a. kritisiert, es werde eine „(eigentumsanaloge) Befugnis an etwas konstruiert, was nur als sozialer Vorgang angemessen begriffen werde“³⁶

30 Vgl. beispielsweise BVerfGE 130, 151 (178 ff.); 155, 119 (169 f.) zur Abgrenzung zum Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG.

31 BVerfGE 120, 274 (302 f.).

32 Vgl. die Darstellung und kritische Erörterung bei *M. Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung im Internet - Das BVerfG und die Online-Durchsuchungen, NVwZ 2008, 521; *P. Kunig/J. A. Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. I, 7. Aufl., 2021, Art. 2 Rn. 81 f.; *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, 3. Aufl., 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 82 ff. Dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung neben dem Recht auf die Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme zur Anwendung gebracht wird, zeigt sich jüngst auch an BVerfG, NJW 2022, 1583 (1584).

33 Vgl. die Nachweise in Fn. 28.

34 Vgl. BVerfGE 120, 378 (399); 150, 244 (266). Siehe dazu auch *G. Britz*, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft: Ausgewählte Schriften von Wolfgang Hoffmann-Riem mit begleitenden Analysen, 2010, S. 561 (578 ff.).

35 „Annäherungen zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft“ beobachtete bereits *Britz*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), S. 561 (564). Dieser Befund dürfte sich seither nur verdichtet haben. Zur Kritik und den Entwicklungen siehe – in diesem Band – auch *Albers*, S. 201 ff.

36 *Britz*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), S. 561 (563, 567) m.w.N., Zitat aus S. 563.

1. Die Eigentumsanalogie

Soweit gegen die *eigentumsanaloge* Konzeption argumentiert wird, scheint eine gewisse konzeptionelle Ähnlichkeit zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne der (oben genannten) *ersten Lesart* und dem eigentumsbezogenen Grundrechtsschutz suggeriert zu werden. Das Eigentumsrecht kennzeichnet sich durch die Einräumung einer grundsätzlich absoluten Verfügungsbefugnis an den Bezugsobjekten des Rechts.³⁷ Ein solchermaßen eigentumsanaloges Verständnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wird dann mit der Begründung zurückgewiesen, dass personenbezogene Daten in sozialen Vorgängen entstünden und man an sozialen Vorgängen kein absolutes Recht haben könnte.³⁸ Diese Ablehnung einer eigentumsanalogen Konzeption liest man häufig.³⁹ Zugleich stellt sich die Frage, ob man damit nicht ein Phantom bekämpft, denn der Sache nach scheint niemand ernsthaft die These zu vertreten, dass die Befugnis an personenbezogenen Daten eigentumsanalog geschützt werden würde. Das in Art. 14 GG normtextlich verankerte Eigentum kennzeichnet eine besonders starke Rechtsposition, die häufig als absolute Rechtsposition beschrieben wird. Das ist jedenfalls irreführend, weil es absolute Rechtspositionen – wenn überhaupt – nur auf der Basis eines Grundrechtsverständnisses geben kann, das sich normtheoretisch von Grundrechten als konkreten Individualrechten löst. Bei einer Konzipierung der Grundrechte als Individualrechte können auch vermeintlich absolute Rechtspositionen zu Normkonflikten führen, die (auf der Basis eines abwägungsorientierten

37 Vgl. exemplarisch *P. Axer* in: BeckOK-GG, Art. 14 Rn. 42 f.: „Die Eigentumsgarantie schützt als Eigentum die rechtliche Zuordnung eines vermögenswerten Gutes zu einem Rechtsträger. [...] Dem Einzelnen soll die Eigentumsgarantie für den privaten Bereich einen gesicherten Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich erhalten und ihm damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Lebensgestaltung ermöglichen [...]. Das durch Art. 14 Abs. 1 gewährleistete Eigentum ist in seinem rechtlichen Gehalt durch Privatnützigkeit und grundsätzliche Verfügungsbefugnis des Eigentümers über den Eigentumsgegenstand gekennzeichnet.“

38 Vgl. *Albers*, in: Friedewald/Lamla/Roßnagel (Hrsg.), S. 11 (17).

39 Vgl. exemplarisch *R. Poscher*, The Right to Data Protection: A No-Right Thesis, in: *Miller* (Hrsg.), Privacy and Power: A Transatlantic Dialogue in the Shadow of the NSA-Affair, 2017, S. 129 (132); *C. Franzius*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, ZJS 2015, 259 (263); *Trute*, Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 1998, 822 (825); *ders.*, in: Roßnagel (Hrsg.), Kap. 2.5 Rn. 11 ff.; *Albers*, in: Friedewald/Lamla/Roßnagel (Hrsg.), S. 11 (16 f.); *Britz*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), S. 561 (566 ff.).

Grundrechtsverständnisses) im Wege der Abwägung gelöst werden würden – die entsprechende Rechtsposition ist daher dann letzten Endes eben doch nur relativ geschützt.⁴⁰ Richtig ist aber, dass das Eigentum in der deutschen Rechtsordnung als besonders stark geschützte Rechtsposition ausgestaltet ist. Es vermittelt eine Rechtsposition, die allenfalls bei überragend wichtigen Interessen anderer weichen muss. Insofern geht es um Interessen, die im Vergleich zum Eigentumsrecht im konkreten Fall gewichtiger sind und die in der konkreten Situation nur durch die Beeinträchtigung des Eigentumsrechts geschützt werden können. Beispielsweise ist es erlaubt, zur Abwendung einer akuten Lebensgefahr einen im fremden Eigentum stehenden Gegenstand zu benutzen. Einen vergleichbaren „Absolutheitsanspruch“ bzw. ein vergleichbares Gewicht der Befugnis an personenbezogenen Daten hat weder das Bundesverfassungsgericht behauptet noch wurde eine solche These in der einschlägigen Fachliteratur vorgebracht.⁴¹ Die Debatte um die eigentumsanaloge Konzeption dürfte deshalb in ihrer Bedeutung überschätzt werden. Ganz unschuldig ist das Bundesverfassungsgericht an dieser Diskussion nicht, denn in den ersten Jahren nach der Volkszählungsentscheidung gab es vereinzelte Entscheidungen des Zweiten Senats, in denen Art. 14 GG bei der normtextlichen Verankerung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erwähnt wurde.⁴² Terminologisch ließe sich die Konzipierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne der ersten Lesart als eigentumsanalog beschreiben. Eine substantielle Verständigung wird dadurch allerdings erschwert, denn der Begriff einer eigentumsanalogen Konzeption hat sich fast schon zu einem Kampfbegriff entwickelt. Er wird bisweilen genutzt, um bestimmte

-
- 40 In der Literatur wird zum Teil an dem Absolutheitsanspruch festgehalten, wenn das Recht nur demselben anderen Recht ggf. weichen muss (z.B. Würde-gegen-Würde-Konstellationen), vgl. exemplarisch C. Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 34. Jüngst monographisch zur Verteidigung absoluter Rechte M. Hong, Abwägungsfeste Rechte: Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen (2019). Auf der Basis des in Behrendt, Entzauberung, Kap. 19 dargelegten relationalen Grundrechtsverständnisses gibt es keine absoluten Rechte. Die positiv-rechtliche Verankerung der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG wäre als Positivierung des menschenrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses zu verstehen, s. ebd. Kap. 19 H. I.
- 41 Siehe auch J. Masing, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2305 Fn. 16. Die Frage ist schließlich von der Diskussion um die Einführung/Anerkennung eines Dateneigentums zu unterscheiden.
- 42 Vgl. BVerfGE 67, 100 (142); 77, 1 (46 f.); 84, 239 (279); BVerfG NJW 1995, 2839 (2840).

Konzeptionen zu diskreditieren und verhindert auf diese Weise das Entstehen eines sachlichen Diskurses.

2. Das Schutzbedürfnis

An der *ersten Lesart* (das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nur der Grund für die Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, wirkt sich aber nicht inhaltlich aus) wird ferner kritisiert, dass das Schutzbedürfnis verkannt werde. So formuliert beispielsweise *Hans-Heinrich Trute*: „Die Gefährdungen oder Beeinträchtigungen entstehen in Verwendungskontexten, in denen die Informationen über die Betroffenen generiert werden. Soll das informationelle Selbstbestimmungsrecht mit seinem abwehrrechtlichen Gehalt auf diese ausgerichtet werden, kommen die Verwendungszusammenhänge immer schon im Schutzbereich vor.“⁴³ Das ist aber nicht ganz unproblematisch mit Blick auf eine individualrechtliche Konzipierung der Grundrechte: Wenn das subjektive Recht von der Persönlichkeitsrechtsrelevanz des Verwendungszusammenhangs abhängig gemacht wird, dann führt das zur oben beschriebenen Funktionsänderung des Gesetzesvorbehalts.

Richtig ist sicherlich, dass die Gefahren und Beeinträchtigungen erst in Verwendungskontexten entstehen. Das bedeutet jedoch noch nicht, dass das einer „eigentumsanalogen“ Konzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung entgegenstünde. Versteht man das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – mit *Gabriele Britz* – als *Instrument* zum Schutz von Persönlichkeitsrechtsverletzungen,⁴⁴ so wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne der erstgenannten Konzeption eingeräumt, um zu verhindern, dass es zu persönlichkeitsrechtsrelevanten Gefährdungen und Beeinträchtigungen kommt.⁴⁵ In dem Sinne setzt der

43 *Trute*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, S. 156 (169). Vgl. auch *Poscher*, in: Miller (Hrsg.), S. 129 (133 f., 136 ff.).

44 Siehe *Britz*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), S. 561 (568, 573 ff., 581 ff.). *Britz* betont allerdings, dass „bei weitem nicht jeder Informationsumgang unmittelbar grundrechtlich relevant [ist], sondern nur die zum konkreten Nachteil führende Verwendung einer Information“, ebd. S. 574; „Zur Vermeidung nachteiliger Entscheidungen setzte ein auf die Konkretisierung der Verwendungsabsicht ausgerichteter Grundrechtsschutz gegen Informationsmaßnahmen u.U. zu spät an“, ebd. S. 577. (Die Hervorhebungen im Originaltext wurden jeweils nicht übernommen.)

45 *Britz*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), S. 561 (573, 577, 581).

durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vermittelte grundrechtliche Schutz im Vorfeld einer Beeinträchtigung an.⁴⁶ Das stellt die konzeptionelle Begründbarkeit als Grundrecht nicht in Frage.

3. Die Konstitutionalisierungsprozesse

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung führt, bei einer Konzipierung im Sinne der ersten Lesart, zu erheblichen Konstitutionalisierungsprozessen. Jede Verarbeitung personenbezogener Daten wäre am Maßstab der Grundrechte zu messen. Da personenbezogene Daten nicht nur dann vorliegen, wenn der Personenbezug offenkundig ist,⁴⁷ hängt die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung jedenfalls in nicht unerheblicher quantitativer Dimension von der grundrechtlichen Rechtfertigung ab.

Damit wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Schauplatz klassischer Streitpunkte der Grundrechtswissenschaft: Das Ringen um die Konzipierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung steht in einem Zusammenhang mit dem Streit um das Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und dem Bundesverfassungsgericht und dem Streit zwischen dem abwägungsorientierten Lager und den Verfechter:innen eines *hard-coin*-Grundrechtsverständnisses. Wer den Bedeutungszuwachs des Bundesverfassungsgerichts ablehnt, dem dürfte auch die weitreichen-

46 Der Gedanke kommt auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck, vgl. BVerfGE 150, 244 (263 f.): „Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung trägt Gefährdungen und Verletzungen der Persönlichkeit Rechnung, die sich für den einzelnen, insbesondere unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung, aus informationsbezogenen Maßnahmen ergeben. Dieses Recht flankiert und erweitert den grundrechtlichen Schutz von Verhaltensfreiheit und Privatheit; es lässt ihn schon auf der Stufe der Gefährdung des Persönlichkeitsrechts beginnen. Eine derartige Gefährdungslage kann bereits im Vorfeld konkreter Bedrohungen von Rechtsgütern entstehen.“

47 Zu dem Problem der personenbezogenen Daten instruktiv auch *T. Herbst*, Was sind personenbezogene Daten?, NVwZ 2016, 902. Grundlegend *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 237 f., 461, 555 ff; s. exemplarisch auch *A. Roßnagel*, Pseudonymisierung personenbezogener Daten: Ein zentrales Instrument im Datenschutz nach der DS-GVO, ZD 2018, 243 (zum Wahrscheinlichkeitsurteil in Bezug auf die Individualisierung: S. 244); *Bull*, Sinn und Unsinn des Datenschutzrechts, 2015, S. 15 f. und – in Bezug zur Datenschutzrichtlinie und Art. 8 EU-Grundrechtecharta – *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht (2018), S. 146 ff.; *M. Müller/T. Schwabenbauer*, in: *Lisken/Denninger*, Kap. G Rn. 432 ff; zur fraglichen Tauglichkeit der Individualisierbarkeit und den grundrechtsdogmatischen Problemen ausführlich auch *Behrendt*, Entzauberung, Kap. 16 B. II. 3.

de grundrechtliche Relevanz von Datenverarbeitungsprozessen missfallen. Wer Grundrechte auf den Schutz von Interessen begrenzt, die für das Individuum von überragender Bedeutung sind, der wird ein pauschales „Vorfeld“-(Grund-)Recht nicht als Grundrecht anerkennen wollen. Insofern werden die Beurteilung der grundrechtlichen Tragfähigkeit und die Konzipierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch durch das allgemeine Grundrechtsverständnis beeinflusst.

Diese Zusammenhänge machen zwar deutlich, dass die Konzipierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht schon wegen einer umfassenden Verrechtlichung von Datenverarbeitungsprozessen scheitert. Die umfassende Konstitutionalisierung als Konsequenz eines bestimmten Grundrechtsverständnisses wirft zahlreiche Fragen auf; es ist aber keineswegs ausgemacht, dass eine umfassende Konstitutionalisierung eine schlechte Entwicklung ist. In der Grundrechtslehre wird das aber nicht selten so gesehen, weshalb man den Konsequenzen bereits bei der Konzipierung grundrechtlicher Gehalte Rechnung trägt. Das abwägungsorientierte Lager berücksichtigt diese Aspekte nicht bei der Grundrechtskonzipierung und unterlässt auf diese Weise die Vermengung von grundsätzlich trennbaren Themen. Dennoch ist klar, dass die Konzipierung im Sinne der ersten Lesart zu praktischen Problemen führt: Unter Aufrechterhaltung des etablierten Verständnisses des Gesetzesvorbehalts ist die erste Lesart eine Art Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für den Gesetzgeber.

4. Die materiell-inhaltliche Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bei der dogmatischen Entfaltung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Nehmen wir die zweite Lesart in den Blick. Danach erschöpft sich die Rolle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht in der Herleitung, es beeinflusst auch materiell-inhaltlich die Konzipierung und Konstruktion des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Um diese zweite Lesart geht es, wenn eine rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung von dem weiteren Schicksal bzw. dem Verwendungszusammenhang abhängig gemacht wird. Eine solche Lesart bedeutet zunächst, dass es sachlich falsch wäre, zu behaupten, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schütze die Befugnis, grundsätzlich selbst zu entscheiden, ob und inwiefern personenbezogene Daten verarbeitet werden dürfen. Eine solche Befugnis würde

schließlich nur unter der Bedingung geschützt werden, dass eine Persönlichkeitsrechtsrelevanz hinzutritt.⁴⁸

Der Ansatz führt dazu, dass der Prima-facie-Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht konsequent individualrechtlich konzipiert wird. Schon der Prima-facie-Schutz der personendatenbezogenen Verfügungsbefugnis hinge davon ab, was der Rechtsadressat mit dem Datum macht. Der mit der Beeinträchtigung verfolgte Zweck ist aber eigentlich erst bei einer Betrachtung der gegenläufigen Interessen zu berücksichtigen – der durch ein Grundrecht vermittelte Prima-facie-Anspruch muss aus sich heraus darstellbar sein.⁴⁹ Andernfalls zieht man die Interessen des Rechtsadressaten bereits bei der Bestimmung des Individualrechts heran. In der Sache vermeint ein solcher Ansatz die in der Datenverarbeitung liegende Beeinträchtigung der Verfügungsbefugnis mit der davon trennbareren Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen Schutz gegen die intendierte Verwendung entfaltet. Da jeder einzelne Schritt der Datenverarbeitung einen eigenständigen Eingriff darstellen soll,⁵⁰ lässt sich die konzeptionelle Verklammerung der Beeinträchtigung der Verfügungsbefugnis mit der Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht tragfähig konzipieren. Die Verklammerung lässt sich im Übrigen auch nicht mit einer innentheoretischen Konzipierung erklären: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll angesichts der Annahme einer rechtfertigungsbedürftigen Beeinträchtigung schließlich außentheoretisch entfaltet werden. Zwar vertritt beispiels-

48 Siehe *Behrendt*, Entzauberung, zu Beginn des Teil 3. Ein solcher Ansatz wirft zahlreiche Fragen in Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf, insbesondere was unter einer Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen ist und in welchem Verhältnis diese Ausprägungen zueinander, zu speziellen Freiheitsrechten und zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht als solchem stehen. Diesen Fragen kann in diesem Rahmen aus Raumgründen nicht nachgegangen werden.

49 Vgl. *Behrendt*, Entzauberung, Kap. 16 B. II. 4 und Kap. 16 G und Kap. 17 B. II.; zur Verortung im Eingriffsbegriff siehe ebd., Kap. 14 A. I. Zur Verschleifung von Schutzbereich und Abwägung siehe *Ladeur*, Datenschutz – vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken, DuD 2000, 12 (13); *Trute*, in: *Roßnagel* (Hrsg.), Kap. 2.5 Rn. 20.

50 BVerfGE 65, 1 (45); 78, 77 (84); 120, 378 (398 f.); 150, 244 (264); BVerwG NJW 2005, 2330 (2331). Vgl. auch *U. Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Werkstand: 97. EL Januar 2022, Art. 2 Abs. 1 Rn. 132, 175 f.; *Brink*, in: *BeckOK-Datenschutzrecht*, 30. Ed. 2017, Grundlagen und bereichsspezifischer Datenschutz, Syst. C. Verfassungsrecht Rn. 82. Grundlegend zu dem Eingriffsbegriff beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung: *Schwabenbauer*, in: *Lisken/Denninger*, Kap. G Rn. 13 ff. und *W. Rudolf*, in: *HGR*, § 90 Rn. 64 ff.

weise die Lehre vom Gewährleistungsgehalt⁵¹ einen Ansatz, welcher der Sache nach Außen- und Innentheorie verengt.⁵² Das resultiert jedoch daraus, dass einige Abwägungsfragen auf die Schutzbereichsebene hochgezogen und andere auf der Rechtsfertigungsebene angesiedelt werden. Um eine solche Verortung der Abwägung auf zwei Ebenen geht es hier ersichtlich nicht.

Dementsprechend bliebe nur die Möglichkeit, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne der ersten Lesart zu konzipieren. Das würde aber aus normstrukturtheoretischen Gründen bedeuten, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch einen Anspruch auf Unterlassen der Wahrnehmung der eigenen Person vermittelt. Da aber jeder durch ein Grundrecht vermittelte Anspruch sich als Angriff auf den Achtungsanspruch als Gleichrangiger darstellen muss,⁵³ und das Unterlassen der Wahrnehmung anderer Personen nicht als Angriff auf den Achtungsanspruch qualifiziert werden kann,⁵⁴ kann es keinen entsprechenden, grundrechtlich vermittelten Anspruch auf Unterlassen geben. Aus normstrukturtheoretischen Gründen bedeutet das, dass auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als solches nicht tragfähig begründet werden kann. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Grundrechte keinerlei Schutz

51 Siehe dazu *Böckenförde*, Der Staat 42 (2003), 165; *Hoffmann-Riem*, in: Bäuerle u.a. (Hrsg.), *Haben wir wirklich Recht?* (2004), S. 53; *ders.*, Der Staat 43 (2004), 203; *Rusteberg*, *Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt* (2009).

52 *Behrendt*, *Entzauberung*, Kap. 13 und (allgemein zur Lehre vom Gewährleistungsgehalt) Kap. 7 IV. 5. Zur Darstellung von Innen- und Außentheorie siehe *ebd.*, Kap. 12 (im Zusammenhang mit der Erörterung der Prinzipientheorie).

53 *Behrendt*, *Entzauberung*, Kap. 19 C. VI. Allgemein zum Antwortcharakter der Grundrechte und der Verfassung s. *P. Kirchhof*, Otfried Höffes Kritik der Freiheit – ein verfassungsrechtlicher Diskussionsbeitrag, in: Kühnlein (Hrsg.), *Das Risiko der Freiheit: Im interdisziplinären Gespräch mit Otfried Höffe*, Baden-Baden 2018, S. 143 (143 f.); *ders.*, Der Antwortcharakter der Verfassung, in: Anderhaiden u.a. (Hrsg.), *Verfassungsvoraussetzungen: Gedächtnisschrift für Winfried Brugger* (2013), S. 447 f. Zum Antwortcharakter der Grundrechte aus einer historischen Perspektive (Gewährleistung von Grundrechten als Antwort auf Unrechtserfahrung) vgl. *M. Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (1999), S. 28 (zum Antwortcharakter im genetischen Kontext), S. 48 (zur Emanzipation der Grundrechte von dem historischen Antwortcharakter); *R. Wahl*, *Elemente der Verfassungsstaatlichkeit*, JuS 2001, 1041 (1044); *R. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. I, Vorbemerkungen vor Artikel 1 Rn. 7.

54 *Behrendt*, *Entzauberung*, Kap. 22. Die dortigen Ausführungen bauen auf solche in anderen Teilen der Dissertation (siehe insbesondere Teil 2, Kap. 12, Teil 3 und Teil 4, Kap. 19) auf.

gewährleisteten.⁵⁵ Vieles, was nach dem herkömmlichen Paradigma dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugeschrieben wird, lässt sich der informationellen Schutzdimension der Grundrechte entnehmen.

IV. Die informationelle Schutzdimension der Grundrechte

Der durch die Grundrechte gewährleistete informationelle Schutz hängt davon ab, ob das jeweilige Verhalten als Angriff auf den Achtungsanspruch verstanden werden kann und ob man in Auseinandersetzung mit den Normtexten zu der Erkenntnis gelangt, dass die positivierten Grundrechte einen Anspruch als Antwort auf diesen Angriff gewährleisten.

Das wird erheblich davon beeinflusst, ob das jeweilige Interesse, dass durch die Verwendung beeinträchtigt werden würde, grundrechtlich geschützt wird. Sofern man das allgemeine Persönlichkeitsrecht als lückenlos gewährleistetes Auffanggrundrecht versteht, fungiert die informationelle Schutzdimension des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als informationeller Auffangschutz. Beeinträchtigt die Verwendung hingegen ein durch ein spezielleres Freiheitsrecht geschütztes Interesse, so ist die informationelle Schutzdimension dieses speziellen Freiheitsrechts maßgebend.⁵⁶ Die Erhebung, zweckbezogene Verarbeitung und der Verwendungszweck bilden eine Sinneinheit.⁵⁷ Neben diesem derivativen informationellen Grundrechtsschutz kann auch die technische Unterstützung bei der Erhebung, Verarbeitung und Verwendung von Daten als Angriff auf den Achtungsanspruch angesehen werden.⁵⁸ Wie die informationelle Schutzdimension der Grundrechte funktioniert, möchte ich nun am Beispiel des Zensus weiter erläutern. Die folgenden Ausführungen erheben jedoch keinen Anspruch auf eine erschöpfende Darstellung – das würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen.⁵⁹

55 Siehe dazu *Behrendt*, Entzauberung, Teil 5.

56 In diese Richtung geht bereits *Ralf Poscher*, vgl. *ders.*, in: *Miller* (Hrsg.), S. 129 (133 f., 136 ff.).

57 *Behrendt*, Entzauberung, Kap. 23.

58 *Behrendt*, Entzauberung, Kap. 24.

59 Das in diesem Band von *G.S. Schaal* erörterte Themenfeld (Big Data, KI, Demokratie und Governance) werde ich hier beispielsweise nicht ansprechen.

V. Zensus und informationeller Grundrechtsschutz

Die Erhebung von Daten über die genaue Zusammensetzung der Bevölkerung ist – wie auch in anderen Beiträgen des Bandes thematisiert wurde – zentral für die realitätsgerechte Erfüllung staatlicher Aufgaben.⁶⁰ Zur Erfüllung dieser Aufgaben ist der Staat auch grundrechtlich verpflichtet. Dies bedeutet, dass der Staat bei der Art und Weise der Erfüllung nicht im luftleeren Raum operieren kann. Die grundrechtliche Ebene knüpft an den ontologischen Sachverhalt an: Jedes Grundrecht ist ressourcenabhängig.⁶¹ Wer sich beispielsweise bilden möchte, ist auf die Existenz von Angeboten der Bildung angewiesen. Dabei spielt auch die Frage, wie viel Aufwand von den Grundrechtsträger:innen betrieben werden muss, um das jeweilige konkrete Interesse zu realisieren, eine Rolle. Angenommen, ein in Kiel wohnender Grundrechtsträger möchte sich bilden, um Abschlüsse zu erhalten, die ihm in seinem späteren Berufsleben helfen. Das Recht auf Bildung müsste dann mehr vermitteln als die Verfügbarkeit von Büchern. Es setzt die Existenz von Bildungseinrichtungen voraus, die geeignete Abschlüsse vorsehen. Dem Grundrechtsträger würde es nicht helfen, wenn solche Schulen und Universitäten nur im süddeutschen Raum vorhanden wären, sofern ein Umzug ihm aus finanziellen Gründen nicht möglich wäre und/oder er gegenüber anderen Personen in der Art und Weise verpflichtet ist, dass er seiner Pflicht nur in Kiel nachkommen kann. Sein Recht auf Bildung würde faktisch leer laufen, weil er seine grundrechtlich geschützten Interessen zwar durch die Entscheidung, sich bilden zu wollen, konkretisieren kann, die realen Lebensumstände aber so gestaltet sind, dass eine Interessensrealisierung ihm aus eigener Kraft unmöglich ist und von anderen Akteuren grds. auch keine intercessensrealisierende Unterstützung verlangt werden kann. Zudem stellt sich immer die Frage, ob und inwieweit der Staat die Lebensumstände nicht noch grundrechtsfördernder ausgestalten kann. Dieser Aspekt steht im Zusammenhang damit, dass ein Grundrechtsträger nie nur ein Interesse hat. Je weniger Ressourcen er auf die Verwirklichung des einen Interesses aufwenden muss, desto mehr stehen

60 Vgl. BVerfGE 65, 1 (47); 150, 1 (80 ff.); *M. Heintzen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 73 Rn. 121. Aus diesem Band siehe *P. Prenzel*, S. 83 ff.; *H. Ruschmeier*, S. 110; *M. Seckelmann*, S. 133 ff.; *M. Albers*, S. 208, sowie *L. Fischer/U. Hufeld*, S. 163 ff.

61 Vgl. zu Grundrechtsvoraussetzungen und Wahrnehmungsvoraussetzungen *Kirchhof*, in: HGR, § 21 Rn. 7 ff., 44 ff.; *H.-P. Schneider*, in: HGR, § 18 Rn. 92 ff.; *W. Krebs*, in: HGR, § 31 Rn. 1, 4 f.

zur Verwirklichung von anderen Interessen zur Verfügung. Die ressourcenschonende Realisierung grundrechtlich geschützter Interessen kann das Ausmaß freier (Persönlichkeits-)Entfaltung des Grundrechtsträgers qualitativ und quantitativ erheblich verbessern. Ein derart flächendeckender Zusammenhang zwischen staatlichen Aufgaben und grundrechtlichen Rechtfertigungslasten führt zu einer umfassenden Verknüpfung von Realität und dem grundrechtlichen Gefüge. Der Staat ist dementsprechend grundsätzlich verpflichtet, den tatsächlichen Sachverhalt zu ermitteln, welcher bei der Entscheidung über das Ob und das Wie der Aufgabenerfüllung zugrunde zu legen ist.⁶² Das bedingt die Notwendigkeit der Erhebung von Informationen. Mit der Erhebung von Informationen über die Lebensverhältnisse seiner Bürger:innen (und damit dem Grundanliegen des Zensus) kommt der Staat also einer grundrechtlichen Verpflichtung nach, weil erst sie ihn überhaupt in die Lage versetzen kann, sein Handeln so auszurichten, dass es der Grundrechtsverwirklichung dient.

Die Informationserhebung selbst kann mit Beeinträchtigungen grundrechtlicher Interessen verbunden sein. Die Bürger:innen müssen die Informationen entweder dem Staat mitteilen oder dieser muss die relevanten Informationen selbst ermitteln. Es lassen sich ganz unterschiedliche Wege der Ermittlung der relevanten Informationen ausmachen und diese Optionen lassen sich beispielsweise anhand der faktischen Möglichkeiten, dem dafür zu betreibenden Aufwand und der Eignung zur Ermittlung einer belastbaren Informationsgrundlage unterschiedlich beurteilen. Wenn die Bürger:innen selbst in die Pflicht genommen werden, die Informationen mitzuteilen, dann müssen sie den Aufwand dafür betreiben, um die entsprechenden Informationen ggf. zu ermitteln und zu übermitteln. Der Aufwand kann unterschiedlich hoch ausfallen. Ein bloßer Anruf bei der direkt erreichbaren Behörde wäre für die Bürger:innen am grundrechtsschonendsten, führt aber zu einer höheren Fehleranfälligkeit auf dem Kommunikationsweg als eine schriftliche Eingabe. Die grundrechtsschonendere Gestaltung wäre das bloße Ankreuzen in einem Onlinetool zur Abfrage der Informationen – jedenfalls sofern die Grundrechtsträger:innen Zugang zu Internet haben und sich damit auch zurechtfinden. Für eine Person, die ihr Leben komplett analog geführt hat und führt, wäre die alleinige Erhebung über ein Onlinetool ggf. eine Zumutung. Noch grundrechtsschonender ist es, wenn man

⁶² Vgl. A. Burghart, Die Pflicht zum guten Gesetz, 1996, S. 51; A. Steinbach, Gesetzgebung und Empirie, Der Staat 54 (2015), 267 (269 ff.); A. Scherzberg, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (221 f., 225 f.).

die Grundrechtsträger:innen gar nicht in Anspruch nimmt, sondern die Informationen anderweitig erhebt, indem man bei Stellen nachfragt, die diese Daten und Informationen bereits haben. Das registergestützte Verfahren⁶³ ist in der Hinsicht „grundrechtsschonender“.⁶⁴ Die formularmäßige Erhebung von Daten kann – je nach abgefragtem Sachverhalt und Art und Weise der Abfrage – aber auch zu einer erheblichen Reduktion von Komplexität führen. Wenn und soweit eine Person zutreffende Angaben gar nicht machen kann, leistet die unflexible Art und Weise der Erhebung einer verfälschten Abbildung der Realität Vorschub.

Die Beeinträchtigungen, die mit der Erhebung als solcher einhergehen, sind nicht die einzigen Komponenten, die grundrechtlich zu berücksichtigen sind, denn die Grundrechtsrelevanz der Datenverarbeitung zeigt sich primär in den Verwendungskontexten.⁶⁵ Welche Informationen mithilfe der Daten gewonnen werden und für welche Zwecke diese Informationen genutzt werden, ist die zentrale Frage des informationellen Grundrechtschutzes. Um ein klassisches Beispiel zu verwenden: Es macht einen erheblichen Unterschied, ob man das Wissen um die Schwangerschaft der Grundrechtsträgerin dazu nutzt, um ihr Arbeitsverhältnis zu kündigen oder um ihr zu gratulieren, ihr eine Babyshower auszurichten oder nach Wegen zu suchen, die ein produktives und beruflich erfüllendes Zusammenleben am Arbeitsplatz ermöglichen. Unter dem Regime des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hätte man diese Fragen mithilfe des Zweckbindungsgrundsatzes bewältigt. Da es kein Recht auf informationelle Selbstbestimmung gibt, fehlt dem Zweckbindungsgrundsatz eigentlich die Grundlage. Dem ist aber nicht so, denn die Zweckbindung folgt schon daraus, dass staatliche Datenerhebung und -verarbeitung immer aufgabenbezogen erfolgen. Daraus ergibt sich eine aufgabensystematische Zweckverbindung. Die Verwendung von Daten für andere Aufgaben als diejenige, zu deren Erfüllung die Daten erhoben wurden, ist indes ohne weiteres möglich, sofern die neue Aufgabenerfüllung nicht mit Grundrechtseingriffen verbunden ist. Die Legitimation der Datenerhebung hängt weitgehend von der Legitimation der Datenverwendung ab. Diese Aufgabenzusammenhänge müssten beim Zensus dann konkret herausgearbeitet werden, das kann jedoch aus Platzgründen nicht in diesem Beitrag erfolgen.

63 Zum registergestützten Verfahren siehe in diesem Band S. Hartmann, S. 23 f. (zur Kritik s. ebd., S. 29 f.); Albers, S. 209.

64 BVerfGE 150, 1 (135).

65 Statt aller *Britz*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), S. 561 (575).

Da die Kenntnisnahme von Daten und Informationen über eine Person zum Nachteil dieser Person verwendet werden können, besteht eine Pflicht, die Daten und Informationen vor einem Missbrauch und einem Zugriff Dritter zu schützen.⁶⁶ Die grundrechtliche Pflicht entsteht wegen der Anknüpfung jeglicher Rechte und Pflichten an die ontologische Sachlage eigentlich nur dann, wenn es zu nachteiligen Verwendungen auch tatsächlich kommen wird. Allerdings liegt eines der größten Probleme darin, dass man meist nicht wissen kann, ob und inwiefern ein Datum zum Nachteil des:r Grundrechtsträger:in verarbeitet und verwendet werden kann und wird. Wegen der technischen Möglichkeiten, der Entwicklung von künstlich intelligenter Software, der zunehmenden Vernetzung und der Entwicklung von Quantencomputern kann diese Möglichkeit eines Fremdzugriffs und der Verwendung zum Nachteil des:r Grundrechtsträger:in im Grunde nie ausgeschlossen werden. Aus diesem Grund besteht eine grundrechtliche Verpflichtung zum Schutz vor Fremdzugriff. Das beinhaltet ggfs. auch die Anonymisierung oder Pseudonymisierung bei der eigenen Arbeit mit den Daten. Der Grundsatz der Datensparsamkeit, die Pflicht zur Löschung nicht bzw. nicht mehr benötigter Daten – all das ist auch unter dem „korrigierten“ Grundrechtsverständnis beizubehalten.

Das Bedürfnis nach Transparenz und Kenntnis über die Verwendungs-zusammenhänge kann auch eine grundrechtliche Relevanz entfalten. Sofern und soweit eine grundrechtsrelevante Verwendung erfolgt, besteht grundsätzlich auch eine entsprechende Verpflichtung zur Information und ein korrespondierender Informationsanspruch. Zugleich kann Transparenz auch in Bezug auf die Konkretisierung grundrechtlich geschützter Interessen geboten sein.⁶⁷ Da die Grundrechtsrelevanz erst durch diese interessenskonkretisierende Entscheidung determiniert und aktualisiert⁶⁸ wird und der Staat keiner allumfassenden Verpflichtung zur Information des Grundrechtsträgers unterliegt, besteht nur ein grundrechtlich ableitbares Auskunftsrecht (im Sinne eines *Prima-facie-Rechts*). Gerade weil Statistiken

⁶⁶ Zu den sich aus dem informationellen Grundrechtsschutz ergebenden, „begleitenden“ Ansprüchen siehe *Behrendt*, Entzauberung, Kap. 24 B.

⁶⁷ Vgl. *Behrendt*, Entzauberung, Kap. 24 B.: Der Grundrechtsträger „muss in die Lage versetzt werden, sich vollumfänglich zu informieren und sich gegebenenfalls gegen die Angriffe auf seinen Achtungsanspruch zur Wehr zu setzen“.

⁶⁸ Zur Bedeutung der interessenskonkretisierenden Entscheidung des Grundrechtsträgers zur Überführung der widersprüchlichen, indeterminierten und nur blass vorgezeichneten Ansprüche und Pflichten in ein determiniertes Stadium siehe *Behrendt*, Entzauberung, Kap. 19 C. II.

bei der staatlichen Aufgabenwahrnehmung und politischen Gestaltungsscheidungen keine ganz unbedeutende Rolle spielen, und diese wiederum Individualinteressen berühren, besteht eine Verpflichtung zur Offenlegung, ob die jeweilige Statistik herangezogen wurde. Erst das ermöglicht einen Diskurs darüber, inwieweit die Entscheidung wegen Mängel oder Verzerrungen in der Datengrundlage der Statistik zu kritisieren und ggf. zu korrigieren ist. Jenseits dieser Zusammenhänge ist die Transparenz der Datenverarbeitung und -verwendung primär mit Blick auf das Vertrauen in die Integrität und Rechtsstaatlichkeit der Aufgabenwahrnehmung von Bedeutung.⁶⁹

Abschließend komme ich auf das historische Beispiel der Volkszählung unter dem Nationalsozialismus zurück. Es dürfte kaum überraschen, dass die Sonderzählung der jüdischen Personen und „jüdischen Mischlinge“ nach den Kriterien der antisemitischen Nürnberger Rassengesetze wäre – bei positiv-rechtlicher Anerkennung von Menschenrechten in der Verfassung – trotz der fehlenden Begründbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als verfassungsrechtlich unzulässig einzustufen wäre.⁷⁰ Denn welche legitime Staatsaufgabe soll es geben, die die Kenntnis der Anzahl der auf dem Hoheitsgebiet lebenden jüdischen Personen erfordert? Den Schutz der jüdischen Bevölkerung mag man grds. als legitime Staatsaufgabe in Erwägung ziehen, dem nationalsozialistischen Regime ging es aber ganz offensichtlich nicht um den Schutz, sondern vielmehr um die Vernichtung der jüdischen Bevölkerung. Von einer *legitimen* Staatsaufgabe⁷¹ kann man sich nicht weiter weg bewegen. Selbst wenn es legitime Zwecke gäbe, wäre stets zu fragen, ob diese Zwecke angesichts des Missbrauchspotentials nicht auch in Unkenntnis dieser Zahlen realisiert werden kann (und mit welchem Aufwand dies verbunden wäre). Angesichts der

69 Zum Vertrauen als „Geschäftsgrundlage für das Funktionieren moderner, arbeitsteilig angelegter, von Kooperation und Abhängigkeit geprägter Gesellschaften“ H. Kube, Vertrauen im Verfassungsstaat, AÖR 146 (2021), 494 (495) m.w.N. In dem Beitrag geht Kube auch auf die grundlegende Bedeutung des Vertrauens in die Rechtsstaatlichkeit für die Akzeptanz des Staates ein und benennt Transparenz als einer der Faktoren für die Bildung von Vertrauen.

70 Siehe zu der Positivierung eines grundrechtstheoretischen Rechtsverhältnisses Behrendt, Entzauberung, Kap. 19 A. V. 2.

71 Die Legitimität einer Staatsaufgabe setze ich hier in einen Konnex zu einem Verständnis, welches das Verhältnis zwischen Staat und Staatsvolk in den Blick nimmt. Da die Legitimität einer Staatsaufgabe in einen Zusammenhang zu den Mitgliedern des Staatsvolkes gesetzt werden kann, kann eine legitime Staatsaufgabe nicht in der Eliminierung von Teilen des Staatsvolkes bestehen.

offen antisemitischen Haltungen im Staatsapparat wäre die Erhebung bereits wegen des sehr realen Risikos des Missbrauchs⁷² meines Erachtens als verfassungsrechtlich unzulässig zu bewerten gewesen, sofern die Normtexte eine Anerkennung von Menschenrechten noch erlaubt haben.⁷³ In jedem Fall wäre eine Verwendung der erlangten Informationen zu einer Verletzung des Anspruchs auf Achtung als Gleichrangiger unzulässig. Soweit es dem Staat darum geht, wäre bereits die Erhebung wegen der Vorwirkung des Verwendungsverbots unzulässig.

VI. Schlussbemerkungen

Die grundrechtliche Zulässigkeit von Datenerhebungen im Rahmen des Zensus am Maßstab des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu messen, ist verfehlt, weil dieses Recht gar nicht tragfähig als Grundrecht konzipiert werden kann. Die Prüfung der Zulässigkeit der mit dem Zensus verbundenen Datenerhebung und -verarbeitung am informationellen Grundrechtsschutz weist zwar deutliche Ähnlichkeiten mit den bisher angenommenen Anforderungen auf, die grundrechtliche Prüfung könnte bei diesem Perspektivwechsel allerdings in konzeptionell konsistente(re)n Bahnen erfolgen.

72 Vgl. Wietog, Volkszählungen, S. 188.

73 Das berührt den komplexen Diskurs um die Frage, ob der rechtliche Positivismus oder der rechtliche Nichtpositivismus den Nationalsozialismus strukturell gefördert haben bzw. welches Rechtsverständnis am besten geeignet ist, das Recht vor einer Verankerung rechtsextremer Position zu bewahren.

