

## Privatheit und Demokratie<sup>1\*</sup>

### Summary

Reference is regularly made to the individuals being protected when the value to be placed on protecting the private sphere is discussed. According to this, it forms the basic principles for autonomy and intimacy. The fact that, in addition and beyond this, the private domain may also be of societal relevance has been much less the focus of academic studies. This applies even less to its democratic dimension. Private life, pluralist society and democracy form central topics in constitutions and political discussion. On a prima facie basis, they appear to have negative connotations in these regards. The private domain then forms the borderline case of democracy – and vice versa. The aim in this paper is to subject this to questioning and differentiation.

### Résumé

La valeur de la protection de la vie privée est régulièrement liée aux individus protégés. C'est une question fondamentale pour l'autonomie et l'intimité. Le fait qu'au-delà de cet aspect, la vie privée peut aussi acquérir une pertinence sociétale intéresse déjà moins les scientifiques – sans parler de sa dimension démocratique. La vie privée, la société pluraliste et la démocratie constituent des questions centrales des constitutions et des débats politiques. À première vue, elles semblent y entretenir un rapport négatif, dans lequel la vie privée devient le cas limite de la démocratie, et inversement. Cette vision sera questionnée et nuancée ici.

### Zusammenfassung

*Der Wert eines Schutzes des Privaten wird regelmäßig auf die geschützten Individuen bezogen. Danach ist sie grundlegend für Autonomie und Intimität. Dass daneben und darüber hinaus das Private auch gesellschaftliche Relevanz erlangen kann, ist schon weniger im Fokus wissenschaftlicher Aufmerksamkeit. Noch weniger gilt dies für ihre demokratische Dimension. Privatleben, pluralistische Gesellschaft und Demokratie stellen in Verfassungen und politischer Diskussion zentrale Themen dar. Prima facie*

---

1 Für wichtige Hinweise und Unterstützung danke ich den Kolleginnen und Kollegen vom e-privacy-Projekt, das von der VW-Stiftung gefördert wird, namentlich Prof. Dres. S. Seubert (Frankfurt), S. Trepte (Hohenheim) und R. Grimm (Koblenz), sowie wiss. Mit. Dr. Johannes Eichenhofer und Laura Schulte.

\* Prof. Dr. Christoph Gusy ist Professor für Öffentliches Recht, Staatslehre und Verfassungsge-schichte an der Universität Bielefeld.

*erscheinen sie dort negativ zugeordnet. Das Private ist dann der Grenzfall der Demokratie – und umgekehrt. Diese Sicht soll hier befragt und differenziert werden.*

## I. Grundrechtsschutz vor der Demokratie: Eine negative Zuordnung

### 1. Privatheit – individuelle Selbstbestimmung – Freiheit

#### a) Privatheitsschutz als Begründung und Schutz von Selbstbestimmung

Das „Privatleben“ ist in Art. 8 EMRK, 7 EUGReCh als Schutzgut ausdrücklich erwähnt. Dass ihm auch im Grundgesetz ungeachtet seiner fehlenden Aufnahme in den Verfassungstext eine hohe Bedeutung zukommt, ist gleichermaßen gewiss.<sup>2</sup> Das Verfassungsrecht ist in der Bundesrepublik ohne die Anerkennung abgeleiteter Regeln und Prinzipien kaum noch denkbar, soweit diese rechtliche Verbindlichkeit erlangt haben.<sup>3</sup> Das zeigen Beispiele wie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Übermaßverbot, der Grundsatz der Transparenz, die Wesentlichkeitsformel und andere mehr oder weniger konsentiierte abgeleitete Verfassungsrechtsätze. Da der Schutz des Privaten aus (unterschiedlichen) Grundrechten induktiv begründet werden kann und wird,<sup>4</sup> nimmt dessen Verbindlichkeit am Verfassungsrang der zur Begründung herangezogenen Grundrechte teil: Auf diese Weise erlangt das Schutzgut Verfassungsrang. Dort steht es neben dem Demokratieprinzip (Art. 20, 28 GG). Im Falle möglicher rechtlicher Spannungen oder Kollisionen bedürfen beide einer Zuordnung auf Verfassungsebene.

Ob und inwieweit solche Kollisionen auftreten können, hängt wesentlich von der Fassung der Schutzgüter und ihrer Verwirklichungsmodi ab. Wer das Private primär verräumt als Sphäre umschreibt, in welcher der Einzelne bei sich ist und zu sich kommt, also wesentlich auf sich selbst verwiesen ist,<sup>5</sup> wird das Auftreten von Spannungslagen zum Demokratieprinzip als seltene Ausnahme ansehen können. Dann ist das Private derjenige Bereich, in welchem seine Träger von den Mitmenschen und der Gesellschaft entfernt und Einwirkungen Dritter nur in Ausnahmefällen ausgesetzt sein können.<sup>6</sup> Und diese Ausnahmefälle mögen dann unerwünscht und abzuwehren sein. Die Privatsphäre ist dann derjenige Bereich, in welchem Gesellschaft und ihre politische Organisation ebenso enden wie deren Verfassung. Und wo Staat und Verfassung nicht wirken können, bleibt auch das grundgesetzliche Demokratieprinzip wirkungslos, da

2 Bestandsaufnahme zuletzt bei Geminn/Roßnagel, JZ 2015, 703. Vergleichend schon zuvor Nettesheim, VVDStRL 70, 2011, S. 7 ff; s.a. Brink, in: Wolff/Brink, Datenschutzrecht, 2013, S. 61 ff.

3 Zu den Bedingungen dafür Tanneberger, Die Sicherheitsverfassung, 2013, S. 21-90 (mit umfass. Nachw.). Andere Begründungen und Beschreibungen (aber ohne wesentlich abweichende Ergebnisse) bei Volkmann, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 83 ff, 129 ff.

4 Marauhn/Thorn, Konkordanzkommentar, 2. A., 2013, Kap. 16 Rn 15, 23.

5 Zu besitzschutzabgeleiteten Tendenzen der Privatheitsrechtsprechung in den USA Wittmann, Der Schutz der Privatsphäre vor staatlichen Überwachungsmaßnahmen durch die US-amerikanische Bundesverfassung, 2014, S. 61 ff; krit. Würdigung ebd., S. 638 f.

6 Zu älteren derartigen forum-internum-Konzepten, die zumeist aus der Glaubensfreiheit stammen, Herdegen, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte IV/1, 2011, § 98 Rn 27 f.

ohne Anwendungsmöglichkeit. Wo das Private ist, ist dann die Demokratie nicht – und umgekehrt. Ihre Zuordnung beschränkt sich danach auf Ausgrenzung oder Ausdifferenzierung. Die Notwendigkeit ihrer positiven Zuordnung tritt dann gar nicht ein.

Doch gelten derartige Konzepte des Privaten inzwischen als überholt. Ein maßgeblicher Grund hierfür ist gerade ihre Beschränkung auf den vor- bzw. außerrechtlichen Bereich. Was definitionsgemäß außerhalb des Rechts liegt, braucht auch im Recht weder anerkannt noch geschützt zu werden. Der sozialferne Bereich klösterlicher Einsamkeit (D. Suhr) gilt nicht mehr als Prototyp des Privaten. Dem entsprechen auch die Schutzgüter grundrechtlicher Privatheitsgarantien: Die Wohnung ist jedenfalls nicht notwendig der Bereich, wo der Inhaber allein ist; entscheidend für ihren privaten Charakter ist vielmehr, dass Zutritt oder Einblick Dritter von der Entscheidung des Inhabers abhängen.<sup>7</sup> Ganz ähnliches gilt für die Garantie der Post- und Telekommunikationsheimlichkeiten, die rein tatsächlich die Teilnahme mehrerer Personen voraussetzen.<sup>8</sup> Hier ist Privatheit also nicht kommunikationsfrei, sondern notwendig kommunikativ.<sup>9</sup> Das gilt erst recht bei der Garantie der Ehe und Familie, die auf der rechtlich anerkannten Lebensgemeinschaft und dabei nicht bloß einer tatsächlichen Personenmehrheit beruht, sondern vielmehr deren Zusammenleben erfasst und dieses Zusammenleben als privat garantiert.<sup>10</sup> Die Rechtsordnung geht demnach nicht vom Leitbild einer isolierten, sozialfernen und kommunikationsfreien Privatsphäre aus.<sup>11</sup> Im Gegenteil wird das Private jedenfalls auch als kommunikativ, also sozial und damit nicht als Ausnahme, sondern als eine Grundlage der Gesellschaft angesehen. Und in diesem Sinne werden ihre verschiedenen Dimensionen in den Menschenrechten (Privatleben, Familie, Wohnung, Kommunikation) einander nicht bloß negativ, sondern auch positiv zugeordnet.<sup>12</sup> Das gilt namentlich, wo und wenn es um die Bedeutung von Privatheit für das und im Recht geht. Sie setzt soziale Beziehungen und deren Regulierung voraus. In diesem Sinne existiert das Private nicht oder jedenfalls nicht ausschließlich im Rückzug von den Mitmenschen und aus der Gesellschaft; sondern im sozialen Kontakt und mit Anderen, also in der Gesellschaft. Hier ist Privatheit nichts „natürliches“, sondern ein soziales Phänomen, rechtlich relevant und rechtlich ausgestaltbar. *Privatheit ist so nicht vorrecht-*

7 Beispielsgestützter Überblick bei Ziekow/Guckelberger, in: Friauf/Höfling (Hg.), Berliner Kommentar zum GG, Art. 13 Rn 36 ff (Nachw.).

8 Zum Grundrecht des Art. 10 GG ausführlich Schwabenbauer, AöR 2012, 1.

9 Näher dazu Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck (vMKs), GG, 6. A., 2010, Art. 10 Rn 14 ff (Nachw.).

10 Dazu eingehend Marauhn/Thorn aaO., Kap. 16 Rn 42 ff (mit zahlreichen Beispielen). Zu Privacy in the Family Newell/Metoyer/Moore, in: Roessler/Mokrosinska, Social Dimensions of Privacy, 2015, S. 104.

11 Dass daraus auch tatsächliche und rechtliche Probleme bei der Ausgestaltung dieser kommunikativen Privatheit entstehen, zählt zu den anspruchsvollsten Herausforderungen dieser Lehre. Dazu Gusy u.a., JöR 2016, S. 385 ff.

12 Interessant könnte dabei die Fragestellung sein, ob Privatheit als eine Dimension anderer Freiheiten mitgarantiert ist oder eine eigene Freiheit darstellt. In keinem Falle bezeichnen die im Text genannten besonderen Anwendungsfälle die soziale, die allgemeine Privatheitsgarantie dagegen die vorsoziale oder unsosziale Dimension der Privaten. Dazu grundlegend Wildhaber/Breitenmoser, in: Pabel/Schmahl, Internationaler Kommentar zur EMRK, Loebel., Stand: 2013, Art. 8 Rn 95 ff, 114 ff; aus jüngerer Zeit Marauhn/Thorn aaO., Kap. 16 Rn 26, 28 u.ö.

*lich, sondern rechtlich, sie steht im Recht und bedarf der Konstituierung, Abgrenzung und Absicherung durch Recht.*

Deren Schutzbereich umfasst die *Selbstbestimmung über den Zutritt zu bzw. die Teilhabe an Sozialbereichen, welche als privat definiert werden sollen*.<sup>13</sup> Im Wesentlichen bedeutungsgleiche Umschreibungen nennen die Autonomie hinsichtlich der Zutrittsregeln zu Kommunikationsvorgängen, die Entscheidungsfreiheit über Einflüsse Anderer auf eigene Entscheidungen oder Handlungen<sup>14</sup> oder die (zunächst noch ganz untechnisch zu verstehende) informationelle Selbstbestimmung<sup>15</sup> zum Ausgangspunkt. Je höher der Grad der Selbstbestimmung, desto höher derjenige geschützter Privatheit. Und wo Einzelne allein geschützt sind, steht ihnen die genannte Selbstbestimmung allein zu; wo hingegen mehrere geschützt sind, sind Alle (mit-)geschützt. Dieses Basiskonzept ist inzwischen auch rechtlich weitestgehend konsentiert und als solches auch noch nicht notwendig verknüpft mit einem bestimmten bzw. noch zu bestimmenden positiven Freiheitsbegriff.<sup>16</sup>

In einem solchen Verständnis *treffen sich Privatheitsschutz und Freiheitsschutz*:<sup>17</sup> Wo der Bereich des Privaten durch Entscheidungsfreiheit bzw. Selbstbestimmung<sup>18</sup> konstituiert wird, liegt es nahe, diese Entscheidungsfreiheit als Schutzgut grundrechtlicher Garantien anzusehen. In diesem Sinne schützen Privatheitsgarantien also weniger „Sphären“ als vielmehr Entscheidungsrechte,<sup>19</sup> Handlungsfreiheiten statt Rückzugsräumen. Sie berührt sich mit anderen Grundrechten, welche ebenfalls Entscheidungsfreiheiten zum Gegenstand haben, etwa die freie Berufswahl<sup>20</sup> oder die Glaubens- und Gewissensfreiheit (bezügl. der Mitgliedschaft bzw. Nichtmitgliedschaft in religiösen Vereinigungen). Der grundrechtliche Schutz des Privaten ist so kein Sonderfall, sondern vielmehr ein allgemeiner Anwendungsfall von Grundrechtsschutz und grundrechtlichen

- 13 So grundlegend Rüpke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, 1976, S. 31 ff, 75 ff; aus neuerer Zeit Worms/Gusy, DuD 2012, 92, 93 f.
- 14 Seubert, DuD 2012, 104. Ähnlich B. Rössler, Der Wert des Privaten, 2001, S. 16 ff, 22 ff (Formulierung S. 23). Ebd., S. 144 ff, werden die lokale, die informationelle und die dezisionale Privatheit unterschieden.
- 15 BVerfGE 76, 1, 41 ff. Zusammenfassend Brink aaO., S. 61 ff (Nachw.).
- 16 So mögen manche Ausführungen bei Rössler aaO., S. 33 ff, 39 ff, 136 ff, erscheinen, die aber nicht primär juristisch gemeint und zu verstehen sind, sondern wohl eher die Legitimation des Privatheitsschutzes und nicht deren Schutzzinhalt zum Gegenstand haben.
- 17 Anspruchsvolle Konzepte dieser gegenwärtig weit verbreiteten Auffassung bei Enders, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte IV/1, 2011, § 89, Rn 28 ff, 43 ff u. pass.; Horn, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts VII, 3. A., 2009, § 149 Rn 4 ff, 21 ff, 42 ff (beide mit umfass. Nachw.).
- 18 Dazu Geminn/Roßnagel aaO., 706, 707; Worms/Gusy aaO., S. 94.
- 19 Zugleich erweist sich der Schutz des Privaten auch nicht als Sonderfall des Grundrechtsschutzes, welcher Freiheit und Gleichheit, aber eben keine „Räume“ zu schützen scheint.
- 20 Zu ihr als Entscheidungsfreiheit Manssen, in: vMKS aaO., Art. 12 Rn 5: „Berufswahl ist die Entscheidung für einen Beruf.“ Ausbuchstabiert bei Gusy, JA 1992, 257, 260 ff.

Schutzgütern.<sup>21</sup> Dessen Inhalt besteht in einer charakteristischen Zuordnung zweier Anordnungen. Der Beschreibung des Privaten als *Freiheit der Zutrittsregelung* und der *Kompetenzzuweisung dieser Regelung an die Grundrechtsträger*. Diese Kompetenzzuordnung ist das Essentielle des Privaten: Dass Dritte aus Gesellschaft oder Staat nicht alles, was im Bereich eines Menschen geschieht, wahrnehmen, wahrnehmen können oder auch nur wahrnehmen wollen, begründet für sich noch keine Privatsphäre. Diese ist nicht bloß die natürliche Folge der begrenzten Wahrnehmungs- und Verarbeitungskapazität Anderer.<sup>22</sup> Privatheitsschutz stellt sich erst ein, wenn jene Differenz zwischen Wahrnehmbarem und Wahrgenommenem auch durch eine Entscheidung der Geschützten begründet bzw. mitbestimmt werden kann. Soweit und solange sie selbst bestimmen dürfen, ist die Entscheidung privat; wo diese Kompetenz hingegen bei Anderen liegt, ist das Private verlassen.

### b) Demokratie als Fremdbestimmung

Aus jener Perspektive erscheint die *Öffentlichkeit als Fremdbestimmung*. In ihr geht die Entscheidung über die Zugänglichkeit von Handlungen oder Informationen auf Andere über. Dies können nicht-öffentliche Stellen sein, etwa die Presse oder andere Medien. Dies kann aber auch der Staat sein, welcher offen oder heimlich, ohne oder mit Zwang Zutritt zu geschützten Räumen, Überwachungsmöglichkeiten geschützter Kommunikation erlangen oder aber Informationen erheben und verarbeiten kann und darf. Mit dem Übertritt von der Privatheit in die Öffentlichkeit findet so am ehesten eine Kompetenzverlagerung statt, welche als Kompetenzverlust und damit als Einbuße an eigener Entscheidungsfreiheit zu deuten ist. Ein maßgebliches Kriterium für Öffentlichkeit ist so der Kompetenzverlust von Grundrechtsträgern, ihre „informationelle Fremdbestimmung“. In diesem Sinne ist Herstellung oder Erhaltung von Öffentlichkeit eine Freiheitsbeschränkung, ein Freiheitsverlust oder ein Grundrechtseingriff. Dafür kommt es

- 21 Daher spricht m.E. viel dafür, die Entstehung jedenfalls des beschriebenen Konzepts des Privaten mit der Entstehung der Idee grundrechtlich geschützter Freiheit zu kombinieren. Ältere, etwa antike Vorstellungen mit ganz oder teilweise vergleichbaren Termini, Inhalten oder Wirkungsweisen (Anknüpfungen z.B. bei Rosenzweig, in: Seubert/Niesen, Die Grenzen des Privaten, 2010, S. 25; Geuss, Privatheit – Eine Genealogie, 2013, S. 57 ff) sind dadurch nicht ausgeschlossen, stehen allerdings in anderen sozialen und rechtlichen Kontexten und sind daher auch nach Ziel und Wirkungsweise eigenständig zu fassen.
- 22 Selbst das Horrorszenario der Privatheitsdiskussion das Panoptikum, begründet allein die Möglichkeit der Wahrnehmung aller in seinem Bereich stattfindenden Vorgänge, nicht hingegen die Realität dieser Wahrnehmung. Dementsprechend beruht seine Wirkungsweise nicht auf der Wahrnehmung aller jener Vorgänge, sondern allein auf der Idee von ihrer Wahrnehmbarkeit und den fehlenden Kenntnissen der Betroffenen von dem Umstand, welcher Vorgang tatsächlich wahrgenommen, welcher hingegen lediglich wahrnehmbar, aber eben tatsächlich nicht wahrgenommen wird. Insoweit ist die in ihm angelegte Wirkungsweise eine überschießende: Sie basiert nicht auf der totalen Fremdbestimmung, sondern der Vorstellung totaler Fremdbestimmung bei den Insassen. Insoweit reicht die symbolische Anordnung weiter als die tatsächliche und erweitert gerade dadurch deren Wirkung über ihren realen Gehalt hinaus. Es ist wohl dieser Effekt, der in der Rechtsprechung als Gefühl des Überwachtseins, der Einschüchterung oder als „aufgezeichnetes Leben“ (EuGH, NJW 2014, 2169; Terminologie nach GA Cruz Villalon, Schlussantrag BeckRS 2013, 82347, Rn 146).

nicht darauf an, was mit den jeweiligen Räumen, Informationen oder Kommunikationsvorgängen geschieht; ob sie also tatsächlich zur Kenntnis Anderer gelangen, ob sie dort eine Änderung ihrer Bedeutung oder ihres Kontexts erfahren oder aber die Möglichkeit weiterer Freiheitsverluste eröffnen oder vergrößern. Es ist weniger der Informationsverlust als vielmehr der *Verlust an Entscheidungsfreiheit über deren Zugänglichkeit*, welcher die rechtlich garantierte Privatheit beeinträchtigen kann.

Zur Sphäre der Fremdbestimmung zählt in diesem Sinne auch der Staat, und zwar grundsätzlich auch der demokratische Staat. Aus der Sicht der Einzelnen ist die ihm zugrunde liegende Volkssouveränität<sup>23</sup> Fremdbestimmung, an der man mitwirken darf, deren Ausübung aber nicht der Logik der individuellen Selbstbestimmung der Einzelnen folgt. Und sie kann dies auch nicht, schon gar nicht hinsichtlich Aller und Aller gleichzeitig.<sup>24</sup> Wenn Selbstbestimmung der Einzelnen und Selbstbestimmung des Volkes zusammenfielen, so wären in einer solchen Staatsform Individualgrundrechte unnötig und vielleicht sogar unmöglich. Dass dies durch moderne Verfassungen weder gewollt noch gar statuiert ist, zeigt bereits die weitgehend parallele Entwicklung von demokratischen und grundrechtlichen Verfassungsideen. Für Bürgerinnen und Bürger bedeutet Teilhabe am demokratischen Kontroll-, Rechtfertigungs- und Legitimationszusammenhang<sup>25</sup> nicht Selbstbestimmung, sondern (freie) Mitwirkung an Fremdbestimmung. Auch demokratische Entscheidungen sind somit Ausdruck der Fremdbestimmung Einzelner, welche Privatheit ausschließt und deren Gegenteil begründet.

Wo Freiheit positiv besetzt ist, erscheint deren Gegenteil negativ. *Selbstbestimmung ist gut, Fremdbestimmung weniger*. Ist Privatheit Selbstbestimmung, so ist sie gut. Wo keine Selbstbestimmung herrscht, ist dies schlechter. Die damit einhergehende Wertung wird allein am Verlust der Entscheidungsfreiheit festgemacht. Sie ist also insbesondere unabhängig von der Antwort auf die Frage darauf, ob es gut ist, dass ein Raum, eine Kommunikation oder Information privat ist, oder ob es gut ist, dass sie öffentlich ist. Diese im Einzelfall möglicherweise schwer zu diskutierende Frage braucht für die Verlustdiagnose nicht beantwortet, ja sogar nicht einmal gestellt zu werden. Die maßgebliche Wertung kann vielmehr so begründet werden: Privatheit = Selbstbestimmung = gut; Öffentlichkeit = Fremdbestimmung = schlecht. Da dieser Befund sowohl auf die gesellschaftliche wie auch auf die staatliche wie auch auf die demokratische Öffentlichkeit bezogen werden kann, entsteht so eine negative Korrelation zwischen Privatheit und Demokratie: In einem solchen Sinne bezeichnet Privatheit Kompetenzen, welche staats- und demokratiefrei sind; Demokratie bezeichnet Kompetenzen, welche nicht individuell und damit nicht privat sind. Aus jener Sicht eröffnen *Privatheit und Demokratie unterschiedliche Entscheidungskompetenzen, unterschiedliche Sozialbereiche und unterschiedliche Bewertungen*.

Es liegt nahe, aus einer primär grundrechtlichen Sicht das Private als Selbstkontrolle, das Öffentliche hingegen als Fremdkontrolle zu qualifizieren. Ist die *Demokratie* das

23 So der Schlüsselbegriff bei Dreier, in: ders., GG II, 2. A., 2006, Art. 20 Rn 86 (ff).

24 Zur Notwendigkeit demokratischer Verfahren der Willensbildung, Konsensfindung und Abstimmung nach dem GG Dreier, in: Neumann/Schulz, Verantwortung in Recht und Moral, 2000, S. 9 ff; ders., JZ 1997, 249.

25 Dazu statt Aller näher Dreier, GG II aaO., Art. 20 Rn 115, ff, 118 ff. Versuch einer Abgrenzung der „politischen“ von der „privaten“ Freiheit bei J. St. Mill, Über Freiheit (1869), 2013, S. 10 ff.

Reich des Öffentlichen, so erscheint sie dann primär *als Grenze und Bedrohung des Privaten*. Dies gilt umso mehr, je näher der Bereich der Demokratie und derjenige des Öffentlichen aneinander heranrücken.<sup>26</sup> Wo Demokratie Öffentlichkeit voraussetzt oder herstellt, kann das Private störend wirken. So erscheinen beide als unterschiedliche, einander entgegengesetzte Welten. Aus grundrechtlicher Sicht liegt nahe, den Bereich des Privaten demjenigen des Öffentlichen vorzuordnen. Bisweilen mag sogar der Eindruck erweckt werden, das Private sei das Reich des Guten, das Öffentliche hingegen dasjenige des Bösen. Konsequenzen wären eine Rechtfertigungslast des Öffentlichen und eine besondere Schutzbedürftigkeit des Privaten vor ihm. Doch würden durch jene moralische Qualifikation Kompetenzzuweisungen und Inhalte miteinander vermengt. Der Unterschied zwischen Gut und Böse orientierte sich dann an demjenigen zwischen Mein und Dein.

### c) Niedergang oder Ende der Privatheit?

Privatheitsdiskurse sind gegenwärtig überwiegend Krisen- oder Niedergangsdiskurse.<sup>27</sup> Danach erscheint das Private insbesondere aus drei Richtungen bedroht:

(1) Immer mehr Menschen stellen immer mehr Informationen in die Öffentlichkeit. In sozialen Netzwerken, in Reality-TV und Talkshows würden Themen behandelt und Handlungen vorgenommen, welche früher eindeutig dem Bereich des Privaten zugeordnet gewesen seien. Dies deute darauf hin, dass die *geschützten bzw. zu schützenden Personen selbst keinen Wert mehr auf ihre Privatheit legten*, deren Schutz daher als ein solcher gegen die Geschützten selbst wirke. Ein derartiger Grundrechtsschutz werde seinerseits als Freiheitseingriff wahrgenommen<sup>28</sup> und vermindere damit den individuellen Freiheitsraum, den zu eröffnen oder zu vergrößern er ursprünglich statuiert worden sei. Dieses Argument wird sodann verallgemeinert: Wenn Einzelne auf Privatheit verzichten, dann ist nur ihr Schutz beeinträchtigt; wenn Alle darauf verzichten (würden), wäre die Privatheit insgesamt ohne Substrat. Ein solcher Schluss vom Einzelnen auf Alle ist allerdings gerade aus freiheitsrechtlicher Sicht sehr anspruchsvoll: Wenn Privatheitsschutz primär Selbstbestimmungsschutz ist, kann dieser Bereich vom Grundrechtsträger selbst freiheitskonform verlassen werden. Dadurch übt er seine Freiheit aus, schränkt aber diejenige Anderer nicht ein: Weder kann eine Person durch den Gang in die Öffentlichkeit und die damit eintretenden Privatheitsverluste andere Grundrechtsträger vertreten oder binden. Der Verlust des Einen ist also freiheitskonform, zugleich aber nicht notwendig mit einem Freiheitsverlust Anderer verbunden.

26 Dazu näher II.

27 Whitacker, Das Ende der Privatheit, 1999; Schaar, Das Ende der Privatsphäre, 2007; Trojanow/ Zeh, Angriff auf die Freiheit, 2009; Kurz/Rieger, Die Datenfresser, 2011; Heller, Post-privacy, 2011 (alle mit Nachw.). Differenzierend Bull, Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion, 2. A., 2011.

28 S. etwa Zöllner, Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995, pass., der deren Tätigkeit ganz überwiegend als Eingriff und Fremdbestimmung beschreibt. Zu Aufgaben und grundrechtssichernder Funktion der Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit in neuerer Zeit Gusy, DVBl 2013, 941, 945 ff.



(2) Die *Digitalisierung von Information* und Kommunikation verlagert nicht nur das Leben, sondern auch Privatheit zunehmend in das Netz.<sup>29</sup> Dessen Informationsspeicherungs-, -übertragungs- und -verarbeitungsvorgänge sind für die ganz überwiegende Zahl der Nutzer weder überschaubar noch kontrollierbar. Im Netz verschwimmen Individual- und Massenkommunikation; Zugriffsrechte und -möglichkeiten Dritter<sup>30</sup> sind weder transparent noch vorhersehbar. *Was die Einzelnen nicht überblicken, können sie aber auch nicht mehr entscheiden.* Die Individualisierung der Entscheidungskompetenz läuft so leer.<sup>31</sup>

(3) Die *Zugriffsrechte und -möglichkeiten Dritter*, etwa der öffentlichen Hände im In- und Ausland,<sup>32</sup> die Entprivatisierung durch Überwachungsmöglichkeiten, Auskunftspflichten u.a., aber auch indirekte Recherche und Fahndungsmöglichkeiten aus öffentlichen Quellen mittels moderner IT-Verfahren wie data mining hätten längst zu einer Umkehrung des Modells von Selbst- und Fremdbestimmung geführt: *Überwachung und Kontrolle seien die Regel, Privatheitsschutz die Ausnahme* auf dem Weg zum „gläsernen Staat“ und zum „gläsernen Bürger“.<sup>33</sup>

Die genannten Argumente werden nicht nur je für sich, sondern in ihrer Zusammenschau für Krisen- bzw. Schwunddiagnosen genutzt. Weniger konsentiert erscheinen allerdings die Konsequenzen jener Diagnosen: Während teilweise zu einer Verteidigung des Privaten aufgerufen wird, sehen Andere das Schwinden der Unterscheidung zwischen Öffentlichem und Privatem entweder als Transformation neuer Differenzierungen des sozialen Lebens jenseits von „privat und öffentlich“, andere hingegen als Entstehungsvoraussetzung neuer Formen des Zusammenlebens: Dem post-privacy-Zeitalter würde dann eine post-public-Ära entsprechen.

#### d) Zusammenfassung

Ob das Private sich in der Krise befindet oder gar verschwindet, lässt sich erst konstatieren, wenn wir wissen, was das Private ausmacht. Die *Privatheitsnarrative sind allerdings Krisennarrative*. Sie basieren auf der Idee unterschiedlicher Sphären und Entscheidungszuständigkeiten, welche binär organisiert sind: Entweder sind sie den geschützten Personen selbst oder aber Anderen zugewiesen. Die Privatheitsdiskussion wird so zu einer solchen über die gesellschaftliche Zuteilung von Entscheidungs- und Handlungskompetenzen. Der Entgegensetzung von Zuständigkeiten entspricht diejenige der geschützten Sozialbereiche. Der eine markiert Grenze und Gegenteil des Anderen. Das Private ist der Bereich, wo das Öffentliche Halt macht – und umgekehrt. Das

29 Zur e-privacy Gusy u.a. aaO, S. 385 ff. Wichtige Beobachtungen Hotter, Privatsphäre: Der Wandel eines liberalen Rechts im Zeitalter des Internets, 2011.

30 Dabei sind nicht allein die Zugriffsrechte und -möglichkeiten der Staaten und ihrer Sicherheitsorgane und auch nicht nur diejenigen anderer User, welche das Netz legal oder illegal nutzen, sondern auch diejenigen der Anbieter einzubeziehen.

31 Zum Recht auf Vergessen Hornung, JZ 2013, 163.

32 Zu online-Streifen Oermann/Staben, DSt 2013, 630. Zu den rechtlichen Grenzen der Zugriffsrechte der NSA Talmon, JZ 2014, 783. Zur schwierigen Bestimmung der Verantwortung Cornelius, JZ 2015, 693.

33 So etwa BVerfGE 118, 277, 395 (nicht-tragende Gründe). Dagegen m.E. überzeugender BVerfGE 118, 277, 360 f (tragende Gründe).



Verhältnis beider zueinander ist ein solches der Begrenzung und Abgrenzung: Namentlich der Schutz der Privatsphäre geschieht primär durch Abwehrrechte, welche die Staatsgewalt limitieren. So erscheint nicht nur das Verhältnis von Freiheit und Staat, sondern auch von Freiheit und Demokratie primär als ein begrenzendes, abwehrendes: Auch hier ist die Freiheit der Bereich, welcher der Entscheidung der Mehrheit entzogen erscheint und dissentierende Minderheiten schützt. In dieser Welt ist das *Private das ultimum refugium libertatis*, der Rückzugsraum der Einzelnen aus der Welt des Öffentlichen, der Gesellschaft, des Politischen und der Demokratie. Diesem Rückzugsraum wird ein Eigenwert zugemessen: Nicht maßgeblich ist also, was dort geschieht; werthaft erscheint konsequent dann schon und allein, dass es außerhalb des Öffentlichen geschieht. Freiheit ist in dieser Sicht ein vordemokratischer Wert; er ist Grenze demokratischer Entscheidung, eine Grenze, welche durch Grundrechte markiert und gesichert wird. Kurz: Es ist das Narrativ des *Gegensatzes von Privatheit und Demokratie*. Demokratie ist der Bereich des Nicht-Privaten, des Gegensatzes zum Privaten. Das Private hingegen ist dasjenige des Nicht-Öffentlichen, Nicht-Demokratischen und Nicht-Demokratisierbaren.<sup>34</sup> Ihre Zuordnung ist dann notwendigerweise eine negative. Der eine Bereich wird nicht vom anderen begründet und (mit-)gestaltet, sondern ist von ihm zu trennen und vor ihm zu sichern.

## 2. Öffentlichkeit – politische Selbstbestimmung – Demokratie

### a) Demokratie als Begründung und Schutz von Öffentlichkeit

Jenes Narrativ von Privatheit kennzeichnete diese am ehesten durch Abwesenheit von Staat, Recht und Demokratie. Was sie aufweist, weist die Demokratie offenbar nicht auf. Hier soll die Frage gestellt werden, ob sich derartige Befunde auch aus der Sicht von Staatsrecht und Demokratietheorie bestätigen lassen. Gibt es entsprechende Narrative des Öffentlichen? Tatsächlich lassen sich in Recht und Rechtswissenschaft Demokratiekonzepte aufweisen, welche eine korrespondierende Sichtweise nahelegen.

Demokratie setzt eine positive Korrelierbarkeit zwischen Staatswillen und Volkswillen voraus. Ersterer kann von letzterem iSd Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG nur ausgehen, wenn zunächst beide als grundsätzlich trennbar erscheinen und sodann zwischen ihnen eine Relation („Ausgehen“) hergestellt werden kann.<sup>35</sup> Dies kann entgegen einzelnen älteren Annahmen keine solche der Übereinstimmung sein: Weder ist der Wille des Volkes stets eindeutig ermittelbar noch ist er aber auch durch vergleichbare Elemente konstituiert wie der Staatswille: Letzterer muss im Falle seiner Betätigung als Staatsgewalt eine Entscheidung, ein Gesetz, ein Regierungshandeln hervorbringen, das sich an Alle richtet, muss also für und gegen alle Menschen gleichermaßen und damit einheitlich gelten. Dagegen ist der Volkswille, verstanden als Wille freier, gleichberechtigter Bürger nicht dermaßen einheitlich, sondern vielmehr pluralistisch zu konzipieren.<sup>36</sup> Beide „Willen“

34 Das Private ist so nicht undemokratisch, sondern Konstitutionselement und Grenze einer freiheitlich konzipierten Demokratie.

35 Dazu näher Dreier, in: ders., GG-Komm. II, 3. A., 2015, Art. 20 Rn 82 ff (Nachw.).

36 Zum Pluralismus als Sozialmodell demokratischer Staaten Gusy, ÖZÖR 1986, 289.

können demnach nicht gleich sein.<sup>37</sup> Statt der Identitätslehren dominiert daher die Idee von der Notwendigkeit einer verfahrensmäßigen Rückführbarkeit des (einheitlich zu denkenden) Staatswillens auf den (pluralistisch zu denkenden und daher notwendig verschiedenen) Volkswillen.<sup>38</sup> Sie ist vom GG nicht einfach vorgegeben, sondern aufgegeben, und daher durch demokratische Verfahren herzustellen.

Solche Verfahren bedingen zumindest, dass Willensbildung und Entscheidungen der öffentlichen Hände für das Volk erkennbar und diskutierbar sind. Dies setzt ein notwendiges Maß an *Öffentlichkeit* voraus.<sup>39</sup> Was die Bürgerinnen und Bürger nicht kennen und nicht kennen können, kann nicht auf ihren Willen zurückgeführt werden. Zugleich muss sich der Wille des Volkes überhaupt erst bilden können. Der Weg von der individuellen Meinung zu einem dem Volk selbst zurechenbaren Willen, welcher den Staat konstituieren und nicht paralysieren soll, bedarf der Hervorbringung durch Information, Diskussion, Organisation, Rede und Gegenrede. Auch dies bedingt ein gewisses Maß an Öffentlichkeit. Insoweit wurde jener Prozess zu Recht als derjenige der Bildung und Artikulation der öffentlichen Meinung qualifiziert. Auch sie basiert auf dem Element des Öffentlichen, welches hier demnach in einer weiteren Dimension auftritt. Die Zurechenbarkeit des Staatswillens zum Volkswillen stellt also Anforderungen an die *Öffentlichkeit des Staates und der Meinungsbildung im Volk* voraus. Diese Öffentlichkeit ist im Demokratieprinzip des Grundgesetzes mitgedacht und mitgarantiert.<sup>40</sup>

So ist zwar das Prinzip der Öffentlichkeit weder im GG noch in zentralen menschenrechtlichen Dokumenten explizit statuiert. Es ist von ihnen jedoch mitgedacht bzw. vorausgesetzt.<sup>41</sup> So lässt sich eine *positive Relation zwischen dem demokratischen Rechtsfertigungs- und Legitimationszusammenhang sowie der Garantie von Öffentlichkeit* feststellen. Was öffentlich ist oder werden kann, ist demokratisch diskutierbar und legitimierbar und damit demokratisch. Was hingegen nicht-öffentlich ist, entzieht sich jenem Diskussions- und Legitimationszusammenhang und ist daher als Ausnahme zumindest rechtfertigungsbedürftig. Was öffentlich ist, ist demokratischer als das, was nicht öffentlich und daher auch nicht vergleichsweise demokratisch legitimierbar ist. Hier *erscheint das Öffentliche tendenziell als Reich des Guten, während das Schlechte seine Rückzugsräume im Bereich des Privaten finden kann*.

37 S. ausführlich Kelsen, Wesen und Wert der Demokratie, 2. A., 1929, S. 8 ff, 14 ff, 24 ff; Dreier, GG-Komm. II aaO., Art. 20 Rn 68, 76.

38 BVerfGE 85, 264, 284. Allg. Auffassung, s. etwa Dreier, in ders., GG-Komm. II aaO., Art. 20 Rn 76 f (Nachw.).

39 Dazu aus rechtswiss. Perspektive Schulze-Fielitz, in: Heun u.a., Evangelisches Staatslexikon, 2006, Sp. 1655. Zuvor grundlegend Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. A., 2006; Rinken, Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, 1971; historisch Hölscher, in: Kosellek u.a. (Hg.), Geschichtliche Grundbegriffe IV, 1978, S. 413; Hohendahl (Hg.), Öffentlichkeit – Geschichte eines kritischen Begriffs, 2000.

40 S. etwa Dreier, in: ders., GG-Komm. II aaO., Art. 20 Rn 82 ff (Nachw.).

41 Zum demokratischen Prinzip nach der EMRK Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. A., 2012, § 18 Rn 13 ff; s.a. § 23 Rn 85, 89; s.a. Wildhaber/Breitenmoser aaO., Art. 8 Rn 659 ff (alle mit Nachw.).

b) *Privatsphäre als Grenze demokratischer Diskussion und Entscheidung*

Theorien der Öffentlichkeit bzw. des Öffentlichen finden sich in großer Zahl und mit ganz unterschiedlichen Inhalten.<sup>42</sup> Diese können hier nicht nachgezeichnet, ja nicht einmal erwähnt werden. Dies ist aber auch nicht notwendig, da es im vorliegenden Kontext nicht um Öffentlichkeit selbst, sondern um ihr Verhältnis zur Privatheit gehen soll. Allein diese Dimension ist hier relevant. Und sie ist weitaus seltener untersucht als die Öffentlichkeit selbst.<sup>43</sup>

Konstituiert Privatheit die Möglichkeit einer auch selbst bestimmten Entscheidung über Zugänglichkeit von Räumen, Kommunikation oder Informationen, so setzt Öffentlichkeit umgekehrt deren Zugänglichkeit für Dritte voraus. Ob diese Dritten sie tatsächlich zur Kenntnis nehmen, ist ihnen selbst überlassen: Es gibt keine Pflicht der Menschen zur Herstellung von Öffentlichkeit. Doch wo *Öffentlichkeit* ist, setzt diese voraus, dass *Informationen zugänglich gemacht werden, von Dritten zur Kenntnis genommen und erörtert und dadurch zum Gegenstand ihrer Meinungsbildung gemacht werden können*.<sup>44</sup> Instruktiv zeigt sich dies an der Rechtsstellung der Medien, denen bei der Bildung und Artikulation von Öffentlichkeit die zentrale Rolle zukommt:<sup>45</sup> Ihnen stehen die Rechte auf Recherche, Auswahl, Veröffentlichung, Kommentierung und Kritik<sup>46</sup> von Sachverhalten zu, welche sie selbst für veröffentlichungswürdig halten. Diese Rechtsstellung kann auch das Eindringen in die Privatsphäre von Personen umfassen, über die berichtet werden soll oder bei denen veröffentlichungswürdige Informationen erwartet werden:<sup>47</sup> Umfasst Öffentlichkeit in diesem Sinne die Zugänglichkeit von Informationen, so sind *Verfügungsrechte Einzelner über diese ein Grenzfall, eine Ausnahmetatbestand von Öffentlichkeit*. Und genau dies gilt für die Privatsphäre.<sup>48</sup>

In diesem Sinne kann Privatheit das Recht begründen, die geschützten Handlungen oder Räume der öffentlichen Diskussion und Gestaltung vorzuenthalten.<sup>49</sup> Dies gilt übrigens nicht nur für geschützte Geheimnisbereiche Privater, sondern daneben und darüber hinaus auch für Sachverhalte im Staat, welche einer derartigen Kenntnisnahme entzogen sein sollen.<sup>50</sup> In diesem Sinne kann die Grenze des der Öffentlichkeit Wahr-

42 Überblickte etwa bei Schulze-Fielitz, EvStL aaO., Sp. 1655 ff; Hübner ebd., Sp. 1657 ff; historisch Schiewe, Öffentlichkeit im Wandel, 2008.

43 Grundlegend Jestaedt, AöR 2001, 204, 215 ff; für die Exekutive Masing, VVDStRL 63 (2004), S. 377, 394 f; 422 ff.

44 Grundlegend Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000.

45 Die Abgrenzung zwischen dem Bereich des Öffentlichen und demjenigen des Privaten wird intensiv diskutiert im Medien- und Presserecht. Zusammenfassend Hochhuth, Die Meinungsfreiheit im System des Grundgesetzes, 2005; Märten, aaO.

46 Hierzu eingehend BVerfGE 91, 125, 134; 50, 234, 240; Eichhoff, Investigativer Journalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht, 2010; vergleichend Märten, Die Vielfalt des Persönlichkeitsschutzes, 2015.

47 Dazu und zu den Grenzen BVerfGE 103, 44, 53 ff, 59 ff.

48 S. o. I.

49 Ein Sonderfall ist hier die Indiskretion, wenn Informationen auf anderen als den allgemein eröffneten Wegen in die Öffentlichkeit gelangen. Dazu Gronenberg, Whistleblowing – eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts, 2011.

50 Dazu am Beispiel der Sicherheitsbehörden BVerfGE 67, 100, 139; 110, 199, 214 ff; eng StGH HB, DVBl 1989, 453; weit StGH HH, DÖV 1973, 745.

nehmbaren zugleich die Grenze des von ihr Diskutierbaren und Gestaltbaren markieren. Davon gehen jedenfalls Denkrichtungen aus, welche *das Private als das Nicht-Demokratische, wenn nicht gar Undemokratische* kritisieren. So sieht eine verbreitete feministische Kritik<sup>51</sup> das Private, also etwa Ehe, Familie und ggf. sonstige Lebensgemeinschaften, als Sphären, die der öffentlichen Aufmerksamkeit und Kenntnisnahme entzogen sind und daher Lebensentwürfe ermöglichen, welche den Erwartungen und Standards einer demokratischen Öffentlichkeit nicht (mehr) entsprechen. Der Bereich des Privaten ist danach dort, wo etwa in der Familie Frauen und Kinder unterdrückt und dieser Zustand als der öffentlichen Kenntnisnahme und Gestaltung entzogen definiert werden kann. Gleichberechtigung von Männern und Frauen, die Verpflichtung auf das Kindeswohl und das Verbot physischer Übergriffe gegen schwächere Familienmitglieder sind danach an eben demjenigen Ort suspendierbar, wo sie am meisten benötigt werden, nämlich in privaten Räumen und Lebensgemeinschaften. In einer solchen Sichtweise erscheint das Private grundsätzlich männlich konnotiert.<sup>52</sup> Die Stabilisierung auf Ungleichheit und Unterdrückung ausgerichteter privater Lebensgemeinschaften erscheint dabei bisweilen gleichsam als Entstehungsnarrativ des Privaten: Durch die rechtlichen Garantien privater Bereiche verfasste sich danach die bürgerliche Männergesellschaft weitgehend selbst, welche ihre eigenen Kosten – nämlich Möglichkeiten von Ungleichheit, Diskriminierung und ggf. Unterdrückung – aus der Reichweite demokratischer Öffentlichkeit und des Rechts verbannte.

Vertieft erscheint jene Kritik, wenn sie nicht allein auf die Möglichkeiten der Informationserlangung fokussiert bleibt, sondern zudem die sonstigen *Rechtsfolgen von Privatheitsgarantien* einbezieht. Sie begrenzen nicht nur die Möglichkeiten der Kenntnisnahme von, sondern auch diejenigen der Einwirkung auf private Sphären. Deren Rechtsfolgen bestehen regelmäßig in *Interventionsverboten*: Was privat ist, dürfen die öffentlichen Hände weder zur Kenntnis nehmen noch kontrollieren, steuern oder sanktionieren. Privatheitsgarantien sind zentral Abwehrrechte. Dritten sind Einwirkungen auf den Bereich des Privaten regelmäßig untersagt und nur in zumeist eng umgrenzten Ausnahmefällen gestattet. Ein im Grundgesetz explizit ausgeformtes Beispiel hierfür ist die Bestimmung des Art. 6 Abs. 3 GG.<sup>53</sup> Sie bindet Interventionen der Staatsgewalt in die Familie an enge rechtliche Grenzen und untersagt zugleich andere Maßnahmen gleicher Wirkung. Privatheitsgarantien wirken so nicht allein als Grenze öffentlicher Kenntnisnahme,<sup>54</sup> sondern auch öffentlichen Einwirkens seitens der grundrechtsgebundenen Staatsgewalt. Sie können nicht steuern, was sich ihrer Kenntnis entzieht; und wenn sie doch Kenntnisse erlangen, dürfen sie vielfach nicht intervenieren. An die Stelle unzulässiger Intervention kann dann am ehesten die *Einwirkung durch Kontextsteuerung* geschehen, welche öffentlich relevante Mechanismen zum Gegenstand nimmt und dadurch zugleich indirekte Rückwirkungen auf privates Verhalten erlangen kann. Dies kann etwa geschehen durch Verzicht auf Belastungen oder Zuteilung von Leistungen: Erwünschte Verhaltensweisen im Bereich der Familie werden so vielfach durch die Bemessung von rechtlichen Vor- oder Nachteilen, die ihrerseits grundsätzlich privat-

51 Näher dazu Decew, in: Roessler/Mokrosinska aaO., S. 85; Roessler aaO., S. 49 ff.

52 S. etwa Rössler aaO., S. 55 ff.

53 Zu ihr näher Brosius-Gersdorf, in: Dreier, GG I, 3 A., 2010, Art. 6 Rn 155 ff, 161 ff, 171 ff (Nachw.). Zu Ausgestaltungsfragen Robbers, in: vMKS, GG I, 6. A., 2010, Art. 6 Rn 25 ff.

54 Näher Bäcker, DSt 2012, 91.

heitsneutral sind, zu erzielen versucht. Hierfür mag der Familienlastenausgleich durch Abgabenverzichte und öffentliche Leistungen stehen.<sup>55</sup> Ein anderes Beispiel können indirekte Vorwirkungen von Regelungen sein, welche an das Ende privater Lebenszusammenhänge – etwa: Ehescheidung – oder aber an grundsätzlich zulässige staatliche Mitwirkungshandlungen an Sachverhalten anknüpfen, welche auch private Ursprünge haben können. Hierfür mag die Erteilung von Erbscheinen oder die gerichtliche Entscheidung über Pflichtteilsansprüche im Erbrecht stehen.<sup>56</sup>

Privatheitsgarantien begrenzen danach öffentliche Kenntnisnahme und Einwirkungsmöglichkeiten öffentlicher, und das heißt konkret demokratischer Staatsorgane. Sie eröffnen ihren Trägern Möglichkeiten, aus demokratisch diskutierten und allgemeinverbindlich gemachten Standards partiell auszuscheren und an ihre Stelle andere, eben private Formen oder Regulierungen zu setzen. Sie ziehen der Demokratie äußere Grenzen, limitieren demokratische Diskussions- und Handlungszusammenhänge und ermöglichen ein Ausscheren aus allgemeinverbindlichen Standards, welche durch demokratisches Recht gesetzt sind. Privatheit, primär begriffen als Nicht-Öffentlichkeit, und Öffentlichkeit, primär begriffen als Abwesenheit privater Entscheidungsrechte über Informationen, erscheinen als Gegensätze. Diese Gegensätzlichkeit wird stabilisiert durch klassische Abwehrrechte. Sie markieren denjenigen Bereich, wo Staat, öffentliche Gewalt und Demokratie Halt machen. So bestätigt sich der oben<sup>57</sup> aus „privater“ Sicht konstatierte negative Zusammenhang zwischen Privatsphäre und Demokratie auch aus demokratischer Sicht. Privatheit ist danach nicht Grundlage, sondern Grenze von Demokratie. Und Demokratie ist zugleich die Grenze des Privaten.

### c) Niedergang oder Ende demokratischer Öffentlichkeit?

Angesichts der hier eher von den Randzonen zum Privaten her vorgenommenen Charakterisierung des Öffentlichen könnten deren Wichtigkeit und deren Leistungen unangemessen in den Hintergrund treten. Sie gehen jedenfalls über ihre Wirkungen als Grenzen des Privaten weit hinaus. Die Konjunktur des *Öffentlichen*<sup>58</sup> verspricht eine *erhebliche Steigerung von Kenntnis-, Mitwirkungs-, Teilhabe- und Ressourcenzugangschancen* und damit neue Chancen sowohl für freie und demokratische Gesellschaften als auch für deren Mitglieder. In diesem Sinne ist das Öffentliche nicht allein Verlust oder Grenze, sondern in vielfältiger Hinsicht auch Grundlage und Ausübungsbedingung von Freiheit. Ohne sie gäbe es keine Diskussionskultur, keine öffentliche Meinung, keine Zivilgesellschaft und keine Demokratie. Und dieser Gewinn ist nicht allein ein gesamtgesellschaftlicher, sondern auch ein individueller. Der Wandel des Öffentlichen eröffnet neue Lebensgestaltungs-, Äußerungs-, Ein- und Mitwirkungsmöglichkeiten. Und deren Nutzung wird den Menschen nur selten vorgeschrieben. Vielfach erfolgt sie deshalb, weil die Nutzer selbst neue Chancen, Freiheiten und Einwirkungsmöglichkei-

<sup>55</sup> Zu diesem näher BVerfGE 107, 27, 53 ff; 88, 203, 260; 18, 97, 106 ff u.ö.

<sup>56</sup> BVerfGE 67, 329, 340; 112, 332, 349 f.

<sup>57</sup> S. o. I 1 a.E.

<sup>58</sup> Gesellschaft für Rechtspolitik (Hg.), *Öffentlichkeit und Privatheit – Grenzverschiebungen in der modernen Kommunikationsgesellschaft*, 2014; näher Schuppert, *Politische Kultur*, 2008, S. 85 ff, 167 ff (mit ausführlichen Nachw.).

ten sehen, die sie aus eigenen Motiven nutzen wollen. Hier können sich individuelle und gesellschaftliche Freiheit treffen.<sup>59</sup> Die Nutzer sind in dieser Rolle also nicht allein fremdbestimmte Konsumenten, welche die neuen Medien und Handlungsformen unter äußerem, bisweilen gar rechtlichem Zwang nutzen müssen.<sup>60</sup> Auch aus der Sicht des Privaten ist die Konjunktur des Öffentlichen keineswegs notwendig allein eine Verlustgeschichte.<sup>61</sup>

Und dennoch ist auffällig: Dass die Privatheitsdiskussion in jüngerer Zeit von Schwund- und Niedergangsszenarien geprägt ist, wurde bereits erwähnt.<sup>62</sup> Auffällig ist allerdings, dass jüngerer Diskussionen auch das Öffentliche bzw. die *Öffentlichkeit in Krisen- bzw. Verfallsszenarien* beschreiben. Dem Verlust an Privatheit scheint kein Gewinn für die Öffentlichkeit zu entsprechen. Nicht nur das Private, sondern auch sein offenkundiges Gegenteil scheint notleidend. Diese Entwicklungen werden partiell in Ursachen- bzw. Wirkungszusammenhängen gesehen. Partiiell erscheinen sie aber auch voneinander unabhängig. Als zentrale Diagnosen erscheinen hier:

(1) Das *Eindringen vormals als privat qualifizierter Verhaltens- oder Lebensweisen in den öffentlichen Bereich*:<sup>63</sup> Garantieren Privatheitsgarantien lediglich das Recht, nicht aber zugleich die Pflicht, bestimmte Lebensäußerungen der Kenntnisnahme Anderer zu entziehen, so lassen sie die Möglichkeit offen, diese in die Öffentlichkeit zu bringen, wenn es ihnen vorteilhaft erscheint. Rechtlich gibt es zwar einen geschützten Eigenbereich des Privaten, hingegen kaum einen solchen des Öffentlichen. Damit ist der öffentliche Bereich offen für das Eindringen von Informationen, Lebensäußerungen und Handlungen, welche ihrer Herkunft nach nicht-öffentlich sind. Dadurch verliert das Öffentliche nicht nur seinen – wie auch immer zu definierenden – eigenen Gehalt, sondern zugleich einen Teil seines Wertes. Dort findet sich immer mehr, was aus der Sicht zahlreicher Teilnehmer nicht in die Öffentlichkeit gehört. In diesem Sinne *erscheint das Öffentliche nicht allein als Raum des Allgemeinen, des allgemein Verbindlichen und Interessierenden, sondern vielen Mitgliedern des Publikums zumindest auch als Raum der Provokation, der Zumutung und der Beeinträchtigung*. Solche Entwicklungen lassen das Öffentliche dann nicht mehr allein oder überwiegend auf Inklusion der Allgemeinheit angelegt sein, sondern zumindest auch auf deren Sinnentleerung, Ablenkung oder Entwertung. Öffentlichkeit verliert so Grundelemente dessen, wofür sie überhaupt da sein und ihre Leistungen erbringen sollte: Ihre Selbstbezüglichkeit, ihre Selbstreproduktion, ihre Selbstverstärkung und ihre Selbstverständlichkeit im Hinblick auf die Behandlung und Legitimation überindividueller Belange in Gesellschaft und Staat.

(2) Ein *Niedergang von Organisationen oder Organen der Öffentlichkeit*: In ihr sind traditionelle Medien, Verbände, Parteien u.a. als Sachwalter der öffentlichen Meinungsbildung immer weniger unter sich. Neben den Verlust der Inhalte des Öffentlichen

59 S. dazu Worms/Gusy aaO., 96 ff.

60 Gewiss: Solche äußeren Anforderungen gibt es auch, wo etwa öffentliche Stellen die Nutzung bestimmter Medien vorschreiben und andere Formen nicht mehr als rechtlich gleichwertig akzeptieren. Hier wird das neue Angebot zur Plage, die Nutzungspflicht von Kommunikationswegen oder -medien zum Freiheitseingriff und ist daher sowohl hinsichtlich seiner Begründung wie auch seiner Ausgestaltung legitimationsbedürftig.

61 Kurze Skizze bei Worms/Gusy aaO., 92, 94 ff.

62 S. o. I 1 c).

63 Näher Rössler aaO., S. 307 ff; Geuss, Privatheit, 2013, S. 33 ff.



tritt so auch derjenige seiner Akteure. Dies bewirkt zugleich den Verlust der von ihnen zentral zu erbringenden bzw. zu garantierenden Leistungen und Standards.<sup>64</sup> Worin auch immer deren Quellen und Grundlagen gelegen haben mögen – sei es in besonderer Sachkunde, besonderem Ethos, besonderer Repräsentativität für erhebliche Teile der Öffentlichkeit oder als Korrektive von Fehlentwicklungen der zuvor genannten Aspekte –, so schwinden mit deren Bedeutungsverlust zugleich Leistungen, welche sie als einzelne oder aber in ihrer Gesamtheit miteinander erbracht haben. An ihrer Stelle wird zunehmend auf Unternehmen, Interessengruppen und Kapital verwiesen, welche die für die Öffentlichkeit konstituierende Gleichheit der Zugangschancen und der Teilnehmer hierarchisiert und vermachtet. Einer solchen Öffentlichkeit fehle ihr zentrales Element, die Gleichheit der Zugangs- und der Mitwirkungschancen. Dadurch fallen die demokratische Gleichheit einerseits und die Mitwirkungschancen an ihrer Gestaltung durch Öffentlichkeit auseinander. Beide – gleiche Gesellschaft und ungleiche Öffentlichkeit – erscheinen so tendenziell als Widerspruch. Je höher der Organisations- und Kapitalbedarf für den Betrieb alter und neuer Medien, desto oligopolistischer erscheint der Zutritt<sup>65</sup> und desto intensiver der Verlust der „alten“ Formen von Öffentlichkeit. Aus einer solchen Perspektive erscheint der Strukturwandel des Öffentlichen dann in allererster Linie als Verlust.<sup>66</sup>

Die Verlustdiagnosen verändern zugleich den Status der Öffentlichkeit: Das *Öffentliche ist dann nicht mehr per se demokratisch und daher gerechtfertigt, sondern seinerseits rechtfertigungsbedürftig*. Zwar lässt sich nach wie vor wohl keine Demokratie ohne Öffentlichkeit denken, hingegen erscheint danach aber Öffentlichkeit ohne Demokratie denkbar.<sup>67</sup> Das Öffentliche verliert so Teile seines Eigenwertes. Und demokratisches Handeln kann seinen Mehrwert nicht mehr aus seiner Öffentlichkeit beziehen. Doch lässt dies den oben konstatierten negativen Konnex von Privatheit und Demokratie grundsätzlich unberührt: Denn wenn Demokratie auf Öffentlichkeit angewiesen ist, so ist und bleibt das Nicht-Öffentliche ihre Grenze. So erodieren einerseits Zentralelemente der Basis demokratischen Handelns, andererseits bleiben ihre Grenzen unverrückt.

64 Die darauf aufbauenden Konzepte des Öffentlichen sind überaus anspruchsvoll; instruktive Skizze bei Habermas, Faktizität und Geltung, 1992/98, S. 415 ff, 435 ff.

65 Zur weitreichenden Offenheit des Netzes für Jedermann und dadurch bedingten Wandlungen öffentlicher Diskurse [http://www.ifkw.uni-muechen.de/personen/professoren/neuberger\\_christoph/technikfolgen/index.html](http://www.ifkw.uni-muechen.de/personen/professoren/neuberger_christoph/technikfolgen/index.html).

66 Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 13. A., 2013, S. 225 ff. Der dort diagnostizierte „Zerfall bürgerlicher Öffentlichkeit“ basiert auf den Schritten der Verschränkung öffentlicher und privater Bereiche, der Polarisierung von Sozial- und Intimsphäre soweit dem Wandel von der rasonierenden zur konsumierenden Öffentlichkeit. Zur Vermeidung von Missverständnissen sei hier nur darauf hingewiesen, dass jener Verlust trotz seiner eher historisierenden Beschreibung möglicherweise nicht primär historisch, sondern als Verlustszenario der Deutungskraft bestimmter Theorien des Öffentlichen erscheint, also weniger historisch als vielmehr theorieimmanent beschreibbar ist. Neuere Konzepte normativer Grundlagen deliberativer Demokratie bei Wesche, in: Celikates/Kreide/Wesche (Hg.), Transformations of democracy, 2015, S. 213.

67 S.a. Dreier, in: ders., GG-Komm. II aaO., Art. 20 Rn 78: „Meinungsfreiheit ist ohne Demokratie denkbar, nicht aber Demokratie ohne Meinungsfreiheit.“



Doch geht dieses nicht notwendig mit einer Konjunktur des Privaten einher.<sup>68</sup> Mehr spricht dafür, dass aus einer solchen Sicht die Zugehörigkeit zum privaten oder zum öffentlichen Sektor an Relevanz einbüßt.<sup>69</sup>

#### d) Zusammenfassung

Die hier nur knapp umrissenen Konturen von Demokratie und Öffentlichkeit bestätigen die zuvor in der Privatheitsdiskussion konstatierten Befunde: Erschien das Private primär als Garantie individueller Entscheidungs- und Handlungskompetenzen, so gilt dies für das Öffentliche entsprechend: Was öffentlich thematisiert, verhandelt und entschieden werden soll, unterfällt eben nicht der Zuständigkeit der Einzelnen, sondern derjenigen der Öffentlichkeit und damit jedenfalls Anderer. Der wechselseitigen Exklusivität öffentlicher und privater Sphären entspricht so eine wechselseitige Exklusivität der Entscheidung über deren jeweilige Reichweite. Zugleich erscheint deren bloß formale Abgrenzung durch die Entscheidungsrechte nicht in der Lage, deren Gehalte und Leistungen zu garantieren. Der *negativen Entgegensetzung beider Bereiche entspricht die Konzeption von Privatheitsgarantien als Abwehrrechte* zum Schutz von Sozialbereichen, vor denen Staat und Demokratie Halt machen. Als einziges Bindeglied zwischen beiden Bereichen können Detailregelungen ihrer wechselseitigen Abgrenzung sein, soweit diese nur rahmenartig partiell vorgegeben und dadurch zur gesetzlichen Konkretisierung aufgegeben erscheinen. Und dieser Bereich nimmt tendenziell zu: *Je intensiver sich Informationserhebung und -verarbeitung von den tradierten und grundrechtlich geregelten Handlungsformen entfernen, desto geringer wird die Direktionskraft der tradierten Verbürgungen*, ihrer Texte und Auslegungen. Und umso höher wird der rechtsschöpferische Gehalt ihrer Reichweite und Anwendung.<sup>70</sup> Doch dies ist eine Diskussion über die Abgrenzungen, nicht über die Inhalte der Bereiche. Weiterhin gilt: Das Private ist der Öffentlichkeit, demokratischer Gestaltung und dem Recht entzogen. In einer darauf aufbauenden Theorie des Politischen erscheint das Private als Nicht-Genstand, als Nicht-Thema.<sup>71</sup>

68 Dies folgt schon daraus, dass das Private zunehmend durch nicht staatliche Betreiber, Nutzer und Hacker gefährdet wird, die ihrerseits gerade nicht demokratisch und (jedenfalls in ihrer Rolle als Gefährder des Privaten) schon gar nicht öffentlich agieren.

69 Was an deren Stelle treten kann oder soll, ist allerdings noch nicht klar erkennbar. Post-privacy und post-public-Ansätze sind eben stärker dadurch charakterisiert, was sie nicht mehr wollen, und weniger durch eigene positive Gehalte – jedenfalls zu Beginn.

70 Zu dieser Tendenz ausführlich Lepsius, in: Jestaedt u.a., *Das entgrenzte Gericht*, 2011, S. 161 ff; zu Folgefragen für die Legitimation der Verfassungsgerichtsbarkeit Möllers ebd., S. 283. Krit. Fallstudie bei Gröpl/Georg, *AöR* 2014, 125.

71 So kommt in dem wichtigen, hier mehrfach zugrunde gelegten Buch von Schuppert, *Politische Kultur aaO.*, das Private (im Unterschied zur immerhin erwähnten Privatautonomie des Privatrechts) als Stichwort gar nicht vor. Das Private erscheint vielfach aus der Sicht des Politischen oder der politischen Kultur als Grenzfall oder aber exkludiert.

## II. Privatheitsschutz in der Demokratie: Versuch einer positiven Zuordnung

*Grundrechte können mehr und anderes sein als Grenzen von Staatsgewalt, und sie sind erst recht mehr als nur Grenzen der Demokratie.* Zu Recht wird diese Staatsform als zumindest grundrechtsaffin bezeichnet: Demokratische Staatsformen sind so zwar vielleicht nicht die einzig mögliche, wohl aber eine besonders naheliegende Form grundrechtsgeprägter Staatlichkeit.<sup>72</sup> Und umgekehrt lassen sich Demokratien theoretisch möglicherweise auch ohne Grundrechtsgarantien denken. Doch liegt namentlich in einer pluralistischen Mehrheitsdemokratie deren grundrechtliche Fundierung nahe. Sind also jene beiden Grundelemente von Verfassungsstaatlichkeit zwar nicht theoretisch notwendig, wohl aber praktisch regelmäßig miteinander verknüpft, so liegt es nahe, beide einander nicht allein negativ, sondern eben auch positiven zuzuordnen.<sup>73</sup> Hier soll der weitergehende Versuch unternommen werden, einen derartigen Versuch auch für die Privatheitsgarantien zu unternehmen. Dabei kann und soll aber nicht verkannt werden: Auch eine derartige Neudeutung würde die zuvor skizzierten Wirkungen wechselseitiger Begrenzung nicht einfach überwinden oder verdrängen, sondern eher ergänzen. Grundrechte können in demokratischen Verfassungen eben nicht nur eine, sondern mehrfache Funktionen wahrnehmen. Und dies gilt vice versa auch für die Demokratie im Verhältnis zu den Grundrechtsgarantien.<sup>74</sup>

### 1. Privatheit als Grundlage und Stabilisierung des gesellschaftlichen Pluralismus

Dass *Privatheit die Möglichkeit eines Rückzugsraums* aus Öffentlichkeit, Politik und Demokratie bieten kann, steht außer Streit. Diese Rückzugsmöglichkeit ist grundrechtlich abgesichert. Aber wo Einzelne sich aus der Gesellschaft zurückziehen und ganz bei sich sind und sein wollen, sind Gesellschaft, Politik und Demokratie weit entfernt. Solche Privatheit gibt es, und sie ist vom Grundrechtsschutz erfasst. Hier soll es aber darüber hinaus darum gehen, *ob Privatheit auch eine Ressource für die Demokratie sein kann.*<sup>75</sup> Auffällig ist jedenfalls: Durch die Garantien des Wahlgeheimnisses<sup>76</sup> wird die Abstimmungsfreiheit der Wähler in den nicht-öffentlichen Bereich verlagert. Die Wahl bezieht also ihren Inhalt und ihr Ergebnis aus einer nicht-öffentlichen Entscheidung, welche sowohl das „Wie“ demokratischer Staatsgewalt wie auch im Extremfall deren

72 Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 67, insbes. S. 75 ff; s.a. ders., Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 192, insbes. S. 208 ff.

73 Grimm ebd.

74 Allgemein ist dieser Befund unbestritten; vgl. dazu Böckenförde, NJW 1974, 1529; ders., DSSt 1989, I; Dreier, in: ders., GG-Komm. I, 3. A., Vorb. vor Art. 1 Rn 63 ff.

75 Demokratiethoretische Fundierungen sucht Papacharissi, A private sphere. Democracy in a digital age, 2013, S. 12. Aus freiheitsrechtlicher Sicht wird diese Fragestellung dahin formuliert, ob Grundrechte nur Freiheit von der Politik oder auch solche zur bzw. in der Politik verbürgen können. Zu solchen Reformulierungen des Freiheitsbegriffs Rössler aaO., S. 78 ff, 95 ff, wobei gleich zu bemerken ist, dass die dort erwähnte „Autonomie“ eine Möglichkeit der Freiheitsausübung ist, also eine zusätzliche Chance neben der „negativen Freiheit“ sein kann.

76 Dazu Morlok, in: Dreier, GG II aaO., Art. 38 Rn 121 ff.

(Fort-)Bestand prägen kann. Demokratie findet offenkundig nicht *nur Grenzen, sondern auch Grundlagen in Sphären, deren begrenzte Zugänglichkeit und damit Privatheit rechtlich abgesichert ist.*

a) *Vertrauen als Grundlage und Inhalt des Privaten*

Das Private als Schutz vor Kenntnisnahme- bzw. Zutrittsrechten ermöglicht die *Selbstbestimmung über die Zulassung, Differenzierung und ggf. Ausschluss persönlicher Kontakte*: Sie legt die Entscheidung über Personen, welche Zutritt zur geschützten Sphäre haben, solche, welche nur eingeschränkte Zutrittsmöglichkeiten erhalten, und solche, welche diese Möglichkeit nicht haben, in die Hand der entscheidenden Personen selbst. Diese erlangen so die Chance von Inklusion bzw. Exklusion: Inkludierte Personen können also zur eigenen Privatsphäre zählen, indem ihnen etwa freiwillig Zutritt zur Wohnung eröffnet, vertrauliche Informationen mitgeteilt bzw. gar eine Lebensgemeinschaft begründet wird. Solche Differenzierungen kommunikativer Privatheit sind nicht Grenze, sondern vielmehr Inhalt und Folge privater Entscheidungen. Wer dort nicht zugelassen wird, also exkludiert ist, und sich ohne oder gar gegen den Willen eines Grundrechtsträgers solche Informationen verschafft, wird umgekehrt nicht Teil des privaten Bereichs, sondern ist ein Eindringling von außen. Ein solches Verhalten ist eine Einschränkung von Privatheitsgarantien. In diesem Sinne sind inkludierte Personen in den Privatheitsschutz einbezogen, exkludierte Personen sind hingegen solche, vor denen der private Bereich geschützt wird. In einem solchen Sinn ist Privatheit nicht primär der Weg von den Anderen und aus der Gesellschaft heraus, sondern vielmehr zugleich die Basis des Weges in die Gesellschaft und der Wirkung in ihr.<sup>77</sup>

Der Sinn des Schutzes der *Entscheidungsfreiheit zwischen zugelassenen und nicht-zugelassenen Personen* liegt in dem Schutz der Begründungs- und Stabilisierungsfreiheit privater Beziehungen. Hier – und nicht zentral im Schutz vor Beziehungen zu Dritten – liegt die rechtliche Schutzbedürftigkeit, aber auch -notwendigkeit einer zentral kommunikativ verstandenen Privatsphäre.<sup>78</sup> Die Zulassung anderer Personen zur eigenen Privatsphäre geschieht regelmäßig in der Erwartung, dass die zugelassene Person auf das eigene Verhalten in gewisser Weise reagiert. Welche Erwartungen dies auch immer sind, kann der Zulassende selbst bestimmen und gegenüber den privaten Kommunikationspartnern explizit oder implizit deutlich machen. Wer eine vertrauliche Information freiwillig weiter gibt, kann dies in der Erwartung tun, dass die Empfänger die Information ihrerseits vertraulich behandelt. Wer Andere in die Wohnung einlässt, kann dies in der Erwartung tun, dass der Andere dort Verhaltensweisen zeigt, die den eigenen mehr oder weniger expliziten Erwartungen entspricht. Das gilt erst recht bei der Begründung einer Lebensgemeinschaft. Der Inhalt dieser Erwartungen kann im Einzelfall divergieren: Man kann einem Dritten auch vertrauliche Informationen weitergeben in der Erwartung, dass gerade diese Person die Informationen an bestimmte oder unbestimmte Dritte weiter gibt. Was die Privatheit der Beziehung ausmacht, liegt also nicht im Inhalt der – jeweils von den Beteiligten selbst zu bestimmenden – Erwartungen. Sie

<sup>77</sup> Solove, in: Roessler/Mokrosinska aaO., S. 71, 78 ff; Hughes ebd., S. 225.

<sup>78</sup> Dazu o. I 1 a).

liegt vielmehr in dem *Grad der Stabilität dieser Erwartungen*: Man kann vertrauliche Informationen auch an beliebige Dritte weitergeben, doch die Erwartung, dass diese die Informationen selbst vertraulich behandeln werden, wird dann durch nichts gestützt. Bei Personen, welche zum privaten Bereich zugelassen sind, ist die Erwartungssicherheit regelmäßig höher, dass sie die an sie gerichteten Erwartungen erfüllen, als bei Personen, welche nicht zum eigenen privaten Bereich gehören. Umgekehrt werden Personen, deren Verhalten in jeder Beziehung völlig unkalkulierbar ist, bei denen also die Einhaltung von Erwartungen auf nichts gestützt werden kann, regelmäßig nicht zum privaten Bereich zugelassen. *Erwartungssicherheit ist demnach eine zentrale Grundlage und Sinn von Privatheit.*<sup>79</sup> Je höher die Erwartungssicherheit im Einzelfall sein kann, desto höher ist dann auch der Grad der Privatheit. Solche ein- und erst recht wechselseitigen Erwartungen stabilisieren *Vertrauen*,<sup>80</sup> verstanden als Grad der Verlässlichkeit eigener Erwartungen.<sup>81</sup> Wer private Beziehungen begründet, handelt zur Herstellung oder Stabilisierung von Vertrauen. In gelingenden privaten Verhältnissen ist dieses Vertrauen ein wechselseitiges: Alle Beteiligten vertrauen allen anderen Beteiligten im Hinblick auf die Erfüllung ihrer jeweiligen Erwartungen. In einer solchen interaktiven Sicht lässt sich die *Begründung von Privatheit als Zulassung gegen Vertrauen, ihre Betätigung als Vertrauen gegen Vertrauen* beschreiben. Vertrauen wird ex ante gebildet und ex post stabilisiert oder enttäuscht. Bildung und Betätigung von Vertrauen sind also nicht gleichbedeutend damit, dass ein einmal vorhandenes Vertrauen auch eingelöst wird. Von der Einlösung solcher Vertrauensersparungen kann zwar nicht die Begründung, wohl aber der Inhalt und Fortbestand privater Beziehungen abhängen: Wird das Vertrauen enttäuscht, so kann dies zu einer Umgestaltung oder gar Beendigung der privaten Beziehung – genauer: ihres privaten Charakters – führen. Die Beziehung kann etwa als dienstliche oder als „gesellschaftliche“ fortgesetzt werden, wenn es dafür soziale, öffentliche oder von Dritten vorgegebene Gründe oder Interessen gibt. Sie ist dann noch vorhanden, aber eben keine freiwillig begründete und damit keine „private“ mehr. *Vertrauen ist so sowohl Grundlage als auch Ziel von Privatheit.*

Was aber ist dann der Sinn rechtlicher Garantie von Privatheit? Vertrauen kann sich auch ohne rechtliche Anerkennung bilden. Auch als es noch keine rechtlichen Privatheitsgarantien gab, konnte es Vertrauen, vertrauliche Kommunikation und Lebensgemeinschaften geben. Bislang wissen wir, was privates Handeln ermöglicht, aber noch nicht, warum es besonderen rechtlichen Schutzes bedarf und rechtlich geschützt ist. Privatsphären ermöglichen und schützen Vertrauen, aber warum und wogegen? Hier ist an den Ausgangspunkt zu erinnern: Privatheit ermöglicht die Differenzierung zwischen

79 Zur Erwartungssicherheit grundlegend Luhmann, Funktionen und Folgen formaler Organisationen, 5. A., 1999, S. 54 ff, der gleichfalls die Existenz von Erwartungen im Hinblick auf Erwartung Anderer (Erwartungserwartungen) betont. Wer eine (private) Einladung annimmt, muss ggf. damit rechnen, dass der Einladende eine Gegeneinladung erwartet. Juristisch gewendet bei J. Eichenhofer, DSt 2016, 1 ff.

80 Zum Vertrauen, seiner Herausbildung und Betätigung näher Luhmann, Vertrauen, 1968; zum Vertrauen in Vertrauen ebd., S. 63 ff; Giddens, Konsequenzen der Moderne, 1995, S. 48 ff. Historisch Frevert (Hg.), Vertrauen, 2003. Disziplinübergreifend Laucken, Zwischenmenschliches Vertrauen, 2001. Zum Vertrauen als Grundlage des sozialen Zusammenhalts Hartmann/Offe (Hg.), Vertrauen, 2001. Zum Folgenden Sztompa, Trust, 1999, S. 18 ff.

81 Beispiel bei Haverkamp u.a., Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 2015, S. 134.

Inklusion und Exklusion. Und sie schützen nicht primär gegen Personen in der Privatsphäre: Diese sind vom Grundrechtsträger selbst zugelassen worden, der dadurch seine Freiheit betätigt hat. Und sie sind eher Inhalt als Grenze des Privatheitsschutzes.<sup>82</sup> In diesem Sinne gilt: Vertrauen wird vor- und außerrechtlich gebildet, hierzu bedarf es nur in sehr eingeschränktem Umfang der rechtlichen Absicherung.<sup>83</sup> Ebenso wenig garantieren Privatheitsschutzes das Fortbestehen von Vertrauen bzw. vertrauensbasierten Lebensgemeinschaften, wie sich spätestens seit der rechtlichen Anerkennung der Ehescheidung zeigte. Vertrauen kann enden, und mit ihm der rechtliche Schutz der durch sie begründeten rechtlichen Beziehung. In diesem Sinne ist rechtlicher *Privatheitsschutz* weniger die Anerkennung der Möglichkeit von Vertrauen als vielmehr *die Anerkennung von dessen Abgrenzung und Schutz gegen Dritte*, die nicht zur Vertrauenssphäre gehören sollen. Sie erweitert den Schutz von Privatheitserwartungen nicht allein an inkludierte Personen in der eigenen Privatsphäre, sondern begründet zugleich deren Schutz gegen Exkludierte. Rechtlich geschützt ist also eine private Beziehung erst dann, wenn die Inklusion Einzelner mit der Möglichkeit einer Exklusion Anderer einhergeht: Nämlich der *rechtlichen Absicherung, dass Dritte in die geschützten Beziehungen nicht einbrechen dürfen und möglichst auch nicht einbrechen können*.<sup>84</sup> Die rechtliche Anerkennung von Privatheit ist also weder identisch mit Vertrauen noch mit Misstrauen, sondern wirkt als Ermöglichung einer Abgrenzung und Betätigung der Unterscheidung von vorhandenem und fehlendem Vertrauen, von Einbeziehung in das Vertrauen (Inklusion) gegenüber Nichteinbeziehung und Ausschlussmöglichkeit (Exklusion).

### b) *Vertrauen als Grundlage gesellschaftlicher Differenzierung*

In diesem Sinne wirkt Schutz der *Privatheit als rechtliche Ermöglichung von Distanz*. Es schützt die Existenz privater Lebensbereiche, deren prinzipielle Abgrenzbarkeit von anderen sozialen Sphären sowie Zugangsbedingungen in private Sphären einschließlich ihrer Grenzen. Aus der Sicht der einzelnen Grundrechtsträger werden ihre Privat- und anderen Sphären abgrenzbar und zugleich die ersten gegen ein Eindringen aus letzteren geschützt. Aus der Sicht der Grundrechtsadressaten entstehen öffentliche Sphären, an welchen sie beteiligt sind, sein dürfen bzw. sogar sein müssen; und andere (private) Sphären, in welche sie grundsätzlich nicht intervenieren dürfen.<sup>85</sup> In der Gesellschaft treten so unterschiedliche Sphären mit unterschiedlichen Akteuren und unterschiedlichen Zutrittsbedingungen nebeneinander.

Was auf der Ebene individueller Privatheit einsetzte, setzt sich beim Schutz kollektiver Privatheit fort. Auch *mehrere Personen können gemeinsame Privatsphären* aufweisen.<sup>86</sup> Sie sind nur gemeinsam ausübbar und schützen nicht gegeneinander, sondern im Hinblick auf Zutritt bzw. Kenntnisnahmemöglichkeiten Außenstehender. Auch hier

82 Daher resultiert etwa die ständ. Rechtsprechung, wonach das Post- und Fernmeldegeheimnis keinen Schutz der Kommunikationspartner gegeneinander gewährt. S. BVerfGE 106, 28, 37.

83 Hierzu zählen namentlich die Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte der Prozessordnungen, namentlich der §§ 52 ff StrPrO.

84 Beispiel bei Haverkamp aaO.

85 Zur Privatheitsschutzes als Interventionsverbot o. I 2 b).

86 Zur Rechtsstellung von Vereinen und Unternehmen im Netz Ingold, DSt 2014, 193.

trennen sich die Möglichkeiten von In- und Exklusion: Es gibt Familienmitglieder und Außenstehende; Vereinsmitglieder und Nichtmitglieder usw. Und der durch die autonome Entscheidung geschützte Lebensbereich setzt sich fort als geschützter *Innenbereich der Vereinsinterna, Mitgliedschaftsrechte und Insiderwissen*. Darin liegt eine Fortsetzung des Privatheitsschutzes,<sup>87</sup> die mit der individuellen Privatheit nicht identisch ist, die aber mit ihr vergleichbare Züge aufweist und rechtlich anerkannt ist.<sup>88</sup>

Auf diese Weise strukturiert sich die bisweilen als eigenartig diffus und undifferenziert charakterisierte Gesellschaft. Sie teilt sich in Insider und Outsider, Mitglieder und Nichtmitglieder, organisatorische Differenzierung und Vielfalt. Die Gesellschaft erscheint nicht in ihrer Gesamtheit, wohl aber in ihren Teilen als *organisierte Gesellschaft*. In ihr setzen sich durch Entscheidungsfreiheit, In- und Exklusion die Grundgedanken des Privatheitsschutzes fort. Zugleich sind solche Gesellschaften keine totalen: Man ist nie nur und mit der gesamten Persönlichkeit Mitglied einer einzelnen Organisation. Auch der Vereinsmensch verfügt zumeist über eigene private Räume, Kommunikationen und Lebensgemeinschaften, die eben nicht Teil des Vereins sind. Auf diese Weise erscheint der Gedanke des Privatheitsschutzes abgestuft: Es gibt *individuelle Privatheit in und von der Organisation und kollektive Privatheit der Organisation*.<sup>89</sup>

Die organisierte Gesellschaft basiert rechtlich auf Grundgedanken der Entscheidungsfreiheit der einzelnen Vereinigungen nicht nur über ihre Mitglieder, sondern auch über ihre Zwecke und die Art und Weise ihrer Zweckverfolgung. Dadurch entstehen unter den Bedingungen grundrechtlich garantierter Freiheit nicht uniforme Zwecke und Mittel. Naheliegende Folge von Freiheit und ihrer Ausübung durch unterschiedliche Personen und Personengruppen ist die soziale Differenzierung: Typischerweise entstehen unterschiedliche Organisationen mit unterschiedlichen Mitgliedschaften, Zwecken und Mittel. Die einen spielen Fußball, die anderen pflegen Kleingärten und die Dritten engagieren sich für Menschenrechte in der Welt.<sup>90</sup> Und auch hinsichtlich derselben Zwecke kann eine Vielzahl von Organisationen entstehen, die den gemeinsamen Zweck nicht nur miteinander, sondern auch gegeneinander verfolgen kann, wie man an jedem Fußballspiel im Vereinssport sieht. Prägend für eine freie Organisation der Gesellschaft ist also nicht Einheit, sondern Vielfalt. Und diese Vielfalt ist durch die grundrechtlichen Garantien gleichermaßen verbürgt. So entsteht nicht allen eine freie, sondern eine plu-

87 Beispiele bei Klopfer, Informationsrecht, 2002, S. 264 f (Nachw.).

88 Diese gemeinsame Entscheidungsbefugnis einer Vielzahl von Menschen kann im Innenverhältnis mehr oder weniger organisiert sein. Die zentrale Entscheidungsmöglichkeit und damit Ein- bzw. Mitwirkungsbefugnis der Mitglieder mag dann die Entscheidung über die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme Außenstehender sein.

89 Zur Freiheit von Vereinigungen zur Bildung weiterer Vereinigungen iSv Dachorganisationen näher BVerfGE 50, 290, 354; Bauer, in: Dreier, GG I aaO., Art. 9 Rn 36.

90 Hier könnte ein Missverständnis entstehen: Es geht bei der geschilderten Ableitung um Freiheit und nicht um Zuweisung gesellschaftlicher Handlungs- und Entscheidungszuständigkeiten. Dadurch unterscheidet sich das hier skizzierte Modell von den Subsidiaritätslehren, welche eher kompetenziell argumentieren. Hier werden also aus den genannten Grundlagen zumindest andere Folgen gezogen, als sie die Subsidiaritätslehren ziehen würden; zu diesen etwa Schöpsdau, EvStL aaO., Sp. 2421 ff (Nachw.). Ob die hier angedeuteten rechtlichen Voraussetzungen mit denjenigen der Subsidiaritätslehren übereinstimmen oder nicht, braucht hier daher nicht weiter diskutiert zu werden.



*realistischen Gesellschaft*,<sup>91</sup> welche auf dem Gedanken der Privatheit aufbaut und diesen von der individuellen zur kollektiven Ebene fortsetzt.

In diesem Sinne ist *rechtlicher Schutz der Privatheit eine zentrale Grundlage der pluralistischen Gesellschaft*. Was auf der individuellen Ebene begann, setzt sich auf der kollektiven Ebene fort. Die hierbei ausgeübten Freiheiten sind in unterschiedlichem Maße geeignet, Belange Dritter oder der Allgemeinheit zu berühren, und daher in unterschiedlichem Grad ausgestaltungsfähig.<sup>92</sup> Je stärker Vereinigungen in den öffentlichen Bereich hineinragen und dabei nicht nur Angelegenheiten der Mitglieder, sondern auch solche des Staates, der Allgemeinheit oder Dritter wahrnehmen, desto eher können sie aus dem Bereich bloß mitgliedschaftlich-„privater“ Rechtsstellungen hinauswachsen und gesetzlich überformt werden. Aber solche Ausgestaltungsbefugnisse sind keine Besonderheiten gerade bei kollektiver Rechtsausübung, sondern können im Überschneidungsbereich individueller Privatheit mit Belangen Dritter oder der Öffentlichkeit gleichermaßen entstehen. Auch hier ist Privatheitsschutz nicht einfach vorgegeben, sondern aufgegeben.

### c) *Pluralistische Gesellschaft als soziale Voraussetzung und Basis von Demokratie*

Privatheit ist eine zentrale Grundlage der Herausbildung eines gesellschaftlichen Pluralismus. Und der Pluralismus ist die zentrale gesellschaftliche Basis der Demokratie.<sup>93</sup> Dies gilt zwar nicht für alle denkbaren Erscheinungsformen demokratischer Herrschaft.<sup>94</sup> Doch gilt es für diejenige Variante der Demokratie, die in den westlichen Verfassungsstaaten konstitutionalisiert und auch in den Menschenrechtsabkommen vorgeordnet wird.<sup>95</sup>

Ihr liegt das Modell zugrunde, wonach Demokratien allererster Linie zunächst einmal ein Verfahren zur Herstellung von Willens- und Handlungsfähigkeit im Volk und des Volkes ist. Sie nimmt ihren Ausgangspunkt nicht bei der Einheit, sondern bei der grundrechtlich abgesicherten Vielfalt der politischen Strömungen im Volk. Die grund- und menschenrechtliche Garantien von Meinungs-, Medien-, Versammlungs-, Vereinigungs- und Parteienfreiheit garantieren die Möglichkeit von Vielfalt der politischen Auffassungen, deren freie Ausübung und freier Wettbewerb allenfalls zufällig zu ihrer inneren Harmonisierung bzw. Uniformierung führt. Die Grundlage des *Volkes*, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, *ist also nicht Einheit, sondern Vielfalt des Willens*. Und in diesem Sinne ist „das“ Volk als Handlungs- Willens- und legitimationsfähige Einheit

91 S. zum Pluralismus als Gesellschaftsmodell näher u. c).

92 Zu den Ausgestaltungs- und Einschränkungsmöglichkeiten je nach Grad der Berührung von Rechten Anderer oder der Allgemeinheit grundlegend Scholz, AöR 1975, 80; 265.

93 So. z. B. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. A., 1995, Rn 133; Robbers, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. A., 1994, S. 393.

94 Theoretisch lassen sich andere Formen von Demokratie denken und wurden auch gedacht. Wenn etwa das Volk selbst herrscht, so lassen sich Konzepte denken, wonach das Volk selbst keinen rechtlichen Grenzen unterworfen sei und daher seine Herrschaft ebenso unbegrenzt sein könne, wenn nicht müsse. In diesem Sinne wäre der Idee der Demokratie eine Tendenz zur totalen Staatsgewalt immanent.

95 Zum Demokratiekonzept der Menschenrechtsabkommen o. I 2 a (Nachw.).



notwendig erst einmal herstellungsbedürftig. Diese Herstellung ist eine grundlegende Aufgabe von Demokratie. Und sie geschieht auf deren Grundlage und nach ihren Maßstäben. Die Grundrechte sind nicht allein Vorbedingung demokratischer Herrschaft, sondern deren andauernde Existenzbedingung. Und deren letztverbindliche Handlungsform, die Abstimmung nach dem Mehrheitsprinzip,<sup>96</sup> ist nicht darauf gerichtet, die gesellschaftliche Vielfalt im Volk zu negieren oder zu beseitigen, sondern sie zu erhalten. Sie ist der anspruchsvolle Versuch eine Symbiose von individueller Freiheit und Selbstbestimmung des Volkes. Darauf ist sie ausgerichtet und daher notwendig gegenständlich limitiert,<sup>97</sup> vorläufig und inhaltlich revisibel.<sup>98</sup> Die Erhaltung gesellschaftlicher Vielfalt und ihrer rechtlichen Grundlagen ist Vor- und Daseinsbedingung von Demokratie nach dem Typ der meisten westlichen Verfassungsstaaten.<sup>99</sup>

Die dem zugrundeliegende *Organisation gesellschaftlicher Vielfalt bei gleichzeitiger Notwendigkeit der Herstellung* allgemein-verbindlicher und das heißt *einheitlicher staatlicher Entscheidungen* ist die Idee des Pluralismus.<sup>100</sup> Diese bezeichnet eine Organisationsform der Gesellschaft, welche von der Idee der Freiheit von Menschen, Gruppen und Parteien ausgeht und deren daraus typischerweise entstehende Anschauungs- und Interessenvielfalt nicht als Mangel, sondern als vorausgesetzte, fortdauernde und zu erhaltende Grundlage garantiert und organisiert. Demokratische Willensbildung und Entscheidung sind deren Folge und nicht deren Ende. Sie sind der grundrechtlich abgesicherte, zeitlich bedingte und begrenzte Minimalkonsens in einem frei und pluralistisch bleibenden Volk. Zwar bindet es auch die dissentierende Minderheit. Doch bleibt deren Freiheit als rechtlich abgesicherte Möglichkeit, politisch gegen das Gesetz zu agieren und auf dessen Änderung bzw. Aufhebung hinzuwirken. In diesem Sinne wandelt sich politische Freiheit in einer pluralistischen Gesellschaft von der Möglichkeit der Verhinderung abgelehnter Gesetze durch die Bürger hin zu der Möglichkeit einer politischen Revision geltender Gesetze durch überstimmte Minderheiten. Doch bleibt die politische Vielfalt des Volkes und im Volk dadurch unberührt. Der so umschriebene *Pluralismus ist zugleich Voraussetzung der Demokratie*: Denn die Notwendigkeit der Mehrheits-, Konsens- bzw. Kompromissuche und der Abstimmung entsteht nur dort, wo Vielfalt existiert und nicht Einheit vorausgesetzt bzw. definitorisch hergestellt wird. Und er ist zugleich *Inhalt und Gegenstand der Demokratie*: Sie darf nicht darauf gerichtet sein, jene Vielfalt zu beseitigen, sondern ist verpflichtet, diese zu respektieren, durch Recht zu organisieren und ggf. zu fördern. Insoweit ist dieses Demokratiemodell komplexer als das zuvor angedeutete allein output-orientierte; es ist zugleich input- und

96 Grundlegend BVerfGE 29, 154, 165; 112, 118, 140 f. S.a. Heun, Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie, 1983; aktuell Magsaam, Mehrheit entscheidet – Ausgestaltung und Anwendung des Majoritätsprinzips im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 2014.

97 Insbesondere darf durch Mehrheitsentscheidung nicht die Möglichkeit einer (späteren anderslautenden) Mehrheitsentscheidung abgeschafft werden. Dazu Dreier, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 47 ff; ders., in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte I, 2004, § 4 Rn 28 ff, 39 ff; Gusy, ZNR 1996, 44, 64 f.

98 Zu diesen Bedingungen demokratischer Mehrheitsentscheidung näher Dreier, in: ders., GG-Komm. II aaO., Art. 20 Rn 67 ff, 76 ff (Nachw.).

99 Es ist wohl zentral dieser Typus, der in der politischen Philosophie als „liberal“ teils qualifiziert, teils disqualifiziert wird. Als „liberal“ versteht sich das Konzept von B. Rössler, aaO., S. 27 ff.

100 Zum Pluralismus näher Gusy, ÖZÖR 1986, 289.

output-orientiert. Freiheit und Vielfalt sind Vorgabe und Aufgabe staatlicher Willensbildung. Beide Dimensionen werden durch Grund- und Menschenrechtsgarantien anerkannt und rechtlich abgesichert.

Pluralismus und Demokratie sind so rechtlich notwendig miteinander verknüpft. Demokratie als Staatsform des Pluralismus und Pluralismus als gesellschaftliche Organisation der Gesellschaft in der Demokratie sind vielleicht nicht unauflöslich miteinander verknüpft sind. Aber jedenfalls ist *Pluralismus in besondere Weise demokratieaffin* und *die Demokratie pluralismusaffin*. Ist Privatheit eine wesentliche Grundlage der Herausbildung und Existenz gesellschaftlicher Vielfalt und Differenzierung und damit des Pluralismus, so ist sie zugleich eine wesentliche Grundlage der Demokratie. Auch diese Grundlegung ist dann auch *Privatheit demokratieaffin*.<sup>101</sup>

Doch ist jener Konnex kein einseitiger, und er stellt sich auch nicht von selbst ein. Pluralismus ist seinerseits überaus voraussetzungsreich. Er kann nur dann als Grundlage von Demokratie taugen, wenn die *demokratische Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger* jedenfalls im Ansatz verwirklicht ist. Dies setzt auch in der Gesellschaft nicht allein ein notwendiges Mindestmaß an allgemeiner und gleicher rechtlicher Freiheit und Gleichheit voraus. Sie dürfen durch Vermachtung und Asymmetrie von Handlungschancen in der Gesellschaft nicht zur bloßen Fiktion werden.<sup>102</sup> Wo sich nur Einzelne Privatheit leisten können, die Mehrheit hingegen nicht, wird das Private zum Privileg von Minderheiten, welche die eigenen Handlungsziele und -wege gegenüber der demokratischen Öffentlichkeit verschleiern können, während umgekehrt Ziele und Mittel der von Privatheit faktisch ausgeschlossenen Mehrheiten kontrollierbar würden.<sup>103</sup> Daraus würden rechtlich abgesicherte Privilegien beim Zugang zur staatlichen Willensbildung resultieren, welche mit dem Gedanken demokratischer Gleichheit unvereinbar werden könnten. Pluralistische Demokratie setzt somit ein Mindestmaß an *gesellschaftlicher Gleichheit* – und nicht bloß Gleichberechtigung – voraus. Insoweit erlangt Privatheit zugleich eine Dimension nicht nur individueller, sondern auch gesellschaftlicher Gleichheit, welche durch demokratische Prozesse rezipiert, diskutiert und ausgestaltet werden muss. Privatheit, Pluralismus und Demokratie bedürfen also der Stabilisierung durch den demokratischen Prozess selbst, also denjenigen Prozess, welcher auf den von ihr selbst zu leistenden Errungenschaften aufbaut.

## 2. Mehrheitsdemokratie als Staatsform der Selbstbegrenzung

Privatheit kann nicht allein als Quelle des gesellschaftlichen Pluralismus demokratieaffin sein. Vielmehr kann umgekehrt auch die *demokratische Staatsform privatheitsaffin* sein. Und sie muss dies auch sein.

a) Demokratische Mehrheitsherrschaft ist rechtlich limitierte Herrschaft. Sie muss die Existenz der Minderheiten ebenso sichern wie die Möglichkeit ihrer politischen Betä-

101 Und sie mag in unterschiedlicher Weise ausgestaltungsfähig sein. Aber dies ändert nichts an dem grundsätzlichen Ableitungszusammenhang, der sich auf die Fundierung und nicht jedes mögliche Detail beziehen kann und soll.

102 Dazu näher Pauen/Welzer, Autonomie, 2015.

103 Zur Gefahr unterschiedlicher „Privatsphärenklassen“ Bennett/Raab, The governments of Privacy, 2. A., 2006, 32 f.

tigung, welche sich auch im Streben nach einer Revision getroffener Mehrheitsentscheidungen auswirken kann. Darin liegt die klassische demokratische Grundrechtsfunktion des Schutzes der Minderheit vor der Mehrheit, welcher nicht nur einzelnen Entscheidungen, sondern auch der Staatsform insgesamt Grenzen zieht. Sie ist nicht zugleich äußere Grenze und innere Existenz- und Wirkungsbedingung von Demokratie. In diesem Sinne sind Grundrechte, verstanden auch als Mindestbedingung von Existenz und Betätigungsfreiheit von Minoritäten, zugleich Konstitutionselemente demokratischer Herrschaft. Daher ist demokratische Mehrheitsherrschaft zugleich grundrechtsaffin: Sie bedarf des rechtlichen Schutzes (auch) der Minoritäten. Und sie ist auch privatheitsaffin: Nämlich als ein Zentralelement des Grundrechtsschutzes, in welcher die Demokratie einen Teil ihrer eigenen Voraussetzungen<sup>104</sup> zu garantieren trachtet.

b) Doch geht die Bedeutung des Grundrechtsschutzes und damit auch der Garantien der Privatsphäre in der Demokratie über jene Minimalgarantien weit hinaus. Demokratische Mehrheitsherrschaft ist mehr und anderes als die Herrschaft vorhandener Mehrheiten über vorab definierte Minderheiten. Vor der Betätigung von Majoritäten steht deren Hervorbringung bzw. Erhaltung.<sup>105</sup> Sie bedarf der Einbeziehung und Einbindung nicht stets homogener und zudem grundrechtlich geschützter Positionen, Interessen und Interessenten: Freiheits- und Gleichheitsrechte schützen eben nicht nur die Opposition, deren Bildung und Betätigung, sondern auch die Träger potentieller Majoritäten. Deren Einbeziehung bedarf zugleich der *Konsensbeschaffung und der Kompromissuche*, welche typischerweise im Wege der Aushandlung vor sich geht. Diese Prozesse können mit steigendem Komplexitätsgrad verfassungsrechtlich organisierter Herrschaft über die Sphäre von Parlamenten und Parteipolitik weit hinausgehen und etwa die Einbindung Zweiter Kammern, von Oppositionsparteien geführten Länderregierungen oder Exekutiveinheiten, aber auch gesellschaftlicher Vetoplayer oder Oppositionsgruppen etwa zur Antizipation möglicher justizieller Kontrolle und damit von Gerichtsinstanzen umfassen. Vor der Mehrheitsherrschaft stehen so typischerweise Mehrheitssuche und -bildung, die ihrerseits weniger auf Konfrontation als vielmehr auf Konsens und Kompromiss ausgerichtet sind.

In diesem umfassenderen Sinne ist *Demokratie typischerweise die Staatsform der Mäßigung und Selbstbegrenzung*. Ein „Durchmarsch“ einseitiger parteipolitischer Majoritäten ist dadurch zwar weder tatsächlich noch rechtlich ausgeschlossen, aber doch eher die Ausnahme als die Regel. Und selbst einer solchen Mehrheit ist in Sachfragen die Majorität nicht stets vorgegeben, sondern – je nach Einzelfrage – auch oft aufgegeben. Innerparteiliche Strömungen, Rivalitäten zwischen Angehörigen der jeweiligen Eliten und die Sach- und Interessenlogik von gesellschaftlichen Spezialbereichen stoßen auf parteilich nicht eingebundene und bisweilen auch gar nicht einbindbare Akteure, deren Rollen als Träger von Sonderbelangen bzw. Vetoplayer weitere Kompromisse erforderlich macht. Gegenstand derartiger Aushandlungsprozesse sind Berücksichtigungsfragen von Minderheiten über deren ohnehin garantierte Rechtsstellung hinaus. Was dieser ohnehin grundrechtlich verbürgt ist, braucht nicht mehr Gegenstand besonderer Aushandlungen zu sein. Die *Selbstbeschränkung der Demokratie reicht so*

104 Dazu o. II 1.

105 Zum Folgenden grundlegend Kelsen aaO., S. 53 ff, 56 f u. pass.

vielfach über die Einhaltung ohnehin geltender Minimalgarantien hinaus. Die Chancen namentlich der Freiheit<sup>106</sup> sind in ihr tendenziell größer als in anderen Staatsformen.

Zu diesen Freiheiten zählt auch diejenige, Zugang zu eigenen Informationen, Räumen oder Kontakten zu gewähren, also die *Privatheit*.<sup>107</sup> Das gilt zunächst in ihrer Bedeutung als Abwehrrecht: Hier kann sie *als allgemeine Grenze der Öffentlichkeit, der Politik und der Demokratie* von der Staatsform der Selbstbeschränkung profitieren. Sie ist hier nicht nur grundrechtlich abgesichert, sondern kann über jene Mindestgarantien hinaus Gegenstand von Aushandlungsprozessen werden. Die Mindestgarantien sind vorgegeben und unterliegen ggf. der Überwachung durch besondere Einrichtungen,<sup>108</sup> Behörden oder Gerichte. Darüber hinausgehende Aushandlungsprozesse sind demnach tendenziell geeignet, Chancen eines verbesserten Privatheitsschutzes zu eröffnen und abzusichern. Dies betrifft nicht allein den Schutz des Privaten durch Unterlassen, sondern auch durch aktiven Schutz der politischen Instanzen, also durch positive Gestaltung.

*Privatheit* kann aber nicht nur als Grenze, sondern auch *als Grundlage von Demokratie eine Stärkung* aus den Eigenheiten dieser Staatsform erlangen. Durch die Garantie sozialer Differenzierung und daraus resultierender Betätigungsmöglichkeiten eröffnet die Demokratie politische Selbstbestimmung und Handlungschancen für Mehrheits- und Minderheitsgruppierungen bei der Einwirkung auf die und die Mitwirkung an der Legitimation von Staatsgewalt. Die rechtliche und politische Anerkennung der Möglichkeit sozialer und politischer Differenzierung kommt so nicht allein Dissentern, sondern auch (potentiellen) Trägern von Mehrheiten zugute. Rechtlich anerkannte Freiheit erhöht den Preis ihrer Einbindung in Konsens- und Mehrheitsbeschaffungsprozesse über Minimalgarantien hinaus. Dadurch wachsen die Chancen auf Anerkennung und Ausweitung ihrer Belange und ihrer Rechte – einschließlich ihrer Privatsphären – weiter. In diesem Sinne ist eben nicht nur Privatheit demokratieaffin; auch die Demokratie kann privatheitsaffin wirken.

c) Dieses Zwischenergebnis mag auf den ersten Moment überraschen. Sind es doch gerade große westliche Demokratien, in welchen die Klagen über zunehmende Überwachung und damit einhergehende Einbrüche in die Privatsphäre besonders laut zu vernehmen sind. Sind also die genannten Affinitäten eine Selbsttäuschung? Folgen sie allzu idealistisch theoretischen Demokratiemodellen und nicht der demokratische Realität? Und dazu nach den klassischen Demokratiemodellen und nicht modernen Ansätzen? Die Fragen erscheinen allzu berechtigt und sind zugleich geeignet, Ideal an Realitäten heranzuführen, aber auch ihre Basis zu erweitern. Denn die Notwendigkeit der Konsensbeschaffung von Minderheiten kann auch dazu führen, dass diese sich rechtliche Vorteile auf Kosten Dritter – auch nicht oder nur schwach organisationsfähiger – Mehrheiten beschaffen können. Die Beeinflussung von und durch Medien, Lobbyismus und ggf. (Drohung mit) Blockademöglichkeiten zeigen: *Nicht immer vergrößert der*

106 Für die Gleichheit mag dies weniger gelten als für die Freiheit, wenn die Berücksichtigungsnotwendigkeit von Sonderinteressen und Blockademöglichkeiten zu rechtlichen oder tatsächlichen Bevorzugungen nötigt. Diese können dann auf Kosten der allgemeinen Gleichheit gehen.

107 Zu dieser Umschreibung o. I 1.

108 Wie etwa den Datenschutzbeauftragten nach Art. 8 Abs. 3 EUGReCh. Zum europäischen Datenschutzbeauftragten Art. 41 ff VO EG 45/2001; EuGH, EuZW 2010, 296, Rn 42; dazu Bull, EuZW 2010, 488; Roßnagel, EuZW 2010, 299.

*demokratische Prozess die Chancen für Freiheit und Gleichheit.* Und erst recht vergrößert er nicht immer deren Chancen für Alle. Je besser abgegrenzt, interessenhomogen, organisiert, finanziert und vernetzt eine Minderheit ist, desto höher sind ihre Berücksichtigungschancen in Staat, Regierung und Parlamenten.<sup>109</sup> Und wo und wenn Politik nicht allein in der Zuerkennung von Freiheiten für Bürger und Eingriffsrechten des Staates besteht, sondern daneben und darüber hinaus auch in der Zuteilung von Freiheitschancen Privater untereinander, so kann in diesem Zuteilungsprozess<sup>110</sup> die Freiheit der Mehrheiten im Vergleich zu derjenigen von Minderheiten hintanstellen – dem demokratischen Mehrheitsprinzip zum Trotz. Genau dies scheint eine Gefahr namentlich für die Privatheit zu sein, wenn und wo im Netz den globalen Freiheiten von Betreibern, Veranstaltern und Anbietern kaum Grenzen gezogen scheinen und die Privatsphäre von Usern im Netz kaum mehr als bescheidene Grenzen der Sammel- und Auswertungsaktivitäten ihrer Vertragspartner ziehen. Und dazu bedarf es nicht einmal mehr der staatlich organisierten Vorratsdatenspeicherung,<sup>111</sup> welche überwiegend nachvollziehen würde, was in nicht-staatlichen Bereich alltägliche Praxis ist. Und damit sind die weltweiten Kontrollaktivitäten von Nachrichtendiensten teils innerhalb, teils außerhalb des Rechts<sup>112</sup> noch gar nicht einbezogen. Wo – so will es scheinen – bleibt da die Privatsphärenaffinität der Demokratien?

Die genannte Affinität kann nicht garantieren, dass in Demokratien alles gut ist, und manchmal nicht einmal, dass alles besser ist als in anderen Staatsformen. Trotz vielfältiger Skandalmeldungen, Untersuchungsausschussberichte und Gerichtsurteile ist zunächst festzuhalten: Es gibt keinen Beleg dafür, dass in anderen als demokratischen Staaten der Privatheitsschutz besser ist als unter demokratischen Regierungen. Dort ist regelmäßig die Situation gegenüber privaten Dritten nicht besser und gegenüber dem Staat tendenziell schlechter als hier. Dass Skandalmeldungen eher von hier als von dort kommen, ist eher eine Stärke als eine Schwäche demokratischer Verfassungen und der in ihr garantierten Freiheiten der Recherche, der Presse und der Meinungsäußerung. Dass also in westlichen Staaten jene Missstände eher offenbar werden, lässt nicht zwingend den Schluss zu, dass es in ihnen um den Menschenrechtsschutz schlechter bestellt sei; sondern eher, dass hier Staatsform und Verfassungen erleichtern, sie aufzudecken und öffentlich zu thematisieren. So werden *Privatheit und ihr Schutz nicht allein Grenze, sondern* Gegenstand öffentlicher Diskussion. Sie ist *Teil des demokratischen Prozesses* und nicht allein ihr Gegenteil. Diese rechtlich garantierte Chance hat sie am ehesten unter den Bedingungen des demokratischen Verfassungsstaates. Darin liegt ein zweiter Vorteil der Demokratie für den Privatheitsschutz: Hier ist es für die Bürger systembedingt leichter, derartige Missstände öffentlich zu diskutieren und ggf. auf die politische Agenda zu setzen. Auch wenn dies nicht stets zu rechtlichen oder tatsächlichen Ver-

109 Klassisch nach wie vor Olson, Logik kollektiven Handelns, 3. A., 1992.

110 Zu ihm Gusy/Eichenhofer, in: Handbuch des Rechts der Zivilen Sicherheit, 2016, § 8. (i.E.).

111 §§ 113 b ff TKG. Zu den maßgeblichen Rechtsfragen EuGH, NJW 2014, 2169; BVerfGE 125, 260, 309 ff.

112 Zum maßgeblichen rechtlichen Rahmen für die Bundesrepublik Papier/Hoffmann-Riem/Bäcker, (Gutachtliche) Stellungnahmen zum Beweisbeschluss SV 2 des 1. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages (NSA-Untersuchungsausschuss) v. 22.5.2014; Talmon, JZ 2014, 783; Gusy, Rechtmäßigkeit der Erfassung ausländischer Telekommunikation durch deutsche Stellen, 2015 (auf der Homepage des Lehrstuhls).

besserungen führt, so liegt bereits in dieser Möglichkeit der Thematisierung<sup>113</sup> ein Vorteil der Demokratie gerade für den Schutz des Privaten, der ansonsten öffentlicher Einblicknahme und Diskussion geradezu „natürlich“ entzogen ist. *In der Demokratie hat auch der Privatheitsschutz eine politische Durchsetzungschance mehr als in anderen Staatssystemen.* Wo eine zusätzliche Chance besteht, besteht auch die Möglichkeit, dass sie sich realisieren kann. Nicht jede politische Entscheidung geht notwendig zulasten von Grundrechten der Menschen. Dies mag komplexe Zusatzbedingungen und –erwägungen auslösen, die aber an dem Grundtatbestand nichts ändern: Demokratie ist eine privatheitsaffine Staatsform, und zwar mehr als andere Staatsformen.

### III. Privatheitsschutz und Öffentlichkeit: Ein notwendiger Gegensatz?

Jener Befund legt einen vertieften Blick auf die Ausgangsthese von dem Gegensatz zwischen grundrechtlich gesicherter Privatheit und demokratischer Öffentlichkeit<sup>114</sup> nahe. Der Ausgangspunkt jener Dichotomisierung, wonach erstere Selbstbestimmung über den Zugang zu Räumen, Kommunikationen und Informationen, letztere hingegen Fremdbestimmung sei, ist gewiss zutreffend. Die daraus hergeleitete Folgerung, dass aus ihnen unterschiedliche, einander gleichermaßen ausschließende Sphären hergeleitet werden könnten, ist hingegen nicht zwingend.

Dies zeigt bereits ein Blick auf die Durchsetzungs- und Verwirklichungsbedingungen des Privaten. Dass dieses gerade unter den Bedingungen der digitalisierten Welt gefährdet ist, hängt wesentlich mit der Unmerklichkeit, Unvorhersehbarkeit und damit auch Unausweichlichkeit möglicher Eingriffshandlungen zusammen.<sup>115</sup> Medial gestützte Kommunikationsformen begründen Kontrollverluste, welche die Möglichkeiten einer Eigensicherung der Träger von Privatheit stark einschränken. Die User sind immer weniger in der Lage, selbst Bedingungen herzustellen und abzusichern, welche die Zugangsmöglichkeiten Dritter zu ihrer Kommunikation und anderen privaten Lebensverhältnissen wirksam steuern können. An die Stelle rechtlicher Selbstbestimmung tritt so partiell technische Fremdbestimmung.<sup>116</sup> Aber nicht nur im Netz bewirkt Digitalisierung jenen Kontrollverlust: Auch in der analogen Welt können Überwachungstechniken technisch verfeinert, verheimlicht oder verdeckt werden.<sup>117</sup> Auch hier hebt Digitalisierung zwar nicht die rechtlichen Garantien auf, ist aber geeignet, diese zu umgehen oder zu entwerfen.

113 Zu politischer Thematisierung und agenda-setting am Beispiel allgemein Schuppert, Politische Kultur, 2008, S. 180 ff; am Beispiel des Gesetzgebungsverfahrens Katsarov, Sicherheitsgesetzgebung zwischen Legislative und Exekutive, 2014, S. 123 ff.

114 Dazu o. II 2.

115 So schon BVerfGE 65, 1, 42.

116 Das gilt jedenfalls für diejenigen, welche sich der Nutzung der zeitgenössischen Kommunikationsmittel nicht entziehen. Immerhin ist diese Entscheidung in vielen – aber nicht mehr allen – Fällen rechtlich frei. Je stärker jedoch die Nutzung dieser Medien vorgegeben wird – etwa bei der Erstellung von Steuererklärungen nach § 150 Abs. 7 AO –, desto stärker tritt hier neben einen faktischen Druck auch rechtliche Fremdbestimmung.

117 Zum Konzept von Privatheitsgefährdung und -schutz durch Recht und Technik Busch, in: Roessler/Mokrosinska aaO., S. 303.



Einen zentralen Grund hierfür hat das BVerfG in dem Umstand gesehen, dass Betroffene weder die Möglichkeit haben, solche Eingriffe zur Kenntnis zu bekommen, noch aber auch vorhersehen bzw. kontrollieren zu können, welche Stelle welche personenbezogenen Informationen über sie erhebt, speichert oder verarbeitet.<sup>118</sup> Darauf hat die Rechtsordnung mit einer Anzahl von Vorschriften reagiert, welche öffentliche Ankündigungen verdeckter Informationserhebungen,<sup>119</sup> Auskunftsansprüche hinsichtlich der Speicherung,<sup>120</sup> Verarbeitung oder Übermittlung statuieren. Das elementare Instrument zur *Durchsetzung von Privatheitsansprüchen ist so ein Mindestmaß an Transparenz*. Sie erscheint hier also nicht als Gegensatz, sondern als Instrument des Privatheitsschutzes. Und umgekehrt zeigen neue Bemühungen etwa um „Datenschutz als Bildungsaufgabe“,<sup>121</sup> dass Öffentlichkeit sowie Privatheit von Schule, Lehren und Lernen aufeinander bezogen werden können. Wo Internetkompetenz lernbar ist oder wird, wird sie zum Thema in Schulen und Medien, also in der Öffentlichkeit.

Solche Wechselbezüge beider Sphären mögen einem Verhältnis von Gegensätzlichkeit und wechselseitiger Exklusivität noch nicht entgegenstehen. Eine vertiefte Analyse – am Beispiel des Datenschutzrechts<sup>122</sup> – kann aber zeigen: Datenschutz- und Transparenzrecht sind Elemente ein und derselben Rechtsmaterie, nämlich des Informations- und Kommunikationsrechts.<sup>123</sup> Dessen Ziel besteht in der Ermöglichung und Ausgestaltung, kaum aber jemals in der Verhinderung von Kommunikation. Jedenfalls nicht stets ist unterbliebene Kommunikation der beste *Datenschutz*; im Gegenteil: *Letzterer soll die Informations- und Kommunikationsgesellschaft nicht verhindern, sondern ausgestalten*. Ziel ist die privatheitsschutzkonforme Ausgestaltung von Kommunikationsvorgängen, und zwar sowohl solcher privater als auch solcher öffentlicher Art. Dabei ist nicht zu verkennen, dass es vielfältige und immer neue Berührungs- und Überschneidungsbereiche zwischen beiden Sphären gibt, die sich kaum hinwegdefinieren lassen und daher ausgestaltungsbedürftig sind. Zugangs- oder Kenntnisnahmeverbote mögen hier die ultima ratio sein, stellen jedoch nicht den Regelfall solcher Ausgestaltung dar. Dafür lassen sich immer mehr Beispiele finden. Da ist zunächst der *Öffentlichkeitsschutz in der Privatsphäre*: Neben den Rechterschutz der Presse auch in bestimmten privaten Bereichen<sup>124</sup> tritt hier die „Flucht in die Öffentlichkeit“<sup>125</sup> und neuerdings die Rechtsstellung von whistle-blowern<sup>126</sup> in den Vordergrund der Diskussionen. Hinzu tritt der *Privatheitsschutz in der Öffentlichkeit*. Videoaufnahmen des öffentlichen Raums finden eben nicht in der Privatsphäre statt; aber hat, wer sich aus dieser

118 BVerfG ebd.

119 Z. B. 15 a NRWPolG.; dazu grundsätzlich Katsarov aaO., S. 215 ff (Nachw.).

120 Z.B. § 19 BDSG; dazu Worms, in: Wolff/Brink, BDSG, 2013, § 19 Rn 7 ff.

121 Grimm, DuD 2012, 77. Das gesamte Heft befasst sich mit diesem Oberthema. S.a. Gimmler ebd., S. 110; für einen Spezialfall Nguyen/Peitzer ebd., S. 117 ff.

122 Hoffmann-Riem, AöR 1998, 513.

123 Grundsätzlich dazu Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR II, 2. A., 2012, §§ 20 ff; anderer Grundansatz bei Kloepper aaO.

124 Dazu und zu den Grenzen BVerfGE 66, 116, 133 ff.

125 Dazu etwa BVerfGE 28, 55, 64.

126 Dazu schon o. I 2 a).



Sphäre begibt, jeden Privatheitsschutz verloren? <sup>127</sup> Ähnliches mag etwa für das vom BVerfG mehrfach betonte Verbot von umfassenden Bewegungsbildern<sup>128</sup> gelten: Solche Bewegungen finden nicht nur im privaten Bereich statt, sind aber offenbar geeignet, dessen Schutz in die Öffentlichkeit zu verlängern. Ähnliches gilt für die Diskussionen um den (besonderen) Schutz der Privatsphäre öffentlicher Personen und Amtsträger.<sup>129</sup> Und neuere Diskussionen um Grundrechtseingriffe durch die computergestützte Auswertung öffentlich zugänglicher Quellen im Internet<sup>130</sup> dehnen unsere Fragestellung auf die Netzkommunikation aus. Intensiviert wird die Problematik, da solche Informationen regelmäßig nicht auf den Servern der geschützten (Privat-)Person, sondern auf solchen von Unternehmen, Anbietern oder Veranstaltern gespeichert und dort abrufbar sind.<sup>131</sup>

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entdecken immer neue Überschneidungsbereiche.<sup>132</sup> Längst findet sich die Redeweise vom semi-öffentlichen Raum,<sup>133</sup> der offenbar auch gewisse Elemente von Nicht-Öffentlichkeit (und damit von Privatheit?) aufweisen kann, oder von halbprivaten Veranstaltungen, denen also auch gewisse öffentliche Elemente zukommen können.<sup>134</sup> Viel mag dafür sprechen, die *Differenzierung von privaten und öffentlichen Bereichen* nicht als Gegensätze, die sich ausschließen,<sup>135</sup> sondern *als Endpunkte einer gleitenden Skala anzusehen, welche Berührungspunkte, Überschneidungen und Mischformen kennen*.

Die eingangs dargestellte These vom wechselseitigen Exklusivitätsverhältnis zwischen Privatheit und Demokratie ist also differenzierungsbedürftig. Insbesondere ist jene Exklusivität auch nicht durch das Prinzip der demokratischen Öffentlichkeit zu begründen. Die Beschreibung kann also nicht bei ihren konträren Ausgangspunkten<sup>136</sup> stehen bleiben. Hier sind Überschneidungen und Mischformen jedenfalls nicht ausgeschlossen. Eine ausschließlich negative Zuordnung beider Bereiche wäre jedenfalls eine unzutreffende Beschreibung und kann daher einer Deutung der Demokratie als privatheitsaffin bzw. der Privatheit als demokratieaffin nicht entgegenstehen.

127 S. dazu BWVG, NVwZ 2004, 498; partiell anders VG Halle, LKV 2000, 164. Zu einer Sonderkonstellation BVerfGE 120, 378, 398, 401 ff.

128 S. etwa BVerfGE 120, 378, 418 f, 424.

129 Jüngst Mokrosinska, in: Rössler/ders., aaO., S. 181.

130 So der Untertitel der Untersuchung von Wolf, Big Data und Innere Sicherheit, 2015; zum hier thematisierten Problem S. 87 ff.

131 Zum Problem Gusy u.a. aaO, S. 385 ff.

132 Zur Hervorbringung immer neuer, immer weniger absehbarer oder gar planbarer Erscheinungen am Beispiel des Internets als emergentes System Gärditz, DSt 2015, 113.

133 Zu ihm näher Siehr, Der öffentliche Raum, 2016 (i.E.).

134 Am Beispiel des Versammlungsrechts Dietel u.a., VersG, 15. A., 2008, § 1 Rn 200, 211 f.

135 Zu dieser Prämisse und möglichen Folgerungen für die Legitimation einer Zusammenfassung von Beauftragten für Datenschutz und für Informationsfreiheit in gemeinsamen Ämtern Gusy, DVBl 2013, 941, 945 ff.

136 Zu den gegensätzlichen Ausgangspunkten o. I 1, 2.

#### IV. Zusammenfassender Ausblick

Das Narrativ von der negativen Zuordnung von Privatheit und Demokratie schöpft deren wechselseitige Beziehungen jedenfalls nicht aus. Gewiss kommt privaten Bereichen auch eine wichtige Funktion als Rückzugs- und Selbstbestimmungsort<sup>137</sup> zu. Doch ist dies allein eine gewiss wichtige Dimension, schöpft aber deren Rolle im Formenkreis von Privatheit und ihrem rechtlichen Schutz zumindest nicht aus. Zahlreiche gesellschaftliche Dimensionen des Privaten<sup>138</sup> gilt es noch zu entdecken und zu beschreiben.

Mehrheitsdemokratie als Staatsform der Selbstbeschränkung begünstigt die Anerkennung von Grund- und Menschenrechten, namentlich solcher der Privatsphäre, welche dem Öffentlichen und der Politik partiell vorausliegen. Umgekehrt baut sie auf deren Leistungen für die Konstituierung eines gesellschaftlichen Pluralismus auf. Ohne dessen ideelle, soziale und organisatorische Basis erscheint eine demokratische Staatsform kaum denkbar. Sie zählt zu jenen Voraussetzungen demokratischer Verfassungen, auf welchen diese Staats- und Rechtsordnungen aufbauen, ohne sie selbst garantieren zu können. Dies bedeutet jedoch keinesfalls, dass sie sich um deren Hervorbringung, Erhalt und Stabilisierung nicht zu kümmern brauchen oder gar nicht kümmern dürften. Im Gegenteil: In der Anerkennung und Förderung des gesellschaftlichen Pluralismus bringt sich die Demokratie stets neu hervor und pflegt ihre eigenen Grundlagen. Dass die dabei zu erbringen Leistungen von den jeweiligen technischen, gesellschaftlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen abhängen, liegt auf der Hand. Sie stellen sich in der Netzdemokratie<sup>139</sup> der Wissens- und Informationsgesellschaft anders als in der traditionell eingegegnet und von Zugangsbarrieren limitierten Öffentlichkeit der klassischen Medien.<sup>140</sup> Hier begründet das Demokratieprinzip über vereinzelte Selbstschutzpfllichten hinaus jedenfalls zahlreiche Rechte der Selbstorganisation, der Demokratiepflge und der Förderung der eigenen Voraussetzungen.

Als befragungsbedürftig zeigt sich dabei namentlich das *Verhältnis von Privatheit und Öffentlichkeit*.<sup>141</sup> Der scheinbare Gegensatz verhüllt jedenfalls unter den aktuellen Rahmenbedingungen mehr an Berührungspunkten und Überschneidungen, als es in der Vergangenheit schien und in den tradierten Bildern ausgedrückt wird. Der viel zitierte „Strukturwandel der Öffentlichkeit ist jedenfalls nicht stehen geblieben und hat zahlreichen Krisen- und Niedergangsdiagnosen getrotzt. Parallel dazu vollzog sich ein „Strukturwandel des Privaten“, dessen Voraussetzungen und Folgen erst umrisshaft erkennbar sind und dessen Beschreibung über die Diagnosen von Gegensätzen zur Sphäre der Öffentlichkeit hinausgehen muss und hinausgehen wird. Hierbei mögen die neueren

137 Über die Notwendigkeit und Bedeutung solcher Orte in der und für die Demokratie wissen wir gegenwärtig wenig. Dies hängt nicht zuletzt mit der Frage zusammen, dass für Recht und Rechtswissenschaft bislang wenig geklärt ist, welche Bedeutung solchen Rückzugsorte überhaupt zukommen kann bzw. sollte. Dass deren Leistungen sodann auch juristisch „relevant“ werden können, liegt jedenfalls nahe.

138 So der Titel des Bandes von Roessler/Mokrosinska aaO. („Social Dimensions of Privacy“).

139 Zur Privacy und dem demokratischen Potential des Netzes Parsons/Bennet/Molnar, in: Roessler/Mokrosinska aaO., S. 202.

140 S. etwa BVerfGE 107, 299, 329; 74, 297, 323; 59, 231, 257; 57, 295, 319.

141 Auf Schnittstellen verweist grundlegend Roessler aaO., S. 305 ff.

*Diskurse über Öffentlichkeitsstatus, Transparenz, limitierte Transparenz*<sup>142</sup> und deren Ausgestaltung eine weiterführende Denkrichtung zeigen. Sie und mögliche Alternativen zu erkennen, zu beschreiben und zu gestalten ist zunächst eine Aufgabe der Wissenschaft und sodann eine solche von Recht und Rechtsanwendung.

---

142 Zu deren möglichen Zwecken Gusy, in: Kloepfer/Dix u.a., Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2015, 2016, S. 1 ff; zu deren Vorbedingungen und Grenzen ders., FS Peine, 2016, i.E.