

Einleitung

A. Begründung und Ziele der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

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

B. Gang der Untersuchung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

können (Punkt D.).

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

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

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