

# Ulrich Mückenberger

## Datenschutz als Verfassungsgebot

### Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes<sup>1</sup>

#### *1. Ein lautloses Plebiszit*

Selten in der Geschichte der Bundesrepublik ist ein gesellschaftliches Konfliktthema so jäh aufgeworfen *und* so zügig »bearbeitet«, »erledigt« worden, wie das bei der Auseinandersetzung um die Volkszählung '83 der Fall war. Zu Beginn des Jahres 1983 wußten nur Eingeweihte von der geplanten Zählung und dem dazu ermächtigenden Gesetz.<sup>1</sup> Routinemäßig bereitete sich die Statistikadministration auf die Abwicklung vor. Die Medien waren anderweit beschäftigt. Niemand hat den trivial erscheinenden Zensus öffentlicher Aufmerksamkeit wert oder bedürftig befunden.

Warum sich das innerhalb von Wochen änderte, kann bis heute niemand zulänglich erklären. Tatsache ist, daß sich überall in der Bundesrepublik Initiativen gegen die Volkszählung bildeten, die die bis dahin unbekanntten Fragebögen<sup>2</sup> kritisch diskutierten, die Gefahrenpotentiale einer »Volksaushorchung« ins Spiel brachten, Widerstandsmöglichkeiten – wie sie in Holland kurz zuvor praktiziert worden waren<sup>3</sup> – erwogen. Zulauf und Widerstandsbereitschaft fanden diese Initiativen auch in Bevölkerungskreisen, die sonst eher unpolitisch-apatrisch sich in alles schicken, was ihnen zugemutet wird<sup>4</sup>. Plötzlich hatten auch die Medien schier unerschöpfliches Informationsmaterial über die Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung, die Rolle von Statistik und Modernisierung des Meldewesens im Nationalsozialismus, die Obsoleszenz statischer Totalerfassungen, über die Ablehnung des Zensus bei uns wie anderswo aufzubieten.<sup>5</sup>

1 Urteil des Bundesverfassungsgerichts v. 15. Dezember 1983 – Az. 1 BvR 209/83, 269/83, 362/83, 420/83, 440/83, 484/83 –, BVerfGE 65, 1 ff.; s. auch vollständigen Abdruck in Frankfurter Rundschau (FR) v. 5.–9. 1. 1984 – Dokumentationsseiten –.

2 Gesetz über eine Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung (Volkszählungsgesetz 1983) vom 25. März 1982 (BGBl. I S. 369).

3 S. »Wohnungs- und Haushaltsbogen mit Gebäudeangaben«. Der Bogen zur Arbeitsstättenzählung hat in dieser Auseinandersetzung eine geringe Rolle gespielt, so daß dieser Teil der Zählung kaum beanstanden durchgeführt werden konnte; er ist auch bis heute auf seine Gefahrenpotentiale nicht aufgearbeitet.

4 Vor allem die »Tageszeitung« (taz) berichtete schon frühzeitig über Widerstand im Ausland: s. taz 26. 1. (!); 14. 2.; 28. 2. 83; FR 12. 4. 83; Spiegel 13/83, S. 42; zu dem gegenläufigen Fall Schweden s. chda. und taz 11. 8. 1983.

5 Dieser Umstand hat sich in der, überaus fragwürdigen, »Präambel« des Urteils v. 15. 12. niedergeschlagen, derzufolge die Zählung »auch« in Kreisen »loyaler Staatsbürger« Beunruhigung ausgelöst habe. Darin ist eine, dem Grundzug des Urteils widersprechende, Diskriminierung der Anti-Volkszählungsbewegung vom Frühjahr 1983 impliziert. S. Vorspann unter A. (S. 3).

6 S. dazu nur die Übersichten: Pressespiegel der Univ. Bremen, Sonder-Nr. 1 '83 (April 83), Streit um Volkszählung; ferner Pressespiegel 15. 3. bis 19. 4. 1983. Hinzuweisen ist außerdem auf die kontinuierliche Berichterstattung der taz; die Streitschrift »ausgezählt. Materialien zu Volkserfassung und Widerstand«, Köln April 1983; die Broschüren »Volkszählungsboykott« Nrn. 1 bis 4 und Einzelhefte und zahllose »graue« Literatur; J. Taeger (Hg.), Die Volkszählung, roto aktuell 1983.

Initiativen und Medien verstärkten sich wechselseitig. Ihre Stärke waren das bestehende Informationsvakuum und schnell aktivierbare Informations- und Analyseresourcen. Normalerweise werden öffentlicher Brisanz verdächtige Themen regierungsamtlich immer schon in einen Mantel »vertrauensbildender Maßnahmen« eingekleidet dem Publikum vorgestellt und so entpolitisiert der öffentlichen Diskussion eher entzogen als zugänglich gemacht. Hier waren sich die für Akzeptanzgewinnung zuständigen Stäbe weder der Brisanz der Sache noch der öffentlichen Sensibilität dafür bewußt, erwiesen sich zudem als höchst unflexibel, auf aufkommende Fragen und Einwände – selbst als die Volkszählung schon Tage und Wochen öffentliches »Thema« war – einigermaßen kompetent, gar mit selbstkritischer Distanz, zu reagieren.<sup>7</sup>

Entstanden ist so eine *Wirklichkeit*, die dem *Modell* »bürgerlicher Öffentlichkeit« für ein paar Wochen erstaunlich nah war.<sup>8</sup> Staatliche Instanzen hatten ein »Projekt« vorgestellt, *ohne* sich – und darin erweist sich der Konflikt um die Volkszählung als Ausnahme von der Normalität bürgerlicher Öffentlichkeit – für dieses Projekt präventiv ein Interpretationsmonopol und, damit zusammenhängend, die Medienhegemonie zu verschaffen. Die Privatleute hatten sich zum Publikum versammelt und räsonnierend des vorgestellten Projekts angenommen, und zwar *ohne* daß die so hergestellte Öffentlichkeit wie im Normalfall durch Ausgrenzungen (anarchistische, systemkritische, sozialdemokratische Positionen waren an der Debatte im Frühjahr ebenso beteiligt wie kleinbürgerliche, frühliberale und wertkonservative) oder durch Undurchlässigkeiten (die Medien berichteten reichlich über örtliche Diskussionen und VoBo-Initiativen, die sie sonst nicht öffentlichkeitswürdig gefunden hätten) vorstrukturiert gewesen wäre. Das Publikum lehnte ab: Volkszählung – nein danke! Und die Medien berichteten getreulich, daß das Volkszählungsprojekt mehrheitlich – die Zahlen schwankten, aber Ablehnungsquoten bis 50, gar 75 Prozent wurden nicht selten gemeldet<sup>9</sup> – durchgefallen sei.

Ließe das Grundgesetz Plebiszite zu, so wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit die Volkszählung im Frühjahr auf diesem Wege zu Fall gekommen. Dafür, daß gleichwohl so etwas wie ein Plebiszit über dieses Projekt stattgefunden hat – wenn auch in anderem Gewande –, gibt es jedoch Indizien genug. Wenn ein vom Bundestag einstimmig verabschiedetes Gesetz in seiner Durchführung auf eine so hohe Ablehnungsquote trifft, deutet das auf eine Kluft zwischen Legalität und Legitimität dieses Gesetzes hin – was auch immer der wirkliche Grund der mangelnden Akzeptanz sei. Diese Kluft hat dem verfassungsgerichtlichen Prozeß darum das Gepräge gegeben. Der Prozeß fand im Rampenlicht der Öffentlichkeit statt.<sup>10</sup> Daß das Gericht im Eilverfahren die einschneidende Maßnahme – einem einstimmig verabschiedeten Gesetz den Vollzug zu verweigern<sup>11</sup> – traf, läßt spiegelbildlich die genannte Kluft

7 Man betrachte nur die hilf- und kenntnislosen Beteuerungsformeln, wiedergegeben in Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) vom 16. 3., 31. 3. (Union), 12. 4. 1983 (Kroppenstedt); auch die noch kaum problematisierende Stellungnahme des Bundesdatenschutzbeauftragten/ FR 25. 3. 1983; s. Regierungs-Bulletin, 10. 3. 83, S. 221.

8 J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 3. Aufl., Neuwied 1968, § 13.

9 Dazu Spiegel 13/83, S. 30 mit Zahlenangaben. Ein sekundärer Auseinandersetzungspunkt wurden die Verweigererinitiativen: dazu etwa FAZ 3. 3.; 25. 3.; 6. und 7. 4. 1983; FR 29., 30. und 31. 3.; 7. und 8. 4. 1983.

10 S. die Berichte über die mündliche Verhandlung am 12. 4. 1983 über die einstweilige Anordnung, einschl. vorbereitender Presseberichte: z. B. Süddeutsche Zeitung (SZ) 12. 3. 1983; FAZ 28. 3. 1983; Spiegel 16/83, Titelgeschichte; FAZ 14. 4. 83 (»Ein Sieg über den Staat«); 19. 4.; 25. 4. 1983; 122 14. 4. 1983 (»Spielverderber«). Ferner die Berichte über die Verhandlung in der Hauptsache am 18./19. 10. 1983; Tagespresse vom 19., 20. und 21. Oktober; Zeit vom 21. 10.; Spiegel 43/83, S. 48–52. Schließlich die Berichte über das Urteil: Tagespresse 16. und 17. 2. 1983.

11 Urteil v. 13. April 1983 – Az. 1 BvR 209/83 und 269/83 –, BVerfGE 64, 67 ff.

erkennen. Im Eil- wie im Hauptverfahren räumte das Gericht, ohne dazu formell genötigt zu sein, einer Instanz das Recht zur Stellungnahme ein, die auf der Schwelle zwischen Legalität und Legitimität des gesamten Datenrechts angesiedelt und somit gerade für den eingetretenen Legitimitätsschwund sachverständig ist: den Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder.<sup>12</sup> Und selbst noch in seiner Begründung der vorläufigen Aussetzungsentscheidung vom 13. April 1983 ist ein Argument enthalten, das den plebiszitären Charakter des Ablaufes durchschimmern läßt: an zwei Stellen<sup>13</sup> wird nämlich die Sorge um die Brauchbarkeit und Zuverlässigkeit der Zählungsergebnisse – sprich: die Sorge um Verweigerungsrate und Falschankünfte als Ausdruck fehlender Legitimität des Gesetzes – als Grund der Aussetzung genannt.

Freilich hat seinerseits Spuren hinterlassen, daß das Plebiszit nur in verdeckter und »ver-gerichtlichter« Form stattfinden konnte. Die Frage, ob überhaupt und in welcher präzisen Form eine Totalerhebung stattfinden soll, ist so nie klar *politisch* entschieden worden – vielmehr wird sie (wieder verdeckt) uns dergestalt weiterbeschäftigen, ob bei der zu erwartenden Neuauflage der Zählung die Gerichtsaufgaben erfüllt werden oder nicht. Auch hinsichtlich der staatlichen Datenorganisation – der die Auseinandersetzung um die Volkszählung sicherlich stellvertretend auch galt – kann nur eine politische Entscheidung stattfinden – das Gericht ist insoweit (aus gutem Grund) auf die Feststellung von Rechtsverstößen beschränkt gewesen. Und selbst hierbei setzte das Rechtsmittel der Verfassungsbeschwerde weitere Grenzen, indem es Popularklagen ausschließt und die Klagebefugnis an die Verletzung eigener Grundrechte knüpft.<sup>14</sup> Die Auseinandersetzung um die Volkszählung gewann auf diese Weise einen bloß individualrechtlichen Beigeschmack (Menschenwürde, Persönlichkeitsrecht), auch wo sie gleichzeitig oder ausschließlich politisch oder »objektiv-rechtlich« (staatliche Datenorganisation, Amtshilfe, informationelle Gewaltenteilung) gemeint war.

Daß das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts – ungeachtet der noch zu äussernden Kritik – als Erfolg für die Protestinitiativen und Datenschutzbestrebungen zu werten ist, wird erst vor diesem Hintergrund deutlich. Wenngleich die Entscheidung im Kern ein neues Individualrecht – das »informationelle Selbstbestimmungsrecht« – anerkennt<sup>15</sup>, so ist sie doch keineswegs dem idealistischen, vorgeellschaftlichen Persönlichkeitsbild verhaftet, das die konservative »Privatsphä-

12 Die Datenschutzbeauftragten wurden als Experten hinzugezogen. Sie spielten im Verfassungsgerichtsprozess wie außerhalb eine Rolle, die kaum hoch genug veranschlagt werden kann. Man kann sagen, daß die Datenschutzbeauftragten im Zuge der Volkszählungsausschließung ein neues Selbstverständnis und -bewußtsein fanden, das seinerseits im Urteil vom 15. 12. selbst anerkannt wurde. Zur Rolle in der Öffentlichkeit: s. Weserkurier 14. 2. 1983 (Schepp); FR und FAZ 16. 3. 1983 (Simitis), bezogen auf den »Zwischenbericht des Hessischen Datenschutzbeauftragten Prof. Dr. Simitis zur Volkszählung 1983«, vorgelegt zum 14. 3. 1983; FR 26. 4. 1983 (Leuze); FR 10. 11. 1983 (Baumann). Höchst bedeutsam für den Erlaß der einstweiligen Anordnung war der Punktecatalog der Konferenz der Datenschutzbeauftragten vom 22. 3. 1983; Wortlaut FR 12. 4. 1983; Bericht FAZ 25. 3. 1983. Über der Tatsache, daß die Datenschutzbeauftragten in der mündlichen Verhandlung vom 18./19. 10. 1983 praktisch ein Drittel der Gesamtvortragszeit eingeräumt erhielten – s. berichtigte Fassung der »Zeitlichen Disposition« für die mündliche Verhandlung, verschickt vom Berichterstatter am 9. 9. 1983 –, kam es denn auch in der Vorbesprechung zu einem Disput zwischen dem Vertreter der Bundesregierung, Prof. Badura/München, und dem Vorsitzenden Benda. Der Vertreter der Bundesregierung erhob implizit den Vorwurf, die Datenschutzbeauftragten seien der Sache nach der Seite der Beschwerdeführer zuzurechnen. Auf die Frage des Präsidenten, ob er damit eine irgendwie geartete Befangenheit des Gerichts andeuten wolle, blieb Badura freilich die Antwort schuldig.

13 A. a. O. (FN. 11), S. 71 f.

14 Hierzu aus der Literatur Maunz – Dürig – Herzog – Scholz, Grundgesetz (Kommentar), Rd.-Nr. 67 zu Art. 93; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., Heidelberg 1982, Rd.-Nm. 340 ff.

15 A. a. O. (FN. 1), S. 41–43; s. schon Ch. Mallmann, Datenschutz in Verwaltungsinformationssystemen, München 1976, S. 47 ff.

ren«-Diskussion bis heute prägt. In Gestalt dieses Selbstbestimmungsrechts werden vielmehr detaillierte Anforderungen an die staatliche wie auch die gesellschaftliche<sup>16</sup> Datenorganisation formuliert. Und es ist kein Zufall, daß das Gericht – wenn auch an etwas versteckter Stelle – ein objektiv-rechtlich bedeutsames Korrelat zum informationellen Selbstbestimmungsrecht kreiert, das, ernst genommen, enorme datenorganisatorische Konsequenzen nach sich ziehen wird: die »informationelle Gewaltenteilung«. <sup>17</sup> So scheint – das soll die Rede vom verdeckten Plebiszit ausdrücken – in den beiden Eckpfeilern<sup>18</sup> des Urteils durch, was die Anti-Volkszählungsbewegung im Frühjahr 1983 charakterisierte: *individuelle* Betroffenheit von staatlichem Datenerhebung und Selbstbehauptungsbegehren dagegen einerseits; der durch den Akt der Volkszählung – die Allgemeinheit und Gleichzeitigkeit der Betroffenheit – ausgelöste Wunsch, dieses Problem nicht nur individuell, sondern zugleich *allgemein*, das aber heißt: politisch, zu lösen andererseits.

Ich möchte in meinem Beitrag die Volkszählungs-Entscheidung nicht »rezensieren«, möchte weder die konkreten Folgerungen für die zu erwartende Neuauflage einer Volkszählung ziehen noch – was einen eigenen Beitrag lohnt und erfordert – die nun fälligen Auswirkungen auf den Bereich privater Datenerhebung und -verwendung andeuten. Vielmehr geht es mir darum, die verfassungsdogmatischen Strömungen sichtbar zu machen, die die Reformulierung des Persönlichkeitsschutzes durch das Verfassungsgericht kennzeichnen. Mit dem Urteil vom 15. Dezember 1983 löst sich das Gericht – wenn auch nicht unvorbereitet (IV. 3. und 4.) – von dem bisher verfolgten sphärenorientierten substanziellen Persönlichkeitsschutz (II. und III.) und steuert eine, unter Datenschutzexperten mittlerweile weit verbreitete, prozedurale Schutzkonzeption an, die sich einerseits grundrechtlicher (IV. 1. und 2.), andererseits institutioneller Instrumente (VI.) bedient. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht verzahnt beide Instrumente miteinander (V.). Das Urteil verabschiedet mit der Privatsphären-Theorie – ich hebe dies hervor (V. 2.), um einer einseitig »systemtheoretischen« Interpretation vorzubeugen – aber nicht gleichzeitig jeden substanziellen Persönlichkeitsschutz zugunsten eines rein prozeduralen. In diesem Vorbehalt gegenüber einem funktionalistisch »modernisierten« Datenschutzkonzept sehe ich einen mindestens ebenso wichtigen Beitrag zum Jahre 1984 wie in den vom Gericht anerkannten prozeduralen Sicherungen.

## II. In den Fesseln der »Privatsphären«-Theorie

Der Bruch, den das Bundesverfassungsgericht mit der Volkszählungsentscheidung zu seiner bisherigen Spruchpraxis vollzogen hat, läßt sich erst überblicken, wenn man sich diese Spruchpraxis wenigstens in den Grundzügen vergegenwärtigt. »Privatheit« wurde bisher als ein Recht und Verfassung vor- und aufgegebener »Wert«<sup>19</sup> verstanden, den die Artikel 1 und 2 Grundgesetz – Schutz der Menschenwürde und

<sup>16</sup> In dem Urteil wird die Drittwirkungsproblematik der entwickelten Grundsätze nicht ausgesprochen; sie wird deshalb in meinem Beitrag auch nicht angesprochen. Doch wird hier – in der Frage etwa, was das informationelle Selbstbestimmungsrecht für betriebliche Personalinformationssysteme bedeutet – ein wichtiger weiterer Auswertungspunkt zu liegen haben.

<sup>17</sup> A. a. O. (FN. 1), S. 69 unter C. IV. 4. b). Versteckt ist dieses Korrelat insofern, als es der Sache nach in den Prüfungsmaßstab (C. II.) gehört hätte, tatsächlich aber lediglich – warum gerade bei den Gemeinden? – an einer relativ beliebigen Stelle der Anwendung des zuvor entwickelten Maßstabs auf den Sachverhalt auftaucht. Mutmaßungen zur Erklärung des Mißverhältnisses zwischen Stellung und Bedeutung dieses Hinweises folgen später, unter VI. dieses Beitrages.

<sup>18</sup> Ähnlich schon die Konzeption bei W. Steinmüller u. a., Grundfragen des Datenschutzes. Gutachten im Auftrag des Bundesministers des Inneren, Juli 1971, BT-Drucksache VI/3826, S. 48 ff. (zwei »Säulen«).

<sup>19</sup> Zur »Wert«-orientierung s. Durig in Maunz et al. (FN. 14), Rd.-Nm. 1 ff. zu Art. 1.

des Persönlichkeitsrechts – zu gewährleisten hatten. Nun zieht das Argumentieren mit »außer-« und »vorrechtlichen«, »absoluten Werten« immer das Dilemma nach sich, daß diese Werte in dem Maße, wie sie in das Rechtssystem integriert werden, sich an anderen gleichfalls »absoluten« Werten messen lassen müssen, somit im Konflikt mit jenen notwendig eine Relativierung erfahren.<sup>20</sup> Das in der Rechtsprechung immer wiederkehrende Vehikel dieser Relativierung ist die »(Interessen-) Abwägung«.<sup>21</sup> Im Falle der Privatheit argumentierte das Gericht bislang denn auch, das Menschenbild des Grundgesetzes sei nicht das des isoliert für sich lebenden Individuums, sondern das des – diese Worte tauchen fast schematisch für je fällige Einschränkungen der Privatheit auf – »gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Bürgers«.<sup>22</sup> Privatheit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums – so wie das Gericht sie verstand – schließen einander logisch aus: wer beides als rechtlich verbindlich annimmt, verfügt im Konfliktfall über kein qualitatives Entscheidungskriterium mehr, sondern kann eben nur »abwägen«, »Einzelfallgerechtigkeit üben« etc.<sup>23</sup> Scheinbare Konturen erhielt der Schutz der Privatheit in der Rechtsprechung des Gerichts durch das mittlerweile grundrechtsübliche Ineinandergreifen typisierter Eingriffstiefen (»Sphärentheorie«) und dadurch erforderter gestaffelter Rechtfertigungserfordernisse (»Verhältnismäßigkeitsprinzip«).<sup>24</sup> D. h.: Je stärker sich ein Eingriff in die Privatheit der »Intim-« oder »Geheimsphäre« näherte, um so höherer Rechtfertigung durch ein »überwiegendes Interesse der Allgemeinheit« bedurfte er. Oder: je stärker der »Innenraum« tangiert war, um so mehr war das eingreifende Handeln der Rationalitätskontrolle ausgesetzt.

Es bedarf nicht des Rückgriffs auf die modernen Informationstechnologien um darzutun, daß dieser Ausgangspunkt weder sozialwissenschaftlich haltbar noch verfassungsdogmatisch zureichend ist. Interessanterweise spielen diese Technologien bei dem vom Gericht vollzogenen Bruch auch eine geringere Rolle, als die vorläufige Aussetzungsentscheidung vom 13. April erwarten ließ.<sup>25</sup> Schon zu ihrer Entstehungszeit oder auch zur Zeit des »Mikrozensus-Beschlusses« von 1969 waren die genannten Prämissen unzureichend. »Privatheit« ist keine vorgesellschaftliche Gegebenheit, kein allgemeinmenschlicher Wert, sondern Ausdruck einer spezifischen zivilisatorischen Entwicklung.<sup>26</sup> Ob und daß Individuen Identität entwickeln, ob

20 Zur »Gemeinschaftsbindung« a. a. O., Rd.-Nrn. 46 ff. Daß in diesem verfassungsdogmatischen Ausgangspunkt bereits die Leugnung der scheinbar absolut gesetzten Grundfreiheiten begründet liegt, hat theoretisch stringent herausgearbeitet: U. K. Preuss, Die Internationalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Frankfurt 1979, S. 261 ff., 272 ff.

21 Diskutiert bei Hesse (FN. 14), Rd.-Nrn. 116, 299, freilich – unter Rd.-Nrn. 317 ff. – distanzierend unter dem Gesichtspunkt der »praktischen Konkordanz«, nicht des Gemeinschaftsvorbehalts.

22 BVerfG, Beschl. v. 16. Juli 1969, E 27, 1 ff. (7); kritisch dazu bereits A. Podlech, Das Recht auf Privatheit, in: J. Perels (Hg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt 1979, S. 50 ff. (51).

23 Ein geradezu klassisches Beispiel der Frucht- und Aussichtslosigkeit solcherlei Abwägung bietet: BVerfGE 44, 353 – Suchtberatungsstelle –. Sehr frühzeitig hat diese Unergeblichkeit bereits kritisiert: N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 2. Aufl., Berlin 1974 (1. Aufl. 1965), S. 53 ff. (59); s. auch das Preuss'sche Verdikt des »Abwägungsopportunisten«: a. a. O. (FN. 20), S. 178, ferner S. 273 f.

24 Darstellung und Kritik der ungelösten Probleme dieser Rechtsprechung ist vielfach geleistet worden: vgl. neuerlich B. Schlink, Die Amtshilfe. Ein Beitrag zu einer Lehre von der Gewaltenteilung in der Verwaltung, Berlin 1982, S. 172 f. (zu Schlink die tiefgehende Rezension von D. Schefold in: Kritische Justiz 1983, S. 449 f.); früher bereits Steinmüller et al. (FN. 18), S. 48 ff.; ausführlich D. Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Berlin 1980, S. 24 ff., 70 ff., 87 ff.

25 Vgl. die häufig zitierte Kernaussage des Urteils (FN. 11, S. 70), unter II. 2.: »In dem Verfahren über die Hauptsache werden Grundfragen des Schutzes grundrechtlicher Positionen des Einzelnen als gemeinschaftsgebundene und gemeinschaftsbezogene Persönlichkeit unter den besonderen Bedingungen der seit der Mikrozensus-Entscheidung von 1969 (BVerfGE 27, 1) fortentwickelten Möglichkeiten der Statistik und der automatischen Datenverarbeitung aufgeworfen, die einer eingehenden Prüfung bedürfen.«

26 Dahin geht auch die Kritik von Luhmann (FN. 23), S. 68 ff.; G. Rüpke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, Baden-Baden 1976, S. 19 ff., auf dessen interessante Theorie von Privatheit als

und welchen »Innenraum« sie gegen welches Äußere ausgrenzen, welche Schamranken in ihnen errichtet werden: das ist Ergebnis eines diffizilen Auseinandersetzungsprozesses mit personalen, räumlichen und zeitlichen Umwelten, also eines höchst gesellschaftlichen Prozesses.<sup>27</sup>

Weil aber Privatheit gesellschaftlich vermittelt ist, ist die »Sphärentheorie«, nach der sich der Schutz von Privatheit in der Abwägung bemißt, auch verfassungsrechtlich unbrauchbar. Denn wenn gerade der intimste menschliche »Innenraum« durch soziale Erfahrungs-, Kommunikations- und Interaktionsprozesse konstituiert ist – wie soll er dann »unantastbar« sein, wie vom *Sozialkontakt* abgegrenzt werden können?<sup>28</sup> Dies ist der Grund dafür, warum seit Entstehung der Sphärentheorie nie ein zulänglicher Versuch unternommen wurde, wirklich einmal zu definieren, was die höchst zu schützende »Intim-« oder »Geheimsphäre« der Substanz nach eigentlich ist. Die Spruchpraxis hat sich meist damit begnügt festzustellen, was jedenfalls *nicht* zu dieser Sphäre gehört.<sup>29</sup> Dieser Umstand aber – daß die Intimsphäre ein Konstrukt ist, das bestenfalls negativer Bestimmung zugänglich ist – legt die Annahme nahe, daß die frühere Privatheits-Theorie nicht nur unbrauchbar, sondern verfassungsrechtlich schädlich war<sup>30</sup>. Wo immer nämlich individuelle Selbstbehauptungsansprüche mit staatlichen Ein- und Unterordnungsansprüchen kollidieren, sind sie in der Antithese von Privatheit und Gemeinschaftsgebundenheit strukturell unterlegen: unter dem Titel des Gemeinschaftsvorbehalts können klar zutageliegende plausible Handlungsprämissen präsentiert werden, wohingegen der Titel Privatheit sich in dem Maße verflüchtigt, wie man ihn greifen, be-greifen, in Worte fassen kann (denn immer dann, wenn es gelungen ist, ihm *Worte* zu geben, hat sich der *soziale* Charakter des vermeintlichen »Innenraums« erwiesen). So diskriminiert das Privatheits-Theorem in paradoxer Konsequenz zwangsläufig die Privatheit, die als »absoluten Wert« hochzuhalten es angetreten ist.<sup>31</sup>

Eine nicht minder gravierende Folge der um den »Wert« der Privatheit gruppierten Spruchpraxis war, daß sie die verfassungsrechtliche Kontrolle staatsorganisatorischer Bedingungen von Privatheit, damit auch den gesamten Bereich politischer Gestaltung der Datenhandhabung, systematisch vernachlässigte. Werden als verfassungsrechtlich relevant nur solche Vorgänge beurteilt, die sich tendenziell dem Kernbereich des individuellen Persönlichkeitsrechts annähern, dann fallen Vorgänge, die den direkten »Grundrechtsbezug« nicht aufweisen oder jedenfalls nicht unmittelbar erkennen lassen, aus dem Blickwinkel.<sup>32</sup> Alles Datengeschehen, das dem »Innenraum« fern ist (oder auch nur erscheint), bleibt auf diese Weise »un-verfaßt«, dem verfassungsrechtlichen Zugriff entzogen: eine Domäne der Exekutive, der »Organisationskompetenz der Verwaltung«, der Amtshilfe. Wahrscheinlich hätte der Ausbau der Sicherheitsapparate, des automatisierten Meldewesens, der Sozialda-

»symbolisch-sprachliche Mehrdeutigkeit als Element kontextgebundener Kommunikation« (S. 48 ff.) ich hier nicht eingehen kann; Podlech (FN. 22), *passim*.

<sup>27</sup> Ich beziehe mich hier auf die gleichermaßen zivilisations- wie persönlichkeits-theoretischen Untersuchungen von N. Elias, *Der Prozeß der Zivilisation*, Bd. 1, 2. Kapitel, Frankfurt 1980; O. Negt und A. Kluge, *Geschichte und Eigensinn*, Buch 1, Kap. 2, Frankfurt 1981; P. Brückner, *Psychologie und Geschichte*, Berlin 1982, S. 155 ff., bes. 213 ff.

<sup>28</sup> Podlech (FN. 22), S. 51; neuestens ders. in AK-GG, 1984, Nrn. 35–40 zu Art. 2 Abs. 1.

<sup>29</sup> So zusammenfassend die Kritik am Bundesverfassungsgericht Schlink (FN. 24), S. 191 f.

<sup>30</sup> Ungeachtet der Kritik der Systemtheorie ist anzuerkennen, daß zu seiner Zeit der Ansatz Luhmanns von 1965 in der Kritik der Privatsphärentheorie durchaus etwas Fortschrittliches hatte, indem er das »aristotelische« durch ein »interaktionistisches« Menschenbild ersetzte: a. a. O. (FN. 23), S. 53 ff., bes. 57. Einschränkungen hierzu folgen später (V. 2. dieses Aufsatzes).

<sup>31</sup> S. Preuss (FN. 20), S. 178 f.

<sup>32</sup> Dazu A. Podlech, *Individualdatenschutz – Systemdatenschutz*, in: Festschrift Hans Grüner, Percha 1982, S. 451 ff.

teilen, der privaten und betrieblichen Informationspools<sup>33</sup> nicht so unbehelligt und konfliktfrei vonstatten gehen können, wäre nicht der normative Beurteilungsmaßstab um ein Kriterium zentriert geblieben, das auf diese Phänomene – die den eigentlichen Sicherheits- und Überwachungsstaat von heute ausmachen – nicht oder nur sehr vermittelt anwendbar ist.<sup>34</sup>

### III. Versuche der Neukonzipierung von Privatheit und Gesellschaftlichkeit

Das Neue an der Entscheidung von 1983 läßt sich an einem markanten Wandel der Entscheidungsprämissen verdeutlichen. Das Gericht spricht heute vom Einzelnen als »eine(r) sich innerhalb der Gemeinschaft entfaltende(n), auf Kommunikation angewiesene(n) Persönlichkeit.«<sup>35</sup> Unschwer kann man daran ein Zitat des »gemeinschaftsbezogenen und gemeinschaftsgebundenen Bürgers« aus dem Mikrozensus-Beschluß ablesen<sup>36</sup> – nur ist das Interessante die Modifikation. Dem früheren Gemeinschaftsvorbehalt stand die Antinomie Privatheit-Gemeinschaftlichkeit Pate, über dieser Antinomie stand der Primat der Gemeinschaft, der gliedschaftliche Bindung – durchaus im Sinne der organizistischen Gesellschaftstheorie<sup>37</sup> – abverlangte. Die Reformulierung gibt dem Wechselverhältnis von Individuum und Gesellschaft in differenzierterer Weise Raum. Der soziale Charakter von Individuation wird nicht mehr idealistisch wegeskamotiert, sondern präzise wahrgenommen (»innerhalb«, »angewiesen«). Damit ist der soziale Zusammenhang nicht mehr wie bisher Grenze, vielmehr als Bedingung von Privatheit anerkannt;<sup>38</sup> das prozeßhafte, interaktive Element von Vergesellschaftung wird besonders deutlich durch die Wahl des die »soziale Gemeinschaft« konkretisierenden Begriffes der »Kommunikation«, dessen einer Wortsinn das »Sich-Vergemeinschaften«, das »Herstellen von Gesellschaft« ist.<sup>39</sup> Unterstellt wird damit, daß Gesellschaft eben nicht (wie in der bisherigen Formel) ein in sich fest gefügter Block ist, den sich anzueignen nur durch Anpassung oder Eingliederung möglich ist, sondern ein Zusammenhang, dessen die Individuen bedürfen, den sie aber gleichzeitig produzieren: daß Vergesellschaftung somit ein Prozeß kollektiver Selbstregulierung ist.<sup>40</sup>

Hiermit hängt unmittelbar der zweite markante Wandel zusammen: der Abschied von der »Sphärentheorie«, »Unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung (gibt es) kein ›belangloses‹ Datum mehr. Wieweit Informationen sensibel

33 Dazu die wichtigen Arbeiten von W. Steinmüller, Die Zweite industrielle Revolution hat eben begonnen, Kursbuch 66, Berlin 1981, S. 152 ff.; und Personenkennzeichen, Versichertennummer und Personalausweis, in: Datenverarbeitung im Recht 1983, S. 205–318.

34 U. K. Preuss (FN. 20) hat die Reduktion des Gesellschaftlichen auf Grundrechtsfähigkeit treffend mit »Subjektivierung des Gemeinwesens« bezeichnet und daran herausgearbeitet, wie sowohl die Ebene politischer Gestaltung als auch diejenige grundrechtlicher Freiheit erodiert.

35 FN. 1, S. 44.

36 S. o. FN. 22.

37 Ohne daß diese Problematik hier auch nur angerissen werden kann, sei verwiesen auf die Studie über den deutschrechtlichen Ursprung späterer faschistischer Gemeinschaftsideologien: Helga Spindler, Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft, Ffm.-Bern 1982; und die Arbeit von P. Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung, Ffm. 1968.

38 S. o. FN. 26.

39 Dazu etwa die Definition kommunikativer Handlungen bei J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. 1, Frankfurt 1981, S. 385: die Beteiligten »verfolgen ihre individuellen Ziele unter der Bedingung, daß sie ihre Handlungspläne auf der Grundlage gemeinsamer Situationsdefinitionen aufeinander abstimmen können«.

40 Auf der Ebene der Persönlichkeitstheorie wird dieser Zusammenhang entwickelt von H. Benis, D. Jülich und M. Oechsle, Subjektive Verarbeitungsstrukturen, in: Arbeitspapier Nr. 39 des Forschungsschwerpunktes Reproduktionsrisiken, soziale Bewegungen und Sozialpolitik, Bremen 1983, S. 141 ff., bes. 143 f.; vgl. ferner das Modell gesellschaftlicher Selbstregulierung bei Negt/Kluge a. a. O. (FN. 27), S. 232 ff. und passim.

sind, kann hiernach nicht allein davon abhängen, ob sie intime Vorgänge betreffen. Vielmehr bedarf es zur Feststellung der persönlichkeitsrechtlichen Bedeutung eines Datums der Kenntnis seines Verwendungszusammenhangs.<sup>41</sup> Diese Sätze strukturieren, wie gleich gezeigt wird, die ganze übrige Entscheidung. Der Bruch zur bisherigen Spruchpraxis wird leicht deutlich. Intimität wird nicht schutzlos gestellt – insofern ist das Wort »allein« bedeutsam.<sup>42</sup> Aber die Nähe zur Intimsphäre hört auf, Kriterium der Schutzintensität zu sein. Damit verliert die gesamte bisherige Abwägungsarithmetik ihren Gravitationspunkt, und die Chance entsteht, die fatalen Folgen des tradierten Konzepts zu überwinden. Der Abschied von der Sphärentheorie ist unmittelbar verknüpft mit dem neuen Verständnis von Privatheit und Gesellschaftlichkeit. Die Sphärentheorie unterstellte das unverbundene Nebeneinander von (vor-gesellschaftlicher) Privatheit und (individuumstranszendenter) Gesellschaftlichkeit; ihr regulativer oder normativer Gehalt erschöpfte sich darin, der Privatheit einen Schutz »raum« vor der Gesellschaft zu gewährleisten; eben eine räumlich-gegenständliche »Sphäre«. In dem Maße wie das Wechselverhältnis von Individuum und Gesellschaft anerkannt ist, muß an die Stelle dieses auf *Trennung* und *Verräumlichung* beruhenden normativen Maßstabs ein solcher der *Vermittlung* und *Wechselbeziehung* treten. Diesem Maßstab wird nämlich eine doppelte, dem reziproken Charakter von Vergesellschaftung angemessene regulative Leistung abverlangt: er muß gesellschaftliche Prozesse danach zu beurteilen ermöglichen, sowohl ob sie der Individuation – oder auch der »Privatheit« in einem neuen Sinne<sup>43</sup> – förderlich oder hinderlich sind, als auch, ob sie dem gesellschaftskonstitutiven Charakter individuellen Handelns gerecht werden<sup>44</sup>.

Das Volkszählungs-Urteil hat einen solchen normativen Maßstab der Wechselbezüglichkeit zwar weniger begründet, aber anerkannt und auf datenrechtlichem Gebiet ansatzweise durchgeführt. Wenn das Gericht feststellt, es gebe unter Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein belangloses Datum (mehr?)<sup>45</sup>, sondern es komme auf dessen »Verwendungszusammenhang« an, so hat es damit bereits die Grundlage eines »interaktionistischen« Persönlichkeitsschutzes<sup>46</sup> gelegt. Verknüpft wird so nämlich mit der individualrechtlichen Bewertung eines Geschehens dessen Verwendungszusammenhang oder auch »Kontext«<sup>47</sup>, also ein Element des gesellschaftsorganisatorischen Rahmens der Handhabung personenbezogener Daten. Vor diesem Hintergrund ist es alles andere als ein voluntaristischer Akt, wenn das Gericht einerseits ein »informationelles Selbstbestimmungsrecht«, andererseits ein Gebot der »informationellen Gewaltenteilung« anerkennt.<sup>48</sup> Beide Rechtsprinzipien drücken normativ das skizzierte Wechselverhältnis aus: das eine von der individualrechtlichen, das andere von der staatsorganisatorischen Seite aus gesehen. Verfügt werden beide Prinzipien durch die Kontextbindung von Daten,<sup>49</sup>

41 Unter C. II. 2. (S. 45).

42 Dazu unten V. 2.

43 An A. Podlech angeliehene Gedanken dazu finden sich unten V. 2.

44 Gerade dieses Element von Vergesellschaftung steht einer rein systemfunktionalistischen Interpretation des Persönlichkeitsschutzes im Wege.

45 Man kann bezweifeln, ob erst mit den modernen Informationstechnologien das Kontextproblem von Daten entsteht – wie mit dem Einschub »(mehr)« angedeutet wird –; vielmehr dürften diese eher den legitimatorischen Grund für ein Abweichen von bisheriger Rechtsprechung abgeben; dazu schon oben bei FN. 25.

46 Vorbehalte gegen systemtheoretische Vereinseitigung werde ich später zu begründen versuchen.

47 Dazu näher Podlech a. a. O. (FN. 32), S. 457 ff.

48 Daraus resultiert auch, daß diese zwei »Säulen« des Datenschutzes schon früh entdeckt worden sind; s. Steinmüller u. a. (FN. 18).

49 Unter C. II. 2. a) (S. 46) und IV. 1. (S. 61 f.).

auf die einerseits ein individualrechtlicher Anspruch, zu der andererseits eine staatsorganisatorische Verpflichtung besteht.

Daß Individualität Gesellschaft einerseits voraussetzt, andererseits begründet, schlägt sich plastisch in der Begründung des informationellen Selbstbestimmungsrechts nieder:

»Individuelle Selbstbestimmung setzt aber – auch unter den Bedingungen moderner Informationsverarbeitungstechnologien – voraus, daß dem Einzelnen Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen einschließlich der Möglichkeit gegeben ist, sich auch entsprechend dieser Meinung tatsächlich zu verhalten. Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffenden Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.<sup>50</sup> Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet und weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.

Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. *Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des Einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.*<sup>51</sup>

Die ersten Sätze betonen – kommunikationstheoretisch – die Bedeutung des Wissens um die Verwendung personenbezogener Daten für die Entscheidungsfreiheit. Die letzten Sätze betonen – herrschaftstheoretisch – die Bedeutung selbstbestimmten Handelns für die Konstitution eines demokratischen Gemeinwesens. In ihrem Zusammenhang verdeutlichen sie den wechselbezüglichen Charakter des informationellen Selbstbestimmungsrechts. Undeutlich freilich bleibt bei dem Gericht wie bei früheren Vertretern des informationellen Selbstbestimmungsrechts, ob das herrschaftlich strukturierte Verhältnis von Staat und Bürgern so behandelt werden kann, als werde es durch kommunikative Rationalität strukturiert.<sup>52</sup>

#### IV. Die Anerkennung des informationellen Selbstbestimmungsrechts

1. Verfassungsstrukturell bedeutet die Anerkennung des informationellen Selbstbestimmungsrechts, daß personenbezogene Daten gleich anderen privaten Gütern privaten Subjekten zugeordnet und daß die Verfügung über sie den Vergesellschaftungsmodi zu folgen hat, die die bürgerliche Gesellschaft dafür bereithält: dem *Vertrag* als Ausdruck des selbstbestimmten Willens; oder dem *Gesetz* als Ausdruck (einzig) legitimen Zwanges.<sup>53</sup> Insofern ist diese Anerkennung nichts Revolutionäres, sie fügt sich vielmehr den bürgerlichen Verkehrsformen durchaus ein. Auf allgemein-zivilrechtlichem Gebiet hat sich dieses Verfügungsrecht denn auch – in keineswegs unproblematischer Weise<sup>54</sup> – zunächst in Gestalt der Immaterialgüterrechte und

<sup>50</sup> In diesem Passus stimmt das Urteil wörtlich mit der weitestgehenden Formulierung bei Podlech (FN. 32), S. 455, und (FN. 18) Nrn. 44/5, 82–84, überein; neben der individual- die kollektivrechtliche Seite des informationellen Selbstbestimmungsrechts betonend Steinmüller (FN. 33 Personenkennzeichen), S. 243 f.

<sup>51</sup> Unter C. II. 1. a) (S. 42/43) – Hervorh. von mir.

<sup>52</sup> Darauf weist bereits Schlink (FN. 24), S. 196–98 (m. w. N.) hin.

<sup>53</sup> Dazu theoretisch und m. w. N. F. Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, in: *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt 1967, S. 31 ff., unter III.

<sup>54</sup> S. dazu die Kritik von Mückenberger-Ramm in: Th. Ramm, *Einführung in das Privatrecht/Allg. Teil*

besonderen Persönlichkeitsrechte, dann in Gestalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weithin durchgesetzt<sup>55</sup>. Im Arbeitsrecht wird es den Beschäftigten faktisch bis heute vorenthalten<sup>56</sup> – formell freilich immer legitimiert durch die vertragliche, also willentliche, Begründungsform des Arbeitsverhältnisses. Im Verhältnis Staat – Bürger aber hat erst die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts die bürgerliche Verkehrsform auf den informationellen Sektor insgesamt ausgedehnt.<sup>57</sup>

Der späte Zeitpunkt dieser Anerkennung und die Widerstände, auf die sie traf (und gewiß weiter treffen wird!), bedürfen daher m. E. ebenso sehr der Erklärung wie diese Anerkennung selbst. Ich vermute – dies im Vorgriff auf den nächsten Abschnitt –, daß das informationelle Selbstbestimmungsrecht sich dort leichter durchsetzen läßt, wo sich seine Verwertung durch Betroffene marktförmiger Mittel, also der Monetarisierung und Kommerzialisierung, bedient<sup>58</sup>, dagegen dort schwerer, wo seine Realisierung in der Strukturierung und Begrenzung gesellschaftlich legitimierter (staatlicher<sup>59</sup>, aber auch betrieblicher<sup>60</sup>) Herrschaft besteht. Dies wiederum bestärkt meine Annahme, daß das Schwergewicht dieser Entscheidung weniger in seiner subjektiv-rechtlichen (informationelles Selbstbestimmungsrecht) als in seiner objektiv-rechtlichen Aussage (Gebot der informationellen Gewaltenteilung, der Kontextbindung von Daten, Einschränkung zulässiger Amtshilfe – alles Elemente der Strukturierung und Begrenzung staatlicher Herrschaft) zu suchen ist.

2. Indizien dafür ergibt die Analyse der Ausgestaltung des informationellen Selbstbestimmungsrechts. Es lautet lapidar: »Das Grundrecht gewährleistet . . . die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.«<sup>61</sup> Als solches ist es zwar außerordentlich umfassend: »Preisgabe« wird an anderer Stelle mit »Erhebung«<sup>62</sup> umschrieben; geschützt ist somit neben der willentlichen auch die unwillentliche<sup>63</sup> Aufnahme persönlicher Daten – in beiden Elementen greift das Gericht über das Bundesdatenschutzgesetz hinaus, dessen Reichweite auf »Datenverarbeitung« (s. § Abs. 1 BDSG) beschränkt ist.<sup>64</sup> Zum anderen erhalten auch die verschiedenen Verwendungsformen solcher

des BGB, 1. Aufl. Bd. III, München 1970, S. 771 ff.; Verweis darauf in: a. a. O., 2. Aufl., München o. J., S. 911 ff.

55 Ramm (FN. 54 – 2. Aufl.), S. 716 ff.; neuestens J. Simon, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und seine gewerblichen Erscheinungsformen, Berlin 1981; H. Meister, Datenschutz im Zivilrecht. Das Recht am eigenen Datum, 2. Aufl., Berg, Gladbach 1981.

56 Vgl. hierzu kontrovers einerseits S. Simitis, Schutz von Arbeitnehmerdaten. Regelungsdefizite – Lösungsvorschläge. Gutachten erstattet im Auftrag des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung, Bonn 1981; andererseits W. Zöllner, Daten- und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis, Köln 1982.

57 Der informationelle Sektor steht – angesichts der Eigenart seines (nicht klar greif- und rechtlich »zuweisbaren«) Gegenstandes – ohnehin quer zu traditioneller Rechtssystematik von Privat- und öffentlichem Recht: Steinmüller (FN. 33 PKZ), S. 241.

58 So etwa könnte man die Zuerkennung des Schadenersatzanspruches bei Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts deuten; s. Mückenberger-Ramm (FN. 54). Darüber hinaus ist zu vermuten, daß die Figur des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Verletzungsgefahren vor Ausbildung elektronischer Datenverarbeitung – Verletzungsgefahren wesentlich durch kommerzielle Presse – gerecht wurde, sich jedoch angesichts der neueren Technologien zunehmend als unzulänglich erweist. Die Monetarisierungsthese ist angelehnt an Habermas (FN. 39), Bd. 2, unter VIII.

59 Die im Urteil vom 15. 12. enthaltenen Auflagen sind wesentlich präventive, nicht nur kompensatorische; insofern strukturieren sie staatliche Herrschaft in diesem Bereich.

60 Zur Ausparung der Drittwirkungsproblematik in diesem Aufsatz, s. bereits FN. 16; vgl. aber auch FN. 57.

61 A. a. O. (FN. 1), S. 43.

62 Ebda.

63 Zum Problemstand vgl. insoweit Schlink (FN. 24), S. 188 ff.

64 S. Ordemann – Schomerus, Bundesdatenschutzgesetz (Kommentar), 3. Aufl., München 1982, Nr. 1 zu § 2; Reh in: Simitis et al., Bundesdatenschutzgesetz (Kommentar), 3. Aufl. Baden-Baden 1981, Nr. 18 b zu § 1.

Daten den Charakter eines Informationseingriffs – was bislang<sup>65</sup> und im Verfassungsgerichtsprozeß<sup>66</sup> höchst umstritten war –; und zwar neben den in § 1 Abs. 1 BDSG genannten auch die »Verwendung«<sup>67</sup> als solche.

Gleichwohl: der Statuierung des informationellen Selbstbestimmungsrechts folgt dessen Beschränkung auf dem Fuße. Kriterium der Zulässigkeit ist das »überwiegende Allgemeininteresse«, die gebotene Form für solche Einschränkungen ist eine »(verfassungsmäßige) gesetzliche Grundlage«.<sup>68</sup> Wäre die Entscheidung nicht über diese Feststellung hinausgegangen, so hätte sie nicht viel geholfen. Dann wäre zwar der Gesetzesvorbehalt für den wie beschrieben umfassenden Bereich von Informationseingriffen begründet worden – was diesen Bereich, immerhin!, justiziabel gemacht hätte.<sup>69</sup> Aber bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes oder dessen Vollzuges hätte letztlich wieder die strukturlose »Abwägung« zwischen Grundrecht und Gemeinwohl, letztlich das Vehikel der »Verhältnismäßigkeit«, den Ausschlag gegeben – so wie es im Rahmen der überkommenen Spruchpraxis schon üblich war. Neu ist, daß das Gericht die verfassungsmäßigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines einschränkenden Gesetzes weitgehend präzisiert, so daß einschränkende Gesetze daran »überprüft« werden können – mit dem Ergebnis, daß das zur Überprüfung gestellte Volkszählungsgesetz der Sache nach weitgehend zu Fall kam. Die niedergelegten verfassungsmäßigen Voraussetzungen sind – dies zur Erhärtung der oben angedeuteten Annahme – überwiegend solche der *staatlichen Datenorganisation*, nicht der *Datenart* und ihrer wie immer vorgestellten Nähe zum *individuellen »Innenraum«*. Erst das Ineinandergreifen des nunmehr anerkannten informationellen Selbstbestimmungsrechts und des dadurch ausgelösten Gesetzesvorbehalts für Informationseingriffe mit den einem Eingriffsgesetz abverlangten datenorganisatorischen Vorkehrungen macht das Wegweisende dieses Urteils aus.

3. Ein solcher Bruch hatte sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in einigen neueren Gesetzgebungsakten angedeutet. Er hatte aber bislang unvermittelt, daher widersprüchlich neben den tradierten normativen Prämissen gestanden.

Vom Boden seiner mehrstufigen Privatsphärentheorie aus hatte das Gericht Elemente eines informationellen Selbstbestimmungsrechts, freilich mehr auf *gesellschaftliche* Kommunikationsbeziehungen abstellend, entwickelt – so in den Entscheidungen zur Tonbandaufnahmeverwertung<sup>70</sup>, im Lebach-Urteil<sup>71</sup>, in den Böll/Walden-<sup>72</sup> und Eppler-Beschlüssen<sup>73</sup> –. Ansatzweise hatte es die Lehre von der Zweckbindung vor allem zwangsweise erhobener Daten anerkannt – so in den Scheidungsakten<sup>74</sup> und Gemeinschuldner-Beschlüssen<sup>75</sup> –. Und es hatte punktuell den Informationseingriff bei nicht vom Betroffenen selbst erhobenen Daten angenommen – so etwa in den Krankenblatt-<sup>76</sup>, Suchtkranken-<sup>77</sup> und Sozialarbeiter-Entschei-

65 Zum Streitstand s. Dammann in: Simitis et al. (FN. 64), Nrn. 2 ff. zu § 9.

66 Für die Annahme eines Informationseingriffs auch ohne Zwang votierten in ihren Stellungnahmen die Datenschutzbehörden etwa Bremens, Hessens, Nordrhein-Westfalens und Rheinland-Pfalz, dagegen etwa der bayrische Ministerpräsident.

67 Zum (weiten) Verwendungsbegriff vgl. Steinmüller (FN. 33 Pk2), S. 224 ff., 230 ff.

68 A. a. O. (FN. 1), unter C. II. 1. b) (S. 44).

69 Darauf weist Podlech (FN. 22), S. 55/6 hin; vgl. schon E. Schwan, Verwaltungsarchiv 1975, 120 ff.

70 Beschl. v. 31. 1. 1973, BVerfGE 34, 233 ff.; vgl. insg. Podlech (FN. 28), Nr. 19–21.

71 Ur. v. 5. 6. 1973, BVerfGE 35, 202 ff.

72 Beschl. v. 3. 6. 1980, BVerfGE 54, 208 ff.

73 Beschl. v. 3. 6. 1980, BVerfGE 54, 148 ff.

74 Beschl. v. 15. 1. 1970, BVerfGE 27, 344 ff.

75 Beschl. v. 13. 1. 1981, BVerfGE 56, 37 ff.

76 Beschl. v. 8. 3. 1973, BVerfGE 32, 373 ff.

77 Beschl. v. 24. 5. 1977, BVerfGE 44, 353 ff.

dungen<sup>78</sup> –. Aber sie sphärentheoretische Prämisse hatte insoweit immer noch durchgeschlagen, als die Intensität des Informationsaktes, der Verstoß gegen einen spezifizierbaren Geheimnis- und Vertrauenstatbestand und, daraus folgend, die »Unverhältnismäßigkeit« des Informationsaktes erst zur Annahme eines Informations»eingriffes« führte<sup>79</sup>. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Informationseingriffes – die erst jetzt klar voneinander zu trennen sind – blieben so im Mantel des Verhältnismäßigkeitsprinzips ununterscheidbar ineinander verhakelt.<sup>80</sup>

Schon 1974 publizierte Gerichtspräsident Ernst Benda einen Beitrag<sup>81</sup>, der sich mit dem jetzt entschiedenen Problem beschäftigte. In dieser Arbeit sind viele Elemente des Volkszählungs-Urteils angedeutet (etwa die Problematik von Persönlichkeitsprofilen, die Restriktion auf zweckgerichtete Datenerhebung, die Notwendigkeit der Gewaltenteilung auf dem Gebiet des Datenschutzes), sie kehrt teilweise sogar (unzitiert) im Volkszählungs-Urteil wörtlich wieder.<sup>82</sup> Gleichwohl mündet dieser Beitrag letztlich nur im strukturlosen Appell, das Verhältnismäßigkeitsprinzip generell und im Einzelfall zu wahren. Jüngerer Datums ist das Sondervotum des jetzigen Berichterstatters im Gemeinschuldner-Beschluß vom 13. Januar 1981.<sup>83</sup> Dort befand die Senatsmehrheit (mit Benda), die konkursrechtliche Auskunftspflicht des Gemeinschuldners verstoße nicht gegen dessen Persönlichkeitsrecht, wenn die Auskünfte durch ein strafprozessuales Verwertungsverbot gegen »Zweckentfremdung« geschützt werde. Heußner hielt dagegen – als einziger abweichend –, nicht erst die strafrechtliche *Verwertung*, sondern »die mit der *Weitergabe* der Information des Gemeinschuldners an die Strafverfolgungsbehörden eintretende Zweckentfremdung (verletze) bereits das Persönlichkeitsrecht.« In der Mißbilligung von Zweckentfremdung bestand insoweit also bereits Einigkeit. Interessant ist freilich eine implizite Relativierung dieses Prinzips im nachfolgenden Begründungssatz von Heußner: »In der Weitergabe liegt eine Beeinträchtigung des Grundrechts des Gemeinschuldners aus Art. 2 Abs. 1 GG deshalb, weil sie angesichts des bestehenden Verwertungsverbotes seiner Aussagen im strafrechtlichen Verfahren nicht erforderlich«<sup>84</sup>, daher als Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip unzulässig sei. Hebt die abweichende Meinung also erst an, die Zweckentfremdung an sich schon zu mißbilligen, so schränkt sie im nächsten Satz ein, daß sie nur wegen fehlender Erforderlichkeit unzulässig, bei gegebener Erforderlichkeit hingegen (so muß man schließen) zulässig

78 Beschl. v. 19. 7. 1972, BVerfGE 33, 367 ff.

79 Auf diesem Stand verharret auch die neuere Studie von P. Krause, Grundrechtliche Grenzen staatlicher und privater Informationserhebung und -verarbeitung, Der Betrieb, Beil. 23/83 v. 30. 9. 83.

80 So die Kritik von Schlink (FN. 24), S. 191 f.; s. bereits B. Preis, Verfassungsschutz und öffentlicher Dienst. Ein Beitrag zum bereichsspezifischen Datenschutz bei den Verfassungsschutzbehörden, Königstein 1982 (dazu P. Strieder KJ 4/83, S. 447–9), S. 21.

81 E. Benda, Privatsphäre und »Persönlichkeitsprofil«, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Geiger, Tübingen 1974, S. 23 ff.

82 Z. B. stimmt der aufs Bürgervertrauen abstellende Satz unter C. II. 2. b) bb) (gegen Ende) (S. 50) wörtlich mit S. 38 des genannten Aufsatzes überein. Eher traditionalistisch, der idealistischen Sphärentheorie verhaftet und nur um einige Erkenntnisse der amerikanischen *privacy*-Diskussion bereichert erscheint hingegen Bendas neuere Arbeit: Die Menschenwürde, in: ders., W. Maihofer und H.-J. Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Berlin–N. Y. 1983, S. 107 ff.

83 A. a. O. (FN. 75), S. 52–54.

84 S. 53. Dieselbe Schwäche teilt Heußners Aufsatz, Zur Funktion des Datenschutzes und zur Notwendigkeit bereichsspezifischer Regelungen, in: Im Dienst des Sozialrechts. Festschrift für Wannagat, Köln 1981, S. 173 ff., wo – auf S. 178/79 – zwar ein die Datenerhebung einschließendes Grundrecht auf Achtung des privaten Bereichs angenommen wird, Eingriffe gleichwohl nur bei Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angenommen werden. Dessen ungeachtet enthält dieser Aufsatz wichtige Einsichten, die sich auch im Urteil v. 15. 12. niedergeschlagen haben – so etwa der Bezug des Datenschutzrechts auf kollektive Freiheiten wie Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (vgl. das Zitat oben [S. 9] mit S. 175 f. – weitere Beispiele folgen).

sei. Auch über diese Einschränkung ist erst das Volkszählungs-Urteil hinausgegangen.

13

4. Indem das Urteil vom 15. Dezember 1983 den Schutz personenbezogener Daten von der betroffenen *Sphäre* weithin ablöst, ihn vielmehr an den datenorganisatorischen *Kontext* knüpft, markiert es somit einen, wenn auch nicht ganz unvorbereiteten, Bruch zur bisherigen Spruchpraxis. Dieser wurde auch durch einige gesetzliche Änderungen nahegelegt, die freilich ihrerseits nicht lückenlos sind. Interessanterweise zitiert das Gericht diese Bestimmungen mit dem sybillinischen Epitheton, daß sie »in die verfassungsrechtlich gebotene *Richtung* weisen«<sup>85</sup> – damit läßt es (was insbesondere hinsichtlich des Bundesdatenschutzgesetzes Diskussionen auslösen dürfte) offen, ob sie das verfassungsrechtlich gebotene *Ziel* selbst schon erreichen.

Am auffälligsten war die legislatorische Änderung des »Sozialgeheimnisses« in § 35 Sozialgesetzbuch I im Jahre 1980. Bis dahin unterlagen der Geheimhaltung nur »Geheimnisse, insbesondere die zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse sowie die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse« einer Person (§ 35 SGB I a. F.). Nunmehr sind es – ähnlich wie in § 30 Abs. 2 Nr. 1 Abgabenordnung 1977 als Gegenstand des Steuergeheimnisses ganz allgemein die »Verhältnisse eines anderen« genannt werden – »Einzelangaben über seine persönlichen und sachlichen Verhältnisse (personenbezogene Daten)« (§ 35 SGB I n. F.). Diese Legaldefinition stimmt weitgehend<sup>86</sup> mit derjenigen des § 2 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) überein, die ihrerseits ein Indiz für einen neuerlichen sphärenunabhängigen regulativen Maßstab des Datenschutzes ist.

Gerade das BDSG macht freilich – was Hintergrund der sybillinischen Anmerkung des Gerichts sein könnte – die Lückenhaftigkeit der neuen legislatorischen Konzeption deutlich.

Die Reichweite des Gesetzes ist dadurch begrenzt, daß es nur subsidiär gilt (§ 45 BDSG)<sup>87</sup>, ferner daß es – wie schon hervorgehoben – nur dem »*Mißbrauch*« einmal erhobener Daten *wehren*, nicht den Gebrauch personenbezogener Daten insgesamt (einschl. der Erhebung) *regulieren* soll (s. § 1 Abs. 1 BDSG)<sup>88</sup>. Auch in seinem Anwendungsfeld ist das Gesetz eher den früheren verfassungsgerichtlichen Prämissen verhaftet. Das pompös anmutende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in § 3 S. 1 wird in §§ 9 bis 11<sup>89</sup> einer generalklauselartigen Einschränkung unterworfen, die der alten Verhältnismäßigkeitsprüfung – nur in neuem, »gesetzlichem«, Gewande – Raum gibt.<sup>90</sup> Der Zweckbindungsgrundsatz ist im BDSG praktisch auch auf Fälle des Vorliegens eines besonderen Vertrauenstatbestandes beschränkt (s. § 10 Abs. 1 S. 2 BDSG)<sup>91</sup> – ähnlich wie dies bei der früheren Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts zu verzeichnen war. Geben somit auch die neueren legislatorischen

85 Unter C. II. 2. 2) (S. 45).

86 Leider nicht vollständig: s. Steinmüller (FN. 33 PKZ), S. 231 ff. Das Gericht macht sich übrigens die exaktere Definition des BDSG zu eigen: unter C. II. 1. a) (S. 42).

87 Hierzu Ordemann-Schomerus (FN. 64), Nr. 1 zu § 45; Simitis in: ders. et al. (FN. 64), Nr. 10 zu § 45.

88 Es besteht Einigkeit, daß das Gesetz insoweit falsch formuliert ist, da es ja tatsächlich – entgegen Wilt. von § 1 Abs. 1 – nicht nur Mißbrauchsfälle regelt: s. Ordemann-Schomerus, ebda., Nr. 1.1; Reb in: Simitis et al., ebda., Nr. 20/1 zu § 1. Gleichwohl ist eben diese Fehlleistung Gesetz; zur Novellierungsbedürftigkeit insoweit Engelhard laut FAZ v. 31. 12. 1983.

89 Betrachtet wird im Kontext dieses Aufsatzes nur die Datenverarbeitung im öffentlichen Bereich, somit auch nur der Zweite Abschnitt des BDSG.

90 Dazu Dammann in: Simitis et al. (FN. 64), Nrn. 6 ff. zu § 10; Ordemann-Schomerus (FN. 64), 1.1 zu § 10; kritisch auch Heußner (FN. 84), S. 186.

91 Das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist im BDSG also nur als Ausnahmetatbestand (s. §§ 3, 9 II, 10 II usw.) geregelt. Dies indiziert auch § 10 Abs. 1 S. 2: dazu Dammann in: Simitis et al., ebda., Nrn. 14 ff.; Ordemann-Schomerus, ebda., 1.2 zu § 10.

Akte Indizien für einen umfassenden kontext-, nicht sphärenbezogenen Datenschutz ab, so hat doch erst das Gericht den Wandel zu einem neuen regulativen Maßstab konsequent vollzogen.

#### V. Individualdatenschutz und Systemdatenschutz

Der »Individualdatenschutz« ist somit durch »Systemdatenschutz« (Podlech) überlagert worden.<sup>92</sup> Der neue regulative Maßstab ist primär prozeduraler, nicht mehr nur substanzieller Art. Es kommt nicht mehr – »allein«<sup>93</sup> – darauf an, eine bestimmte *Datensubstanz gegen Öffentlichkeit abzusichern*, vielmehr darauf, die *Öffentlichkeit zugänglicher Daten in eine organisierte Struktur zu bringen*. Diese Strukturierung besteht im wesentlichen darin, legal erhobene Daten gegen Kontextveränderung zu sichern.

Die Wirkungsweise des neu anerkannten informationellen Selbstbestimmungsrechts gegenüber dem Staat läßt sich als dreifache extrapolieren:

1. Geschützt wird das individuelle *Wissen* um Erhebung und Verwendung eigener personenbezogener Daten. Die Kenntnisnahme durch betroffene Bürger ist nach dem Urteil uneingeschränkt zu gewährleisten.<sup>94</sup> Die Konsequenz allein dieser Ebene läßt sich noch kaum abschätzen. Auf datenorganisatorischer Ebene entspricht dieser Dimension des Selbstbestimmungsrechts eine Protokollierungspflicht für Datenübermittlungsvorgänge, die es bisher so nicht gab.<sup>95</sup> Außerdem erhält das Auskunftsrecht des Betroffenen nach § 13 BDSG damit den Rang einer verfassungsmäßig gebotenen Norm – und zwar ohne die Einschränkungen in Abs. 2 und 3, die heute als verfassungswidrig einzustufen sein dürften.<sup>96</sup>

Die Möglichkeit lückenloser Kenntnisnahme durch den Betroffenen ist nicht nur ein Gebot des Persönlichkeitsschutzes, sondern auch der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. In den Verfassungsbeschwerden gegen das VZG war auch die Verletzung der letzteren gerügt worden.<sup>97</sup> Das Gericht verwarf dies lediglich mit Rücksicht auf die Absicherung des Rechtsschutzes durch lückenlose Protokollierungspflicht und entsprechendes Auskunftsrecht.<sup>98</sup>

In doppelter Weise greift so der grundrechtliche Tatbestand des lückenlosen Wissens in den Bereich der staatlichen Datenorganisation über. Die Verwendungsmöglichkeit von Daten muß gesetzlich so präzise bestimmt sein, daß der Betroffene antizipieren kann, wo sich seine Daten zu welchem Zweck befinden werden. Schon diesem Kriterium hielt das VZG nicht stand. Darüberhinaus muß die *tatsächliche* Verwendung – qua Protokollierung und Auskunftspflicht – dem Betroffenen zugänglich sein. Dieses Problem ist beim VZG gar nicht gesehen worden.

2. Geschützt wird weiterhin das *Bestimmen-Können* des Betroffenen über seine Daten. Diese Wirkungsweise – die dem informationellen Selbstbestimmungsrecht

92 So Podlech (FN. 32). Zu dem bedeutsamen Einfluß der internationalen, insb. us-amerikanischen, *privacy*-Diskussion und -Gesetzgebung vgl. A. R. Müller, *Der Einbruch in die Privatsphäre. Datenbanken und Dossiers*, Neuwied 1973; U. Dammano et al. (eds.), *Data Protection Legislation. An International Documentation* (m. Texten aus USA, Canada, Schweden u. a.), Frankfurt 1977.

93 Unter C. II. 2. (S. 45 zweifach). Auf die Bedeutung dieser Einschränkung gehe ich unter V. 2. ein.

94 Und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt des informationellen Selbstbestimmungsrechts (dazu unter C. II. 1. a) – S. 43 –) als auch unter dem der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG (dazu unter C. V. 1. – S. 70).

95 So das Urteil unter C. V. 1 (S. 70); zur bisherigen Rechtslage s. Dammann in: Simitis et al. (FN. 64), Nrn. 123 ff. zu § 6.

96 Zweifel bereits bei Dammann in: Simitis et al., Nrn. 7 ff. zu § 13.

97 S. dazu die Auszüge in FR v. 11. 3. 1983 (Stadler-Euler/Wild) und FR 24. 3. 1983 – Dokumentationsseite – (Mückenberger).

98 So explizit unter C. V. 1. (S. 70).

erst seinen Namen gibt – wird im Volkszählungs-Urteil in doppelter Weise präzisiert: als *substanzielle* Begrenzung staatlicher Datenerhebung und -verarbeitung und als *prozedural* abgesicherte Kontextbindung personenbezogener Daten (dazu 3.)<sup>99</sup>. Erstgenannte Bedeutung wird eher beiläufig, durch Nebenbemerkungen und punktuelle Abgrenzungsbeispiele – meist obiter dicta – angedeutet. Demnach *setzt* das informationelle Selbstbestimmungsrecht – insoweit über das Recht zur Kenntnisnahme hinausgehend – staatlicher Datenerhebung und -verwendung wirkliche *Grenzen*:

a) »Intime Angaben« genießen nach wie vor höheren Schutz als »Daten mit Sozialbezug«.<sup>100</sup> Die Verwendung dieses begrifflichen Relikts der Sphärentheorie ist mit dem Wandel zum Systemdatenschutz schwer vereinbar. Offenbar möchte das Gericht dort, wo es den Begriff der Intimität verwendet, zum Ausdruck bringen, daß es mit seinem neuen datenschutzrechtlichen Ansatz lediglich *zusätzliche* Sicherungen des Persönlichkeitsschutzes installieren, nicht die tradierten – sphärentheoretisch begründeten – *ersetzen* will. Dies bringt zwar eine Inkonsistenz in das Urteil. Gleichwohl – so möchte ich noch ausführen – vermeidet das Gericht damit, wenn auch mit kritisierbarer Begrifflichkeit, die Vereinseitigung eines *nur* prozeduralen Datenschutzansatzes.

b) Das informationelle Selbstbestimmungsrecht setzt staatlicher Datenerhebung dort Grenzen, wo Gefahr besteht, daß die Tatsache staatlicher Datenerhebung Betroffene von der Wahrnehmung von Grundrechten, und sei es in der Gestalt minderheitlicher oder »abweichender« Verhaltensweisen, abhält. Das Gericht erörtert diese Begrenzung staatlicher Datenerhebung an kollektiven Rechten, der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit – gibt somit dieser Schranke besonderes Gewicht. Diese Aussage ist – allerdings nicht sehr präzise – in dem oben wiedergegebenen Zitat von S. 42/43 des Urteils enthalten. In den ersten Sätzen wird dort zunächst die Beeinträchtigung des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch *Unkenntnis* staatlicher Datenerhebung hervorgehoben, dann aber etwas unvermittelt die Beeinträchtigung durch das *Ausmaß* (»jederzeit notiert«, »dauerhaft gespeichert«, »behördlich registriert«) der Datenerhebung – und zwar unabhängig davon, ob diese dem Betroffenen nun bekannt ist oder nicht (»Wer damit *rechnet*, daß . . .« unterstellt Einschüchterung nicht durch Unkenntnis, sondern gerade durch Kenntnis der Observierung). Daraus folgert das Gericht die Notwendigkeit des Schutzes gegen »unbegrenzte« Datenerhebung – insoweit gewährleistet demnach das informationelle Selbstbestimmungsrecht die Befugnis, nicht nur zu *wissen*, sondern auch staatliches Wissen *substanziell* zu *begrenzen*.

c) Begrenzende Funktion hat dieses Grundrecht schließlich auch gegenüber staatlicher Datenerhebung und -verwendung, die zu »gänzlicher oder teilweiser Registrierung und Katalogisierung der Persönlichkeit« führen würde. Auch hier stammt die Terminologie aus dem Mikrozensus-Beschluß.<sup>101</sup> Nur bezieht sie sich jetzt auf höchst moderne Überwachungsprobleme. Das Personenkennzeichen – seit 1976 bestenfalls in der Grauzone der Verfassungswidrigkeit<sup>102</sup> – ist nun eindeutig für

<sup>99</sup> Die Begriffe *substanziell* und *prozedural* werden hier im Sinne der angloamerikanischen Terminologie *substantive* und *procedural regulation* verstanden. Substanzielle Regulierung setzt der Datenerhebung absolute Grenzen, steht insofern dem überkommenen Individualdatenschutz, wenn auch erweiterungsfähig auf Gruppenschutz, nahe. Prozedurale Regulierung beeinflusst den Umgang mit Daten durch Verfahrens-, Beteiligungs- und Kontrollgebote, ist insofern vergleichbar dem Systemdatenschutz, als nicht Datenart und -menge, sondern nur Datenkontext, Kontextbindung und Kontrolle reguliert werden.

<sup>100</sup> Unter C. II. 2. a) (S. 46).

<sup>101</sup> Vgl. S. 48 und S. 52 mit BVerfG (FN. 22), S. 6.

<sup>102</sup> Steinmüller (FN 33 PKZ), S. 214 ff. m. w. N.

verfassungswidrig erklärt;<sup>103</sup> Streit wird nun nur noch darüber entstehen, was seine »Substitute« oder was »sonstige Ordnungsmerkmale« sind, die dasselbe verfassungsrechtliche Verdikt verdienen.<sup>104</sup> Die »Zusammenführung einzelner Lebens- und Personaldaten zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen« ist unzulässig – selbst »in der Anonymität statistischer Erhebungen«, Total- wie Teilabbilder<sup>105</sup> zu erstellen, wäre ein staatlicher Übergriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht.

Die mit diesen drei Elementen umrissene zweite Wirkungsweise des informationellen Selbstbestimmungsrechts – substanzielle Begrenzung staatlichen Datenzugriffs – wird dem Gericht möglicherweise den Vorwurf der Inkonsistenz eintragen. In der Tat finden sich hier begründungs- wie begriffslogisch Relikte des Individualdatenschutzes, eines nicht nur prozedural, sondern substanziell<sup>106</sup> abzuschirmenden Bereichs von Privatheit. Die Bedeutung dieser Ambiguität läßt sich am besten vor dem Hintergrund der im Verfassungsgerichtsprozeß um das VZG vertretenen Hauptpositionen ermessen:

Die Positionen der Beschwerdeführer/innen waren im Ausgangspunkt – nicht zuletzt aus prozeßtaktischen Rücksichten – überwiegend sphärentheoretisch orientiert: sie reklamierten substanzielle Verletzung der Menschenwürde durch den Zensus.<sup>107</sup> Die Verteidiger des VZG bedienten sich des gleichen Prüfungsmaßstabes, folgerten nur aus ihm das umgekehrte Ergebnis: keine substanzielle Verletzung der Menschenwürde.<sup>108</sup> Sphärentheoretische Erwägungen dürften denn auch im Frühjahr den Ausschlag gegeben haben, die Zählung vorläufig zu Fall zu bringen.

Schon in der mündlichen Verhandlung um die einstweilige Anordnung<sup>109</sup>, erst recht in der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache machte sich die modernere datenrechtliche Konzeption geltend, die am energischsten von den Datenschutzbeauftragten vorgetragen wurde, besonders durch den hessischen und den bremischen.<sup>110</sup> Deren Stellungnahmen beschäftigten sich weniger oder gar nicht mit substanzieller Beeinträchtigung der Menschenwürde, sondern mit der Kritik der Datenorganisation bei der geplanten Volkszählung, insbesondere der Diffusion von Begriff und Organisation staatlicher Statistik, und mit den prozeduralen Anforderungen an eine zu erwartende Volkszählung. Überlegungen prozeduraler Art bestimmten zunehmend die Argumentation im Prozeß. Das Gericht hatte sich mit der Entscheidung vom 13. April selbst unter Druck gesetzt, nicht nur über etwaige Verfassungswidrigkeit des VZG zu entscheiden, sondern eine Grundsatzentscheidung über den Persönlichkeitsschutz unter Bedingungen moderner Informationstechnologien zu

<sup>103</sup> Unter C. III. 1. a) (S. 53).

<sup>104</sup> A. 2. O.; ferner s. Steinmüller (FN. 33) PKZ), S. 219 f.

<sup>105</sup> Ähnlich bereits Heußner (FN. 84).

<sup>106</sup> S. oben FN. 99.

<sup>107</sup> S. Fundstellen in FN. 97. Ausdrücklich nicht sphärentheoretisch, sondern systemanalytisch begründet war die Beschwerde der Informatiker/innen Brunstein/Podlech/Steinmüller/Walther-Mohr – Az. 1 BvR 420/83 – die allerdings keinen verfassungsdogmatischen Prüfungsmaßstab entwickelte.

<sup>108</sup> So etwa die Stellungnahme des Bundesministers des Inneren v. 28. 6. 1983, S. 16 ff. u. ö.; der Bayerischen Staatsregierung, o. Datum, S. 42 ff.; des Ministerpräsidenten des Landes Schleswig-Holstein v. 21. 6. 1983, S. 18 f.

<sup>109</sup> S. Stellungnahme der Datenschutzbeauftragten v. 22. 3. 1983 (FN. 12). Diese wurde zum Gegenstand einer Übereinkunft im Bundesinnenministerium: s. Ergebnisvermerk Ref. O II 3 – 142 261-10/1 – v. 30. 3. 1983. Freilich hatte der Bundesinnenminister am selben Tag im Bundestag erklärt, daß der Bund auf die Durchführung der Volkszählung »nicht den geringsten Einfluß« habe (X/3. Sitzung des BT v. 30. 3. 1983, S. 41 – zitiert von der Hamburger Justizsenatorin Dr. E. Leihäuser in der mündlichen Verhandlung am 12. April 1983). Dieses gleichzeitige Dementi der angeblichen Konzessionen an den Datenschutz brachte den Durchbruch zur einstweiligen Verfügung vom 13. 4.

<sup>110</sup> Stellungnahme des Bremer Datenschutzbeauftragten v. 28. 6. 1983, S. 6 f., 10 ff.; des Hessischen Datenschutzbeauftragten v. 12. 7. 1983, S. 1 ff., 12 f., 17 ff. – letztere ausschließlich prozedural begründet.

treffen<sup>111</sup> – und zwar möglichst noch vor Ablauf der Amtszeit des Präsidenten.<sup>112</sup> Unter diesen Bedingungen akzeptierte es im Grundsatz die vom hessischen Datenschutzbeauftragten vorgetragene moderne prozedurale Konzeption<sup>113</sup> – reicherte sie aber punktuell, nach Bedarf, um substanzielle Elemente an, die – sei es auch um den Preis der Inkonsistenz – der Regelung bedürftig erschienen. Fast alle im engeren Sinne grundrechtstheoretischen Erwägungen des Gerichts – das informationelle Selbstbestimmungsrecht wie auch die unter a) bis c) genannten Elemente – lassen sich als Zusätze oder auch Korrektive zu der im Prinzip anerkannten prozeduralen datenschutzrechtlichen Konzeption verstehen.

Zu einem solchen Korrektiv besteht auch Anlaß. Unzulänglich und kontraproduktiv, wie die auf ein idealistisches, vor-gesellschaftliches Persönlichkeitsbild aufbauende Privatsphärentheorie auch sein mag: sie thematisiert immerhin das Problem von Privatheit, des Verhältnisses von Individuum und Gesellschaft, *von der Seite des Subjekts aus*. Die Konstitutionsbedingungen von Subjektivität – von Kommunikation, Interaktion, Sozialisation, von Selbst- und Fremdwahrnehmung – werden aber durch kaum etwas mehr umgeformt, in Frage gestellt, als durch die modernen Informationstechnologien.<sup>114</sup> Ob die uns bekannten Prozesse der Identitätsfindung, der Ich-Bildung und der Vergesellschaftung unter diesen Bedingungen noch stattfinden werden, ob Individualität, Integrität, Moralität, ob menschliche Würde mit ihnen strukturell vereinbar sind, ist kaum abzuschätzen. Die Angst um das Subjekt hat – so eine Erfahrung aus der Volkszählungsbewegung – zu einer Renaissance, vielfach auch einer ganz unkritischen und falsch-konservativen, der Postulate von »Menschwürde« und »Persönlichkeitsrecht« geführt.

Was in dieser Situation Not tut, ist die Entwicklung einer Persönlichkeitstheorie, die den Ballast des idealistischen Persönlichkeitsbegriffs abzustreifen und auf der Basis einer aufgeklärten Theorie der Vergesellschaftung einen normativen Rahmen abzustecken versucht, der dem oben angedeuteten Wechselverhältnis von Individuum und Gesellschaft Raum gibt.<sup>115</sup> Zu einem solchen Versuch wird sicher gehören, einen neuen Begriff von Privatheit und Intimität zu entfalten, den es – wenn auch nicht in einer »Sphäre«, so doch in einem »geschützten« Interaktionsgefüge – abzuschirmen gilt;<sup>116</sup> und dem gesellschaftskonstitutiven Charakter individuellen Handelns normativen Spielraum und Wirksamkeitschance zu verschaffen. Das Bundesverfassungsgericht hat mit den Inkonsistenzen seines Urteils einem solchen Versuch zumindest nicht die Tür verschlossen. Es hat sie mit einigen wenigen Andeutungen sogar geöffnet.

Demgegenüber steht eine bloß prozedurale, eine bloße Systemdatenschutz-Konzeption in der Gefahr, das Problem von Privatheit, Individuation, Subjektivität überhaupt zu negieren. Tritt der akkumulierten Informationstechnologie als normativer

<sup>111</sup> S. FN. 25

<sup>112</sup> Ernst Benda schied am 20. 12. 1983 als Präsident des Gerichts aus. Der ursprünglich für die Urteilsverkündung anberaumte Termin am 19. 1. 1984 hätte außerhalb seiner Amtszeit gelegen. Mit Umladungsbeschluß v. 3. 12. 1983 wurde der Verkündungstermin auf den 15. 12. 1983 vorverlegt. Das Urteil konnte somit noch von Benda verkündet werden. Zu vermuten ist, daß durch dieses timing ein starker Zeit- und Konsensdruck im Senat entstand. Hätte auch nur ein Richter eine abweichende Meinung vorgelegt, so hätte eine weitere Beratung verlangt werden können, womit unvermeidlich die Amtszeit Bendas überschritten worden wäre.

<sup>113</sup> Andeutungsweise in dieser Richtung bereits O. Mallmann, Zielfunktionen des Datenschutzes, Frankfurt 1977, S. 67–69.

<sup>114</sup> Hierzu etwa die Beiträge in »ausgezählt« (FN. 6), Kursbuch 66 (FN. 33) und Gerd E. Hoffmann (Hg.), Der verkabelte Mensch, westermann aktuell, Braunschweig 1983.

<sup>115</sup> In diese Richtung gehen die Überlegungen Podlech (FN. 21), bzw. eindrucksvoll jüngst (FN. 28), Nr. 35 ff.

<sup>116</sup> Dazu mein Essay, Detektiv-Automat, Terror der Sachlichkeit und Recht auf Unordnung, in: Hoffmann (Hg.) (FN. 114), S. 153 ff.

Rahmen lediglich ein Netz von Verfahren, Kontextsicherungen, Abschottungen gegen Zweckentfremdung, Kontrolle durch Datenschützer gegenüber, so ist damit die Überlebensfähigkeit des Subjekts angesichts geballter Objektivität, des Terrors der Sachlichkeit, noch keineswegs gewährleistet.<sup>117</sup> Eine substantielle grundrechtliche Einbindung des Datenschutzes ist daher notwendiges Korrektiv – wenn auch unter der (bereits genannten) Prämisse eines noch auszuarbeitenden normativen Begriffs von Privatheit und Gesellschaftlichkeit.

3. Geschützt wird mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht schließlich das *Bestimmen*-Können des Betroffenen über die zweckentsprechende *Verwendung* einmal erhobener Daten. Bei freiwillig preisgegebenen Daten begrenzt der willentlich gesetzte Zweck die zulässige Verwendung, bei hoheitlicher Anordnung der gesetzlich bestimmte Zweck der Erhebung. Diese nunmehr – entgegen § 10 Abs. 1 S. 1 BDSG – als verfassungskräftig anerkannte Zweckbindung personenbezogener Daten verlangt Vorkkehrungen der staatlichen Datenorganisation, die im Falle des VZG weithin fehlten.

a) Die Pflicht zur Preisgabe personenbezogener Daten setzt voraus, daß die ermächtigende Norm den Verwendungszweck bereichsspezifisch präzise bestimmt; die »Sammlung nicht anonymisierter Daten auf Vorrat«<sup>118</sup> ist danach unzulässig – eine Anforderung, der z. B. § 9 Abs. 3 VZG, wie in den Beschwerden vorgetragen, nicht entsprach. Die Verwendung der Daten darf nur zum »gesetzlich bestimmten Zweck« erfolgen. Erforderlich ist ein – »amtshilfefester«<sup>119</sup> – Schutz gegen Zweckentfremdung, der durch entsprechende Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten flankiert sein muß. Verfassungsrechtlicher Explosivstoff ist der, der Stellungnahme des hessischen Datenschutzbeauftragten entnommene, Begriff der »Amtshilfefestigkeit«. Er bedeutet nämlich, daß das Zweckbindungsgebot auch die informationelle Amtshilfe ausschließt, und impliziert damit die Anerkennung der bislang heftig umstrittenen These, daß informationelle Amtshilfe bei personenbezogenen Daten einzelfallbezogen sein muß und einer bereichsspezifischen gesetzlichen Eingriffsermächtigung bedarf.<sup>120</sup> Zur Kontrolle der erforderlichen Zweckbindung ist schließlich die Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter erforderlich. Diese Feststellung schreibt nicht nur die Position der Datenschutzbeauftragten verfassungskräftig fest – sie enthält weiteren Sprengstoff durch Verwendung des Begriffs der »Unabhängigkeit«, der – falls ernst genommen – der Debatte um die Konstruktion und juristische Anbindung der Rolle der Datenschutzbeauftragten neuen Anstoß geben wird.<sup>121</sup>

b) Bei zu staatlicher Planung erforderlichen *statistischen* (Zwangs-)Erhebungen entsteht unvermeidlich – soweit personenbezogene Daten im Spiel sind – ein Zielwiderspruch zwischen »Multifunktionalität« (= *Zweckvielfalt* und *-unbestimmtheit*)

<sup>117</sup> Hier eben hätte die Kritik systemfunktionalistischer Ansätze, etwa auch Luhmanns (FN. 23), S. 71 f., anzusetzen; ähnlich Rüpe a. a. O. (FN. 26) mit seiner Kritik der »herrschenden Rollentheorie« auf S. 117 ff. und 136 ff.

<sup>118</sup> Unter C. II. 2. 2) (S. 46).

<sup>119</sup> Ebda. Dies müßte zum generellen Verbot des Online-Verbunds von elektronischen Dateien führen; zögernd dazu noch Dammann in: Simitis et al. (FN. 64), Nr. 122 zu § 10.

<sup>120</sup> Hierzu neben Schlink (FN. 24), passim, und Preis (FN. 80), S. 19 ff.: Chr. Mallmann, *Datenschutz in Verwaltungsinformationssystemen* (FN. 15), passim; E. Denninger, *Einführung in Probleme des Amtshilferechts*, insb. im Sicherheitsbereich, *Jur. Analysen* 1980, S. 280 ff.; ders., *Amtshilfe im Bereich der Verfassungsschutzbehörden*, in: Bundesminister des Inneren (Hg.), *Verfassungsschutz und Rechtsstaat*, Köln 1981, S. 19 ff.

<sup>121</sup> A. a. O. (FN. 118); *Kurzüberblick über die Problematik der Bestellung und Zuordnung der Datenschutzbeauftragten im Hinblick auf ihre Unabhängigkeit einerseits, das Gewaltenteilungsprinzip andererseits* bei Dammann in: Simitis et al. (FN. 64), Nr. 4 zu § 17.

statistischer Daten und Zweckbestimmtheit und -bindung.<sup>122</sup> Deshalb bedarf der statistische Bereich zum Ausgleich der zugelassenen Multifunktionalität besonderer Sicherungsvorkehrungen für (noch) nicht anonymisierte Daten. Hierzu gehören die Abschottung statistischer Daten durch Geheimhaltungspflichten, solange sie weder (faktisch)<sup>123</sup> anonymisiert noch aggregiert sind, durch Anonymisierungsge- und Deanonymisierungsverbote, durch die Begrenzung der Weitergabe von Daten auf statistische Zwecke sowie durch Löschungsvorkehrungen für die individualisierenden Hilfsangaben einer statistischen Erhebung; damit erhalten die Gebote aus § 11 Abs. 2 und 7 BStatG praktisch Verfassungsrang. Etabliert ist damit der, in den Verfassungsbeschwerden gleichfalls behauptete, Verfassungsgrundsatz der »Trennung von Statistik und Verwaltung«,<sup>124</sup> dem die Datenübermittlungsvorschriften des inkriminierten VZG 83 durchweg nicht entsprachen. Eine bereichsspezifische Begründung erhält dieser Grundsatz – außer daß er durch das informationelle Selbstbestimmungsrecht gefordert sei – aus dem Charakter der Statistik selbst, deren Zuverlässigkeit auf Vertrauen der Befragten basiert, deren Funktionsfähigkeit daher auch ohne ihre Abschottung vom allgemeinen Verwaltungsvollzug jedenfalls dauerhaft nicht gewährleistet werden kann.

c) Prozeduraler Art sind auch die Auflagen, die das Gericht für die Gesetzesgrundlage der neu zu konzipierenden Volkszählung macht.<sup>125</sup> Dem Gesetzgeber wird auferlegt, bei künftigen Zählungen den Stand der sozialwissenschaftlichen Diskussion daraufhin zu verfolgen, ob mildere Mittel als das der Totalerhebung gleich zuverlässige Ergebnisse erbringen und Volkszählungen als solche überflüssig machen. Streit wird es bei der neu geplanten Volkszählung vor allem um die Frage geben, ob der Gesetzgeber die beim VZG 83 vermißten zusätzlichen Sicherungsvorkehrungen einhält oder nicht. In dem Katalog dieser Vorkehrungen tauchen so gut wie alle Beanstandungen wieder auf, mit denen die Beschwerden – gestützt auf die »Wesentlichkeitstheorie«<sup>126</sup> – die Nichtigkeit des ganzen Gesetzes behauptet hatten; und es tauchen die von der Konferenz der Datenschutzbeauftragten am 22. März 1983 formulierten Mindestanforderungen auf. Sie sagen im Kern aus, daß ein den Anforderungen des Datenschutzes entsprechendes Gesetz erst noch zu verfassen ist. Daß dies in Gestalt einer Auflagenentscheidung und nicht der Nichtigkeitsklärung des ganzen Gesetzes geschah<sup>127</sup>, hat kaum prinzipielle Gründe: vermutlich war es der Preis dafür, die Entscheidung noch vor dem Ausscheiden des Präsidenten und, damit zusammenhängend<sup>128</sup>, ohne eine abweichende Meinung verkünden zu können.

#### VI. Die Zählung der informationellen Amtshilfe

Je weiter man der Ausformung des Grundrechts der informationellen Selbstbestimmung folgt, umso tiefer gerät man in den Bereich der staatlichen Datenorganisation und ihrer prinzipiellen regulativen Rahmenbedingungen. So mag vielleicht wundern,

<sup>122</sup> Unter C. II. 2. b) (S. 47–52); deutlich hier wiederum der Bezug auf die Stellungnahme des hessischen Datenschutzbeauftragten.

<sup>123</sup> Hierzu Dammann in: Simstis et al. (FN. 64), Nrn. 35 ff. zu § 2.

<sup>124</sup> A. 2. O. (FN. 122) und C. IV. 1 (S. 61).

<sup>125</sup> Unter C. III. 2. (S. 58–61).

<sup>126</sup> Hierzu U. Mückenberger, Rechtsprobleme der Volkszählung 1983. Anlage zur Verfassungsbeschwerde vom 15. 3. 1983 – Az. 1 BvR 362/83 –, hier S. 38 ff. m. w. N. und unter Bezugnahme auf die wichtige frühe Stellungnahme von R. Geulen, Rechtliche Probleme der Volkszählung 1983 sowie der Verweigerung, uuv. Ms., Berlin, 24. 2. 1983, S. 8/9.

<sup>127</sup> Indiz für diese Einschätzung ist die Kostenentscheidung in Zi. 4 des Tenors und deren Begründung in C. VI. 2. (S. 71), wo die volle Auslagenerstattung mit der »Gesamtüberprüfung des Gesetzes« und »wesentlichen Beanstandungen« begründet wird.

<sup>128</sup> S. Fn. 112.

daß die Zentralkategorie der »informationellen Gewaltenteilung« abseits der Erörterung des Prüfungsmaßstabes, in einer Seitenbemerkung der Subsumtion, ins Spiel kommt<sup>129</sup> – ist auch das Ausdruck des senatsinternen Kompromisses? –. Aber der Sache nach ist sie längst präsent, wo von Zweckbindung, Abschottung, Amtshilfefestigkeit, Trennung von Statistik und Verwaltung die Rede ist. Sind dies doch durchweg Konzepte, die auf der Folie einer informationellen »Einheit der Staatsgewalt« gar nicht mehr verständlich werden, die erst ihren Sinn gewinnen, wenn Staat auch auf dem Gebiet des Informationseingriffes als das verstanden wird, was er auf den Gebieten der Eingriffe in Freiheit und Eigentum längst ist: ein Hoheitsträger, dem das Monopol der Ausübung legitimer Gewalt nur um den Preis einer Begrenzung und Gliederung dieser Gewalt nach Befugnissen, Aufgaben und Zuständigkeiten<sup>130</sup> verliehen ist. Der Brennpunkt der Entscheidung vom 15. Dezember ist die informationelle Amtshilfe, eines der ungelösten Zentralprobleme im Wohlfahrts- und Sicherheitsstaat der achtziger Jahre unter Bedingungen der elektronischen, der automatischen und erst recht der integrierten<sup>131</sup> Datenverarbeitung. Die Leistung der Volkszählungsentscheidung ist eine doppelte. Für die informationelle Amtshilfe werden – ein Vorbehalt wird noch genannt werden – Umriss einer demokratieadäquaten Regulierung angedeutet; und – was von der Demokratieadäquanz selbst gefordert wird – für diese Regulierung wird ein System exekutivinterner und -externer Kontrollen geschaffen, das allein (wenn überhaupt)<sup>132</sup> ihr faktische Geltung verschaffen könnte.<sup>133</sup> Die wichtigste dieser Kontrollen ist das informationelle Selbstbestimmungsrecht – insoweit subjektivrechtliches Korrelat zu der staatsrechtlichen Innovation, wenn man will: ihr Hebel.

In der rechtlichen Strukturierung des Problems der Amtshilfe auf informationellem Gebiet lag der eigentliche Streitpunkt des Volkszählungsverfahrens<sup>134</sup>. Die Frontlinien verliefen zuweilen überraschend. So verwarf die Stellungnahme, die die Unterschrift Johannes Raus trug, den Grundsatz der Trennung von Statistik und Verwaltung mit derselben Schärfe wie die von Franz Josef Strauß unterzeichnete.<sup>135</sup> Umgekehrt bejahten fast alle Datenschutzbeauftragte – über Landes- und Parteigrenzen hinweg – die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der informationellen Gewaltenteilung, konkret: der Abschottung der Statistik vom allgemeinen Verwaltungsvollzug.<sup>136</sup> Die Konstellation zeigt, daß das Erfordernis der Informationsbegrenzung innerhalb der Verwaltung offenbar stark mit der Problemerkennung derer zusammenhängt, die sich speziell mit den gefährdenden Folgen solcher Informationsakte beschäftigen.<sup>137</sup>

Die schließlich ohne abweichende Meinung eingenommene Position des Ersten

<sup>129</sup> C. IV. 4. b) (S. 69). Den Prüfungsmaßstab bildet Teil C. II.

<sup>130</sup> Vgl. die Systematik von Schlink (FN. 24), S. 107-9, 142-44; ferner J. W. Goebel, Amtshilfe durch Informationshilfe, München 1981, S. 50 ff.

<sup>131</sup> Darauf weist deutlich Baumann (s. FN. 12) hin.

<sup>132</sup> Zu der Frage, ob und inwieweit der Technokomplex überhaupt mit juristischen Mitteln (noch?) gebändigt werden kann, kann im vorliegenden Zusammenhang nicht Stellung genommen werden.

<sup>133</sup> Zu der hier implizierten Grundrechtstheorie vgl. H. Goerlich, Grundrechte als Verfassungsgarantien, Baden-Baden 1981, 372 ff.

<sup>134</sup> Den folgenden Überlegungen liegt die Erklärung des Verf. in der mündlichen Verhandlung des BVerfG am 18. 10. 1983 zugrunde.

<sup>135</sup> S. 0. (FN. 108), S. 22; und Stellungnahme des Ministerpräsidenten von Nordrhein-Westfalen v. 29. 6. 1983, S. 31.

<sup>136</sup> S. Stellungnahmen des Bundesdatenschutzbeauftragten v. 29. 6. 1983, S. 9/10; andeutungsweise des bayr. Datenschutzbeauftragten (DSB), o. D., S. 19 f., 31 (aber: S. 13 f.); des Bremer DSB v. 28. 6. 1983, S. 9; der Konferenz der DSB v. 22. 3. 1983, unter I.; des Hamburgischen DSB v. 23. Juni 1983, S. 20; des Hess. DSB v. 12. 7. 1983, S. 12; der Datenschutzkommission Rheinland-Pfalz v. 29. 6. 1983, S. 15 (zurückhaltend).

<sup>137</sup> Besonders konkret und eindrucksvoll die DSB von Baden-Württemberg, Dr. R. Leuze, in ihren mündlichen Einlassungen am 12. 4. (s. FR 26. 4. 83) und 19. 10. 1983.

Senats ist alles andere als selbstverständlich. Dies sei exemplarisch an einem Satz aus der Stellungnahme des bayrischen Ministerpräsidenten diskutiert: »Ein Grundsatz der Trennung von Statistik und Verwaltung besteht schon deshalb nicht, weil Statistik auch Teil der Verwaltung ist.«<sup>138</sup> Der Satz – so plausibel er auf den ersten Blick wirkt – verfehlt das Wesentliche des Problems. Er vermischt nämlich rein Definitorisches (natürlich gehört statistische Tätigkeit zum Aufgabenbereich der vollziehenden Gewalt) mit der normativen oder auch »realfunktionalen« Ebene (Denninger), um die es in Wirklichkeit geht: der Frage, wie das Verfassungs- und Verwaltungsrecht das Verhältnis sachlich unterschiedlicher Aufgabenbereiche zueinander organisieren. Der kritisierte Satz beruht auf der irrigen Vorstellung einer normativen Einheit der Verwaltung, deren Organisationsgewalt die Befugnis zu einheitlicher Organisation von Informationen (einschließlich statistischer Informationen) zukomme.<sup>139</sup> Er ist – indem er (entgegen Wortlaut und Sinn des BDSG) staatliche Gewalt auf dem informationellen Sektor von normativen Strukturierungen und Begrenzungen freistellt – auf diesen Sektor bezogen nicht minder totalitär als die Aussage des Richters Wand in der Radikalen-Entscheidung des Gerichts: »Angesichts der Einheit der Staatsgewalt (wäre es) geradezu widersinnig, den Staat an der Verwertung von Material zu hindern, das sich legitimerweise in seinen Händen befindet . . .«<sup>140</sup>

So wie die Vorstellung der Einheit der Staatsgewalt im allgemeinen Verwaltungsvollzug immer schon zur Legitimierung rechtlich unverfaßter und unkontrollierbarer Amtshilfe erhalten mußte, so begleitet sie auf informationellem Gebiet den Datenschutz seit seiner Entstehung als ständiger Widerpart.<sup>141</sup> Genau genommen ist sie mit der Existenz von Datenschutz unvereinbar. Datenschutz besteht wesentlich in der sachspezifischen Trennung, Dezentralisierung von Datenbeständen. Informationelle Einheit der Verwaltung hingegen postuliert das genaue Gegenteil.

Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, daß das Gericht durch die Wahl bestimmter Begriffe – wie Grundsatz der Trennung von Statistik und Verwaltung, informationelle Gewaltenteilung, Amtshilfefestigkeit, Zweckbindung – eindeutig Position bezieht. Ebenso bemerkenswert ist freilich, daß diese Position kaum ernsthaft zu begründen versucht wird. Auch diese Ambivalenz dürfte Rückschlüsse auf die Konsensbreite *im* Senat zulassen. Und dies wiederum weckt Zweifel, ob die im Urteil eingenommene »radikale« Haltung zum Amtshilfeproblem unnachgiebige Konsequenz auch in anderen Konfliktfällen zeigen wird.

1. Das Stichwort der informationellen Gewaltenteilung taucht, wie betont, eher an versteckter Stelle auf. Auch der Grundsatz der Trennung von Statistik und allgemeiner Verwaltung – sicherlich ein tragender Pfeiler des Verdikts über § 9 Abs. 1–3 VZG – wird, wo er nicht nur vorausgesetzt, sondern material begründet wird, nicht so sehr als eine Konkretionsform der informationellen Gewaltenteilung behandelt, sondern als ein aus der spezifischen Staatsaufgabe Statistik resultierendes Erfordernis.<sup>142</sup> Dies wird um so mehr als Ausweichen vor einer präzisen verfassungsrechtlichen Strukturierung der informationellen Amtshilfe sichtbar, als das Gericht im Tatbestand die – implizit abgelehnten – Position der Bundesregierung zur Amtshilfe ausführlich darstellt.<sup>143</sup>

2. An zwei nicht unwesentlichen Punkten läßt das Gericht die Sensibilität für Datenschutz als Gebot der Dezentralisierung des Informationswesens vermissen: bei der

<sup>138</sup> S. FN. 135.

<sup>139</sup> Dazu grundlegend Schlink (FN. 24), Tl. 1, Kap. 3 bis 5 m. w. N.

<sup>140</sup> BVerfG, Beschl. v. 22. 5. 1975, BVerfGE 39, 334 ff., 386 ff. (390).

<sup>141</sup> Als Anschauungsmaterial die Berichte der Datenschutzbeauftragten.

<sup>142</sup> Z. B. unter C. II. 2. b) bb) (S. 49–51).

<sup>143</sup> Unter A. III. 1. (S. 28 ff.).

gerügten fehlenden Bundeskompetenz (a) und bei der Datenübermittlung für wissenschaftliche Zwecke (b).

a) Die Frage der fehlenden Bundeskompetenz vor allem für den Melderegisterabgleich hatte von Anfang an in den Beschwerden breiten Raum eingenommen.<sup>144</sup> Dabei ging es darum, durch präzise Bestimmung der Begriffe »Statistik für Bundeszwecke« (Art. 73 Zi. 11 GG) zu verhindern, daß der Bund aus rein fiskalopportünen Überlegungen heraus Materien als Statistik behandelt, die der Sache nach exekutiv sind, und Bundeszwecke unterstellt, wo der Sache nach Landeszwecke vorliegen. Das Gericht hätte in dieser Frage Gelegenheit gehabt, den Grundsatz der Trennung von Statistik und Verwaltung auch kompetenziell abzusichern und die informationelle Gewaltenteilung an dem Ort, wo sie sich zu allererst stellt – der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern –, zu bekräftigen. Es hätte die Kompetenzfrage wenigstens als nicht entscheidungserheblich für die Beurteilung von § 9 Abs. 1 VZG offenlassen können. Statt dessen hat es an den zwei Stellen, die die Bundeskompetenz prüfen, durch höchst freigiebige Interpretation der Begriffe des Bundeszwecks (Art. 73 Zi. 11 GG) und des Bedürfnisses nach bundeseinheitlicher Regelung (Art. 72 Abs. 2 GG) einer Zentralisierung informationeller Staatsgewalt Vorschub geleistet.<sup>145</sup>

b) Mit dürftiger und anfechtbarer Begründung<sup>146</sup> nimmt das Gericht die Datenübermittlungsvorschrift für wissenschaftliche Zwecke vom Verdikt über die anderen Übermittlungsbestimmungen aus<sup>147</sup>. Die Wissenschaft sei an einzelnen Personen kaum interessiert; sie verfüge auch »kaum« über Zusatzwissen, das zu einem Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht führen könne. Ausgeblendet wird hier, daß Wissenschaft – etwa im Rahmen des Bundeskriminalamts oder der Verfassungsschutzbehörden – durchaus exekutivstrategisch und im Verbund mit akkumuliertem Zusatzwissen betrieben werden kann.<sup>148</sup> Das Amtshilfeproblem, die Gefahren des Verstosses gegen informationelle Gewaltenteilung und das Gebot der Trennung von Statistik und Verwaltung stellen sich dort genauso wie beim Melderegister oder im gemeindlichen Bereich und hätte vergleichbarer Abschottungsauflagen bedurft.

Beide Beispiele zeigen, daß das Prinzip der informationellen Gewaltentrennung in dem Urteil nicht konsistent durchgeführt ist. Daß dies nicht mangelnder Intelligenz bei der Abfassung des Urteils zuzuschreiben ist, zeigen die weithin luziden Passagen des Urteils. Es scheint eher der Preis für den Zeitpunkt des Urteils und das Ausbleiben einer abweichenden Meinung gewesen zu sein.

3. Das Konzept der informationellen Gewaltenteilung ist im Urteil vom 15. Dezember

<sup>144</sup> M. W. zum ersten Mal ins Spiel gebracht durch eine juristische Stellungnahme von S. Ott an die Humanistische Union zum VZG v. 14. 2. 1983; s. ferner Mückenberger (FN. 126), S. 18–23.

<sup>145</sup> C. I. 1. (S. 39 f.) und C. IV. 2. a) (S. 63); zur Kritik s. meine Stellungnahme a. a. O. Über der Behandlung der Kompetenzfrage durch das Gericht liegt so etwas wie ein Mysterium. Fehlende Bundeskompetenz war ausführlich gerügt worden. Im Vortrag des Berichterstatters in der mündlichen Verhandlung am 18. 10. tauchte sie – ausweislich des Manuskripts – nicht mehr auf. In der mündlichen Verhandlung spielte sie wesentlich wegen der Frage nach der Religionszugehörigkeit eine Rolle. Im Urteil wird die Kompetenzfrage nicht offengelassen, aber auch nicht gründlich erörtert. Tragend ist die Bejahung der Bundeskompetenz nur hinsichtlich der Religionszugehörigkeit gewesen. Sollte dies darauf hinweisen, daß sich hinter der Zulässigkeit der Frage nach der Religionszugehörigkeit ein – öffentlich nicht erkanntes – Politikum verbarg?

<sup>146</sup> Insoweit kritisch auch Fromme in FAZ 17. 12. 1983, der zu Recht das idealisierende Wissenschaftsverständnis des Gerichts geißelt.

<sup>147</sup> Unter C. IV. 5. (S. 69 f.).

<sup>148</sup> Zweifelhaft ist insoweit auch die Position Heußners (FN. 84), S. 188, der einerseits sieht, daß Wissenschaft auch abhängige und privat betriebene Forschung umfaßt, sich aber eher kritisch gegenüber Landesdatenschutzgesetzen äußert, die die Datenweitergabe für wissenschaftliche Zwecke an die Voraussetzung der »Unabhängigkeit« der Forschung knüpfen.

auch nicht wirklich begründet worden. Wäre das Urteil in diesem Punkt dem in der Entscheidung vom 13. April selbst gestellten grundsätzlichen Anspruch gerecht geblieben<sup>149</sup> so hätte es – über die pragmatisch begründbare Nichtigerklärung der Abs. 1 bis 3 des § 9 VZG hinaus – das Gerüst einer demokratischen Konzeption der informationellen Amtshilfe aufstellen müssen. Dies hätte die *explizite* Verabschiedung tradierter Vorstellungen der Einheit der Verwaltung, von der Amtshilfe als Domäne der Exekutive und als quasi rechtsfreien Raum erfordert, damit aber offenbar auch die Konsenschancen im Senat *überfordert*.<sup>150</sup>

Daß die Amtshilfe noch der demokratischen Durchgestaltung bedarf, hat Schlink jüngst eindringlich herausgearbeitet.<sup>151</sup> Die Vorstellung der Einheit der Verwaltung – und damit der Fraglosigkeit der Amtshilfe – stammt aus der Zeit des Obrigkeitsstaates, als die Rolle von Recht sich in der Eingrenzung der Eingriffsbefugnis der, selber nicht durch Recht begründeten, Herrschaft des Monarchen erschöpfte. Unter der Herrschaft des Verfassungsstaates aber wird nicht nur die Befugnis einer je schon vorhandenen Staatsgewalt *begrenzt*. Vielmehr wird die Staatsgewalt selbst erst durch Recht *begründet*, ausgestaltet, organisiert, »verfaßt«. <sup>152</sup> Der Prozeß der Konstituierung von Staatsgewalt besteht in der Umformung anerkannter Staatszielbestimmungen (wozu die Grundrechte wie auch die Grundsätze der Artikel 20 und 28 GG gehören) in ausdifferenzierte staatliche Aufgaben und Befugnisse. Eine vorgängige Einheit der Staatsgewalt oder der Verwaltung – mit etwaigen »Auffang-«aufgaben oder -befugnissen, letztlich mit der Fähigkeit, die Staatsgewalt von sich aus wieder zu entdifferenzieren – gibt es nicht mehr. Deshalb liegt die Organisationsgewalt zur Begründung und Zuordnung von Aufgaben und Befugnissen beim Verfassungs- und Gesetzgeber, nicht bei der Verwaltung. Und deshalb bedarf die Nutzung fremder Befugnisse für eigene Aufgaben über die Grenzen sachlicher Behördenzuständigkeit hinweg – Amtshilfe – der Rechtsgrundlage, die sich die Verwaltung nicht selbst erteilen kann.

Aus diesen Grundgedanken hätte das Gericht leicht die von ihm gezogenen datenorganisatorischen Konsequenzen herleiten können: daß Daten als Hilfsmittel behördlicher Aufgabenwahrnehmung nur gesammelt und verarbeitet werden dürfen, soweit sie zur Aufgabenwahrnehmung erforderlich sind; daß Daten nur innerhalb des Kontextes, zu dem sie legalerweise erhoben wurden, verwendet und nicht zweckentfremdet werden dürfen; daß aufgabenspezifische Datenbestände der institutionellen Abschottung und Sicherung bedürfen. Diese Konsequenzen wären dann aber schwerer angreifbar gewesen als jetzt, wo sie eher »gesetzt« erscheinen. Außerdem hätte sich mit innerer Notwendigkeit eine Sogwirkung der Entscheidung auf den Gesamtbereich der informationellen, ja überhaupt der Amtshilfe ergeben.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> S. o. FN. 25.

<sup>150</sup> Für den Willen des Vorsitzenden und des Berichterstatters zu einer prinzipiellen Stellungnahme zum Amtshilfe-Problem sprechen deren jüngere Äußerungen: (FN. 82), S. 123 f.; (FN. 84), S. 199 – beide kritisch zur Formel der »Einheit der Staatsgewalt«.

<sup>151</sup> Vor allem Schlink FN. 24. Zum folgenden vgl. ferner die bereits zitierten Arbeiten von Denninger, Preis und Goebel (FN. 120, 80 und 130).

<sup>152</sup> Dazu Hesse (FN. 14), Rd.-Nr. 183 ff.; H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübingen 1965, S. 113 ff.

<sup>153</sup> Daß der Konflikt um das VZG 1983 ohnehin eine gewisse Sogwirkung entfaltet hat, dürfte feststehen. So ist die Frage des maschinenlesbaren Personalausweises neu aufgeworfen (s. taz 11. 8. 1983, 2. 1. 1984; FAZ 31. 12. 1983; FR 16. 9. 1983; Spiegel 16 und 32/83). Über den Handstreich der Banken, ihre illegale Datenübermittlungspraxis per Änderung der AGBs legalisieren zu können, hat quasi gleichfalls ein »kleines Plebiszit« gerichtet (s. nur FAZ v. 1. 2. 1984). Um das Hochschulstatistikgesetz, das gleiche Mängel wie das VZG enthält, ist ein Konflikt entstanden. Die Auseinandersetzungen um betriebliche Personalinformationssysteme haben größere Öffentlichkeit erfahren. Wie sich freilich derlei mobilisierende Impulse zum (zweifellos zu konstatierenden) demobilisierenden Charakter des *gerichtlichen* Austrags der VZ-Kampagne verhält, ist schwer zu beurteilen.

Unvermeidbar wäre nämlich damit klar gewesen, daß ein Konzept von Amtshilfe als dem »Ausleihen« fremder Befugnisse und sachlicher Zuständigkeiten für eigene Aufgabenwahrnehmung, gestützt allein auf Art. 35 GG, obrigkeitsstaatlicher Prägung ist; daß informationelle Amtshilfe unter demokratischen Konstitutionsbedingungen einen eigenständigen Eingriffstatbestand darstellt, der der spezialgesetzlichen Eingriffsbefugnis bedarf.

Das macht etwas Zwiespältiges an der Volkszählungs-Entscheidung aus. Sie zielt ersichtlich auf die demokratische Durchstrukturierung des informationellen Bereichs. Sie geht einen wichtigen ersten Schritt dahin durch Anerkennung des informationellen Selbstbestimmungsrechts. Sie macht auch nicht halt vor der *sedes materiae*: der informationellen Amtshilfe. Aber daß sie auf diesem Problemfeld die grundsätzliche Konfrontation mit dem tradierten Amtshilfeverständnis meidet, gibt zu Vorsicht und Nachdenken Anlaß. Ist dies doch ein Indiz dafür, daß mit dieser Entscheidung die Auseinandersetzung um eine demokratische Ausgestaltung der Amtshilfe keineswegs abgeschlossen ist. Eher anzunehmen ist, daß sich die Exekutive mit der ihr zustehenden Hegemonie über Alltagsroutinen und Sprachregelungen einer Realisierung gerade der informationellen Gewaltenteilung zu entziehen versuchen wird. Daß Verfassungsrecht vergeht, während Verwaltungsrecht (besser: *-unrecht*) besteht, ist kein nur die Zeit Otto Meyers prägender Befund. Gut möglich, daß erst die soziale Bewegung – die im vergangenen Frühjahr Geburtshelfer einer problemangemesseneren Datenschutzkonzeption wurde – in der Lage sein wird, der Vergänglichkeit von Verfassungsrecht und der Beständigkeit von Verwaltungspraxis abzuhelpfen.