

Grundrechtsdogmatische Fragen des Zensus im Mehrebenensystem

*Hannah Ruschemeier**

Fragen des Zensus und der Statistik allgemein sind bisher in den Rechtswissenschaften unterrepräsentiert, sie gelten als Nischenthemen. Dabei ist der Zensus höchst relevant, da er in regelmäßigen Abständen wiederkehrt und ein erhebliches Potenzial für die Informationsverwaltung bietet. Zudem lässt sich anhand der Entwicklung der statistischen Methodik und Ausrichtung die digitale Transformation des Staates praktisch aufzeigen.

Der Zensus in Deutschland ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive eng mit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und dadurch mit einer dogmatischen Grundsatzentscheidung zum Schutz persönlicher Informationen unter dem Grundgesetz verbunden. Dennoch gibt es verhältnismäßig wenige verfassungsgerichtliche Entscheidungen, die sich mit dem Zensus befassen. Dabei stellen sich eine Vielzahl interessanter Rechtsfragen, insbesondere auch zum Datenschutz und im grundrechtlichen Mehrebenensystem.

Die Grundrechtsrelevanz des Zensus ist aber nicht nur rechtswissenschaftlich, sondern auch aus historischer, technischer und politikwissenschaftlicher Sicht interessant, da sie eine zeitliche und inhaltsreiche Entwicklung durchlaufen hat, die alle genannten Perspektiven berührt. Diese Entwicklung hat mit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1983 bereits einen Meilenstein als Startpunkt und setzt sich mit dem Zensus 2022 in einer vollständig anderen technischen Realität, aber auch anders geprägten Rechtsordnung fort, denn der Zensus 2022 ist der erste unter der Geltung der DSGVO durchzuführende.

Der Beitrag skizziert die grundrechtliche Relevanz des Zensus (I.), um diese anschließend konkreter an der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung aufzuzeigen (II.). In einem zweiten Teil wird anhand der Entscheidungen die Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aufgezeigt (III.) und abschließend der sehr wichtige Punkt des Verhältnis-

* *Thomas Kienle* gebührt großer Dank für die hilfreichen Anmerkungen und Gespräche zum Thema.

ses zu den unionsrechtlichen Rechtsvorgaben der DSGVO und der Grundrechtecharta der Europäischen Union zu den Grundrechten erläutert (IV.).

I. Zensus und Grundrechte

1. Durchführung und Rechtsgrundlagen des Zensus

Die Volkszählung als größtes Projekt der amtlichen Statistik ist eine gemeinschaftliche Aufgabe der statistischen Ämter des Bundes und der Länder und umfasst den gesamten Prozess der Erhebung, Aufbereitung, Auswertung und Veröffentlichung der erhobenen Daten, die sich auf alle Personen eines Landes beziehen.¹ Der Zensus verfolgt dabei mehrere Ziele. Nach § 1 Abs. 3 ZensG 2022 dient er neben der Erfüllung der unionsrechtlichen Berichtspflichten primär dazu, die Einwohnerzahlen festzustellen, § 1 Abs. 3 Nr. 2 ZensG 2022. Neben der Datengrundlage für Bevölkerungsprognosen werden die Ergebnisse in Deutschland auch für administrative Zwecke wie den Finanzausgleich zwischen den Bundesländern, den Zuschnitt von Wahlbezirken und zur Bestimmung der Größe lokaler Volksvertretungen genutzt.² Die statistischen Daten des Zensus schaffen die Datengrundlage für eine an den Verfassungsprinzipien orientierte Politik, die auf soziale und ökonomische Entwicklungen reagieren kann.³

Die Art der Durchführung soll einen angemessenen Ausgleich zwischen einer präzisen Datenermittlung und einer grundrechtsschonenden und

1 Nach Vorbereitung durch das Statistische Bundesamt führen die Bundesländer die Erhebung praktisch durch. *Bundesministerium des Innern und für Heimat* (BMI), Zensus 2022, <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/moderne-verwaltung/statistik/zensus-2022/zensus-2022-node.html> (13.04.2022); *Statistisches Bundesamt*, Was ist der Zensus?, https://www.zensus2022.de/DE/Was-ist-der-Zensus/_inhalt.html (23.03.2022); Statistische Ämter des Bundes und der Länder (Hrsg.), Zensus 2011, https://www.zensus2011.de/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/Aufsaetze_Archiv/2015_06_MethodenUndVerfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (13.04.2022), S. 7; § 9 ZensVorbG 2021.

2 Übersicht beim Stichwort Volkszählung, *Engelhardt*, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), *Staatslexikon*, 8. Auflage 2021; *Heckel/Heyde*, Anmerkungen zum Zensus 2011 aus Sicht der Markt- und Sozialforschung, *ASta Wirtsch Sozialstat Arch* 9 (2015), 251 (252 f.). § 1 Abs. 3 Nr. ZensG 2022 spricht von „der Gewinnung von Grunddaten für das Gesamtsystem der amtlichen Statistik sowie von Strukturdaten über die Bevölkerung als Datengrundlage insbesondere für politische Entscheidungen von Bund, Ländern, Gemeinden auf den Gebieten Bevölkerung, Wirtschaft, Soziales“.

3 So bereits BVerfGE 65, 1 (47).

wirtschaftlichen Durchführung herstellen. Die Rechtsgrundlagen des Zensus 2022 finden sich in der Rahmenverordnung für die gemeinschaftsweite Volks- und Wohnungszählung⁴ und den korrespondierenden Durchführungsverordnungen.⁵ Auf nationaler Ebene werden die unionsrechtlichen Anforderungen durch das bereits 2017 erlassene Zensusvorbereitungsgesetz 2021 (ZensVorbG 2021)⁶ und das Zensusgesetz 2021⁷ umgesetzt. Der Zensus sollte ursprünglich 2021 stattfinden, wurde aber pandemiebedingt verschoben, weshalb ausschließlich vom Zensus 2022 die Rede ist. Als wichtiges Rahmengesetz mit „allgemeinen Vorschriften“ fungiert zusätzlich das Bundesstatistikgesetz. Dort sind z.B. Vorgaben zum Statistikgeheimnis geregelt.⁸

Relevant sind zudem die Vorgaben der DSGVO, insbesondere Art. 6 DSGVO, der die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten auch durch Behörden verbietet, soweit keiner der für öffentliche Stellen einschlägigen Erlaubnistatbestände greift. In der amtlichen Statistik werden bei der Erhebung personenbezogene Daten verarbeitet, wobei dieser Personenbezug bei der Trennung und Löschung wieder entfallen kann. Deshalb sieht die DSGVO Ausnahmen für statistische Zwecke vor.⁹

Der registergestützte Zensus 2022 baut methodisch auf dem letzten Zensus des Jahres 2011 auf, bei dem erstmalig keine Vollbefragung der Bevölkerung, sondern ein registergestütztes Verfahren durch Heranziehung der Melderegister in Kombination mit Stichprobenbefragungen verwendet wurde.¹⁰ Der Zensus wird als Kombination aus Bevölkerungszählung und Erfassung des Bestands an Gebäuden mit Wohnraum und Wohnungen durch Auswertung von Verwaltungsdaten sowie durch ergänzende primärstatistische Erhebungen durchgeführt.¹¹ Methodische Änderung gegenüber dem Zensus 2011 ist, dass die Korrekturstichprobe zur Einwohnerzahl in allen Gemeinden und nicht nur ab einer bestimmten Einwohnerzahl durchgeführt wird, siehe § 11 ZensG 2021.¹² Zudem soll das Prinzip „online first“ gelten, wonach die standardmäßige Angabe durch befragte Personen

4 VO 763/2088/EG.

5 VO 543/2017; VO 712/2017; VO 881/2017; VO 779/2018.

6 BGBl. I 2017, S. 388-391.

7 BGBl. I 2019, S. 1851-1861.

8 § 16 BStatG.

9 Dazu unten VI.2.

10 Überblick bei *Dittrich*, Der registergestützte Zensus 2021, WISTA 2019, 5 (6 ff.).

11 § 1 III Nr. 1, 2, §§ 5-8, 11 ZensG 2022.

12 *Dittrich*, WISTA 2019, 5 (7).

online stattfindet. Perspektivisch steht eine Weiterentwicklung zu einem rein registerbasierten Zensus im Raum, dazu wurde 2021 das Registerzensuserprobungsgesetz erlassen.¹³

2. Grundrechtliche Relevanz des Zensus

Grundrechtliche Relevanz entfaltet das Konzept des Zensus in erster Linie für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 7 und 8 der Europäischen Grundrechtecharta, den Rechten auf Achtung des Privatlebens und des Schutzes persönlicher Daten. Das Grundgesetz kennt in diesem Sinne kein „Recht auf Datenschutz“.¹⁴

Die Geschichte des Zensus spielt auch vor dem Bundesverfassungsgericht.¹⁵ Bereits in der Entscheidung zum Mikrozensus 1969 befand das Bundesverfassungsgericht es für verfassungswidrig *„den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren [...] und ihn damit wie eine Sache zu behandeln, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist“*.¹⁶ 14 Jahre später erging das Volkszählungsurteil¹⁷ des Bundesverfassungsgerichts, das bis heute zu Recht als Meilenstein und Grundsatzentscheidung des Datenschutzes angesehen wird. Das Gericht entwickelte dort die Parameter des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

Begleitet von erheblichen politischen Diskussionen und Protesten aus der Bevölkerung¹⁸ erklärte das Gericht die Kombination der Volkszählung – damals eine Vollerhebung, also Bevölkerungsbefragung – mit den Melderegistern für verfassungswidrig.¹⁹ Neben dem Namen und Geschlecht, Geburtstag und Familienstand sollten sensible Daten wie die Religionszugehörigkeit, vor allem aber sehr spezifische Informationen wie das vorwiegend

13 BGBl. I, S. 1649.

14 Dazu Epping, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 636; Klopfer/Schärdel, Grundrechte für die Informationsgesellschaft - Datenschutz und Informationszugangsfreiheit ins Grundgesetz?, JZ 64 (2009), 453 (455).

15 Siehe bspw. Bertram, Die Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren, 2009, S. 50 ff.

16 BVerfGE 27, 1 (6).

17 BVerfGE 65, 1.

18 Zur politischen Historie: Bieber, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), Datenschutz, 2012, S. 34 ff.

19 BVerfGE 65, 1 (63).

verwendete Verkehrsmittel zur Arbeit oder die Größe der Mietwohnung und die Miethöhe, erfasst werden.²⁰ Diese Daten wurden allerdings vorrangig anonymisiert zu Planungszwecken verwendet.²¹ Grund für die partielle Verfassungswidrigkeit waren primär die fehlende Trennung und Erkennbarkeit der Datenverarbeitung zu statistischen Zwecken und für den Verwaltungsvollzug, in diesem Fall der Meldebehörden. Die Datenerhebung durch die Volkszählung als solche war überwiegend verfassungskonform; es ging in erster Linie um die Weiterverarbeitung zu einem anderen Zweck. Dadurch stellte das Gericht früh klar, dass es unvereinbare Zwecke der Datenverarbeitung wie statistische Erhebungen einerseits und Verwaltungsvollzug andererseits anerkennt.

Vorausgegangen waren Volkszählungsboykotte, die, nicht nur durch den zunehmenden Einsatz von Computertechnologie, sondern auch durch die Verschärfung staatlicher Überwachungsmaßnahmen als Reaktion auf die RAF-Morde, befeuert wurden.²² Die zentrale Frage war, ob eine Volkszählung die Privatsphäre der Bürger:innen verletze. Aus heutiger Perspektive erscheint die Fokussierung in Ausmaß und Intensität gerade im Vergleich zu den Maßnahmen der Rasterfahndung u.ä. nicht mehr ohne weiteres nachvollziehbar: Der Zensus als Super-GAU des Datenschutzrechts? Die Kritik wandte sich gegen die zwangsweise Datenabgabe, eine vermeintliche Anlasslosigkeit, die fehlende Steuerung durch eigenes Verhalten und die zentrale Speicherung.²³ Die Geschichte des Zensus war zu Beginn stark politisiert.

Die grundrechtsgeleitete Kritik am Zensus ist abgeflacht, aber nicht verschwunden, wie auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, das in verschiedenen Verfahren damit befasst war. Für die grund-

20 Der befürchtete Datenmissbrauch ist wohl nicht eingetreten, *Meyerholt*, Vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung zum Zensus 2011, DuD 2011, 683 f.

21 Vgl. *Kühling*, BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a.: Anmerkung, NJW 2017, 3069.

22 *Bieber*, in: Schmidt/Weichert (Fn. 18), S. 34, 37.

23 BVerfGE 150, 1 (57, 72 f.): Trennung von Hilfs- und Erhebungsmerkmalen, Löschung der Daten durch die zuständigen Ämter; *Ebeling*, Die Untiefen des Zensus 2011, DuD 2011, 721 (722-724): 8 Kritikpunkte zum Zensus; ebd. S. 724 (3.1), 725 (5.): Zentrale Speicherung; *Leeb/Lorenz*, ZD 2018, 578 (223 ff. (Rn. 223 ff., Anmerkung Nr. 1, 5)): Vereinbarung von Zensus & Datenschutz; *Zilkens*, Datenerhebungen in der öffentlichen Verwaltung - Datenschutzgerechte Befragungen von Bürgern und Bediensteten, ZD 2012, 371 (371): Teilnahmepflicht.

rechtliche Bewertung sind die Umstände der zwangsweisen Datenabgabe²⁴, angeordnet durch Gesetz, die Gefahr der Nutzung der Daten zu nicht-statistischen Zwecken, insbesondere im Verwaltungsvollzug, und die fehlende nachträgliche Trennung der Datenquellen²⁵ im Wesentlichen gleichgeblieben, außer, dass der Zensus heute überwiegend registergestützt durchgeführt wird.²⁶

Für die grundrechtliche Bewertung ist die historische Entwicklung des Zensus in Deutschland interessant: Regulär werden Volkszählungen in bestimmten, gleichmäßigen Zeitintervallen durchgeführt. Die Aussagekraft der Daten ist auf den jeweiligen Stichtag begrenzt, deshalb lassen sich Entwicklungen und Vergleichsparameter durch ähnliche Zeitintervalle besser abbilden. Zudem nimmt die Aussagekraft des vergangenen Zensus exponentiell ab, je mehr Zeit vergangen ist.²⁷ Deshalb sieht auch die jetzige Rechtsgrundlage der VO (EU) 763/2008 i.V.m. VO (EU) 2017/712 ein Zeitintervall von zehn Jahren vor²⁸, was auch den Empfehlungen der Vereinten Nationen und der Praxis der meisten Staaten entspricht.²⁹

Nach dem zweiten Weltkrieg folgte auch Deutschland sowohl in der DDR als auch der BRD dem zehnjährigen Rhythmus; der letzte Zensus der DDR fand 1981 statt, was für die BRD ebenfalls geplant war. Dann kam allerdings das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts gewissermaßen „dazwischen“, sodass der Zensus erst 1987 erheblich modifiziert durchgeführt wurde. Die größte Lücke besteht allerdings zur letzten Volkszählung, denn diese fand dann erst 2011 mit einem Abstand von 24 Jahren

24 Bechtold, Das Modell des Zensus 2011, CPoS 41 (2017), S. 1; Dittrich, WISTA 2019, 5 (6); stattdessen heute registergestützter Zensus.

25 Zur Kritik am Zensus: Dokumentation: Die Volkszählung auf dem Rechtsweg, KJ 1988, 206; dort: Ziegler/Hummel, Ausgezählt?, KJ 1988, 223 (224-226). BVerfGE 65, 1 (61); BVerfG: Volkszählung 1987, NJW 1988, 961 (962 (Nr. 5)).

26 Münnich/Gabler et al., Das Stichprobendesign des registergestützten Zensus 2011, mda 5 (2011), 37 ff.; Scharmer, Haushaltstypisierung im Rahmen des registergestützten Zensustests, Statistische Analysen und Studien NRW 2002, 3 (3).

27 Martini, Der Zensus 2011 als Problem interkommunaler Gleichbehandlung, 2011, S. 12; Statistisches Bundesamt, Ergebnisse des Zensustests, Wirtschaft und Statistik 2004, 813 (814).

28 Auf Unionsebene wird eine neue Rahmenverordnung mit kürzeren Zeitintervallen vorbereitet, weshalb auch deshalb der rein registergestützte Zensus unumgänglich wird. Bisherige Rahmenverordnung: VO (EU) 763/2008 Art. 5 (1).

29 Forster, Die Zukunft der Volkszählung in Deutschland, Statistische Analysen und Studien Nordrhein-Westfalen 2001, 12; Rose-Ackermann/Riemer, The Census in the USA and Germany: It's all about sampling, <https://verfassungsblog.de/the-census-in-the-usa-and-germany-its-all-about-sampling/> (13.04.2022).

statt.³⁰ Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern war dies sehr ungewöhnlich, denn mit derart veralteten oder noch älteren Bevölkerungsdaten arbeiteten nur einzelne Länder des globalen Südens.³¹ Die Causa Zensus hat vermutlich dazu beigetragen, dass Deutschland als datenschutzfanatisch gilt.³²

II. Verfassungsrechtliche Rechtsprechung zum Zensus 2022

Gegen den Zensus 2011 und auch 2022 haben sich keine auch nur annähernd vergleichbaren Proteste wie zu Zeiten des Volkszählungsurteils formiert.³³ Dennoch war das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen damit befasst. Das Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des Zensus 2011 – nach einer vorausgegangenen Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz³⁴ – betraf primär allerdings keine Grundrechtskonstellation: Die Länder Berlin und Hamburg hatten sich aufgrund erheblicher Verluste beim Länderfinanzausgleich aufgrund der statistischen Ergebnisse zu den Einwohner:innenzahlen mit Normenkontrollanträgen gegen die Methodik der registergestützten Volkszählung gewandt.³⁵ Das Bundesverfassungsgericht sah weder das föderale und interkommunale Gleichbehandlungsgebot noch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Bürger:innen als verletzt an.³⁶

30 Ausfall der EU-weiten Erhebung in Deutschland 2000: *Engelhardt*, in: Görres-Gesellschaft (Fn. 2); *Heckel/Heyde*, AStA Wirtsch Sozialstat Arch 2015, 251 (253). *Scholz/Kreyenfeld*, Der registergestützte Zensus in Deutschland: Historische Einordnung und Bedeutung für die Bevölkerungswissenschaft, CPoS 41 (2017), 3 (4, 8).

31 <https://www.economist.com/middle-east-and-africa/2019/03/29/why-ethiopia-has-postponed-its-census>.

32 <https://www.goethe.de/de/m/kul/med/20446236.html>; <https://www.sueddeutsche.de/digital/ihre-frage-wieso-ist-den-deutschen-der-datenschutz-so-wichtig-1.2106439>. Zum Vergleich mit den USA: <https://www.bpb.de/themen/daten/democracy/254254/was-europa-und-die-usa-in-sachen-datenschutz-unterscheidet/>; *Bergmann*, Volkszählung und Datenschutz, 2009, S. 83; statistisch aber wohl im Mittelfeld: *Störk-Biber et al.* 2020, HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik (57), S. 26.

33 Zum Wandel der öffentlichen Wahrnehmung: *Spiecker gen. Döhmman/Eisenbarth*, Kommt das »Volkszählungsurteil« nun durch den EuGH? – Der Europäische Datenschutz nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, JZ 66 (2011), 169.

34 BVerfGE 140, 99.

35 BVerfGE 150, 1; besprochen von *Kienle*, ZD 2018, 78 ff.

36 BVerfGE 150, 1 (107). Anm. von *Leischner/Weigelt*, NVwZ 2018, 1731 ff.

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte hat sich mit einem Eilantrag gegen den Probelauf des Zensus 2022 gewendet. Das Zensusvorbereitungsgesetz sieht in § 9a vor, dass zur Prüfung der Übermittlungswege und der Qualität der Daten die zuständigen Stellen den Landestatistikämtern bereits im Januar 2019 die Datensätze übermitteln mussten. Die übermittelten Daten umfassen neben Namen und Anschrift auch Geschlecht, Familienstand, Staatsangehörigkeit und Religionszugehörigkeit. Nach § 9a Abs. 6 ZensVorbG 2021 sind die Daten unverzüglich zu löschen, spätestens jedoch zwei Jahre nach dem Stichtag. Dadurch wurde aber quasi ein „doppelter Zensus“ durchgeführt, der nach Ansicht der Beschwerdeführerin ein erhebliches Sicherheitsrisiko darstelle. Faktisch entsteht so ein Bundesmelderegister, und zwar unter dem Label eines Testlaufs.³⁷ Zwar hatte das Gericht im einstweiligen Rechtsschutz noch anerkannt, dass die zweckändernde Übermittlung von nicht anonymisierten oder pseudonymisierten Melde-daten einen erheblichen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt.³⁸ Der Antrag im einstweiligen Rechtsschutz wurde aber abgelehnt³⁹ und die Hauptsache ohne Begründung nicht zur Entscheidung angenommen. Die Ablehnung der Hauptsacheentscheidung überrascht auch deshalb, da im einstweiligen Rechtsschutz die Frage nach der Erforderlichkeit einer derart umfassenden Datenermittlung zu Testzwecken explizit aufgeworfen wurde.⁴⁰ Auch in der Sache erscheint es nicht überzeugend, nur anhand einer Plausibilitätsprüfung aufgrund des Zwecks zur Testung von Datenqualität und Übermittlungswegen, also technischen, nicht inhaltlichen Parametern, von der Notwendigkeit der gesamten Datenübermittlung auszugehen. Der Mehrwert im Vergleich zu einem begrenzten Testlauf, etwa in Form einer Beschränkung einzelner Merkmale oder durch anonymisierte Datensätze, wurde vom Gericht selbst in Frage gestellt, aber dann doch nicht entschieden, weil nicht ausgeschlossen sei, dass eine Beschränkung in ihrer Wirkung einer Aussetzung des Gesetzesvollzugs gleichkäme.⁴¹ Somit fiel die Folgenabwägung zu Lasten der Antragstellerin aus. Die Frage der Erforderlichkeit von Testläufen ist deshalb nicht abschlie-

37 Kienle/Wenzel, Anm. zu BVerfG, Beschluss vom 6.2.2019 – 1 BvQ 4/19, ZD 2019, 268.

38 BVerfG, Beschl. v. 6.2.2019 – 1 BvQ 4/19, Rn. 9, 14. Durch die Anerkennung des Eingriffs wohl auch kein Widerspruch zur Rspr. des EuGH zu Art. 8 GrCh: EuGH, Urt. v. 29.1.2008 – Rs. C-275/06, insb. Rn. 64 ff.

39 BVerfG, Beschl. v. 6.2.2019 – 1 BvQ 4/19.

40 BVerfG, Beschl. v. 6.2.2019 – 1 BvQ 4/19, Rn. 9.

41 BVerfG, Beschl. v. 6.2.2019 – 1 BvQ 4/19, Rn. 9, 18.

ßend entschieden worden. Vor dem Hintergrund der Intensität des Grundrechtseingriffs erfordert sie mindestens erhöhten Begründungsaufwand.

Die weiteren Ausführungen des Gerichts sind vor der Folie der bisherigen Rechtsprechung ebenfalls bemerkenswert: Der im Rahmen der Folgenabwägung geprüfte Nachteil für die Freiheit und Privatheit des Einzelnen materialisiere sich nicht bereits mit der Datenbevorratung – und damit durch ein von der Beschwerdeführerin vorgetragenes erhebliches Sicherheitsrisiko durch den Zugriff Dritter – sondern erst durch den Abruf der Daten. Einschüchterungseffekte beständen vorbehaltlich der Voraussetzungen einer durch Abruf ermöglichten Verwendung der Daten. Die Speicherung berge zwar die Gefahr von Überwachung und Verwendung für Zwecke des Verwaltungsvollzugs, dies sei allerdings nicht schwerwiegend.⁴²

Diese hohe Hürde für eine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung war bisher eher nicht in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts angelegt. Vielmehr handelt es sich um Maßstäbe aus den Entscheidungen zur Vorratsdatenspeicherung. Dort ist die Unterscheidung zwischen Speicherung, Sammlung und Abruf aber im Hinblick auf das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG relevant und nicht in Bezug auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG.⁴³ Diese Parameter sind auf den Zensus nicht übertragbar, da die verfassungswidrige Vorratsdatenspeicherung zwar anlasslos sensible Daten speicherte, diese aber nie in einer Gesamtdatei zusammenführte.⁴⁴ Das faktische Bundesgesamtmelderegister des Zensus-testlaufs führt direkt zu den Anfängen des Mikrozensus, wonach es unzulässig ist „den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren“.⁴⁵ Der tatsächliche Abruf der Daten war nicht entscheidend für die Annahme eines Nachteils.⁴⁶ Kontextualisiert ist dieser Beschluss allerdings nur im einstweiligen Rechtsschutz ergangen und sollte deshalb nicht überbewertet werden. Er steht jedenfalls nicht in der Tradition der bisherigen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, obwohl sich in letzter Zeit wohl Tendenzen zu einer engeren Schutzbereichsauslegung ausmachen lassen.⁴⁷

42 BVerfG, Beschl. v. 6.2.2019 – 1 BvQ 4/19, Rn. 15.

43 Kienle/Wenzel, ZD 2019, 268 (268).

44 BVerfGE 125, 260 (321).

45 BVerfGE 27, 1 (6).

46 Kienle/Wenzel, ZD 2019, 268 (268).

47 Spiecker gen. Döhmman/Bretthauer, Schutzlos in Karlsruhe, <https://verfassungsblog.de/schutzlos-in-karlsruhe/> (27.04.2022).

III. Wandel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Nicht nur die Rezeption der Grundrechtseingriffe durch den Zensus zeigt den Wandel des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf, auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung illustriert die Entwicklung dieses Grundrechts.

1. Dogmatische Konstruktion von Schutzbereich und Eingriff

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁴⁸ ist ein Produkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welches dieses sehr früh aus dem Recht auf Achtung der Privatsphäre und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelt hat.⁴⁹ Das kann durchaus als innovatives *case law* bezeichnet werden und wurde international auch so rezipiert.⁵⁰ Im Volkszählungsurteil hat das Gericht konstatiert, dass die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit betroffen sind, wenn Bürger:innen nicht mehr wissen können, wer welche Informationen über sie hat und daraus die Befugnis abgeleitet, selbst darüber entscheiden zu können, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.⁵¹

a) Schutzbereich

Es folgte eine anhaltende Diskussion im Schrifttum der Rechtswissenschaft, welche sich auf die Konzeption und Konstruktion des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bezog.⁵² Im Kern ging es um zwei Punkte. Zum

48 Zur Entwicklung des Begriffs: *Wahl*, in: Grimm (Hrsg.), Vorbereiter - Nachbereiter?, 2019, S. 307, 311 f.

49 Übersicht bei *Eifert*, Electronic Government, 2006, S. 299 ff.

50 *Wendel*, The two-faced guardian – or how one half of the German Federal Constitutional Court became a European fundamental rights court, Common Market Law Review 57, 1383 ff.; <https://www.insideprivacy.com/data-privacy/german-constitutional-court-reshapes-right-to-be-forgotten-and-expands-its-oversight-of-human-rights-violations/>; unionsrechtliche Einordnung bei *Spiecker gen. Döhmman/Eisenbarth*, JZ 2011, 169 ff.

51 BVerfGE 65, 1 (42 f.); *Eifert* (Fn. 49), S. 299.

52 *Albers*, in: Haratsch/Kugelman/Repkewitz (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht der Informationsgesellschaft, 1996, S. 113; *Britz*, in: Hoffmann-Riem/Brandt (Hrsg.), Offene Rechtswissenschaft, 2010, S. 561; ebd. S. 582 (Verkürzung des abwehrrechtlichen Schutzes); *Bull*, Neue Konzepte, neue Instrumente? Zur Datenschutz-

einen, dass das Bundesverfassungsgericht mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Befugnis konstruiert habe, die sich auf soziale Vorgänge beziehe, woran wiederum keine Befugnisse bestehen können.⁵³ Zweitens, dass eine wie im Volkszählungsurteil entwickelte, primär abwehrrechtliche Ausrichtung verfehlt sei und an deren Stelle eine objektiv-rechtliche staatliche Strukturierungspflicht für Verfahren, Organisation und Umgang mit personenbezogenen Daten treten müsse.⁵⁴ Eine eigentumsanaloge Verfügungsbefugnis der einzelnen Person über die „eigenen“ Daten führe zu einem Übergreifen der individuellen Herrschaftsbefugnis auf Informationen bei anderen. Diese Auslegung ist aber nicht zwingend. Dass das Gericht gerade kein Herrschaftsrecht kreieren wollte, klingt auch bereits im Volkszählungsurteil an.⁵⁵ Vielmehr geht es bei dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung um kontextbezogene Informationssteuerung.

Die Weiterentwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist auch deshalb mit dem Thema Zensus verbunden, da sich viele Argumentationsstränge auf das Volkszählungsurteil zurückführen lassen. Die grundlegenden Erwägungen haben in vielen weiteren Entscheidungen eine wichtige Rolle gespielt, insbesondere auch in der Rechtsprechung zum Sicherheitsbereich, zur Kennzeichenerfassung, Stammdatenabfrage, der Antiterrordatei oder der TKÜ.⁵⁶

Diskussion des Bremer Juristentages, Zeitschrift für Rechtspolitik 31 (1998), 310; Gusy, Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz: Fortführung oder Neuanfang?, KritV 83 (2000), 52; Hoffmann-Riem, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft — Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998), 513 (522 ff.); Schlink, Das Recht der informationellen Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft, Der Staat 1986, 233; Trute, Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 53 (1998), 822.

53 Britz, in: Hoffmann-Riem/Brandt (Fn. 52), S. 561, 563, dort Fn. 3; Simitis, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), Grundtypen des Sozialrechts, 1987, S. 1475 (1491).

54 Britz, in: Hoffmann-Riem/Brandt (Fn. 52), S. 561, 563; dort Fn. 4; Albers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 107, Rn. 68; Eifert (Fn. 49) S. 298 ff.; Trute, in: Roßnagel (Fn. 54), S. 156, Rn. 22; Hoffmann-Riem, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009 (1010).

55 BVerfGE 65, 1 (43 f.).

56 BVerfGE 65, 1 (43); BVerfGE 67 (100 ff.); BVerfGE 78 (77 ff., 84); BVerfGE 133, 277 (324, 346, 366 f.); Bertram (Fn. 15); S. 50 f.; Haustein, Möglichkeiten und Grenzen von Dateneigentum, S. 102-113; Hebler/Berg, Die Grundrechte im Lichte der Digitalisierung – Teil II: Grundrechte zum Schutz persönlicher Daten, JA 2021, 617 (617-619).

Dabei wurzelt die Vorstellung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht nur begrifflich, sondern inhaltlich im Autonomiegedanken, der voraussetzt, dass es eine Wahlfreiheit über Verhaltensweisen gibt. Die Ausgangsthese der grundrechtlichen Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts ist interessanterweise aber keine rechtliche, sondern eine psychologische: Menschen verhalten sich anders, wenn sie sich beobachtet fühlen.⁵⁷ Einschränkungen können sich daraus ergeben, dass das eigene Verhalten als Information gespeichert, verwendet und weitergegeben wird – heute wird dies unter *chilling effects* oder Abschreckungseffekten auf die Grundrechtsausübung besprochen.⁵⁸ Dabei sind dann andere Grundrechte als das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen, wie z.B. die Versammlungsfreiheit oder Meinungsfreiheit. Die Reichweite des Raumes, in dem sich die persönliche Freiheit entfalten kann, hängt stark von den Entscheidungen anderer ab, die wiederum auf Informationen über die Grundrechtsträgerin des Selbstbestimmungsrechts beruhen. Die dadurch zu sichernde Informationssteuerung dient dazu, den Freiheitsraum der Selbstentfaltung zu erhalten, durch den Schutz vor rechtlich relevanten Nachteilen.⁵⁹ Die Gefahr, dass durch die Preisgabe persönlicher Informationen Nachteile entstehen, die sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auswirken können,⁶⁰ wie z.B. die Einleitung staatlicher Ermittlungsmaßnahmen oder die Vorbereitung nachteiliger Maßnahmen, ist im Vergleich zu staatlichen Eingriffen im Sicherheitsrecht wesentlich geringer. Ob Nachteile oder Gefahren für Nachteile aus der Informationsverwendung entstehen können, bemisst sich nicht nur nach den verarbeiteten Informationen selbst, sondern aus der Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeit, die wiederum vom Zweck der Datenerhebung selbst und den Verarbeitungs- und Verknüpfungsoptionen der verwendeten Informationstechnologie abhängen.⁶¹ Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht schon im Volkszählungsurteil festgestellt, dass es kein belangloses Datum unter den Bedingungen

57 Lewinski, in: Schmidt/Weichert (Hrsg.), Datenschutz, 2012, S. 23, 29.

58 Dazu auch Ruschemeier, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 42; Staben, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung, 2017 – passim; Zanger, Freiheit von Furcht, 2016 – passim.

59 Britz, in: Hoffmann-Riem/Brandt (Fn. 52), S. 561 (570).

60 BVerfGE 113, 348-392; BVerfGE 120, 274.

61 BVerfGE 65, 1 (45).

der automatischen Datenverarbeitung gibt; entscheidend ist stets der Verwendungskontext.⁶²

b) Eingriff und Vorfeldschutz

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts knüpft inzwischen nicht mehr so ausdrücklich an einen konkreten Nachteil der Informationsverarbeitung an, sondern geht in zeitlicher Komponente von einem Vorfeldschutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus.⁶³ Das Potenzial künftiger Informationsverknüpfung und weiterer Informationsgewinnung kann abstrakt Grundrechtsrelevanz begründen, die sich in situationsbezogenen besonderen Gefährdungslagen materialisiert.⁶⁴

Jeder Schritt der Datenverarbeitung ist deshalb ein eigener Eingriff und bedarf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.⁶⁵ Dies gilt auch unter der DSGVO, sodass Erhebung, Speicherung, Nutzung oder Zusammenführung von Daten jeweils gesondert rechtfertigungsbedürftig sind.⁶⁶ Ein konkreter Nachteil, der zwingend auf einer Entscheidung anhand der Daten beruht, ist nicht erforderlich; das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist Risikorecht und Vorfeldschutz.⁶⁷ Umso mehr verwundert die Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz zu den Testläufen nach § 9a ZensVorbG 2021; dort stellt das Gericht auf die nicht vergleichbaren Grundsätze der Vorratsdatenspeicherung ab.⁶⁸

62 BVerfGE 65, 1 (45). In der DSGVO wurde dieser kontextbasierte Ansatz konzeptionell nicht umgesetzt, siehe die Qualifikation von sensiblen Daten in Art. 9 DSGVO.

63 BVerfGE 120, 378; BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012 – 1 BvR 1299/05.

64 BVerfGE 120, 274 (312); *Britz*, in: Hoffmann-Riem/Brandt (Fn. 52), S. 561, 576.

65 BVerfGE 150, 244 (266 f., 185–288); BVerfGE 152, 152; BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 916/11, Rn. 199.

66 Art. 6 DSGVO normiert ein präventives Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten mit Erlaubnisvorbehalt, primärrechtlich ist dies durch Art. 8 Abs. 2 GrCh vorgegeben. Die dogmatische Qualifikation ist str., siehe auch: *Albers/Veit*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 40. Ed. 2022, Art. 6 DS-GVO, Rn. 11.

67 Zu Tendenzen der Rechtsprechung hin zu einem Gefahrenabwehrrecht: *Spiecker gen. Döhmman/Bretthauer*, Schutzlos in Karlsruhe, <https://verfassungsblog.de/schutzlos-in-karlsruhe/> (27.04.2022).

68 Dazu oben II.

2. Eingriffsintensivierung durch Breitenwirkung und Technik?

Im Detail sind die Maßstäbe zur Beurteilung der Eingriffsintensität in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung umstritten. Maßgeblich ist die Intensität des Grundrechtseingriffs für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit, in der die Stufe der Zweckerreichung zur Eingriffstiefe in Relation gesetzt wird. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und auch des EuGHs haben verschiedene Faktoren wie die Quantität der Daten⁶⁹, die Art der Daten⁷⁰, die Heimlichkeit⁷¹ oder Anlasslosigkeit⁷² der Erhebung immer wieder eine Rolle gespielt.

a) Breitenwirkung allein ist keine Eingriffsintensivierung

Die Breitenwirkung des Zensus ist erheblich, denn Sinn und Zweck ist es gerade, möglichst alle in Deutschland lebenden Personen zu erfassen. Die individuell erhobene Datenmenge kann allerdings variieren. Die Breitenwirkung an sich, auch unter dem Stichwort der Streubreite diskutiert, erhöht die Eingriffsintensität aber noch nicht per se, denn Grundrechte sind zuvörderst Individualrechte und haben nur in seltenen Fällen kollektive Elemente.⁷³ Eingriffe sind dann besonders intensiv, wenn sie eine große Personenanzahl anlasslos oder heimlich betreffen, es sich also um Maßnahmen handelt, die wenige Individuen aus einer großen Menge an Personen herausfiltern sollen (Rasterfahndung, Antiterrordatei). Der Zensus hingegen erfolgt nicht in dem Sinne anlasslos, dass er zwangsläufig eine Vielzahl von nichtbetroffenen Personen „mitumfasst“, sondern zielt gerade final darauf ab, alle Personen zu adressieren, da dies der Zweckerreichung zuträglich ist. Er erfolgt für die Betroffenen nicht heimlich, sondern das Gesetz teilt mit, dass die Daten aller melderechtlich erfassten Personen zum Stichtag übermittelt werden; die Haushaltsbefragung erfolgt zwangsläufig

69 BVerfGE 115, 166 (194); BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 916/ 11, Rn. 198; BVerwG, Urt. v. 25.10.2017 – 6 C 46.169; Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 12.12.2013 – EuGH, Rs. C-293/12, NJW 2014, 2169; EuGH, Rs. C-594/12, BeckRS 2013, 82347, Rn. 73–76.

70 LVerfG MV, Beschl. v. 28.10.2021 – 3/14, BeckRS 2021, 49707, Rn. 36; VGH München, Urt. v. 17.12.2012 – 10 BV 09.2641, BeckRS 2013, 49007, Rn. 38, 79 ff., 110 ff.

71 BVerfGE 115, 166 (194); BVerfGE 141, 220 (245, 264 ff.).

72 Zum missverständlichen Kriterium der „Streubreite“: *Ruscheimer* (Fn. 58), S. 140.

73 Zu kollektiven Grundrechtseinwirkungen: *Ruscheimer*, Kollektive Grundrechtseinwirkungen. Eine verfassungsrechtliche Einordnung am Beispiel der Maßnahmen gegen die COVID-19-Pandemie, RW 2020, 449 ff.

nicht verdeckt. Vom Vollzugsakt einer heimlichen Telefonüberwachung erfahren die Betroffenen hingegen nichts. Die Maßstäbe zur „Streubreite“ sind deshalb nicht auf den Zensus übertragbar. Die erhöhte Eingriffsintensität ergibt sich vor allem aus der Kombination des Umfangs der Datensammlung zu zunächst unbenannten Zwecken.

b) Eingriffsintensivierung durch Technik

Bereits 1983 hat das Gericht zudem die „Eingriffsintensivierung durch Technik“ entwickelt, wonach sich die besondere Grundrechtsgefährdung auch daraus ergibt, dass *„mit Hilfe der automatischen Datenverarbeitung Einzelangaben [...] technisch gesehen unbegrenzt speicherbar und jederzeit ohne Rücksicht auf Entfernungen in Sekundenschnelle abrufbar sind. Sie können darüber hinaus - vor allem beim Aufbau integrierter Informationssysteme - mit anderen Datensammlungen zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild zusammengefügt werden, ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung ausreichend kontrollieren kann“*.⁷⁴ Im Hinblick auf quantitative Datenanalysen durch leistungsstarke Algorithmen ist dieser Ansatz aktueller denn je und wurde auch in der weiteren Rechtsprechung aufgegriffen, z.B. im BND-Urteil⁷⁵ oder der jüngsten Entscheidung zum Antiterrordateigesetz.⁷⁶ Auch in der Statistik wird die Verwendung von Big Data⁷⁷ unter dem Stichwort „Trusted Smart Statistics“ diskutiert.⁷⁸

c) Einordnung des Zensus

Der Zensus selbst ist schon deshalb nicht so eingriffsintensiv, da es sich zwar um einen Zwang zur Datenabgabe handelt, er sich jedoch nicht auf konkrete Verhaltensweisen, sondern statische Informationen bezieht. Es gehört zum Wesen der Statistik, dass Daten für die verschiedensten, nicht von

74 BVerfGE 65, 1 (42).

75 BVerfGE 154, 152 (260).

76 Dazu *Rusche-Meier*, Eingriffsintensivierung durch Technik Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Antiterrordateigesetz II, <https://verfassungsblog.de/eingriffsintensivierung-durch-technik/> (12.05.2022).

77 Zu Big Data in der amtlichen Statistik: *Zwick*, in: Keller/Klein/Tuschl (Hrsg.), *Marktforschung der Zukunft - Mensch oder Maschine?*, 2016, S. 157 ff.

78 Dazu unter V.

vorneherein bestimmbaren Aufgaben verwendet werden.⁷⁹ Entscheidend für die grundrechtliche Bewertung ist es deshalb, die Besonderheiten der Statistik miteinzubeziehen.⁸⁰ Bereits im Volkszählungsurteil hat das Verfassungsgericht festgestellt, dass Ausnahmen von der konkreten Zweckbestimmung, dem Verbot, Daten auf Vorrat zu sammeln und den grundsätzlichen Anforderungen für Weitergabe und Verwertung gelten.⁸¹

aa) Sicherungsmechanismen der amtlichen Statistik

Diese Ausnahmen können durch die besonderen Sicherungsmechanismen der amtlichen Statistik gerechtfertigt werden. Erforderliche Schutzmechanismen bei der Datenverarbeitung sind Transparenz, aufsichtsrechtliche Kontrolle und effektiver Rechtsschutz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips, die gewährleistet werden müssen.⁸² Zudem sind Betroffenenrechte wie Auskunft, Löschung und Aufklärung einzuräumen.⁸³ Darüber hinaus gelten für die Statistik besondere Anforderungen. Die Statistik darf nie Selbstzweck sein, sondern nur zur Hilfe der Erfüllung anderer öffentlicher Aufgaben dienen. Als milderer Mittel ist stets die anonymisierte Ermittlung zu prüfen, die Anonymisierung selbst muss frühestmöglich⁸⁴ und mit Sicherungsmechanismen gegen eine De-Anonymisierung erfolgen. Da die Daten nach Erhebung und Speicherung zumindest teilweise individualisierbar bleiben, spielt das Statistikgeheimnis eine besondere Rolle. Name und Anschrift betroffener Personen sind getrennt von anderen Erhebungen zu speichern, während der Erhebung ist strikte Geheimhaltung⁸⁵ geboten.⁸⁶ Begründet wird dies auch damit, dass für die Funktionsfähigkeit der Statistik Genauigkeit und Wahrheitsgehalt der angegebenen Daten erforderlich sind und diese nur bei bestehendem Vertrauen der Bürger:innen angenommen werden können.⁸⁷ Bei einem rein registergestützten Zensus verfängt dieses Argument in dem Sinne nicht mehr, da es keinen direkten Bürger:innenkontakt

79 BVerfGE 150, 1 (134 f., 223).

80 BVerfGE 65, 1 (47 f.).

81 BVerfGE 65, 1 (47).

82 Vgl. BVerfGE 150, 1 (108) m.w.N. zur Rspr.

83 BVerfGE 150, 1 (108).

84 *Papastefanou*, "Database Reconstruction Theorem" und die Verletzung der Privatsphäre (Differential Privacy) CR 2020, 379 (379 f.).

85 *Papastefanou*, CR 2020, 379 (382 ff.).

86 BVerfGE 65, 1 (49).

87 BVerfGE 65, 1 (50).

mehr geben wird. Allerdings wird es in Zukunft auch andere Erhebungen geben, die auf das Vertrauen in der Bevölkerung besonders angewiesen sind.

Die Übermittlung anonymisierter Daten für statistische Zwecke an andere staatliche Stellen ist danach verfassungsrechtlich zulässig; dies gilt nicht für personenbezogene, nicht anonymisierte und statistisch nicht aufbereitete Daten.⁸⁸ Dieses Verbot wird auch als „Rückspielverbot“ bezeichnet.⁸⁹

bb) Methodik des Zensus

Die Methodik der statistischen Erhebung ist ebenfalls relevant. 1983 war es noch Stand der Technik, dass freiwillige Stichproben oder eine Kombination von Voll- und Stichprobenerhebungen die Vollerhebung einer Volkszählung nicht ersetzen konnten. Der Gesetzgeber ist bereits aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angehalten zu prüfen, ob aufgrund technischer Entwicklungen eingriffsschonendere Methodik zur Verfügung steht. Das Bundesverfassungsgericht ordnet dabei den registergestützten Zensus durch Übermittlung der Meldedaten an die Statistischen Landesämter als weniger eingriffsintensiv gegenüber einer Haushaltsbefragung ein.⁹⁰ Der Zensus 2011 kombinierte registergestützte Daten mit Stichproben der Befragung, die aber einer Höchstgrenze von 10 % der Bevölkerung unterlagen.⁹¹ Die potenzielle Ausweitung der Vollbefragung war damit von vorneherein quantitativ begrenzt, erkennbar und verhältnismäßig. Konsequenterweise müsste dies in einem rein registerbasierten Zensus münden. Folgefrage ist, ob diese Art der Durchführung dann eine allgemeine Personenkennziffer voraussetzt und wie diese verfassungsrechtlich zu bewerten ist.⁹²

IV. Verhältnis zwischen DSGVO, GrCh und GG

Der Zensus 2022 ist die erste Volkszählung unter der Geltung der DSGVO, weshalb die Frage nach dem Verhältnis zwischen der DSGVO, der Europä-

⁸⁸ BVerfGE 150, 1 (109).

⁸⁹ BVerfGE 150, 1 (69, 109 f.); Hess. VGH, Urt. v. 19.9.1991 – 6 UE 2588/89, NVwZ 1993, 497 (498); BayVGh, Urt. v. 21.12.1994 – 4 B 93.244, juris, Rn. 37.

⁹⁰ *Peuker*, Registermodernisierung und Datenschutz, NVwZ 2021, 1167 (1169 f.).

⁹¹ BVerfGE 150, 1 (287, 293 ff.).

⁹² Dazu V.

ischen Grundrechtecharta und dem ausdifferenzierten Verständnis des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung unter Geltung des Grundgesetzes zwingend ist. Primärrechtlicher Ausgangspunkt ist Art. 16 AEUV. Dies führt auch zum Verhältnis zwischen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH. Diese äußerst vielschichtige und komplexe Problematik kann hier nur angerissen werden.

1. Welcher Grundrechtsrahmen ist Prüfungsmaßstab?

Im Kern steht die Frage nach der Reichweite der nationalen und europäischen Grundrechtsordnungen, also ob die Unionsgrundrechte der Charta, Art. 7 und Art. 8⁹³, oder die des Grundgesetzes anzuwenden sind. Grundsätzlich gilt die europäische Grundrechtecharta nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts.⁹⁴ Handeln die Mitgliedstaaten allein im Rahmen nationaler Kompetenzen, gelten die nationalen Grundrechte. Nun fallen partiell das „ob“ des Zensus 2022 (bzgl. der Berichtspflichten) als auch das „wie“ (bzgl. der Datenverarbeitung) in den Bereich des Unionsrechts. Kompetenzrechtlich ist die Unionsstatistik aber nicht gleichzusetzen mit der nationalen Statistik. Die Union hat nur eine Kompetenz im Bereich der Berichtspflichten der einzelnen Mitgliedsstaaten, die Bundesstatistik selbst liegt in der Kompetenz Deutschlands und nicht bei der EU. Der Bundesgesetzgeber hat sich aber in § 1 Abs. 3 Nr. 1 ZensG 2021 dafür entschieden, mit dem nationalen Zensus auch zugleich die unionsrechtlichen Pflichten zu erfüllen und hat damit Unions- und nationale Statistik „kombiniert“. Maßstab für die Durchführung des Zensus ist weiterhin das Grundgesetz. Die Bundesstatistik ist zudem mittelbar unionsrechtlich determiniert, nämlich durch das Datenschutzrecht. Maßstab für die Verarbeitung personenbezogener Daten und damit der Durchführung des Zensus ist, vorbehaltlich der Einschränkungen des Art. 2 DSGVO, eben die DSGVO. Warum hat nun das Bundesverfassungsgericht überhaupt über Beschwerden gegen den Zensus

93 Der EuGH differenziert praktisch nicht zwischen Art. 7 und Art. 8 GrCh, sondern wendet diese kumulativ an. *Bäcker*, Das Vorratsdatenurteil des EuGH: Ein Meilenstein des europäischen Grundrechtsschutzes, JURA 36 2014, 1263 (1268 f.); *Boehm/Andrees*, Zur Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherung mit europäischem Recht, Computer und Recht 32 (2016), 146 (147 f.).

94 Dazu ausführlich: *Sandhu*, Grundrechtsunitarisierung durch Sekundärrecht, 2021, S. 183 ff.

2022 entschieden? Die nationalen Grundrechte könnten neben den europäischen Grundrechten nur im Rahmen des Schutzniveaus des Art. 53 GrCh eine Rolle spielen, was aber nicht in Rede stand. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts gilt theoretisch auch für die Grundrechtcharta gegenüber nationalem Verfassungsrecht.

Allerdings tritt die Anwendung der nationalen Grundrechte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann und soweit zurück, wie das Unionsrecht „keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht.“⁹⁵ Grundlage sind zwei umstrittene Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts zum „Recht auf Vergessen“, welche den Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem neu aufgestellt haben.⁹⁶ Diese Entscheidungen werden als Reaktion auf Entscheidungen des EuGH zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts gelesen.⁹⁷ Dabei ging es um die Entscheidungskompetenzen der beiden Gerichte sowie auch um die materielle Reichweite. Die Konsequenzen sind, dass das Bundesverfassungsgericht auch im nationalen Recht, welches vollständig durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts determiniert ist, die Wahrung der Unionsgrundrechte prüft – dieser Aspekt der Entscheidungen hat für die Einordnung als „revolutionär“⁹⁸ gesorgt – und dass im nicht vollständig determinierten innerstaatlichen Recht das Grundgesetz der Maßstab bleibt.⁹⁹ In letzterer Konstellation sind die nationalen Grundrechte im Lichte der Grundrechtcharta auszulegen¹⁰⁰, das Bundesverfassungsgericht erkennt damit den Grundrechtsppluralismus zwischen Charta und Grundgesetz an.¹⁰¹ Begründet wird dies auch damit, dass in diesen Konstellationen das Ziel des Unionsrechts nicht in der Einheitlichkeit des Grundrechtsschutzes, sondern in der Zulassung von Grundrechtsvielfalt liegt. Dies hatte der EuGH in vorherigen Entscheidungen ebenfalls bereits angedeutet.¹⁰²

95 BVerfGE 113, 277 (303, 307); 118, 79 (95 f.); 122, 1 (20 f.).

96 BVerfGE 152, 152 – Recht auf Vergessen I; BVerfGE 152, 216 – Recht auf Vergessen II. Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei *Sandhu* (Fn. 94), S. 204 ff.

97 EuGH, Urt. v. 13.5.2014 – C-131/12; ECLI:EU:C:2014:317.

98 *Kühling*, Das "Recht auf Vergessenwerden" vor dem BVerfG - November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, 275 (277).

99 BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, Rn. 44 ff.

100 *Sandhu* (Fn. 94), S. 208.

101 Und damit die Letztentscheidungskompetenz über die Reichweite der nationalen Grundrechtsgeltung in den Spielräumen des Unionsrechts beim EuGH liegt: BVerfGE 152, 152 (179), Rn. 53.

102 BVerfGE 152, 152 (180 ff.), Rn. 49 ff.; EuGH, Rs. C-507/17, NJW 2019, 3499– Google II; EuGH, Rs. C-399/11, BeckRS 2013, 80394 – Melloni. Zur Übertragbarkeit der

In Konstellationen eines nicht durch das Unionsrecht vorgegebenen Ergebnisses, also wenn ein Spielraum besteht, prüft das Bundesverfassungsgericht weiterhin nationale Grundrechte.¹⁰³ Diese Spielräume bestehen im für den Zensus relevanten Datenschutzrecht häufig, z.B. wenn nur eine Mindestharmonisierung wie bei der JI-RL gegeben ist¹⁰⁴ und im praktisch höchst relevanten Fall der Öffnungsklauseln der den Verweisen der DSGVO auf das nationale Recht, wie Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 e), Abs. 2, 3 DSGVO.¹⁰⁵ Für den Zensus ist die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DSGVO einschlägig, wonach das Recht der Mitgliedstaaten Ausnahmen von den Rechten der Art. 15-21 DSGVO vorsehen kann, als diese Rechte voraussichtlich die Verwirklichung der spezifischen Zwecke unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen und solche Ausnahmen für die Erfüllung dieser Zwecke notwendig sind. Umgesetzt ist dies in § 27 Abs. 2 BDSG, Prüfungsmaßstab wären die Grundrechte des Grundgesetzes.¹⁰⁶ Allerdings ist die Öffnungsklausel des Art. 89 Abs. 2 DSGVO speziell auf Betroffenenrechte zugeschnitten, die für den Zensus eine eher untergeordnete Rolle spielen. Entscheidender sind die Öffnungsklauseln des Art. 6 Abs. 2, 3 DSGVO zur Rechtmäßigkeit der Datenerhebung, welche den Spielraum für die Prüfung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung eröffnen, was wiederum im Lichte der Grundrechtecharta auszulegen ist.¹⁰⁷

margin of appreciation Doktrin des EGMR: *Kühling*, in: Bogdandy/Bast (Fn. 102), S. 657, 696; *Schulte*, Zur Übertragbarkeit der Margin-of-appreciation-Doktrin des EGMR auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Grundfreiheiten, 2018, S. 80.

103 Dieser Spielraum besteht im Übrigen nicht bei Generalklauseln im Unionsrecht, da die Auslegung dann unionsrechtlich determiniert ist und durch den EuGH erfolgen muss; *Marsch/Rademacher*, Generalklauseln im Datenschutzrecht, *Die Verwaltung* 54 (2021), 1 (12, 16).

104 Vgl. Art. 1 Abs. 3 RL (EU) 2016/680 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates).

105 Zu den Spielräumen auch BVerfGE 152, 216 (233) – dort allerdings nicht einschlägig. Eingehend: *Sandhu* (Fn. 94), S. 237 ff.

106 *Kienle*, Anm. zu BVerfG, Urteil vom 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15ZD (2018), 581 f.

107 In diese Richtung auch BVerfGE 155, 119 (164 f.).

2. Vereinbarkeit mit den Vorgaben der DSGVO

In den Gesetzen zum Zensus 2022 finden sich verschiedene Rechtsgrundlagen, die sich entweder auf Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO – die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung – oder e), die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe, stützen können. Deren Verhältnis ist umstritten und kann hier nicht weiter vertieft werden.¹⁰⁸ Zur Vorbereitung des registergestützten Zensus kann sich die Übermittlung von Meldedaten z.B. auf Art. 6 Abs. 1 c) DSGVO stützen, da diese Erlaubnis auf die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung abstellt, die sich in § 9a ZensVorbG 2021 findet.¹⁰⁹ Auch die entwickelten verfassungsrechtlichen Grundsätze für die Besonderheiten der Statistik stehen nicht im Widerspruch zu den Vorgaben der DSGVO. Zwar scheint die Funktionsweise des Zensus auf den ersten Blick im Widerspruch zu den relevanten Grundprinzipien des Datenschutzrechts wie Datenminimierung oder dem strengen Zweckbindungsgrundsatz zu stehen;¹¹⁰ die DSGVO reflektiert aber die Spezifika der Statistik.

Denn Art. 5 Abs. 1 b) DSGVO nimmt die Weiterverarbeitung für statistische Zwecke vom strengen Zweckbindungsgrundsatz im Wege der Regelungstechnik der Fiktion aus; sie gilt in diesem Fall mit dem ursprünglichen Zweck als vereinbar.¹¹¹ Diese Privilegierung steht aber unter dem Vorbehalt des Art. 89 Abs. 1 DSGVO, der geeignete Garantien fordert.

Wenn die Daten jedoch individualisierbar bleiben, kann die Privilegierung ausgeschlossen sein, denn diese soll nur für die Besonderheit der Statistik gelten, dass die Daten getrennt und anonymisiert werden.¹¹² Die DSGVO sieht zudem auch weitere Ausnahmen für statistische Datenverarbeitung vor, im „allgemeinen Teil“ zur Verarbeitung sensibler Daten in Art. 9 Abs. 2 j) sowie bei den Betroffenenrechten in Art. 14 Abs. 5 b) zur Informationspflicht, Löschung nach Art. 17 Abs. 3 d) und Widerspruch, Art. 21 Abs. 6 DSGVO.

108 Vgl. nur *Taeger*, in: *Taeger/Gabel* (Hrsg.), 4., völlig neu bearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage 2022, Art. 6 DSGVO, Rn. 24; 84 – keine Rangfolge. *Albers/Veit*, in: *Wolff/Brink* (Fn. 66), Art. 6 DS-GVO, Rn. 12 zum Verhältnis der Erlaubnistatbestände für öffentliche und private Stellen.

109 *Buchner/Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 6 DSGVO, Rn. 104a.

110 *Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, in: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman* (Hrsg.), *DatenschutzR*, 2019, Einleitung, Rn. 236 ff.

111 *Kienle*, ZD 2018, 581 (581).

112 *Frenzel*, in: *Paal/Pauly* (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 5, Rn. 32.

V. Ausblick

Der Zensus ist in seiner jetzigen Durchführungsform verfassungsrechtlich zulässig, wobei der „Testlaufzensus“ nach § 9a ZensVorbG 2021 erheblichen Bedenken hinsichtlich der Erforderlichkeit ausgesetzt ist. Die Weiterentwicklung statistischer Technik und Methodik ist nicht nur Folge der digitalen Transformation des Staatshandelns, sondern Verfassungsgebot. Ob diese Entwicklungen linear zu grundrechtsschonenderen Erhebungen und präziseren Ergebnissen¹¹³ führen, ist offen. Der nächste Zensus wird wohl rein registerbasiert stattfinden, was nach dem Verfassungsgericht die Eingriffsintensität senkt. Bedenken, gerade hinsichtlich der Transparenz und möglicher Kenntnisnahme der Datenerhebung, sind damit allerdings nicht ausgeräumt. Der registergestützte Zensus ist im Lichte der allgemeinen Entwicklung der Registermodernisierung zu sehen, dazu gehört auch die Frage nach einer allgemeinen Personenkennziffer.¹¹⁴ Registergestützte Datenauswertung ist nicht immer grundrechtsneutral. Auf europäischer Ebene ist zudem die Auswertung von Sensordaten durch *Wearables* im Gespräch, das statistische Bundesamt nutzt Textmining.¹¹⁵ *Trusted Smart Statistics* bzw. *Smart Surveys* sind Erhebungen, die per Smartphone durchgeführt werden und die Vernetzung des Internet of Things nutzen.¹¹⁶ Eurostat führt dazu vier verschiedene Pilotstudien durch, u.a. zu Zeitmanagement und Haushaltsbudgetbefragungen.¹¹⁷ Einige sehen *Trusted Smart Statistics* als konsequente Weiterentwicklung der amtlichen Statistik angesichts der Fülle

113 Kritisch: *Bull*, Die Nummerierung der Bürger und die Angst vor dem Überwachungsstaat, DÖV 2022, 261 (268).

114 Dazu bspw.: *Bull*, DÖV 2022, 261 ff.; *Ehmann*, Die Steuer-Identifikationsnummer als allgemeine Personenkennziffer, ZD 2021, 509 ff.; *Lewinski*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 40. Ed. 2022, DS-GVO Art. 87, Rn. 53-53b; *Hagen*, in: Lühr/Jabkowski/Smentek (Fn. 114), S. 275, 284 f.; *Ehmann*, ZD 2021, 509 (509, 512); *Kienle*, ZD 2018, 581 (581); *Kuntz*, Bundestag: Einheitliche Bürger-ID-Nummer beschlossen, ZD-Aktuell 2021, 5039; *Martini/Wagner et al.*, Rechtliche Zulässigkeit einer Personenkennziffer, ZD-Aktuell 2017, 4272; *Peuker*, NVwZ 2021, 1167 (1167 ff.); *Sorge/Spieker et al.*, Rechtsgutachten: Registermodernisierung: Datenschutzkonforme & umsetzbare Alternativen, <https://www.freiheit.org/de/registermodernisierung-datenschutzkonforme-und-umsetzbare-alternativen> (11.5.2022); BT-Dr. 19/26273.

115 *Kühnemann*, Anwendungen des Web Scraping in der amtlichen Statistik, AStA Wirtsch Sozialstat Arch 15 (2021), 5 (16 f.).

116 https://ec.europa.eu/eurostat/cros/content/trusted-smart-statistics-nutshell_en.

117 https://ec.europa.eu/eurostat/cros/content/essnet-smart-surveys_en.

verfügbarer Daten und Datenquellen.¹¹⁸ Ziel ist es, neue Datensysteme auch für die öffentliche Statistik zu nutzen und durch effizientere und schonendere Erhebungen die Akzeptanz der Teilnehmer:innen zu steigern sowie die Aufgaben der amtlichen Statistik auch in der datengeprägten Gegenwart effektiv erfüllen zu können.¹¹⁹

Es bleibt vieles in Bewegung, die Statistik ist keinesfalls statisch.

118 Ricciato/Wirthmann *et al.*, Trusted smart statistics: Motivations and principles, SJI 35 (2019), 589.

119 Ricciato/Wirthmann *et al.*, SJI 35 (2019), 589 (590).

