

Schriftleitung

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling (Hauptschriftleitung; Abhandlungs- und Rezensionsteil),
Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer (Abhandlungen und Berichte)

Grundrechtsschutz der Privatheit

Von Prof. Dr. Marion Albers, Hamburg

Privatheit ist ein Schlüsselbegriff, dessen Heterogenität und Vielschichtigkeit sich auch dem Recht vermitteln. Gegenwärtig verändern sich leitbildende Denkmuster infolge des sozialen und technischen Wandels. Grundrechtsbezogen lässt sich Privatheit breit als Fundament liberaler Freiheitsrechte, aber auch enger als Schutz räumlicher Sphären oder des Anspruchs auf Achtung der Privatsphäre verstehen. Art. 13 I und Art. 10 I GG sind in den letzten Jahren ebenso wie das Recht auf Achtung der Privatsphäre aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG auf neue Gefährdungslagen ausgerichtet worden. Konkretisierungsmuster und dogmatische Strukturen sind, etwa mit Blick auf die Kontaktpunkte zu anderen Disziplinen, auf neue Begrifflichkeiten oder auf kontextgestaltendes Recht, weiter ausarbeitungsbedürftig.

I. Einleitung

Privatheit lässt sich nicht unvermittelt als Schutzgegenstand der Grundrechte des Grundgesetzes erfassen. Sie erschließt sich insgesamt nicht als reiner Rechts-, sondern als ein von zahlreichen Disziplinen geprägter Schlüsselbegriff.¹ Dessen Heterogenität und Vielschichtigkeit kennzeichnen auch die rechtlichen Diskurse. Hintergrundannahmen und übergreifende Leitvorstellungen scheinen hier ebenso auf wie die Rezeption und Transformation bestimmter Denkmuster. Im ersten Schritt wird daher ein Blick auf einige in den Sozialwissenschaften zentrale und gerade im Recht einflussreiche Leitideen zur Privatheit geworfen. Deren Leistungskraft wird allerdings mit dem sozialen und technischen Wandel zunehmend in Frage gestellt. Unter Berücksichtigung der damit verbundenen

Herausforderungen befasst sich der zweite Punkt mit dem Grundrechtsschutz der Privatheit.

II. Privatheit in der Gesellschaft

1. Konzeptionen der Privatheit

Die Semantik der Privatheit ist bereits deshalb uneinheitlich, weil die Formen der Beschreibung von dem jeweils zugrunde gelegten Ausgangspunkt abhängen und die entsprechenden theoretischen Ansätze erstens variieren und sich zweitens hochabstrakt gestalten.² Leitbildend wirken grundlegende Dichotomien, im Rahmen derer die dialektisch mit der Privatheit verknüpften Gegenbegriffe freilich ihrerseits komplex sind und zudem zahlreiche Annahmen vorausgesetzt werden. Hierhin gehören die Differenzierung zwischen den Privatangelegenheiten des Individuums und den Entscheidungs- und Einflussphären (auch) der Anderen³, die für das liberale Denken konstitutive Gegenüberstellung von Privatheit und Staat⁴ sowie die Unterscheidung von Privatheit und Öffentlichkeit⁵. Die letztgenannte Dichotomie steht meist im Mittelpunkt.

² Mit Semantik sind höherstufig generalisierte Sinnmuster gemeint, vgl. N. Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik* I, 1. Aufl. 1980, S. 19. Zu wesentlichen Diskursen über das Private B. Rössler, *Der Wert des Privaten*, 2001, S. 11 ff., hier auch mit der Quintessenz, »dass es nicht die eine Geschichte des Privaten gibt« (S. 15).

³ Grundlegend J. St. Mill, *On liberty*, 4. Aufl., 1869, S. 12. Vgl. weiter etwa C. J. Bennett/C. D. Raab, *The Governance of Privacy*, 2003, S. 14. Als Ausgangspunkt in Form einer kategorialen Unterscheidung bei N. Horn, *HStR* VII, 3. Aufl. 2009, § 149 Rdnr. 1 ff. Vgl. auch J. Lege, in: FS Hollerbach, 2001, S. 385 (388).

⁴ Näher Rössler (Fußn. 2), S. 27 ff.

⁵ Vgl. dazu mit unterschiedlichen Perspektiven N. Bobbio, *The Great Dichotomy: Public/Private*, in: ders., *Democracy and Dictatorship*, 1989, S. 1 (1 ff.); S. Benn/G. Gaus, *The Public and the Private: Concepts and Action*, in: dies. (eds.), *Public and Private in Social Life*, 1983, S. 3 (3 ff.); J. Weintraub, in: Weintraub/Kumar (eds.), *Public and Private in Thought and Practice*, 1997,

¹ Zu Schlüsselbegriffen und ihren Verständigungs-, Deutungs-, Vernetzungs- und Orientierungsfunktionen A. Voßkuhle, in: *GVwR* I, 2006, § 1 Rdnr. 40 f.

Das erklärt sich jedoch damit, dass der Öffentlichkeitsbegriff nicht nur mit Rücksicht auf anderweitige Kontexte⁶, sondern auch in der Abgrenzung gegen die Privatheit in verschiedenen Bedeutungen verwendet wird⁷, nämlich insbesondere im Sinne von »Angelegenheiten der Allgemeinheit« oder im Sinne von »Publizität«.

Diese Leitdichotomien geben noch keine näheren Inhalte, aber ein Grundverständnis her: Privatheit ordnet etwas einer Person oder Personengruppe als deren eigene Angelegenheit zu und setzt anderen Zugänglichkeitsgrenzen. Dieses Grundverständnis fächert sich dann kontext- und beschreibungsabhängig vielfältig auf. Die Themen der Privatheit – in epochengeschichtlicher und kultureller Variabilität etwa der Körper, Facetten der Persönlichkeit, religiöse Überzeugungen und Gewissen, Räume wie die Wohnung, Eigentum, Nähebeziehungen wie Partnerschaft und Familie, vertrauliche Dokumente⁸ – sind dabei ebenso weit angelegt wie die Mechanismen der Zuordnung als Eigenes und der Begriff des Zugangs, der Invasionen in Räume und Körper, Fremddeterminationen von Entscheidungen, Überwachungsvorgänge oder die mediale Publizierung umfasst⁹. Daraus ergibt sich zugleich, dass »Zugänglichkeitsgrenzen« nicht allein räumlich zu verstehen sind: Sie schließen physische, aber auch durch soziale (Erwartungs-)Erwartungen begründete Grenzen ein.

Darüber hinaus wird in einer mittlerweile geradezu klassischen Vorstellung dem Merkmal der »Kontrolle« konstitutive Bedeutung für das Verständnis von Privatheit beigemessen. »The person who enjoys privacy is able to grant or deny access to others«, heißt es bei *Charles Fried*, und hinsichtlich des Wissens über Personen führt er näher aus: »Privacy [. . .] is the control we have over information about ourselves [. . .], is control over knowledge about oneself.«¹⁰ Das Merkmal der Kontrolle soll Privatheit sowohl gegen das bloße Abgeschottetsein abgrenzen¹¹ als auch die Relativität der Zugänglichkeitsgrenzen deutlich

machen.¹² Da es deskriptive und präskriptive Elemente birgt, schwingen in ihm außerdem die normativen Implikationen¹³ von Privatheit mit: Die jeweilige Person soll selbst entscheiden dürfen, wer inwieweit zu welchen ihrer Privatangelegenheiten Zugang hat.¹⁴ Die Idee der Privatheit als Kontrolle dient als ein gängiges Fundament der Ausformulierung individueller (Grund-)Rechte und Ansprüche.¹⁵

Bei weiteren Konkretisierungen der Privatheit spielen deren Funktionen eine zentrale Rolle.¹⁶ Die Zuordnung als Eigenes und Zugänglichkeitsgrenzen sichern Freiräume. Sie erlauben die Distanzierung von eigenen Erwartungserwartungen, von dem damit verbundenen Reaktions- oder Konformitätsdruck sowie von Rechtfertigungszwängen; sie schützen vor permanenter Beobachtung, Zugriffen oder Machtgewinnen anderer und nachteiligen Folgen wie Spott oder Stigmatisierungen. Vor diesem Hintergrund wird Privatheit unter anderem als Bedingung der Möglichkeit von Identität und Individualität, physischer oder emotionaler Entspannung und Integrität, des Lernens, der Verhaltensvielfalt, vertraulicher Nähebeziehungen, der Ausbildung und Ausfüllung einer Pluralität von Rollen oder der individuellen Autonomie beschrieben. Damit trägt sie zugleich zu einer pluralistischen Gesellschaft bei.¹⁷ Je nach Gegenstandsfeld und Perspektive werden auch negative Funktionen herausgestellt: Verbergen und Verfestigung von Gewaltverhältnissen, Ausgrenzung von Personen oder Themen aus dem öffentlichen Raum, Erosion der Öffentlichkeit.¹⁸

Funktionsbeschreibungen hängen vom vorgängigen theoretischen Rahmen und von weiteren theoretischen Annahmen ab, etwa von einer Theorie des Individuums und der Individualität.¹⁹ Im Übrigen stützen sie sich teilweise eher auf intuitive Plausibilität als auf valide Erkennt-

S. 1 (1 ff.); *M. Passerin d'Entrèves/U. Vogel*, Public and Private, in: dies. (eds.), Public and Private, 2000, S. 1 (1 f.).

6 Zum Begriff der Öffentlichkeit als intermediäres System *J. Gerhards/F. Neidhardt*, in: Langenbucher (Hrsg.), Politische Kommunikation, 2. Aufl. 1993, S. 52 (57 ff.). Zu Erosionsbeschreibungen unter verschiedenen Aspekten *B. Holznagel*, in: VVDStRL 68 (2009), S. 381 (388 ff.); *N. Horn*, in: VVDStRL 68 (2009), S. 413 (422 ff.).

7 Vgl. auch *Weintraub* (Fußn. 5), S. 1 ff.; *Bobbio* (Fußn. 5), S. 17. Mit Grundsatzkritik an der Unterscheidung überhaupt *R. Geuss*, Privatheit, 2002, bes. S. 17, 124 ff.

8 In breitem historischen Überblick die Beiträge in: *P. Ariès/G. Duby* (Hrsg.), Histoire de la vie privée, 5 Bände, 1985–1987.

9 Vgl. die (ausschließlich zugangsbezogene) Beschreibung von privacy bei *S. Bok*, Secrets, 1983, S. 10 f.: » . . . the condition of being protected from unwanted access by others – either physical access, personal information, or attention.«

10 *Ch. Fried*, 77 Yale Law Journal (1968), 475 (482 f. – Hervorh. im Orig.).

11 Es besteht weit gehender Konsens darüber, dass Privatheit auf grundlegender Ebene Sozialität voraussetzt, also nicht den auf einer Insel isolierten Robinson meint, aber durchaus das Alleinsein umfasst, dessen Respekt man von anderen erwartet.

12 Zum Merkmal der Kontrolle s. weiter statt vieler *A. Westin*, Privacy and Freedom, 6. Aufl. 1970, S. 42; *Bok* (Fußn. 9), S. 11; *Rössler* (Fußn. 2), S. 144 f.; *L. Kruse*, Privatheit als Problem und Gegenstand der Psychologie, 1980, S. 112 ff. Umfassend zu den überkommenen (und einflussreichen) amerikanischen Konzeptionen *D. Solove*, 90 California Law Review (2002), 1088 (1099 ff.).

13 Dazu *Gavison* (Fußn. 17), S. 424. Vgl. auch *Horn* (Fußn. 3), Rdnr. 3.

14 Statt vieler die Formulierung bei *Gavison* (Fußn. 17), S. 424.

15 Anschaulich im Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das als »Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen« formuliert ist, BVerfGE 65, 1 (43). Dazu ausf. *M. Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 151 ff.

16 Funktionen sind dabei nicht im Sinne von Aufgaben oder Zielen, sondern im Sinne von Folgen gemeint.

17 Zu allem mit je unterschiedlichen Akzenten *S. Warren/L. Brandeis*, 4/5 Harvard Law Review (1890), 193 (193 ff.); *A. Westin*, Privacy and Freedom, 6. Aufl. 1970, S. 32 ff.; *B. Schwartz*, 73 American Journal of Sociology (1967/68), 741 (745 ff.); *R. Gavison*, 89 Yale Law Journal (1980), 421 (440 ff.); *H. Nissenbaum*, Privacy in Context, 2010, S. 74 ff.; *Kruse* (Fußn. 12), S. 137 ff.

18 Bündelnd *K. Jurczyk/M. Oechsle*, in: dies. (Hrsg.), Das Private neu denken, 2008, S. 8 (9 ff. m. w. N.).

19 *Gavison* (Fußn. 17), S. 445.

nisse. Diese Einschränkungen ändern allerdings nichts an ihrem grundsätzlichen Einfluss auf das Verständnis von Privatheit. Ihre wesentliche Leistung im Hinblick auf die Prozesse sozialen Wandels besteht darin, dass sich mit ihrer Hilfe verfestigte Verknüpfungen des Privaten mit jeweils historisch gewachsenen Gegebenheiten flexibilisieren lassen: Privat ist oder soll sein, was die Funktionen der Privatheit unter den gegebenen sozialen Bedingungen erfüllt.

2. Privatheit im gesellschaftlichen Wandel

Komplexität und Dynamik des Privatheitsverständnisses entstehen nicht zuletzt durch den besonderen Einfluss des sozialen und technischen Wandels. Entgegen der verbreiteten Klage über das »Ende der Privatsphäre« hat man auch gegenwärtig nicht mit ein-, sondern mit mehrdimensionalen und teilweise ambivalenten Entwicklungen zu tun. Aktuelle Diskussionen, die die Erosion der Privatsphäre herausstellen, drehen sich um das Schlagwort »Privatsphäre versus Überwachungsgesellschaft«²⁰ oder um das Verhältnis zwischen Privatheit und Medien. Neue Techniken und technische Infrastrukturen steigern in Kombination mit parallelen sozialen Entwicklungen die Beobachtungs-, Datenspeicherungs-, Auffinde- und Auswertungsmöglichkeiten.²¹ Anschaulich wird dies mit Blick auf die weit reichende Beobachtbarkeit der Kommunikation im Internet und auf den Umfang hinterlassener »Datenspuren«, aber auch auf die steigende Leistungsfähigkeit von Chip- und Videotechniken und auf die zunehmenden Vernetzungen. Zugleich werden staatliche Überwachungsermächtigungen ausgebaut; Beispiele sind Videoüberwachungen öffentlicher Räume, akustische und optische Wohnungsüberwachungen, Telefonüberwachungen und Vorratsdatenspeicherung oder der Zugriff auf PCs über das Internet. Diskussionen um das Verhältnis zwischen Privatheit und Medien drehen sich um die Veröffentlichung des Privaten bei gleichzeitiger Privatisierung von Öffentlichkeiten²², etwa an den Beispielen der Privatsphäre Prominenter, der Inszenierung des Privaten in Medienformaten und im Web oder der Veröffentlichung eigener und fremder persönlicher Daten in Foren oder Blogs.²³

20 Statt vieler P. Schaar, Das Ende der Privatsphäre, 2007; G. Schwarz, in: Hummler/Schwarz (Hrsg.), Das Recht auf sich selbst, 2003, S. 11 (12 ff.).

21 Differenzierte Analyse der Veränderungen des Gedächtnisses der Gesellschaft bei E. Esposito, Soziales Vergessen, 2002, S. 337 ff.

22 Vgl. etwa die Beiträge in K. Imhof/P. Schulz (Hrsg.), Die Veröffentlichung des Privaten – die Privatisierung des Öffentlichen, 1998; P. Nolte, Merkur Bd. 60 (2006), 499 (500); S. Seubert, in: Seubert/Niesen (Hrsg.), Die Grenzen des Privaten, 2009, S. 9 (9 ff.).

23 S. etwa R. Weiß, in: Jurczyk/Oechsle (Hrsg.), Das Private neu denken, 2008, S. 174 (179 ff.); und die Beiträge in F. Herrmann/M. Lünenborg (Hrsg.), Tabubruch als Programm, 2001, sowie in R. Weiß/J. Groebel (Hrsg.), Privatheit im öffentlichen Raum, 2002. Zur Veröffentlichung von Bewertungen in Internetforen viel diskutiert: BGH, NJW 2009, 2888 (2888 ff. – spickmich.de); dazu etwa A. Kaiser, NVwZ 2009, 1474 (1474 ff.); C. Gomille, ZUM 2009, 815 (815 ff.).

Unabhängig von Beurteilungen im Detail lassen sich Erosionen leitbildender Denkmuster feststellen: Die Dichotomie zwischen Privatheit und Öffentlichkeit weist nicht nur Grenzverschiebungen und Grauzonen auf, sondern wird mit Rücksicht auf die Ausdifferenzierung unterschiedlicher Öffentlichkeiten überhaupt in Frage gestellt. Überkommene Zugänglichkeitsgrenzen physischer oder sozialer Natur, wie sie etwa wegen der Formen der Kommunikation oder der relativen Anonymität in öffentlichen Räumen bestanden haben, verändern sich. Schließlich wird die Idee der Kontrolle als konstitutives Merkmal der Privatheit und als Hintergrundfolie individueller Rechte obsolet. Damit stehen nicht zuletzt die Grundrechte vor neuartigen Herausforderungen.

III. Grundrechtsschutz der Privatheit

Infolge der heterogenen und vielschichtigen Privatheitskonzeptionen können Privatheit im Recht und ihr grundrechtlicher Schutz vielfältig thematisiert werden. Auf einer elementaren Ebene gewährleisten Grundrechte als solche Privatheit, soweit sie individuelle Freiheitsgarantien und korrespondierende subjektive Rechte verankern. Einen explizit textlichen Anknüpfungspunkt für den Schutz von Privatheit, Privatleben oder Privatsphäre gibt es im Grundgesetz – anders als in dem als Auslegungshilfe²⁴ zu berücksichtigenden Art. 8 I EMRK und in Art. 7 EU-GRCharta²⁵ – dagegen nicht. Die speziellen Gewährleistungen verknüpfen vielmehr näher bezeichnete Themen mit einem Freiheits-, Unverletzlichkeits- oder Schutzversprechen. Sie heben die Verbürgung der Privatheit, ohne sich darin zu erschöpfen, in einer in gewissem Umfang eigenständigen Bereichsdogmatik auf und erreichen dadurch Tiefenschärfe.²⁶ Als Kriterium zur Beschreibung von Gewährleistungsinhalten dient der Begriff der Privatheit vor allem im Kontext der Artt. 10 I, 13 I und 2 I i. V. m. Art. 1 I GG.²⁷ Er hilft, Inhalte und Gewicht des Schutzes zu präzisieren und unterschiedlichen Formen des Zugangs, u. a. der Gewinnung und Verarbeitung von Daten und Informationen, Eingriffscharakter zuzuerkennen.

24 Dazu BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (315 ff.); 120, 180 (200 f.); s. auch M. Albers, in: Erbguth/Masing (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem, 2008, S. 51 (51 ff.).

25 Zum »right of privacy« im US-amerikanischen Recht T. Zolotas, Privatleben und Öffentlichkeit, 2010, S. 14 ff., 36 ff.

26 Eher bloss deswegen die Ausführungen bei M. Maus, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2007, S. 48 ff., die in Übernahme der Unterscheidungen dezisionaler, räumlicher und informationeller Privatheit bei Rössler (Fußn. 2), S. 144 ff., erfolgen. Stärker grundrechtsspezifisch entfaltend D. Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1980, S. 135 ff.

27 Vgl. z. B. BVerfGE 85, 386 (395 f.); 89, 1 (12); 109, 279 (309, 325); 115, 166 (182 ff., 196); 120, 224 (238 f.); 120, 274 (309 f., 311). In jüngeren Entscheidungen geht das BVerfG – in einer nicht ganz treffenden Gegenüberstellung – davon aus, dass Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG »Verhaltensfreiheit und Privatheit« schütze, vgl. BVerfGE 120, 180 (197); 120, 274 (312).

1. Privatheitsschutz in formal umgrenzten Räumen: Wohnung und Telekommunikation

Art. 13 GG schützt die Wohnung, eingeschränkt durch qualifizierte Gesetzesvorbehalte, als räumliche Sphäre des Privatlebens.²⁸ Dabei wird die »Wohnung« im Ausgangspunkt nicht nutzungsbezogen, sondern mittels physischer Grenzen abgegrenzt. Im Detail mag zwar Streit darüber entstehen, was hinreichende Grenzen des so bestimmten Räumlichen sind. Ist dies jedoch geklärt, kommt es wegen des formalen Anknüpfungspunktes im Ansatz nicht darauf an, ob das in den geschützten Räumen – Wohnräume, Betriebs- und Geschäftsräume, umhegte Gärten²⁹ – stattfindende Geschehen als solches als »privat« einzustufen ist.

Den Schutzgehalt der Unverletzlichkeit des Brief- und Fernmeldegeheimnisses beschreibt das BVerfG gelegentlich als Gewährleistung einer »Privatheit auf Distanz«.³⁰ Art. 10 I GG stellt auf die Benutzung der jeweiligen Vermittlungstechniken und -leistungen als formalem Anknüpfungspunkt ab. Begreifbar in Raummetaphern erfasst er den Übermittlungsvorgang vom Absenden der Nachricht bis zu ihrem Empfang im Herrschaftsbereich des Empfängers.³¹ Die seinem Anknüpfungspunkt zu Grunde liegenden technischen und sozialen Bedingungen haben sich mit der Entwicklung einheitlicher Telekommunikations- und Funknetze, der Vernetzung von Rechnern und Netzwerken, der zunehmenden internetvermittelten Kommunikation sowie den zahlreichen Hybridformen zwischen Individual- und Massenkommunikation allerdings deutlich verändert. Daher muss man, vor allem auch in Abgrenzung zu Art. 5 I 2 GG, präzisieren, inwieweit gerade die Garantie des Art. 10 I GG einzusetzen ist. Grundlegende Grenzziehungen müssen sich so gestalten, dass dieses Grundrecht zumindest greift, solange der Charakter der Kommunikation im Netz nicht erkennbar ist.³² Ist eine Einordnung möglich, richtet sich die weitere Abgrenzung danach, ob die Kommunikation prinzipiell allgemein zugänglich oder ob die Zugänglichkeit Dritter durch technische und auf die Einschränkung des Kreises der Kommunikationsteilnehmer gerichtete Vorkehrungen begrenzt ist.³³ Welche Anforderungen an solche Vorkehrungen zu stellen sind und wie begrenzt der Kreis der miteinander kommunizierenden Personen sein muss, ist angesichts des Spektrums denkbarer Zugangsvorkehrungen (Verschlüsselungen unterschiedlichen Grades, Modi zur Verteilung von Zugangsberechtigungen über den Betrei-

ber eines Dienstes, bloße Anmeldung über Passwörter ohne förmlichen Identitätsnachweis) sowie der fließenden Grenzen und der Hybridformen zwischen Individual- und Massenkommunikation³⁴ ausarbeitungsbedürftig. In den jeweils ausgearbeiteten formalen Grenzen bietet Art. 10 I GG im Ansatz einen gegenständlich radizierten Schutz: Es kommt nicht darauf an, ob die Kommunikationen privaten oder anderen, etwa geschäftlichen oder politischen, Inhalts sind.³⁵ Weit über klassische Privatheitskonstellationen hinaus ist Art. 10 I GG heute eine zentrale Garantie der Freiheit und Unverletzlichkeit der auf Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Individualkommunikation im Netz. Er gewinnt für entsprechend viele Konstellationen sowohl in der Eingriffsabwehr- als auch in der Schutzpflichtdimension Bedeutung.

Die durch Art. 13 I, 10 I GG geschützten Räume oder Vermittlungsvorgänge und das in ihrem Rahmen stattfindende Geschehen sind prinzipiell gegen jedwede Form des Zugangs geschützt. Dies kann bei Wohnräumen ein physisches Eindringen, eine Durchsuchung oder eine akustische und visuelle Überwachung sein, selbst wenn sie wie z. B. eine Infrarotüberwachung ausschließlich von außen erfolgt.³⁶ Bei Brief- und Telekommunikationen sind beispielsweise das Unterbinden der Kommunikation oder Überwachungen denkbar. Die Gewährleistungsgehalte beider Grundrechte erstrecken sich über die staatliche Kenntnisnahme hinaus auf die sich daran anschließenden Informations- und Datenverarbeitungsprozesse, insbesondere auch auf die Verwendung erlangter Kenntnisse.³⁷ Das BVerfG hat gerade hierzu in den letzten Jahren eine Vielfalt materieller und prozeduraler Anforderungen ausgearbeitet, aufgrund derer staatliche Überwachungen zwar regelmäßig im Grundsatz zulässig, die Speicherung, Verwendung oder Übermittlung erlangten Wissens jedoch über Zweckbindungen oder die Figur des »hypothetischen Ersatzeingriffs« eingeschränkt und etwa auch technische oder organisatorische Vorkehrungen zwecks Datensicherheit geboten sind.³⁸

Trotz der formalen Anknüpfungspunkte ist das Gewicht des Schutzes unter thematischen Aspekten zu bestimmen, sobald es darauf im Falle einer den Zugang erlaubenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage ankommt. Dabei können zunächst die spezifischen Schutz-

28 Näher BVerfGE 89, 1 (12); 101, 361 (382 ff.); 103, 142 (150 f.); 109, 279 (313 f., 326); 120, 274 (309); Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 13 Rdnr. 2.

29 BVerfGE 32, 54 (69 ff.); 97, 228 (265); Gornig (Fußn. 28), Rdnr. 15. Vgl. auch EGMR (Niemitz), EuGRZ 1993, S. 65 (66 f.).

30 BVerfGE 115, 166 (182); BVerfG (K), NJW 2007, 351 (356); Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fußn. 28), Art. 10 Rdnr. 19.

31 Zu Zuordnungsproblemen im Bereich der Telekommunikation BVerfGE 115, 166 (185 ff.); M. Baldus, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 10 Rdnr. 10.

32 So auch BVerfG, Urt. v. 2. 3. 2010, – 1 BvR 256/08 u. a., abrufbar unter www.bverfg.de, Rdnr. 192.

33 So überzeugend Gusy, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fußn. 28), Art. 10 Rdnr. 44.

34 Zu beantworten kann auch die Frage sein, inwieweit sich das Auftreten der Kommunikationsteilnehmer unter einem Pseudonym auf den Schutz gegen Überwachungen auswirkt; dazu für Chat-Rooms (zu) weit reichend etwa T. Böckenförde, Die Ermittlung im Netz, 2003, S. 240 ff.

35 So BVerfGE 100, 313 (358).

36 BVerfGE 32, 54 (72 ff. mit Einschränkungen beim Eingriff im Falle allgemein zugänglicher Räume); 103, 142 (151); 109, 279 (327); 120, 274 (309 f.).

37 Grundlegend BVerfGE 100, 313 (359); 109, 279 (325 f., 374). Außerdem etwa BVerfG, Urt. v. 2. 3. 2010, – 1 BvR 256/08 u. a., abrufbar unter www.bverfg.de, Rdnr. 190.

38 S. z. B. BVerfGE 100, 313 (385 ff.); 109, 279 (374 ff.); BVerfG, Urt. v. 2. 3. 2010, – 1 BvR 256/08 u. a., abrufbar unter www.bverfg.de, Rdnr. 220 ff.

kriterien einzelner Freiheitsgewährleistungen weiterhelfen.³⁹ Kriterien des Schutzes gerade durch Art. 13 I oder Art. 10 I GG lassen sich insbesondere mit Rücksicht auf die Funktionen der geschützten Privatheit herausarbeiten. So dienen Wohnräume dem Recht, in Ruhe gelassen zu werden und sich nach selbstgesetzten Maßstäben zu entfalten⁴⁰, und die Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses soll vermeiden, dass die Kommunikation unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten befürchten müssen, dass staatliche Stellen Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen und verwerten.⁴¹ Ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung ist mit entsprechend eigenständiger Begründung aus sich heraus und jedenfalls nicht mittels eines Sozialbezugs, der über die Zugriffsinteressen begründet wird⁴², zu spezifizieren.⁴³

Neuartige Probleme des Schutzes der Privatheit über Art. 13 und Art. 10 GG resultieren aus der Möglichkeit, über das Internet auf die Festplatte eines sich physisch in der Wohnung befindenden, aber mit dem Internet verbundenen Rechners zuzugreifen. Das BVerfG hat die »Online-Durchsuchung« nur begrenzt an der Verbürgung der Unverletzlichkeit des Telekommunikationsgeheimnisses und gar nicht an der Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung gemessen.⁴⁴ Die Begründung, außerhalb der Wohnung bestünden in gleicher Weise Gefährdungslagen, stützt diese Lösung, wenn und weil ein vergleichbarer Schutz über Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG sichergestellt wird. Konsequenz ist eine trotz der physischen Überlapung erfolgende Differenzierung des grundrechtlichen Schutzes der Privatheit in Wohnräumen und in »virtuellen Räumen«.

2. Privatheitsschutz durch das Recht auf Achtung der Privatsphäre

a) Charakteristika und Spektrum der Gewährleistung

aa) Entwicklungslinien und Grundlagen

Das aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG hergeleitete Recht auf Achtung der Privatsphäre ist Ausgangsbasis der Entwicklung grundrechtlicher Determinanten im Hinblick auf den staatlichen Umgang mit persönlichen Informationen und Daten.⁴⁵ Ursprünglich umriss die »Privatsphäre« eine abgeschottete Situation des Alleinseins oder der Interaktion

weniger Beteiligter. Gesprächsinhalte oder Daten waren »privat«, wenn und weil sie die Privatheit ihres Entstehungskontexts teilten.⁴⁶ Die engen Grenzen dieser Konzeption sind freilich mittlerweile überwunden.

Zum einen hat das BVerfG auf Fallkonstellationen, die die überkommene Privatsphärenkonzeption sprengten⁴⁷, mit neuen Konkretisierungen des Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG reagiert. Eine solche Strategie besonderer Rechte hat eine Reihe von Vorteilen gegenüber dem breiter angelegten Schutzgut der Achtung des Privatlebens in Art. 8 I EMRK.⁴⁸ Heute steht das Recht auf Achtung der Privatsphäre neben dem Recht am eigenen Wort und am eigenen Bild, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder dem Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Die anderweitigen Rechte sind nicht exklusiv auf den Schutz von Privatheit zugeschnitten, tragen aber zu ihm bei. Das Verhältnis zueinander ist nicht von vornherein festgelegt; es lässt sich in Abhängigkeit von der Beschreibung der Gewährleistungsbereiche im Sinne eines Nebeneinanders, einer Komplementarität oder einer Kooperation gestalten.⁴⁹

Zum anderen reicht das Recht auf Achtung der Privatsphäre seinerseits über die in den Ausgangsentscheidungen umrissenen Situationen und über eine »Abwehrformel«⁵⁰ hinaus.⁵¹ Trotz der verräumlichenden Metaphorik der Achtung der Privat«sphäre« bestimmen sich der geschützte Bereich und seine Grenzen nicht lediglich nach räumlichen Kriterien, sondern auch unter Aspekten sozialer Zugänglichkeit. Neben räumlich und zeitlich bestimmten Rückzugsbereichen sind Interaktions- und Kommunikationssituationen, die vorrangig durch ein besonderes Nähe- und Vertrauensverhältnis zwischen den beteiligten Personen abgegrenzt werden, sowie Angelegenheiten geschützt, die wegen ihres Informationsinhalts typischer-

39 Vgl. zum Einfluss anderweitiger Freiheitsgewährleistungen BVerfGE 100, 313 (365); 107, 299 (329 ff.); 109, 279 (326 f.).

40 S. z. B. BVerfGE 109, 279 (313 f.).

41 BVerfGE 100, 313 (359).

42 So im Ansatz jedoch BVerfGE 80, 367 (374); 109, 279 (319); 113, 348 (391). Wie hier *Horn* (Fußn. 3), Rdnr. 72 f.

43 Zum »unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung« BVerfGE 109, 279 (313 f., 318 ff.); 113, 348 (390 ff.); 120, 274 (335 ff.). Zur Diskussion *M. Baldus*, JZ 2008, 218 (218 ff.); *R. Poscher*, JZ 2009, 269 (269 ff.).

44 BVerfGE 120, 274 (306 ff., 309 ff.). Für einen Schutz durch Art. 13 GG etwa *J. Rux*, JZ 2007, 285 (292 ff.); *U. Buermeyer*, HRRS 2007, 329 (332 ff.); *M. Kutscha*, NJW 2007, 1169 (1170 f.).

45 Dies ist der seine Ausdifferenzierung tragende Grund, vgl. ausf. *Albers* (Fußn. 15), S. 193 ff.

46 BVerfGE 27, 344 (351 f.); 32, 373 (379); 33, 367 (377 f.). Ausf. Analyse bei *Albers* (Fußn. 15), S. 198 ff., 206 ff.; s. außerdem *Rohlf* (Fußn. 26), S. 86 ff.

47 Zur Umstellung auf den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz BVerfGE 54, 148 (153 ff.). Zur Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung mit Rücksicht auf die literarische Kritik, für den Schutzbedarf hinsichtlich des Umgangs mit personenbezogenen Daten komme es nicht auf den Entstehungs-, sondern auf den Verwendungskontext an, BVerfGE 65, 1 (41 ff., bes. 45).

48 Art. 8 I EMRK muss im systematischen Kontext der EMRK zugleich die Funktionen des Persönlichkeits- und körperlichen Integritätsschutzes realisieren, vgl. *T. Marauhn/K. Meljnik*, in: *Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Rdnr. 17; *R. Uerpmann-Witzack*, in: *Ehlers* (Hrsg.), EuGR, 3. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 3. Zum Überblick über die Rspr. des EGMR *Maus* (Fußn. 26), S. 115 ff.; *Zolotas* (Fußn. 25), S. 159 ff. Insgesamt unter Aspekten des Datenschutzes *Siemen*, Datenschutz als europäisches Grundrecht, 2006, S. 51 ff.

49 Vgl. noch Punkt III.2.a. bb und cc.

50 *S. Simitis*, DVR 1973, 138 (145).

51 Zu Weiterentwicklungen s. insbes. BVerfGE 101, 361 (382 ff.); und dazu *Albers* (Fußn. 15), S. 248 ff. Zur Rückkoppelung des Rechts auf Achtung der Privatsphäre an das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit BVerfGE 90, 255 (260).

weise als »privat« eingestuft werden, etwa Tagebuchinhalte über Auseinandersetzungen mit sich selbst oder Angaben über Krankheiten.⁵² Das BVerfG präzisiert die jeweiligen Grenzen mit Hilfe eines Rückgriffs auf Beschreibungen der Funktionen von Privatheit, bei denen der Einfluss soziologischer und psychologischer Überlegungen deutlich ist: Rückzugsbereiche ermöglichen Entspannung, psychische Entlastung von Selbstkontroll- und Selbstdarstellungserfordernissen sowie ein Zu-sich-selbst-Kommen. Interaktionssituationen mit Familienangehörigen und sonstigen Vertrauenspersonen, die gegen die Kenntnisnahme anderer abgeschottet und vertraulich gestaltet sind, erlauben einen rückhaltlosen Ausdruck eigener Emotionen, freimütige Äußerungen des eigenen Urteils über Verhältnisse und Personen oder eine entlastende Selbstdarstellung. Die Ausgrenzung »privater« Angelegenheiten oder Angaben aus dem Wissen anderer ist Bedingung der Möglichkeit von Gewissensauseinandersetzungen, der sexuellen Entfaltung oder der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe, die ihrerseits grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen darstellen.⁵³ Diese Form der Konkretisierung ermöglicht es, Inhalte und Grenzen des Rechts auf Achtung der Privatsphäre nicht an starren Kriterien einer mehr oder weniger weit reichenden Abschottetheit zu orientieren. Das Gewährleistungsspektrum lässt sich sowohl breiter, etwa hinsichtlich der Schutzfacetten, als auch flexibler anlegen, etwa hinsichtlich des Kreises der ein Vertrauensverhältnis konstituierenden Personen.⁵⁴

Der Achtungsanspruch richtet sich prinzipiell gegen jede Form des Zugangs. Er erstreckt sich auf die sich an eine Kenntniserlangung anschließenden Informations- und Datenverarbeitungsprozesse. Im Unterschied zu den Anforderungen der Art. 13 I und Art. 10 I GG oder des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind die Vorgaben, die gerade das Recht auf Achtung der Privatsphäre für staatliche Verarbeitungs-, Wissensgewinnungs- und -verwendungsprozesse stellt, bislang jedoch wenig ausgearbeitet worden und hinsichtlich der Abgrenzungen klärungsbedürftig.⁵⁵ Die Schutzdimensionen schließen sowohl Eingriffsabwehrrechte als auch Schutzpflichten⁵⁶ ein.

Dass das Recht auf Achtung der Privatsphäre verschiedenartige, nicht mittels formaler Anknüpfungspunkte bestimmbare Zugänglichkeitsgrenzen betrifft, aber auch nicht unbegrenzt ausgedehnt werden kann und unter Berücksichtigung der Funktionen der Privatheit zu präzisieren ist,

macht die besondere Konkretisierungsbedürftigkeit seines Gewährleistungsbereichs aus.⁵⁷ In genau dieser Form kann es allerdings auch neue Gefährdungslagen erfassen. Es bietet dabei einen Schutz von spezifischem Gewicht.⁵⁸

bb) Schutz der Privatheit in Öffentlichkeiten

In den aktuellen Debatten um die Privatheit wird herausgestellt, dass die traditionelle Dichotomie von Privatheit und Öffentlichkeit (im Sinne einer allgemeinen Publizität) in modernen Problem- und Gefährdungslagen nicht mehr passt. Mit neuartigen technischen Möglichkeiten und sozialen Entwicklungen ändern sich vormals bestehende physische oder soziale Grenzen des Zugangs (im umfassenden, Überwachungsvorgänge oder die mediale Publizierung einschließenden Sinne⁵⁹). Zugleich differenzieren sich unterschiedlichste Öffentlichkeiten aus (z. B. lokale Öffentlichkeit, Zeitungsoffentlichkeit, Forenöffentlichkeit, Suchmaschinenöffentlichkeit). Vor diesem Hintergrund erscheint eine Zuordnung als entweder privat oder öffentlich nicht mehr zwingend. Darauf reagierende Vorschläge fordern einen Schutz der »Privatheit im öffentlichen Raum« oder besser: der »Privatheit in Öffentlichkeiten«⁶⁰:

Bewegt man sich in der lokalen Öffentlichkeit einer Straße oder eines Marktplatzes, befindet man sich zwar im öffentlichen Raum. Dennoch gibt es Zugänglichkeitsgrenzen sozialer Natur, an denen man sich orientiert und auf die man sich verlässt. Auch ohne physische Umhörungen können solche Räume in Abhängigkeit von der Beschreibung mit Privatheitserwartungen verbunden sein und Privatheitsfunktionen erfüllen: Man verhält sich situationsangepasst unbefangen und entspannt sich unter Umständen von Selbstpräsentationsanforderungen in offiziellen Kontexten, sofern man erwartet, dass die Wahrnehmung durch andere nur ein personell begrenztes und regelmäßig flüchtiges Wissen begründet.⁶¹ Die technisch ermöglichten unbemerkten Fotografien aus weiter Ferne zwecks Veröffentlichung in Zeitungen und Internet oder Videoüberwachungen öffentlicher Räume verändern die Form der Öffentlichkeit und damit zugleich die relative Privatheit oder eine relative Anonymität.⁶²

Die Frage des grundrechtlichen Schutzes der »Privatheit in Öffentlichkeiten« lässt sich mit Blick sowohl auf Inhalte und Reichweite des Rechts auf Achtung der Privatsphäre als auch auf die anderweitigen Rechte aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG angemessen lösen. Für den durch jenes Recht geschützten Rückzugsbereich im Konfliktfeld zwischen Grundrechtsträgern und Medien stellt das BVerfG – in Reaktion auf die einschlägigen Entscheidungen des BGH,

52 Vgl. BVerfGE 101, 361 (382 f.). Das BVerfG verweist für seine Beispiele privater Informationen auf vorangegangene Entscheidungen; die Beispiele sind nicht erschöpfend gemeint.

53 Zu allem BVerfGE 101, 361 (382 f.). S. außerdem BVerfGE 90, 255 (260); 120, 274 (311). Vgl. auch etwa G. Britz, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*, 2007, S. 74 f.

54 S. dazu etwa BVerfG (K), *Beschl. v. 27. 7. 2009 – 2 BvR 2186/07 – Rdnr. 18 f.* (Cliquesfreundschaft als Nähebeziehung), abrufbar unter www.bverfg.de.

55 S. noch unter Punkt III.2.c.

56 Zum zivilrechtlichen Schutz der Privatsphäre S. Balthasar, *Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht*, 2006, S. 111 ff.

57 Vgl. BVerfGE 120, 180 (199); st. Rspr.: »Die Grenzen der geschützten Privatsphäre lassen sich nicht generell und abstrakt festlegen.«.

58 Vgl. BVerfGE 120, 180 (207).

59 Oben Punkt II.1. m.Nw.

60 S. z. B. Nissenbaum (Fußn. 17), bes. S. 113 ff.

61 Sieht man Kontrolle als konstitutives Merkmal von Privatheit an, lässt sich dies nicht treffend erfassen. Vgl. noch Punkt III.2.c.

62 Vgl. auch V. Beuthien, *K & R* 2004, 457 (458 f.), mit dem Vorschlag eines Rechts auf nicht-mediale Alltäglichkeit.

des BVerfG und des EGMR – darauf ab, ob »der Betroffene nach den Umständen, unter denen die Aufnahme gefertigt wurde, typischerweise die berechnete Erwartung haben durfte, nicht in den Medien abgebildet zu werden, etwa weil er sich in einer durch räumliche Privatheit geprägten Situation [...] aufhält.« Maßgeblich dafür ist das Kriterium der örtlichen Abgeschiedenheit. Dieses Kriterium ist freilich nicht nach starren physischen Grenzen und nicht in isolierender Betrachtung des Ortes als solchem, sondern situativ und unter Berücksichtigung sozialer Zugänglichkeitsgrenzen und entsprechender Privatheitserwartungen zu bestimmen.⁶³ Soweit es danach an einer örtlichen Abgeschiedenheit fehlt, kann das Persönlichkeitsrecht erhöhten Schutz gewähren. Dies hat das BVerfG für den Fall anerkannt, dass die Medienberichterstattung den Betroffenen in einem nicht abgeschiedenen Bereich, jedoch in Momenten der Entspannung oder des Sich-Gehen-Lassens erfasst.⁶⁴ Hinzu treten ausgefeilte Anforderungen des Rechts am eigenen Bild. Die Entwicklung eines Zusammenspiels mehrerer Rechte im Rahmen des Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG ermöglicht somit die Ausarbeitung sich ergänzender Schutzwirkungen.⁶⁵ Dies entlastet wiederum von der Problematik, die mit der Konkretisierungsbedürftigkeit des Schutzbereichs des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und bei der Umsetzung im Einzelfall entsteht.

cc) Schutz hinsichtlich privater Informationen

Dass sich ein Strang des Rechts auf Achtung der Privatsphäre auf Angelegenheiten bezieht, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als »privat« eingestuft werden, scheint der mit dem Volkszählungsurteil popularisierten Erkenntnis zu widersprechen, dass es »unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung kein »belangloses Datum« mehr«⁶⁶ gibt. Diese Ausführung des BVerfG wäre als pauschaler Appell zur Gleichbehandlung aller Daten jedoch missverstanden. Sie zielt lediglich darauf, dass Daten nicht von Vornherein aus jeglichem grundrechtlichen Schutz herausfallen dürfen. Für sich genommen belanglos wirkende Daten können in einem bestimmten Kontext oder in Verknüpfung mit anderen Daten einen Informationsgehalt erhalten, mit Blick auf den eine Person schutzbedürftig ist. Relativ zu einem bestimmten Kontext und unter Berücksichtigung des Informationsinhalts ist eine Beurteilung und Gewichtung des Schutzbedarfs jedoch möglich.⁶⁷ Der Schutz auf Grund

»privater« Informationen zielt daher auf Angaben über eine Person, die bei kontextübergreifend typisierender Betrachtung Informationen vermitteln, hinsichtlich derer unter Berücksichtigung der Funktionen von Privatheit spezifische Grenzen des Wissenszugangs anderer bestehen.

Im Vergleich zu der umfassenden Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu bestimmen⁶⁸, bietet das Recht auf Achtung der Privatsphäre eine gesteigerte Schutzgarantie. Da die Privatheit den grundsätzlich erfassten Angelegenheiten nicht »von Natur aus«, sondern mittels einer typisierenden Argumentation zukommt, bleibt Raum für das Selbstverständnis der Grundrechtsträger bei Selbstthematizierungen und -inszenierungen.

b) Konkretisierungsbedürftigkeit der Gewährleistungsinhalte

Nach allem kennzeichnet es das Recht auf Achtung der Privatsphäre, dass Inhalte und Grenzen mittels einer konkretisierenden Argumentation zu entwickeln sind und dass hierbei insbesondere die Funktionen relevant werden, die Privatheit erfüllt. Der Privatheitsbegriff bietet einen Kontaktpunkt zu den Überlegungen anderer Disziplinen. Funktionsbeschreibungen werden einerseits zwecks Konkretisierung des Schutzbereichs benötigt. Andererseits darf es sich weder um eine rein intuitive Auflistung mit unkontrollierter Selektivität handeln noch darf die Abhängigkeit der Funktionsbeschreibungen vom jeweiligen theoretischen Rahmen und von Hintergrundannahmen vernachlässigt werden. Damit wird man an dieser Stelle auf das Grundsatzproblem verwiesen, wie sich aus der Perspektive des Rechts relevante Erkenntnisse anderer Disziplinen einbinden lassen.⁶⁹

Im Rahmen des Gewährleistungsbereichs muss man sich zudem auf neue Begrifflichkeiten einstellen. Dazu gehören etwa die »begründeten Privatheitserwartungen«.⁷⁰ Dies ist weniger nach Maßgabe der personalen Nähe und des Interesses anderer an einer Angelegenheit⁷¹ als vielmehr mit Blick darauf zu beantworten, ob die geschützte Person in den zu beurteilenden Situationen darauf vertrauen darf, dass es für andere Zugänglichkeitsgrenzen⁷² gibt. Das Kriterium ist eine Reaktion auf die Ausweitung und Flexibilisierung der Grenzen geschützter

63 Vgl. BVerfGE 120, 180 (207); näher die – konkretisierungsbedürftigen und weiterentwicklungsfähigen – Ausführungen in BVerfGE 101, 361 (384).

64 BVerfGE 120, 180 (207).

65 Im Unterschied dazu legt der EGMR den Schutzbereich des »Privatlebens« nach Art. 8 I EMRK breiter an und erfasst so Facetten, die Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG über das Persönlichkeitsrecht oder das Recht am eigenen Bild schützt.

66 BVerfGE 65, 1 (45).

67 Vgl. M. Albers, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR II, 2008, § 22 Rdnr. 31, hier auch zu den Schwierigkeiten einer Typisierung und mit Nw. zum Konzept der »sensitiven« Daten nach Art. 8 I EG-DSRiL.

68 BVerfGE 65, 1 (43) – Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

69 Weiterführend dazu H.-H. Trute, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, DV Beiheft 7 (2007), 115 (125 ff.); A. von Arnould, in: Funke/Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 65 (bes. 78 ff.).

70 Bislang herangezogen in den Caroline-Entscheidungen, BVerfGE 101, 361 (384); 120, 180 (207); s. außerdem mit Blick auf Art. 8 I EMRK BVerfG (K), NJW 2006, 3406 (3408). Vgl. weiter BVerfGE 120, 274 (306). S. auch EGMR, Urt. vom 25. 9. 2001, No. 44787/98 (P.G.), Rdnr. 57; Urt. vom 28. 1. 2003, No. 44647/97 (Peck), Rn 58, abrufbar unter <http://cmiskp.echr.coe.int>.

71 So Horn (Fußn. 3), Rdnr. 60.

72 Dies im weiten Sinne, also etwa auch dahingehend, ob man mit medialer Aufmerksamkeit und Publizität rechnen muss.

privater Bereiche, jedoch seinerseits ausarbeitungs- und konkretisierungsbedürftig.⁷³ Arbeitet man es umfassender aus, wird – zu Recht – der soziale Kontext relevant, im Rahmen dessen Privatheitserwartungen bestehen, und dieser Kontext wird nicht zuletzt durch soziale und rechtliche Normen geprägt.

c) *Privatheitsschutz in gesetzlich gestalteten Kontexten*

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre gibt im Ergebnis eine konkretisierungs- und entwicklungsfähige Garantie mit verschiedenen Schutzfacetten her, bei der unter anderem begründete Privatheitserwartungen im jeweiligen Kontext maßgeblich sind. Zugleich beschränkt es sich nicht auf den Schutz vor Einsichtnahmen, sondern erstreckt sich auf den Umgang anderer mit Informationen und Daten. Privatheitsschutz gestaltet sich somit immer auch kontextbezogen.

Dies führt zu der Überlegung, welche Anforderungen das Recht auf Achtung der Privatsphäre hinsichtlich der Gestaltung des jeweiligen Kontexts stellt, in dem Informationen und Wissen über Privates erzeugt und verwendet werden. Insbesondere im staatlichen Bereich sind diese Kontexte als ein Resultat der Vergesetzlichung, die das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausgelöst hat, immer schon durch gesetzliche Regelungen geprägt. Aus Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG werden zunehmend Vorgaben hergeleitet, die sich auf einer einzelnen Verarbeitungsschritten vorgelagerten Ebene auf die Ausgestaltung des jeweils relevanten Kontexts richten. Dazu gehören Zweckfestlegungen und Zweckbindungen, die die jeweils relevanten Wissens- und Handlungszusammenhänge ein- sowie den Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten begrenzen, organisations- und verfahrensbezogene Vorkehrungen oder Maßgaben zum Systemdatenschutz und zur Gestaltung der eingesetzten Kommunikations- und Datenverarbeitungstechniken.⁷⁴ Hinzu treten die noch ausarbeitungsbedürftigen Vorgaben aus dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, das, ohne dabei alleine auf erweiterte Zonen der Privatheit zu zielen, unter anderem auf Systemgestaltungen gerichtet ist.⁷⁵ Kontextbezogene Gewährleistungsgehalte sowohl des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als auch des IT-Grundrechts sind problemgerecht, weil die

Gefährdungslagen für die Grundrechtsträger eben auch von den Grenzen und Strukturen der sozialen Zusammenhänge abhängen, in denen sich Daten, Informationen und Wissen über Personen bewegen. Für den Privatheitsschutz gilt nichts anderes: Die beeinträchtigenden Wirkungen, die das Wissen über Krankheiten als »privaten« Angelegenheiten im arbeitsteiligen Gesundheitssystem hat, sind nicht ohne Blick auf dessen Ausgestaltung zu beurteilen.

Damit stellt sich für das Recht auf Achtung der Privatsphäre die Frage, inwieweit auch daraus ein Bündel verschiedener Vorgaben herzuleiten ist. Art. 13 I GG und Art. 10 I GG beurteilt das BVerfG als gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung spezielle Garantien und überträgt die bei diesem Grundrecht entwickelten Anforderungen weitgehend auf jene.⁷⁶ Beim Schutz der Privatsphäre dogmatisch passender und mit dem Hinzutreten des IT-Grundrechts nahe liegend ist die Alternative einer Komplementarität, bei der sich die Rechte auf informationelle Selbstbestimmung sowie auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme und das Recht auf Achtung der Privatsphäre im Sinne einer Grundrechtskooperation ergänzen. Ebenfalls entwickeln lässt sich eine Zwei-Ebenen-Konzeption: Auf einer konkreten Konstellationen vorgelagerten Ebene gibt Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG grundlegende Anforderungen an die Kontextbegrenzung und -strukturierung, an die System- und Technikgestaltung oder an die Verarbeitungsverfahren her. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre kann darauf aufbauend als vielfältig und trotzdem punktuell wirkende Garantie greifen, die den zu Gunsten der Grundrechtsträger geltenden Schutz spezifisch verstärkt.⁷⁷

Das Ergebnis mehrdimensionaler und vielschichtiger grundrechtlicher Anforderungen, die auch auf Kontext- und Technikgestaltungen zielen, und eines sich ergänzenden Zusammenwirkens individueller Rechtspositionen lässt sich abschließend auf die leitbildende Idee rückbeziehen, Privatheit zeichne sich durch die individuelle Kontrolle über den Zugang zu Privatangelegenheiten aus.⁷⁸ Wäre dies so, wäre eine »Erosion der Privatsphäre« ein zwingendes Resultat des sozialen und technischen Wandels. Das Paradigma individueller Kontrolle, zumal über die Informationen und das Wissen anderer über einen selbst, war jedoch schon immer bestenfalls begrenzt treffend.⁷⁹ In dem breiten Spektrum, das mit Privatheit erfasst wird, richten sich die Interessen nicht ausschließlich auf eine – teilweise gar nicht mögliche – individuelle Zugangs- und weitere Kontrolle, sondern etwa auch darauf, dass (darauf vertraut werden kann, dass) mit Privatsachen in einen

73 Dies etwa im Hinblick darauf, ob man es rein empirisch oder auch normativ zu verstehen hat. Vgl. auch zum Konzept der »reasonable expectations of privacy« S. Spencer, 39 San Diego Law Review (2002), 844 (844 ff.).

74 Zu den einzelnen Bausteinen Albers (Fußn. 67), Rdnr. 101 ff. m. zahlr. Nw. Insbes. zur Technikgestaltung s. etwa M. Hansen, Privacy Enhancing Technologies, in: Roßnagel (Hrsg.), Handbuch Datenschutzrecht, 2003, Kap. 3.3.

75 BVerfGE 120, 274 (314 ff.); W. Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1010 ff.); ders., AöR 134 (2009), 513 (530 ff.). Kritisch etwa M. Eifert, NVwZ 2008, 521 (521 ff.); G. Britz, DöV 2008, 411 (412 ff.); zust. dagegen M. Baecker, in: Uerpmann-Witzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, 2009, S. 1 (8 ff.). Mit dem Vorschlag einer »elektronischen Privatsphäre« zu kurz greifend T. Böckenförde, JZ 2008, 926 (bes. 938 f.).

76 S. BVerfGE 100, 313 (359 ff.); 109, 279 (325 ff.); 110, 33 (53).

77 Zu einer solchen Zwei-Ebenen-Konzeption ausf. Albers (Fußn. 15), S. 355 ff.

78 Näher oben Punkt II.1.: Kontrolle als konstitutives Merkmal. Zugrunde gelegt etwa bei Horn (Fußn. 3), Rdnr. 3 ff.; T. Hoppe, ZEuP 2005, 656 (663 ff.).

79 Grundsätzlich dazu im Hinblick auf die verfassungsgerichtliche Konzeption des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Albers (Fußn. 15), etwa S. 236 ff. Vgl. außerdem mit Blick auf moderne Kommunikationsinfrastrukturen W. Hoffmann-Riem, AöR 134 (2009), 513 (526 ff.).

angemessen gestalteten Kontext angemessen umgegangen wird. Privatheit wird nicht nur durch Möglichkeiten der Zugangskontrolle, sondern auch durch kontextuale Integrität konstituiert.⁸⁰ Deswegen sorgen neben Kontrollformen und -rechten vielfältige soziale Normen, institutionelle Gestaltungen, systemgestaltende Techniken oder kontextgestaltendes Recht dafür, dass sie gesichert wird.

IV. Zusammenfassung

Dem Schutz der Privatheit liegen Leitvorstellungen wie die traditionelle Dichotomie von Privatheit und Öffentlichkeit oder die Idee individueller Kontrolle zu Grunde. In Reaktion auf gesellschaftliche Herausforderungen sind die Garantien der Unverletzlichkeit der Wohnung, der

Unverletzlichkeit des Telekommunikationsgeheimnisses und der Achtung der Privatsphäre in den letzten Jahren weiterentwickelt worden. Insbesondere reicht das Recht auf Achtung der Privatsphäre deutlich über abgeschottete Situationen des Alleinseins oder der Interaktion weniger Beteiligter hinaus. Das BVerfG hat es aufgefächert, orientiert sich bei der Konkretisierung des Gewährleistungsbereichs an Überlegungen zu den Funktionen von Privatheit, operiert mit neuen Begriffen wie etwa dem der begründeten Privatheitserwartung und gelangt so zu bestimmten Schutzerweiterungen. Auch wenn in manchen Hinsichten Reflektions- und Ausarbeitungserfordernisse entstehen, kann das Recht auf Achtung der Privatsphäre in dieser Form neue Gefährdungslagen erfassen. Künftig wird man es noch stärker kontextbezogen ausarbeiten müssen. Individuelle Zugangskontrolle hat entgegen verfestigter Sehweisen keine konstitutive Bedeutung für Privatheit. Vielmehr wird Privatheit auch durch kontextuale Integrität konstituiert.

⁸⁰ Vgl. auch das auf den Umgang mit Informationen zugeschnittene Konzept der kontextualen Integrität bei *H. Nissenbaum*, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 *Washington Law Review* (2008), S. 119 (136 ff.); *dies.* (Fußn. 17), bes. S. 125 ff.