

Grundfragen des Datenschutzes

Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern

Prof. Dr. W. Steinmüller

B. Lutterbeck

C. Mallmann

U. Harbort

G. Kolb

J. Schneider

Juli 1971

Teil B

Allgemeiner Teil des Datenschutzrechtes (Individualdatenschutz)

B. Allgemeiner Teil des Datenschutzes im engeren Sinne (Individualdatenschutz)

Der Datenschutz umfaßt den Schutz vor Gefahren aus der öffentlichen wie der privaten Verwaltung. Bedroht ist vor allem der einzelne in seiner „Privatsphäre“; analoges gilt für Personenmehrheiten.

Dieser Bereich ist umfaßt vom Datenschutz i. e. S., dem hier sog. Privatdatenschutz (in diesem Teil B des Gutachtens kurz „DSch“ bzw. „DSchRecht“ genannt).

Die Gefahren und die Schutzobjekte sind im wesentlichen dieselben, gleichgültig, ob die Bedrohung von öffentlicher oder privater IV ausgeht:

stets droht der Einbruch in den Autonomiebereich der Person(enmehrheit).

Es ist darum sachlich gerechtfertigt, dem DSchRecht i. e. S. einen „allgemeinen Teil“ voranzustellen, der die den beiden Sachbereichen gemeinsame Problematik erörtert. Dabei zeigt sich, daß der bisherige Ausgangspunkt der wissenschaftlichen Diskussion von der „Privatsphäre“ unbrauchbar ist (I). Vielmehr kann eine Regelung des DSch's nur dort anknüpfen, wo auch die Gefährdung ihre reale Grundlage hat: an der Information und ihrer Verarbeitung (II). Sodann ist nach öffentlicher und privater IV zu differenzieren (III).

I. Die unbrauchbare „Privatsphäre“

Bei der Beschreibung der „Privatsphäre“ führt die Erörterung der bisherigen Definitionsversuche zu dem Facit, daß angesichts der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten (2.) die vorhandenen Ansätze in der Literatur angesichts der Realität der „Privatsphäre“ (3.2) für eine befriedigende Bestimmung des Regelungsobjekts nicht ausreichen (3.); die „Privatsphäre“ hat ausgedient (4.). Auch der Versuch, sie durch andere Begriffe zu ersetzen (5.), ist zum Scheitern verurteilt.

1. Was ist „Privatsphäre“

Der dem Gutachten zugrunde liegende Sachplan erfordert eine allgemeine Erörterung des sog. „privacy“-Bereichs. Dieser Gegenstand sei hier zunächst folgendermaßen umschrieben: Der „privacy“-Bereich sei ein Feld, innerhalb dessen der Bürger Entscheidungen in eigener Verantwortung fällen kann und das gegen Einbrüche von staatlicher wie von privater Seite zu schützen ist. Dabei soll schon hier bemerkt werden, daß der einzelne sowohl allein als auch in und mit gesellschaftlichen Gruppierungen entscheidet und der Bereich der „privacy“ somit beide Möglichkeiten umfaßt. Er soll im folgenden mit dem Wort „Privatsphäre“ bezeichnet werden ¹⁾.

¹⁾ Die Verwendung dieses Wortes in Anführungszeichen soll darauf hinweisen, daß es sich dabei nicht um eine inhaltliche Aussage, sondern nur um eine Benennung handelt. Die vorstehende inhaltliche Bestimmung weicht weitgehend von der bisher allgemeinen Bedeutung von Privatsphäre (vgl. z. B. Hubmann (1), 269) ab.

2. Gegebenheiten

Die Klärung dieses Schutzbereichs geht zunächst von einer Ist-Analyse der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten aus. Es folgt ein kurzer Abschnitt über die Schwierigkeiten dieser Erörterung. Anschließend werden in einer zweiten Ist-Analyse abstrakte, positive Umschreibungsversuche der „Privatsphäre“ vorgestellt und kurz bewertet. Anschließend geschieht dasselbe mit kasuistischen Bestimmungsversuchen. Es folgt die Darstellung der bisher angestellten Versuche über die Bestimmung einzelner Schutzbereiche; die Bestimmung der Grenzen und der Verletzungsformen der „Privatsphäre“ schließt sich an. Dann werden die gefundenen Möglichkeiten im Hinblick auf ihre Verwendbarkeit für ein Datenschutzgesetz untersucht. Die Bestimmung der sog. „Topoi“ kann — per definitionem — erst bei der Behandlung konkreter rechtlicher Interessenlagen erfolgen.

2.1. Tatsächliche Gegebenheiten

Auch bisher hat es Stellen privater oder öffentlicher Art gegeben, die Informationen über Personen (hier im untechnischen Sinn gebraucht) erfaßt, gespeichert und verwertet haben. Die bei diesen Stellen angelegten Karteien erlaubten es jedoch nicht, ein umfassendes, aus vielen Einzeldaten zusammengesetztes Bild einer Person zu erhalten. Die physischen, technischen und organisatorischen Gegebenheiten ließen dies nicht zu.

Diese Lage hat sich mit Einführung der EDV grundlegend gewandelt: Jetzt wurden die technischen und organisatorischen Voraussetzungen für einen umfassenden Datenaustausch geschaffen; der Bürger muß damit rechnen, daß die von verschiedenen Stellen erfaßten Daten anderen Stellen zur Kenntnis gelangen, ohne daß er darauf Einfluß nehmen kann. Im Gegensatz zu den tatsächlichen Gegebenheiten, die für das Zugriffsrecht des Parlaments maßgebend sind, aktualisiert sich hier also das Problem im wesentlichen erst durch die Einführung der EDV.

Man muß für die Zukunft von Informationssystemen von Bund, Ländern und Gemeinden ausgehen, die untereinander und mit Informationssystemen der Wirtschaft verbunden sind und in denen Daten mit Hilfe der bald eingeführten Personenkennzeichen technisch von jeder Stelle abgerufen werden können. Auch ein Verbund privater und öffentlicher Informationssysteme erscheint nicht ausgeschlossen; mindestens ist ein Zugriff des Staates auf private Datenbanken nicht von der Hand zu weisen²⁾. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar. Die Verwaltung strebt durch die Benutzung der Informationssysteme Integration, Automation und Rationalisierung an³⁾.

2.2. Rechtliche Gegebenheiten

Diese tatsächliche Lage wurde bisher durch folgende Normen geregelt:

2.2.1. Öffentliches Recht

Das Verfassungsrecht hat einen Bereich des Privaten weitgehend anerkannt und ihn in den Grundrechten angesiedelt⁴⁾, vgl. unten zum Grundrecht auf Information.

Der Gesetzgeber hat diese Vorstellungen in einzelnen Normen des Verwaltungsrechts konkretisiert, freilich nur im Hinblick auf sehr spezielle Sachverhalte:

§ 22 Abgabenordnung

§ 12 Bundesstatistikgesetz

§ 44 IV. Außenwirtschaftsgesetz

§ 9 Kreditwesengesetz

§ 9 Lebensmittelgesetz⁵⁾.

²⁾ vgl. die Bemühungen der interministeriellen Arbeitsgruppe; weiter einen Brief der Firma Schimmelpfeng: Auch Behörden könnten zugreifen, falls sie abonniert sind.

³⁾ vgl. Artikel 1 Bay. EDVG und Begründung I 1 zum EDVG von Baden-Württemberg.

⁴⁾ vgl. BVerfGE DOV 70, 204 und DOV 69, 749; Maunz-Dürig-Herzog Artikel 1 R. 31; Evers, 38 ff.

⁵⁾ Instruktive Aufzählung bei Düwel, 99 FN. 2; vgl. auch 97 FN. 1.

⁶⁾ vgl. Kamlah (2), 361 ff.

⁷⁾ vgl. Kamlah, a. a. O.

⁸⁾ vgl. von Mangoldt-Klein, Artikel 35 Anm. V 5

⁹⁾ Preuß. OVG 20, 448 und OLG Düsseldorf NJW 57, 1037

¹⁰⁾ vgl. aber Begründung zum Bay. EDVG Artikel 14

¹¹⁾ vgl. aber § 182 des Entwurfs von 1962

Hierher zählen auch die sonstigen zahlreichen Geheimnisschutzvorschriften und Aussageverweigerungsrechte.

Vergleicht man diese Rechtslage mit dem Ausgangssachverhalt, so ergibt sich:

- Der Ausgangssachverhalt läßt den Schluß zu, daß der Faktor Information — und besonders Informationen über Personen — innerhalb der Verwaltung einen neuen, bisher unerkannten Stellenwert besitzt. Die Information rückt als solche in den rechtlichen Bereich⁶⁾. Die angeführten Normen lösen diese generelle Frage nur für ihren Aufgabenbereich und sind deshalb nur hier brauchbar.
- Das BVerfG hat das Problem der rechtlichen Bewertung des Informationsfaktors erkannt. Da seine Beurteilungskriterien jedoch weitgehend zu unbestimmt sind⁷⁾, ist ein klarer Lösungsansatz nicht in Sicht.
- Der Austausch von Informationen zwischen Behörden wird durch das Institut der Amtshilfe geregelt (Artikel 35 Abs. 1 GG). Für dieses Institut sind noch keine einheitlichen Rechtsgrundsätze entwickelt worden⁸⁾. Klarheit scheint lediglich insoweit zu herrschen, als die ersuchte Behörde zu prüfen hat,
 - — ob sie zur Vornahme von Amtshandlungen der ersuchten Art allgemein befugt ist,
 - — ob die ersuchende Behörde eine Hilfeleistung dieser Art im allgemeinen beanspruchen kann⁹⁾.

Daß bei dieser Prüfung der Gesichtspunkt einer möglichen Verletzung der „Privatsphäre“ zu berücksichtigen ist, ist zum mindesten bestritten¹⁰⁾.

2.2.2. Strafrecht

Da eine Generalnorm, die die allgemeine Pönalisierung der Verletzung der „Privatsphäre“ zum Gegenstand hat, nicht existiert¹¹⁾, enthält das StGB nur einzelne Vorschriften, die Teile dieses Bereichs mit einzelnen Verletzungsformen verbinden:

§ 298 StGB

Geschützt wird hier die „Unbefangenheit des Wortes“ (Gallwas), also das nichtöffentlich gesprochene Wort. Verletzungstatbestände sind die Aufnahme auf Tonträger, Gebrauchen oder Weitergabe an einen Dritten, Abhören.

§ 299 StGB

Geschützt wird das geschriebene Wort; Verletzungshandlung ist das unbefugte Öffnen des Briefverschlusses.

§ 300 StGB

Geschützt wird die Information aus dem Intimbereich einer Person, die jemand aufgrund seiner Berufsstellung erlangt. Verletzungshandlung ist die Weitergabe.

§§ 353 b, 353 c StGB

Geschützt wird primär das Vertrauen der Bevölkerung in die Verschwiegenheit staatlicher Stellen, sekundär aber auch die Privatinformation selbst¹²⁾. Verletzungshandlung ist der Bruch von Dienstgeheimnissen und Geheimhaltungsvorschriften.

§§ 354, 355 StGB

Hier gilt das zuletzt Gesagte für den Bereich der Post.

Vergleicht man diese Rechtslage mit dem Ausgangsverhalt, so ergibt sich:

- Der Bereich des Persönlichen umfaßt mehr Aspekte als die derzeit strafrechtlich erfaßten. Ein Ausweg für eine lückenlose Erfassung wäre entweder eine Generalnorm (hierbei wäre eine klare Subsumtion kaum gewährleistet; außerdem bestünden Bedenken, ob der Tatbestand konkret genug gefaßt ist) oder eine kasuistische Aufzählung (diese ist kaum zu leisten).
- Die relativ genau umschriebenen Verletzungshandlungen können den neu auftretenden Tatbeständen nicht gerecht werden. Beispielsweise ist das rechtswidrige Verfälschen oder Löschen von Daten nicht erfaßt.

2.2.3. Zivilrecht

Hier hat sich — besonders nach Verkündung des Grundgesetzes — das Institut des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als „sonstiges Recht“ i. S. des § 823 Abs. 1 BGB herausgebildet¹³⁾. Mangels einer allgemeinen Umschreibung haben sich Fallgruppen gebildet, die bestimmte Aspekte der Persönlichkeit im Zusammenhang mit einer Verletzungsform regeln¹⁴⁾. Abgesehen davon, daß neue derartige Fallgruppen auftauchen können und die Aufzählung insoweit unvollständig wäre, ist in diesem Zusammenhang wichtiger, daß eine Verletzung nur in Verbindung mit einem Schaden rechtlich relevant wird. Schäden an der Persönlichkeit sind immaterielle Schäden, die nach § 253 BGB nur ausnahmsweise ersetzt werden (§ 847, § 1300 BGB). Die Rechtsprechung entgeht dieser Folge, indem sie bei Nicht-Ausreichen oder Unmöglichkeit der Naturalrestitution entgegen § 253 einen Geldersatz zuspricht¹⁵⁾. Für diese Durchbrechung des § 253 sind allerdings keine klaren Prinzipien erkennbar¹⁶⁾.

Vergleicht man diese Rechtslage mit dem Ausgangsverhalt, so ergibt sich:

- Da ein Schaden Voraussetzung für einen Anspruch nach § 823 I ist, sich aber Persönlichkeits-

schäden nur schwer feststellen lassen, ist das Schadensrecht nur ein unvollkommenes Regulator.

- Da die Voraussetzungen für eine Durchbrechung des § 253 zu ungeklärt sind, um voraussehbare Regelungen abzugeben, kann von einer gesicherten Rechtslage gerade angesichts der neuen Sachverhalte keine Rede sein.
- Die Technik der Herausbildung von Fallgruppen bedarf längerer Zeit. Dies bedeutet ein Zurückfallen hinter die Schnelligkeit der technischen Entwicklung, was sich das Recht angesichts der gesteigerten Gefährdung der von ihm zu schützenden Rechtsgüter nicht mehr leisten kann.

2.2.4. Ergebnis

Der Vergleich der Rechtslage mit den zugrunde gelegten, tatsächlichen Verhältnissen ergibt eine weitgehende Diskrepanz, eine Unfähigkeit des bisherigen Rechts, mit seinen gegenwärtigen Mitteln auf den neuen Sachverhalt zu reagieren. Geht man von einer Schutzwürdigkeit der „Privatsphäre“ aus, so ist ein Schutz mit den vorhandenen Möglichkeiten nicht zu garantieren; neue rechtliche Mittel bzw. eine Erweiterung der vorhandenen Mittel müssen an ihre Stelle treten. Ihre Bereitstellung kann nicht — oder nur teilweise — durch die Justiz geschehen, da sie wegen ihrer nachträglich korrigierenden Arbeitsweise nicht in der Lage ist, neu entstandene technischen Sachverhalte rasch in den Griff zu bekommen. Es handelt sich also um eine Aufgabe für den Gesetzgeber. Freilich ist die Aufgabe nicht leicht, wie ein Blick auf die bisherigen Versuche zeigt, den Schutzbereich „Privatsphäre“ positiv zu bestimmen.

3. Ansätze zur positiven Bestimmung der „Privatsphäre“ in der Literatur

Die rechtswissenschaftliche Literatur wählt verschiedene Wege, um das Rechtsgut zu bestimmen. Sie geht entweder von abstrakt-generellen Umschreibungen aus oder versucht, eine Kasuistik aufzustellen.

3.1. Generelle Bestimmungen**3.1.1. Im deutschen Recht**

Der durch das zivilrechtliche Institut des *allgemeinen Persönlichkeitsrechts* abgedeckte Bereich wird vom BGH so umschrieben:

Gegenstand sei „jener innere Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des einzelnen untersteht und dessen Verletzung dadurch gekennzeichnet ist, daß sie in erster Linie sogenannte immaterielle Schäden, die sich in einer Persönlichkeitsminderung ausdrücken, erzeugt“¹⁷⁾.

Öffentlich-rechtlich wird etwa folgendermaßen argumentiert: Gegenstand sei „die ureigenste *Intimsphäre*, die sich allen staatlichen, totalen Inquisitio-

¹²⁾ so Dreher, M., § 353 b Nr. 1

¹³⁾ Ob dies mit einer unmittelbaren Drittwirkung von Artikel 1 und Artikel 2 Abs. 1 GG (so die Rechtsprechung seit BGHZ 13, 334) oder mit einer Analogie zu „Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit“ in § 823 I BGB konstruiert wird (vgl. Medicus, 243), ist unerheblich. Die Frage der Drittwirkung ist also in diesem Zusammenhang für das Ergebnis unwichtig.

¹⁴⁾ vgl. Erman - Weitnauer, Anhang zu § 12 Nr. 8

¹⁵⁾ so erstmalig BGHZ 26, 349 ff. (Herrenreiter - Urteil)

¹⁶⁾ vgl. Medicus, 244

¹⁷⁾ BGHZ 26, 349

nen, Registrierungen und Tests wirksam entgegenstellt“¹⁸⁾.

3.1.2. Im amerikanischen Recht (USA)

Da das nordamerikanische Recht den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht nicht in unserem Sinne kennt, sind seine Bestimmungsversuche von allgemeiner Bedeutung. Das „*Right of Privacy*“ wird etwa bestimmt als das Recht des einzelnen, zu bestimmen, inwieweit eigene Gedanken und Gefühle anderen mitgeteilt werden sollen (*the right to share and to withhold*¹⁹⁾). Eine andere Definition spricht vom Recht des Fürsichseins²⁰⁾, dem „*right to be let alone*“²¹⁾.

3.2. Relativität der Privatsphäre

Alle genannten Versuche haben gemeinsam, daß sie offenbar davon ausgehen, die jeweilige abstrakte Umschreibung ermögliche es, die „Privatsphäre“ genau zu umgrenzen und somit Verletzungen scharf feststellen zu können. *Das ist bisher nicht gelungen.* Der BGH erklärt nicht, wann eine Persönlichkeitsminderung vorliegt; Maunz-Dürig unterlassen eine griffige Bestimmung der Intimsphäre; die amerikanische Literatur verzichtet offenbar auf eine Erklärung, was unter eigene Gedanken und Gefühle fällt und welche Bereiche der Persönlichkeit dem „Fürsichsein“ zuzuordnen sind. Kurz: Keiner dieser Versuche erlaubt eine klare Subsumtion des Sachverhaltes. Da aber gerade dies die Voraussetzung jeder praktikablen rechtlichen Regelung ist, ist bisher eine allgemeine begriffliche Klärung des Problemfeldes nicht möglich.

Für das Scheitern dieser — und wohl aller gleichartigen — Versuche lassen sich drei Gründe anführen:

Zunächst kann man davon ausgehen, daß die Beurteilung des Persönlichkeitswertes Inhalt des allgemeinen Bewußtseins ist²²⁾. Dieses Bewußtsein ist abhängig von Ort und Zeit; es ändert sich im Lauf der Geschichte besonders stark und schneller als andere zentrale Rechtsbegriffe. Daher ist eine positive Umschreibung problematisch, weil sie eine möglicherweise sehr kurzlebige, relative Ansicht verewigen würde.

Sodann ist das Verständnis von „Privatsphäre“ aber nicht nur relativ zu Zeit und Ort, sondern auch zu seinen Trägern: Was A zu seiner „Privatsphäre“ zählt, muß B noch lange nicht dazuzählen und um-

gekehrt. Was aber A gegenüber C offenbaren will, das will B unter Umständen C gegenüber geheimhalten und umgekehrt. Relativität der „Privatsphäre“ heißt also: „Privatsphäre“ gegenüber wem? Darum gilt der Grundsatz der Relativität der „Privatsphäre“, und daraus folgt die *Unmöglichkeit ihrer Definition*.

Es müssen also alle Versuche einer abstrakten Umschreibung aus logischen Gründen scheitern, da sie allen Trägern von „Privatsphäre“ denselben Umfang ihres persönlichen Bereiches zuweisen würden, der der Wirklichkeit nicht entspricht. Entscheidend ist also, *wem gegenüber* die „Privatsphäre“ zu wirken hat²³⁾. Diese Erkenntnis bedeutet ein Abgehen von der semantischen und ein Einbezug der pragmatischen Informationsebene in die „Privatsphäre“ (Beziehungen zwischen den Informationen und ihren Erzeugern bzw. Benutzern²⁴⁾). Von dieser Problemverlagerung aus soll später die Bildung der Topoi versucht werden.

Schließlich mag die eigentümliche Unbestimmbarkeit der „Privatsphäre“ damit zusammenhängen, daß ihre Schutzwürdigkeit in der Regel erst beurteilt werden kann, wenn sie bereits verletzt ist²⁵⁾. Eine Subsumtion, die ja den Tatbestand einer Verletzung erst erweisen soll, erscheint somit kaum zu bewerkstelligen. Nun könnte man versuchen, diese „Leerformel“ durch allgemeine Gesichtspunkte aufzufüllen. Dafür kommt zunächst in Betracht: ein evtl. vorhandenes *allgemeines Vorverständnis von „Privatsphäre“*.

Da dies davon abhängt, was jeder kraft seines Eigenverständnisses in seine „Privatsphäre“ einbezieht, die Eigenverständnisse jedoch differieren, ist nur auf der unteren Ebene eines gemeinsamen, gesellschaftlich bedingten, von jeder Individualisierung abstrahierten Verständnisses eine Einigung zu erzielen. Unter diesem minimalistischen Gesichtspunkt des kleinsten gemeinsamen Nenners ist bisher der Strafgesetzgeber tätig geworden.

Der Nachteil dieses Gesichtspunktes ist, daß er oberhalb dieser Ebene nichts aussagt. Beispielsweise dürfte eine Umfrage über Urlaubsziele nicht jedermann als Verletzung seiner „Privatsphäre“ betrachten²⁶⁾.

Auch existiert keine Norm, die in der Lage wäre, den Begriff mit Inhalt zu erfüllen. Die literarischen Verweisungen auf Artikel 1 oder Artikel 2 Abs. 1 GG sind dazu ungeeignet; sie bewirken nur eine Verlagerung des Problems auf die Umschreibung von Menschenwürde und allgemeinem Freiheitsrecht.

Somit verbliebe nur noch die Ausfüllung durch Hoheitsakt. Danach müßten Judikative oder Legislative für alle verbindlich eine Ausfüllung vornehmen. Doch sind gerade die Grundsätze, nach denen das zu geschehen hätte, noch nicht erarbeitet.

Selbst wenn es also gelänge, die oben angedeuteten Schwierigkeiten zu umgehen, müßte dieses Vorhaben aus logischen Gründen scheitern²⁷⁾ 28).

¹⁸⁾ Maunz-Dürig-Herzog, Artikel 1 N. 37

¹⁹⁾ zitiert nach Kamlah (1), 97, der sich auf Warren und Brandeis bezieht

²⁰⁾ so eine deutsche Übersetzung von Evers, 7

²¹⁾ zitiert nach Kamlah (1), 142

²²⁾ vgl. Hubmann, (1), 142

²³⁾ vgl. Kamlah, (2), 362

²⁴⁾ vgl. Steinmüller (1), 8

²⁵⁾ Evers, 43

²⁶⁾ vgl. aber BVerfGE 27, 1

²⁷⁾ vgl. Evers, 16

²⁸⁾ vgl. Podlech (2), 185 ff.

3.3. Kasuistische Bestimmungsversuche

3.3.1.

Einzelerfassung aller in Betracht kommenden Sachverhalte²⁹⁾. In Gesetzen gibt es sie im wesentlichen in zweifacher Form: Entweder handelt es sich um eine abschließende Aufzählung bestimmter Sachverhalte, oder es handelt sich um eine Aufzählung mit vorgeschalteter Generalklausel (die Aufzählung wird dann oft mit „insbesondere“ eingeleitet). Im ersteren Fall ist das Gesetz nicht in der Lage, von sich aus auf neue Sachverhalte zu reagieren (bzw. eine Ergänzung würde zu umständlich sein), im letzteren Fall würde die Ausfüllung der Generalklausel der Judikative überlassen bleiben müssen, die in langer Zeitdauer erst Kriterien dafür entwickeln müßte. Beides spricht gegen eine kasuistische Regelung.

Ein anderer Vorschlag³⁰⁾ hält es dennoch für denkbar, daß sich Sachverhalte aufzählen lassen, deren Verwirklichung unter allen Umständen schwere, unzumutbare Eingriffe darstellen, die somit niemals rechtmäßig sein können. Solche Sachverhalte sind beispielsweise Informationen aus dem Sexualleben einer Person oder über das Klima einer Ehe. Diese Sachverhalte zu finden, erscheint dann realisierbar, wenn man von der Existenz eines allgemein vorhandenen Vorverständnisses von „Privatsphäre“ ausgeht³¹⁾. Im Verhältnis Staat — Bürger sind jedoch Eingriffe selbst in diesen Bereich möglich und rechtmäßig (Gesundheitsverwaltung, Strafverfolgung). Daher ist der Vorschlag allenfalls im Verhältnis Bürger — Bürger relevant. Hier erscheint es denkbar, daß es keine überwiegenden Interessen eines anderen Privaten rechtfertigen, Informationen aus dem Bereich dieses Katalogs zu erfassen und zu verwerten. Dieser Katalog ist vielleicht in einer Umfrage am sichersten zu ermitteln. Doch wäre auch er unbrauchbar: auch hier gälte die Relativität der „Privatsphäre“.

3.3.2.

Ein weiterer Vorschlag geht von der „Provokation einer Kasuistik“³²⁾ aus. Er nimmt an, daß eine gesetzliche Kasuistik nicht zu erstellen ist. Die Menge der auftretenden Fälle müsse dennoch rechtlich bewältigt werden; dies könnte dadurch geschehen, daß diese Fälle von vornherein in gesetzliche Bahnen gelenkt werden, deren Rechtmäßigkeit sich mittlerweile herausgestellt habe. Verwaltung und Wirtschaft würden so gezwungen („proviziert“), eine

von vornherein rechtlich faßbare Kasuistik herauszubilden.

Hier liegt ein Zirkelschluß zugrunde: Wenn die Kasuistik gebildet und gelenkt werden soll, dann muß das, was gelenkt wird, vorher erfaßt sein. Aber gerade die zu lenkenden Fälle sind in ihrer Vielzahl und Vielschichtigkeit unbekannt. Eine Regelung geht daher das Risiko ein, daß die in Unkenntnis des zu regelnden Problems statuierten Bahnen möglicherweise neben den regelungsbedürftigen Fällen liegen. Selbst wenn dies gelänge, wäre eine ständige, kurzfristige Optimierung des Gesetzes erforderlich (nämlich immer dann, wenn man glaubt, eine neue Fallgruppe erkannt zu haben); dies ist mit dem herkömmlichen Gesetzgebungsverfahren wohl nur schwer zu leisten. *Als Grund für ein Scheitern aller kasuistischen Versuche* muß auch hier wieder die Relativität der „Privatsphäre“ genannt werden. Lediglich die unzulängliche Aufzählung von Sachverhalten, die — einem allgemein vorhandenen Vorverständnis von „Privatsphäre“ entsprechend — mit Sicherheit Verletzungen der „Privatsphäre“ bedeuten (die also insoweit nicht relativ sind!) ist hier als Ausnahme zu nennen.

3.4. Festlegen von Schutzbereichen

Als letzter inhaltlicher Bestimmungsversuch folgt jetzt noch das Festlegen von Schutzbereichen, d. h., die Aufspaltung der Persönlichkeit als ganzer in „Persönlichkeitsteile“³³⁾, die jeweils mit einem mehr oder weniger generalisierenden Begriff bezeichnet werden.

3.4.1. Im deutschen Zivilrecht

Im Anschluß an die von der Rechtsprechung herausgebildeten Fallgruppen³⁴⁾ werden diese als Schutzbereiche bereits feststehenden Inhalts bezeichnet. Für den noch nicht erfaßten Teil gilt der Grundsatz der Interessenabwägung. Besser erscheint die Bildung einander überschneidender anderer Schutzbereiche, wie sie Hubmann³⁵⁾ vorschlägt. Er unterteilt in:

- Das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit;
- Das Recht an der Persönlichkeit;
- Das Recht auf Individualität

„und ordnet jedem Bereich eine Vielzahl von Einzelatbeständen zu.“

3.4.2. Im amerikanischen Recht

Kamlah³⁶⁾ unterscheidet hier folgende Schutzbereiche:

- Identitätsmerkmale;
- räumlicher Schutzbereich;
- private Daten und Tatsachen;
- psychische Phasen der Persönlichkeit.

Diese Unterteilung ist orientiert an bisher anerkannten Schutzbereichen. Fraglich ist jedoch die Vollständigkeit dieser Systematik.

²⁹⁾ vertreten von Dr. Beermann, MdB, in KEDV-Drucksache 14, 15

³⁰⁾ vertreten von Dr. Beermann, MdB, a. a. O., 19

³¹⁾ vgl. oben 3.2.

³²⁾ Kamlah (3), 21. f.

³³⁾ vgl. Kamlah (1), 81

³⁴⁾ Namensschutz, Bildnisschutz, Schutz des gesprochenen Wortes, Zivilrechtlicher Ehrenschatz, Schutz des Privat- und Familienlebens, Briefe und Tagebücher, Persönlichkeitsschutz und Film, Urheberpersönlichkeitsrecht, Leben — Körper — Gesundheit — Freiheit; vgl. Erman - Weitnauer, Anhang zu § 12 Anm. 8!

³⁵⁾ Hubmann, 175 ff,

³⁶⁾ Kamlah (1), 82 ff.

3.4.3. Beurteilung

So unsicher es ist, ob diese Aufteilungsversuche etwas für eine normative Regelung hergeben, so bringen sie doch schon jetzt eine wichtige Einsicht:

In diese Schutzbereiche wird dauernd von privater oder staatlicher Seite aus eingegriffen. Manche Eingriffe werden als rechtmäßig, manche als rechtswidrig betrachtet. Damit ist die Verletzung des Tatbestandes allein nicht das entscheidende Indiz für eine Rechtsverletzung. Entscheidend ist vielmehr, ob für den Eingriff ein Rechtsgrund vorliegt oder nicht. Damit verschiebt sich das Problem grundlegend:

Gesucht werden in erster Linie nicht perfekte Tatbestandsabgrenzungen, sondern Rechtsgründe, die den Eingriff erlauben³⁷⁾. Für den weiteren Gang der Untersuchung ist diese Erkenntnis von ausschlaggebender Bedeutung. Gelingt es nämlich, diese Rechtsgründe präzise genug zu umreißen, dann ist damit ein großer Teil des Fragenbereichs erfaßt.

4. Ende der „Privatsphäre“

Die Möglichkeiten positiver Umschreibung des Inhalts der „Privatsphäre“ sind damit erschöpft. Als Ergebnis steht fest: Eine positive Inhaltsbestimmung ist wegen der Relativität der „Privatsphäre“ unmöglich. Nur eine minimalistische Einigung auf den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ ist theoretisch möglich, praktisch aber unbrauchbar, da die rechtspolitischen Erfordernisse eine umfassende Regelung verlangen. Übrig bleibt in diesem Zusammenhang noch, eine präzisere Beschreibung des Gemeinten durch andere Begriffe zu finden. Auch dieser Versuch schlägt fehl:

5. Ersetzung der „Privatsphäre“ durch andere Termini:

Aus der Einsicht in die Relativität der „Privatsphäre“ ziehen einige Autoren die Folgerung, diesen vagen Begriff durch einen weniger verschwommenen zu ersetzen. Hierfür bieten sich an: die „Privatheit“, die „Erheblichkeit“ und die „Identifizierbarkeit“.

³⁷⁾ In Erkenntnis dieser Tatsache bestimmt Evers seine Schutzbereiche nach ihrer Geschütztheit vor Eingriffen.

³⁸⁾ vgl. Kamlah (1), 145 ff.

³⁹⁾ BVerfG DOV 70, 204

⁴⁰⁾ Kamlah (2), 362

⁴¹⁾ es taucht im EDV-Recht auch nirgends auf

⁴²⁾ vgl. Kamlah (1), 160 ff.

⁴³⁾ vgl. Kamlah, a. a. O.

⁴⁴⁾ Die zivilrechtliche Ausrichtung dieser Grenze macht ihre allgemeine Verwendbarkeit fraglich. Unter diesem Gesichtspunkt muß auch der allgemein-rechtliche Stellenwert des Buches von R. Kamlah betrachtet werden.

⁴⁵⁾ vgl. aber RGZ 80, 221: Sittenwidrig ist, was dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.

5.1. Privatheit³⁸⁾

Der Gegenbegriff zur Privatheit ist die Öffentlichkeit. Eine Verletzung der „Privatsphäre“ liege nur dann vor, wenn die benutzten Informationen *nicht im Bereich der Öffentlichkeit* liegen. Um dies festzustellen, ist eine Begriffsbestimmung von „Öffentlichkeit“ erforderlich. Das BVerfG³⁹⁾ versucht dies in diesem Zusammenhang folgendermaßen:

Öffentlich sei, was der Außenwelt zugänglich ist, zugänglich, was sich ohne Befragen der betroffenen Person über sie feststellen läßt.

Es ist von Kamlah⁴⁰⁾ treffend darauf hingewiesen worden, daß auch eine Verletzung der „Privatsphäre“ in diesem so zugänglichen Bereich möglich ist. Das Kriterium ist somit unbrauchbar⁴¹⁾.

Zudem läßt sich nicht generell festlegen, wann Öffentlichkeit vorliegt und wann nicht. Beispielsweise kann nicht gesagt werden, bei welcher Anzahl von kenntnisnehmenden Personen die Öffentlichkeitsgrenze erreicht ist. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Betroffene von einer Öffentlichkeit ausgeht oder nicht; damit ist aber die Öffentlichkeit relativ zum Betroffenen. Diese Relativität bewirkt ihre Untauglichkeit als Grenzbestimmung.

Außerdem bringt die Gegenüberstellung der Begriffe Privatheit — Öffentlichkeit eine Gefahr mit sich: Begreift man Öffentlichkeit als demokratischen Funktionsträger und ordnet den Begriff somit dem Bereich staatlichen Funktionierens zu, so ließe sich Privatheit als der staatsfreie Bezirk festlegen. Der hier beschriebene Zustand wäre der des klassischen, vom liberalen Staatsmodell ausgehenden status negativus. Setzt man voraus, daß heute nicht mehr Abwehr des Staates, sondern Teilnahme am Staat das Problem ist, so fragt es sich, ob sich der bisherige Begriff der „Privatsphäre“ zweckmäßigerweise überhaupt noch verwenden läßt.

5.2. Erheblichkeit⁴²⁾

Eine Verletzung der „Privatsphäre“ liege nur vor, wenn die benutzte personenbezogene Information von „Erheblichkeit“ für den Betroffenen ist. Erheblich sei das, was eine Person mit durchschnittlicher Empfindsamkeit als verletzend ansieht⁴³⁾. Die Erheblichkeitsschwelle hängt damit von Zeit, Ort und Person ab. Für sie gilt also das gleiche wie zur „Privatsphäre“. Die Feststellung der Verletzung ist gleichbedeutend mit der Feststellung einer „Persönlichkeitsminderung“ (BGH) und damit einer Einordnung in das Feld des Schadensersatzrechtes⁴⁴⁾. Die hier beschriebene Art und Weise der Feststellung ist dem deutschen Schadensersatzrecht jedoch fremd⁴⁵⁾; sie stellt nach unserer Ansicht einen bedenkswerten Ansatz dar. Mit seiner Hilfe ist es möglich, die zeitlich und örtlich bedingten Schwankungen der Ausfüllung der „Privatsphäre“ aufzufangen.

Die Erheblichkeit, verstanden als Sensibilitätschwelle des Durchschnittsmenschen hinsichtlich Verletzungen seiner sog. Privatsphäre, wäre nur dann eine taugliche begriffliche Grenze, wenn sie

auch tatsächlich für alle Menschen verbindlich festgelegt werden könnte. Dies ist jedoch generell nicht durchzuführen: selbst so unerheblich scheinende Informationen wie Name und Wohnort können in gewissen Fällen bei der Weitergabe an bestimmte Stellen für den Betroffenen erheblich sein. Als Beispiel folgender Fall: Der Kriminaldirektor einer westdeutschen Stadt soll angeblich einem von der Kriminalpolizei Beschuldigten die Privatadresse des gegen ihn ermittelnden Beamten in der Annahme mitgeteilt haben, der Beamte solle wohl ein „Geschenk“ erhalten. Der Beamte fühlte sich darauf in seiner „Privatsphäre“ verletzt ⁴⁶⁾.

Mit anderen Worten: Auch die Erheblichkeit entzieht sich nicht ihrer Relativierung durch den Betroffenen. Diese Relativität bewirkt ihre Untauglichkeit als Grenzbestimmung.

5.3. Identifizierbarkeit

Eine Verletzung der „Privatsphäre“ liege nur dann vor, wenn die benutzte Information einen Schluß auf die betroffene Person zuläßt ⁴⁷⁾, wenn diese

⁴⁶⁾ vgl. Frankfurter Rundschau vom 5. Februar 1971, S. 9

⁴⁷⁾ Kamlah (1), 155 ff.

Unklar ist den Verfassern jedoch, ob die Statistikwissenschaft nicht Methoden entwickelt hat, die Rückschlüsse auf Einzelpersonen in gewissem Umfang zulassen, selbst wenn die Urdaten gelöscht sind.

⁴⁸⁾ s. Kamlah (1), 147

⁴⁹⁾ Die Identifizierbarkeit taucht im EDV-Recht bereits auf: Hess. DatSchG (§ 5 III); CDU-Entwurf für Rheinland-Pfalz (§ 4 III), Begründung zu Artikel 14 des Bay. EDVG.

⁵⁰⁾ s. o.

Person dadurch identifizierbar wird ⁴⁸⁾. Damit scheint eine Abgrenzung zu rein statistischen Daten getroffen, die in ihrer Pauschalierung im Endstadium der Aufbereitung keine Rückschlüsse mehr auf Einzelpersonen zulassen. Eine Verletzung bei der Erfassung soll durch § 12 des Bundesstatistikgesetzes verhindert werden, diese Grenzbestimmung erscheint zunächst einleuchtend: Ist kein Schluß auf eine Einzelperson möglich, dann kann die „Privatsphäre“ nicht verletzt sein. Allerdings gilt die Umkehrung des Satzes nicht: Ist ein Schluß auf eine Einzelperson möglich, so ist damit noch nicht gesagt, daß ihre „Privatsphäre“ verletzt ist. Die Identifizierbarkeit als Abgrenzungskriterium ist nicht überzubewerten ⁴⁹⁾. Sie ist notwendiges aber keineswegs hinreichendes Merkmal.

Zudem zeigt die Berücksichtigung der technischen Möglichkeiten der modernen Informationsverarbeitung, daß sogar die zunächst so einleuchtende Abgrenzung zwischen „identifizierenden“ und statistischen Informationen relativ ist ⁵⁰⁾: Sie ist relativ zum jeweiligen IS, und nur insoweit ist dieses Kriterium brauchbar. Dies setzt aber die Berücksichtigung dieser technischen Gegebenheiten voraus, was auf dem bisher beschrittenen Weg nicht möglich ist.

Damit haben sich alle Kriterien und Umformulierungen der „Privatsphäre“ als relativ, unbestimmbar und somit als unbrauchbar erwiesen. Das Reizwort „Privatsphäre“ ist darum aus der wissenschaftlichen Diskussion des Datenschutzrechts auszuschneiden.

Es muß nach einem neuen Ansatz gesucht werden. Er besteht in der Anknüpfung an die Information und ihre Verarbeitung.

II. Der neue Ansatz

Der bisherige Lösungsansatz der „Privatsphäre“ ging aus von einem *Rechtsbegriff*, der, sofern er sich auf eine Realität bezog, mit dem rapiden „sozialen Wandel“ in diesem Wirklichkeitsbereich nicht mehr fertig wurde. Der neue Ansatz knüpft an das Phänomen der Information und ihrer Verarbeitung an, also an einen *tatsächlichen* Prozeß; er geht also von einer (zugleich gesellschaftlichen wie „technischen“) Realität aus.

Demgemäß sind, ehe die einzelnen Schritte des Informationsverarbeitungsprozesses näher bestimmt werden können, die einzelnen für den Datenschutz relevanten Arten der Information anzugeben (1.).

Die Einteilung der Informationen (1.1.) zeigt angesichts der Umwandelbarkeit der Informationsarten (1.2.) unter bestimmten Bedingungen (1.3.), daß die rechtliche Regelung nicht allein, wie bisher angenommen, an den Personeninformationen anknüpfen darf, sondern an den sog. Individualinformationen (1.4.).

Diese Individualinformationen sind Gegenstand der für den DSch relevanten Informationsverarbeitung

und ihrer einzelnen Phasen (2.), die für öffentliche wie private IV gleichermaßen gelten (3.).

1. Informationsarten

1.1. Grundeinteilung

1.1.1. Personen- und Sachinformationen

Informationen beziehen sich auf (eine oder mehrere) *Personen* oder/und (einen oder mehrere konkrete oder abstrakte) Sachverhalte; sie heißen dann *Personeninformationen*, *Sachinformationen* bzw. *gemischte Informationen*.

Zum Beispiel:

1. Hans Müller ist am 29. Mai 1924 geboren, oder: Bundeskanzler Brandt sagte in einem Interview:
2. Die Grundstücke an der Rheinstraße in Bonn sind durchschnittlich 2000 qm groß.