

Privatheit

Strategien und Transformationen

Herausgegeben von
Stefan Halft und Hans Kraß

MTS

MTS

Medien, Texte, Semiotik *Passau*

Herausgegeben von Hans Krah

Band 5

Stefan Halft/Hans Krah (Hrsg.)

Privatheit

Strategien und Transformationen

Privatheit

Strategien und Transformationen

Herausgegeben von
Stefan Halft und Hans Krahl

Verlag Karl Stutz
Passau 2013

Privatheit

Strategien und Transformationsmodelle

Herausgegeben von

Stefan Hahn und Hans Kersch

Erste Auflage 2013
Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Verlag Karl Stutz, Passau

ISBN 978-3-88849-215-0

Printed in Czech Republic

Privatheitsschutz als Grundrechtsproblem

Marion Albers

Privatheit ist kein ausdrücklich im Text der Grundrechte des Grundgesetzes verankertes Schutzgut. Ihr Verständnis wird traditionell durch mehrere grundlegende Dichotomien geprägt: Individuums vs. Gesellschaft, Privatheit vs. Staat, Privatheit vs. Öffentlichkeit. Sowohl Privatheitskonzeptionen als auch der rechtliche Privatheitsschutz haben immer schon auf den Wandel der Gesellschaft reagiert. In der gegenwärtigen Situation führen neue soziale und technische Entwicklungen jedoch zu einer grundlegenden Erosion weit verbreiteter Denkmuster. Die traditionelle Konzeption eines grundrechtlichen Schutzes – vorrangig in Form liberaler Abwehrrechte gegen staatliche Eingriffe – reicht für einen angemessenen Privatheitsschutz nicht mehr aus. Resultat ist dessen Fortentwicklung sowohl im Hinblick auf den Staat als auch gegenüber anderen Privaten mit der Folge grundlegender Novellierungen gewohnter Perspektiven und neuer Herausforderungen, etwa hinsichtlich der Herstellung von Privatheit durch Recht oder des Erfordernisses interdisziplinärer Ansätze und reflexiver Mechanismen im Recht.

Privacy as a protected interest is not explicitly enshrined in the text of the German Constitution. Traditionally, its understanding is characterized by several basic dichotomies: private matters vs. those of public interest, privacy vs. the State or privacy vs. the public. Both, concepts of privacy and its legal protection have always been responsive to the changes in society. But in the current situation social change and technological progress are eroding guiding paradigms. The established system of constitutional protection, which is focussed on individual rights as a defense against governmental or administrative interference, can no longer sufficiently guarantee an adequate protection of privacy. Therefore, concepts of privacy are evolving not only with regard to the State but also with regard to private organizations or persons. This will eventually lead to a revision of traditional perspectives and to the formation of new concepts of privacy. The forming of privacy by legal rules, the necessity for interdisciplinary approaches and reflexive mechanisms within the law are only but a few of the challenges to be met in future.

1 Einleitung

Privatheit ist ein Kernthema des Rechts und scheint ein gesicherter Schutzgegenstand von Grundrechten zu sein. Nähere Analysen zeigen jedoch, dass sie sich keineswegs unvermittelt erschließt. Im Text des Grundgesetzes (GG) ist sie nicht explizit verankert. Mit dem „Anspruch auf Achtung des Privatlebens“ finden sich zwar in Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonven-

tion (EMRK) oder in Art. 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrC) textliche Anker.¹ Selbst dort griffe es jedoch zu kurz, den Schutz von Privatheit ausschließlich mit ebendiesen Normen zu verbinden. Privatheit ist vielschichtig. Es gibt „nicht die *eine* Geschichte des Privaten“ (Rössler 2001: 15, Hervorhebung im Original); hinter dem Begriff steht ein Bündel verschiedener Probleme und Beobachtungsmuster, die Ähnlichkeiten teilen, jedoch nicht durch ein einheitliches Konzept miteinander verbunden sind.² Diese Vielschichtigkeit kennzeichnet auch die überkommenen und die neuen rechtlichen Diskurse. Dabei hat es immer wechselwirksame Einflüsse zwischen dem Privatheits- und dem Grundrechtsverständnis gegeben. Privatheit präsentiert sich als ein von zahlreichen Disziplinen geprägter Schlüsselbegriff, dem Verständigungs-, Deutungs-, Vernetzungs- und Orientierungsfunktionen zukommen.³ Nicht zuletzt deswegen ist sie eine so nachhaltig wirkende Idee.

Im Folgenden werden zunächst Grundlagen erläutert, dies sowohl hinsichtlich der Grundrechtsnormen (Abschnitt 2.1) als auch hinsichtlich der maßgeblichen Privatheitskonzeptionen (Abschnitt 2.2). Das Grundrechts- und das Privatheitsverständnis sind auf mehreren Ebenen und unter mehreren Aspekten eng miteinander verflochten und beeinflussen sich wechselseitig (Abschnitt 2.3). Das Recht reagiert auf gesellschaftliche Debatten über Privatheit ebenso wie es das Verständnis von Privatheit mitprägt. Der anschließende Teil knüpft an den aktuellen, mit einer Erosion bislang gültiger Denkmuster einhergehenden Wandel der Privatheit an (Abschnitt 3.1) und zeigt die daraus resultierenden Herausforderungen für die inhaltliche und dogmatische Gestaltung des Grundrechtsschutzes auf (Abschnitt 3.2). Privatheitsschutz erweist sich als Innovationsmotor im Recht (Abschnitt 4).

2 Grundrechtsschutz und Privatheit: Grundlagen und Wechselspiele

2.1 Inhalte und Funktionen von Grundrechtsnormen

In den Normenarchitekturen des Rechtssystems stellen Grundrechte grundlegende, gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften hierarchisch übergeordnete Normen mit vielfältigen Funktionen dar. Ihr historischer Entstehungskontext ist der nationale Verfassungsstaat. Mittlerweile sind sie in der

¹ Zum „right of privacy“ im US-amerikanischen Recht siehe Zolotas (2010: 14 ff., 36 ff.).

² Siehe ausführlich bei Solove (2008).

³ Zu Schlüsselbegriffen siehe Voßkuhle (2006: Rn. 40f.).

Grundrechtecharta der Europäischen Union supranational und in Gestalt von Menschenrechten in der EMRK völkerrechtlich fundiert.

Die Grundrechtsnormen des Grundgesetzes setzen sich ihrer Struktur nach einerseits aus dem Schutzbereich und andererseits aus Vorbehalten in Form eines Gesetzesvorbehalts oder verfassungsimmanenter Regelungsmöglichkeiten zusammen. Ihr Schutzbereich verknüpft näher bezeichnete Themen mit einem Freiheits-, Unverletzlichkeits- oder Schutzversprechen. So werden beispielsweise die freie Entfaltung der Persönlichkeit, die Freiheit des Gewissens und der religiösen Überzeugungen, der besondere Schutz von Ehe und Familie oder die Unverletzlichkeit der Wohnung und des Telekommunikationsgeheimnisses normiert. Die Vorbehalte ermöglichen und überantworten es der Legislative, die auf den ersten Blick weitreichenden Freiheitsverbürgungen im Wege verfassungsmäßiger gesetzlicher Bestimmungen einzuschränken, auszugestalten oder zu konkretisieren. Verfassungsmäßige gesetzliche Bestimmungen stellen dann die notwendigen Rechtsgrundlagen für die Entscheidungen der Exekutive oder Judikative. Dieses – im Detail noch vielfältig verfeinerte – Gesamtarrangement soll individuelle und öffentliche Interessen ausbalancieren. Grundrechtsnormen enthalten dabei nicht nur objektive Rechtsbindungen für den Staat, sondern vermitteln den geschützten Personen zudem subjektive Rechte: Grundrechtsträger können die Beachtung grundrechtlicher Bindungen vor Gericht durchsetzen.

Nach ‚klassischer‘ Sicht dienen Grundrechte primär als *Abwehrrechte* gegen staatliche Eingriffe (vgl. BVerfGE 7, 198, 204 f.). Die geschützten Personen haben bestimmte Freiheiten oder Rechtspositionen und können im Wege des Rechtsschutzes freiheitsbeeinträchtigende staatliche Maßnahmen abwehren, sofern diese verfassungsrechtliche Anforderungen missachten. Hinter der klassischen Eingriffsabwehr stehen bürgerlich-rechtsstaatliche oder liberale Grundrechtskonzeptionen. Gesellschaft und Staat werden dabei in spezifischer Form differenziert und als Funktions- und Entscheidungssphären gegeneinander abgegrenzt. ‚Freiheit‘ wird als Freiheit vom Staat, das heißt in verräumlichendem Denken als vor- oder außerstaatliche Sphäre und als ‚natürliche Freiheit‘ begriffen; der Staat wird ausgegrenzt. Konsequenterweise richten sich die Grundrechte auf den Schutz des sozial bereits vorhandenen oder sich bildenden realen Freiheitsbestandes (vgl. Böckenförde 1974: 1532). Die Bedingungen der Möglichkeit individueller Freiheit, deren soziale Konstitution oder deren sozialer Kontext werden ausgeblendet. Aus diesem Ansatz ergeben sich spezifische Schutzgüter der Grundrechte. Geschützt sind insbesondere die individuelle Selbstbestimmung, das individuelle Belieben oder eigenverant-

wortliche Entscheidungs- und Verhaltensmöglichkeiten, aber auch der eigene Körper und darauf bezogene Entscheidungsoptionen sowie das Eigentum.⁴ Gesetze oder gesetzestgestützte Verwaltungsmaßnahmen erscheinen als Eingriffe in die grundrechtlichen Schutzpositionen, wenn und weil sie (beispielsweise in Form von Geboten oder Verboten) die individuellen Entscheidungs- und Verhaltensmöglichkeiten einschränken. Solche Eingriffe sind angesichts der in den Grundrechtsnormen enthaltenen Vorbehalte nicht unzulässig. Sie sind aber nur dann verfassungsmäßig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und das Bestimmtheitsgebot, das Übermaßverbot sowie alle weiteren einschlägigen verfassungsrechtlichen Anforderungen einhalten. Die Eingriffsabwehr zeichnet sich also durch eine Dichotomie von Gesellschaft und Staat, durch den Schutz in der Gesellschaft bereits vorhandener Freiheitspositionen und durch die Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlicher Maßnahmen aus, die diese Positionen beeinträchtigen.

Schon Ende der 1950er Jahre, in der berühmten Lüth-Entscheidung (BVerfGE 7, 198)⁵, hat das Bundesverfassungsgericht die grundrechtlichen Schutzfunktionen fortentwickelt. Seitdem werden Grundrechte als wertentscheidende *Grundsatznormen* und damit (eine Abstraktionsstufe höher als in der Eingriffsabwehr) als *Gewährleistungen* begriffen, aus denen man die staatlichen Verpflichtungen erst noch zu ermitteln und zu konkretisieren hat. Sie können sich immer noch auf die Pflicht richten, Eingriffe zu unterlassen. Sie erstrecken sich aber darüber hinaus auf staatliche Pflichten, bestimmte soziale Handlungs- oder Kommunikationszusammenhänge auszugestalten, staatliche

⁴ Zu diesen Zusammenhängen siehe Albers (2005: 30 ff.).

⁵ Der Sachverhalt der Lüth-Entscheidung trug sich im Jahre 1950 zu: Erich Lüth, Senatsdirektor und Leiter der Staatlichen Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg, forderte in Reden und Presseerklärungen zum Boykott des Films UNSTERBLICHE GELIEBTE nach dem Drehbuch und unter der Regie des Filmregisseurs Veit Harlans auf, der im Nationalsozialismus unter anderem mit dem Film JUD SÜSS in Erscheinung getreten war. Das Zivilgericht verurteilte ihn zur Unterlassung der Äußerungen, weil es diese als „sittenwidrige Schädigung“ nach § 826 BGB einstufte. Das BVerfG hob dieses Urteil auf. Grundrechte richteten sich, so argumentierte es, unmittelbar zwar nur gegen den Staat. Als eine grundlegende Wertordnung beeinflussten sie aber alle Bereiche des Rechts; die Zivilgerichte müssten sie auch im Falle eines Streits zwischen Privaten im Rahmen der Auslegung und Anwendung der einschlägigen privatrechtlichen Normen berücksichtigen. Im konkreten Fall habe das Zivilgericht bei der Auslegung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals „sittenwidrige Schädigung“ die Bedeutung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung verkannt. Siehe auch die ausführliche Rezeption in Henne/Riedlinger (2005).

Verfahren grundrechtsgerecht auszuformen, elementare Unterstützungsleistungen zu gewähren oder Schutz gegen Beeinträchtigungen durch andere Private sicherzustellen. Als wertentscheidende Grundsatznormen wirken Grundrechte vermittelt über Gesetze und Gerichtsentscheidungen, auch zwischen Privatpersonen (Drittwirkung), indem ihre Maßstäbe bei der Herstellung und Umsetzung privatrechtlicher Normen von Gesetzgebung und Justiz beachtet werden müssen. Infolge der erweiterten Gewährleistungsinhalte gewinnen die Regelungsvorbehalte einen multidimensionalen Charakter: Sie sind nicht allein Eingriffsvorbehalte, sondern auf einer höheren Abstraktionsstufe Regelungs- und Ausgestaltungsvorbehalte zugunsten der Gesetzgebung.

Diese Erweiterungen der Funktionen und damit des Schutzspektrums der Grundrechte sind heute im Grundsatz anerkannt. In modernen Grundrechtskatalogen, etwa in der Grundrechtecharta der EU, spiegeln sie sich auch textlich wider. Im Detail sind sie freilich stark umstritten. Vielfach gilt die Eingriffsabwehr als vorrangige Schutzdimension der Grundrechte; andere Dimensionen sollen sie lediglich ergänzen und verstärken.⁶ Hierfür wird zum Teil die Grundrechtstradition angeführt. Diese Begründung steht jedoch auf eher schwachen Füßen.⁷ Die angenommene Vorrangrolle lässt sich eher von einer Metabeobachtungsebene aus erklären: Die Eingriffsabwehrkonstruktion ermöglicht es, das Freiheitsverständnis zumindest im Ansatz von Vorabdefinitionen und Wertungen insbesondere seitens des Staates freizuhalten (vgl. Böckenförde 1991: 60 ff.) und eine scheinbar gesicherte Dogmatik in Form rechtsstaatlich-rechtstechnischer Rationalität zu entwickeln.⁸ Sobald der Sinngehalt der Grundrechte demgegenüber abstrahiert und nicht mehr vom Eingriff her verstanden wird, entsteht eine Vielzahl von Interpretationsmöglichkeiten, die miteinander konkurrieren. Eine fundamentale Kontingenz und eine Pluralität der Perspektiven könnte das Recht freilich destabilisieren. Insofern lässt sich die Annahme einer Vorrangrolle der Eingriffsabwehr als Bemühen um die Sicherung eines relativen Grundkonsenses deuten. Aber die Weiterentwicklungen des Grundrechtsverständnisses sind kein Zufall, sondern eine notwendige Reaktion auf den gesellschaftlichen Wandel. Daher muss das Recht mit ihnen und ihren Folgen umzugehen lernen. Der Schutz der Privatheit liefert hierfür, wie sich zeigen wird, ein besonders anschauliches Beispiel.

⁶ Ausführlich dazu etwa Isensee (2011: Rn. 16 f., 29 ff.) sowie Cremer (2003: 67 ff.).

⁷ Dazu etwa Grimm (1987: 310 ff.) und Lübke-Wolff (1988: 35 ff.).

⁸ Siehe dazu sowie zu den Voraussetzungen und zu neuen Herausforderungen der vermeintlich gesicherten Eingriffsabwehrdogmatik Albers (1996: 233 ff.).

2.2 Konzeptionen der Privatheit

In sämtlichen wissenschaftlichen Disziplinen ist Privatheit ein sehr heterogener Begriff. Die jeweilige Definition hängt von dem jeweils zugrunde gelegten Ausgangspunkt ab, und die entsprechenden theoretischen Ansätze variieren und sind meist hochabstrakt.⁹ Im Folgenden sollen einige Muster vorgestellt werden, die traditionell prägend und zudem rechtlich relevant sind.

Leitbildcharakter für die Semantik der Privatheit¹⁰ haben zunächst mehrere grundlegende Dichotomien. Diese sind populär und erscheinen als einprägsam. Dazu gehört erstens die Differenzierung zwischen den Privatangelegenheiten des Individuums und den Entscheidungs- und Einflussphären (auch) der Anderen¹¹, die mit Individualität zusammenhängt (vgl. Benn/Gaus 1983a: 33 ff.), aber nicht zusammenfällt. Eine wichtige Rolle spielt zweitens die für das liberale Denken konstitutive Gegenüberstellung von Privatheit und Staat (vgl. Rössler 2001: 27 ff.). Die dritte maßgebliche Dichotomie ist die Unterscheidung von Privatheit und Öffentlichkeit.¹² Sie steht meist im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Das liegt jedoch nicht daran, dass sie besonders relevant wäre, sondern daran, dass der Öffentlichkeitsbegriff in verschiedenen Bedeutungen verwendet wird (vgl. auch Weintraub 1997: 1 ff.; Bobbio 1989: 17), unter anderem im Sinne von ‚Angelegenheiten der Allgemeinheit‘ oder im Sinne von ‚Publizität‘. Insgesamt vermitteln die genannten Leitdichotomien nur auf den ersten Blick den Eindruck einer einprägsamen Beschreibung. Bei näherer Betrachtung werden schnell die zahlreichen Prämissen und die Komplexität der dialektisch mit der Privatheit verknüpften Gegenbegriffe deutlich.

Dennoch kristallisiert sich ein Grundverständnis heraus: 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 sind dabei breit gefächert. In epochengeschichtlicher und kultureller Variabilität fallen darunter etwa der Körper, Facetten der Persönlichkeit, religiöse Überzeugungen und Gewissen, Räume (wie die Wohnung), Eigentum, Nähebeziehungen wie Partnerschaft und Familie oder auch vertrauliche Do-

⁹ Zu wesentlichen Diskursen siehe Rössler (2001: 11 ff.).

¹⁰ Zur Semantik als höherstufig generalisierten Sinnmustern vgl. Luhmann (1980: 19).

¹¹ Grundlegend bei Mill (1863: 7 ff.). Vgl. weiter etwa Bennett/Raab (2003: 14).

¹² Vgl. dazu mit unterschiedlichen Perspektiven: Bobbio (1989: 1 ff.), Benn/Gaus (1983: 3 ff.), Weintraub (1997: 1 ff.), Passerin d'Entrèves/Vogel (2000: 1 ff.) sowie mit Grundsatzkritik an dieser Unterscheidung überhaupt Geuss (2002: 17, 124 ff.).

kumente und Kommunikationen.¹³ Ebenso weit zu verstehen sind die Mechanismen der Zuordnung als Eigenes und der Begriff des Zugangs. Dieser umfasst Invasionen in Räume und Körper, Fremddeterminationen von Entscheidungen, Überwachungsvorgänge sowie die mediale Publizierung.¹⁴ Daraus ergibt sich zugleich, dass „Zugänglichkeitsgrenzen“ nicht allein räumlicher Natur sind: Sie schließen physische, aber auch durch soziale Erwartungserwartungen begründete Grenzen ein.

Über diese Merkmale hinaus wird in einer mittlerweile geradezu klassischen Vorstellung dem Kriterium der ‚Kontrolle‘ konstitutive Bedeutung für das Verständnis von Privatheit beigemessen.¹⁵ „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“ (Fried 1968: 475, 482 f., Hervorhebung im Original). Das Kriterium der Kontrolle soll Privatheit zum einen gegen das bloße Abgeschottetsein abgrenzen. Es besteht weitgehender Konsens darüber, dass Privatheit auf grundlegender Ebene Sozialität voraussetzt, also nicht den auf einer Insel isolierten Robinson meint, aber durchaus das Alleinsein umfasst, dessen Gewährung man von anderen erwartet. Zum anderen dient das Kriterium der Kontrolle der Flexibilisierung und Individualisierung der für Privatheit konstitutiven Merkmale des Zugangs und der Zugänglichkeitsgrenzen: Deren Gestaltung soll nicht als starr, sondern als relativ begriffen werden, weil und indem sie von der – zugangsausschließenden oder zugangsgewährenden – Entscheidung der betroffenen Person abhängen. Da das Kriterium der Kontrolle deskriptive und präskriptive Elemente birgt, schwingen in ihm außerdem die normativen Implikationen von Privatheit mit¹⁶: Die jeweilige Person soll selbst entscheiden dürfen, wer inwieweit zu welchen ihrer Privatangelegenheiten Zugang hat (vgl. unter anderem Gavison 1980: 424). Weitere Konkretisierungen des Privatheitsverständnisses erfolgen unter anderem mit Hilfe der Differen-

¹³ Siehe dazu den breiten historischen Überblick in den Beiträgen in Ariès/Duby (1985-1987).

¹⁴ Vgl. die Beschreibung von *privacy* bei Bok (1983: 10 f.): „the condition of being protected from unwanted access by others – either physical access, personal information, or attention“.

¹⁵ Siehe unter anderem Westin (1970: 42), Bok (1983: 11), Rössler (2001: 144 f.) sowie Kruse (1980: 112 ff.). Zu den überkommenen amerikanischen Konzeptionen siehe umfassend Solove (2002: 1088, 1099 ff.).

¹⁶ Siehe dazu Gavison (1980: 424). Vgl. auch Horn (2009: Rn. 3).

zierung von 1. Handlungen, Entscheidungen oder Lebensweisen, 2. Räumen sowie 3. Informationen oder Wissen (vgl. Rössler 2001: 144 ff.).

Dezisionale Privatheit umfasst nach einigen Auffassungen die Selbstbestimmung über das eigene, nur einen selbst betreffende Verhalten oder über die persönliche Lebensführung. In dieser Fassung deckt sie sich weitgehend mit individuellen Freiheitsrechten, zielt allerdings auf deren Kern, der über Handlungs- oder Entscheidungsfolgen bestimmt werden soll: ‚Privat‘ sind alle Entscheidungen, die nur einen selbst, nicht auch andere betreffen (vgl. auch Mill 1863: 144 ff.). Ein solcher Zugriff hat jedoch mit dem Problem zu kämpfen, dass die Folgenbeurteilungen die ihnen zugewiesene Abgrenzungsaufgabe zwischen privat und nicht privat gar nicht leisten können, weil sie immer von der Form der Beobachtung abhängen und weil sich die Antwort auf die Frage einer nur individuellen oder auch anderweitigen Betroffenheit entsprechend variabel gestaltet. Nach alternativer Sicht umfasst die dezisionale Privatheit lediglich substantialisierte, enger mit bestimmten Autonomiekonzeptionen verkoppelte Bereiche (vgl. Rössler 2001: 144 ff.). Ohne eine Verständigung über das in diesem Sinne ‚Private‘ kommt man dann freilich nicht aus. Man muss also noch gesonderte Abgrenzungskriterien entwickeln und begründen.

Räumliche Privatheit umfasst die Orte, in denen man sich selbst und sein Umfeld frei von unerwünschter Beobachtung inszenieren oder gestalten, ‚Nichtdarstellbares‘ tun oder allein sein kann (vgl. Luhmann 1965: 67; Rössler 2001: 255 ff.). Sie setzt eine Vorstellung vom Raum als solchem und zusätzlich von den Kriterien voraus, die Räume als Privatbereich ausweisen.

Der Begriff der *informationellen Privatheit* schillert ähnlich wie der Begriff dezisionaler Privatheit. Sie bezieht sich insbesondere darauf, dass persönliche Angelegenheiten nicht zum Gegenstand der Information und des Wissens anderer werden sollen, die diese Information speichern, nutzen oder weitergeben könnten. Das schließt das Geheimnis ein, kann sich aber etwa auch auf bestimmte Nutzungen bekannter Informationen oder auf eine dauerhafte Datenspeicherung zu unbestimmten Zwecken erstrecken. Informationelle Privatheit wird oft als Kontrolle über personenbezogene Daten oder Informationen konzipiert.¹⁷ Im Ergebnis kann die Überschneidungen nicht ausschließende Differenzierung zwischen dezisionaler, räumlicher und informationeller Privatheit zu einem besseren Verständnis derselben verhelfen. Sie entbindet allerdings nicht von einer näheren Verständigung darüber, was jeweils zum Privaten gehört.

¹⁷ Siehe dazu etwa den obigen Nachweis von Fried (1968: 475, 482 f.). Vgl. außerdem Rössler (2001: 201 ff.).

Im Übrigen spielen für Konkretisierungen der Privatheit nicht zuletzt deren Funktionen eine zentrale Rolle. Die Zuordnung als Eigenes sowie 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. Sie trägt zu einer pluralistischen Gesellschaft bei und wird zugleich von dieser ermöglicht.¹⁸ Je nach Gegenstandsfeld und Perspektive werden auch negative Funktionen herausgestellt: Verbergen und Verfestigung von Gewaltverhältnissen, Ausgrenzung von Personen oder Themen aus dem öffentlichen Raum oder Erosion der Öffentlichkeit (vgl. unter anderem Jurczyk/Oechsle 2008: 9 ff.).

Funktionsbeschreibungen hängen vom vorgängigen theoretischen Rahmen und von weiteren theoretischen Annahmen ab, etwa von einer Theorie des Individuums und der Individualität (vgl. Gavison 1980: 445). Außerdem stützen sie sich teilweise eher auf intuitive Plausibilität als auf valide Erkenntnisse. 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. Damit kann sich das Privatheitsverständnis neuen gesellschaftlichen Herausforderungen öffnen. Privatheit als Paradigma bleibt nachhaltig gesellschaftlich relevant.

2.3 Wechselspiele zwischen Grundrechtsschutz und Privatheitskonzeptionen

Der vorangegangene Überblick erhellt, wie eng Grundrechtsverständnis und Privatheitskonzeptionen miteinander verflochten sind und wie sie sich wechselseitig beeinflussen. Man kann diese Verflochtenheit und die Wechselspiele

¹⁸ Siehe dazu mit je unterschiedlichen Akzenten: Warren/Brandeis (1890: 193 ff.), Westin (1970: 32 ff.), Schwartz (1967/68: 741 ff.), Gavison (1980: 440 ff.), Nissenbaum (2010: 74 ff.) und Kruse (1980: 137 ff.).

auf mehreren Ebenen und unter zahlreichen Aspekten analysieren und aufzeigen.

Elementare Ebenen und Denkmuster

Auf elementarer Ebene sind die für das Privatheitsverständnis konstitutiven Dichotomien im Recht gleichermaßen fundamental: Das liberale Grundrechtsdenken setzt die Unterscheidung von bürgerlicher oder privater Gesellschaft und Staat voraus. Des Weiteren spiegelt sich in der Struktur der Grundrechtsnormen die Differenzierung zwischen individuellen Privatangelegenheiten, die *prima facie* grundrechtlich geschützt sind, und den Interessen anderer Bürger/innen oder der Allgemeinheit wider, die über die Gesetzesvorbehalte zur Geltung kommen. Zu den wesentlichen Kontexten der Privatheit im Recht gehört allerdings nicht nur die Unterscheidung von Gesellschaft und Staat, sondern auch die enge Verbindung zwischen Privatheit und Individualität. Das liefert eine Erklärung dafür, dass sich der Anspruch auf Achtung der Privatsphäre frühzeitig nicht nur gegen den Staat, sondern auch gegen andere Private richtete, also Drittwirkung entfaltete (vgl. BVerfGE 34, 269, 282 ff.).

Mit den in den Grundrechtsnormen festgehaltenen Vorbehalten erhält die demokratisch legitimierte Gesetzgebung Entscheidungs- und Abgrenzungskompetenzen darüber, was inwieweit im Ergebnis als ‚Privatangelegenheit‘ anzusehen ist. Im Gegenzug wird sie dabei an verfassungsrechtliche Anforderungen, also unter anderem an die Maßgaben der Grundrechte, gebunden. Indem diese individuelle Freiheitsgarantien und korrespondierende subjektive Rechte verankern, wird der geschützten Person zudem die gerichtliche Kontrolle des staatlichen einschließlich des gesetzgeberischen Handelns ermöglicht. In Gestalt subjektiver Rechte gewährleistet somit auch die Form des Rechts selbst Privatheit.

Thematische Schnittmengen

In thematischer Hinsicht weisen Grundrechtsverständnis und Privatheitskonzeptionen Schnittmengen auf. Die Themen der Privatheit finden sich in den grundrechtlichen Schutzbereichen wieder: Art. 2 Abs. 1 GG schützt die Persönlichkeitsentfaltung sowie (in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) Persönlichkeitsrechte, die auf die soziale Stellung der Person zielen, etwa den Anspruch auf Achtung der Privatsphäre, das Recht am eigenen Bild, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Art. 2 Abs. 2

GG gewährleistet die körperliche Integrität, Art. 4 GG die Freiheit religiöser Überzeugungen und die Unverletzlichkeit des Gewissens, Art. 6 GG Nähebeziehungen wie Partnerschaft und Familie, Art. 10 die Unverletzlichkeit des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, Art. 13 GG die Unverletzlichkeit der Wohnung als räumlicher Privatsphäre und Art. 14 GG das Eigentum.¹⁹ Die staatliche Determination individueller Entscheidungen durch Ge- oder Verbote oder Invasionen in Räume und Körper zählen zu den klassischen Grundrechtseingriffen. Staatliche Überwachungsvorgänge sind mittlerweile als faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen anerkannt. Beeinträchtigungen durch andere Private werden über die Drittwirkung der Grundrechte erfasst.

Freilich erschöpfen sich die grundrechtlichen Gewährleistungen, obwohl sie Privatheit thematisch einschließen, nicht in deren Schutz. Sie reichen vielmehr darüber hinaus. Die Beschreibung der grundrechtlichen Schutzpositionen ist deswegen nicht zwingend darauf angewiesen, dass über Privatheit und Privatsphäre klare Vorstellungen bestehen und dass Privates eindeutig gegen Nicht-Privates abgrenzbar ist. Wenn etwa Art. 2 Abs. 1 GG neben dem Anspruch auf Achtung der Privatsphäre in lückenlosem Anschluss anderweitig begründete Persönlichkeitsrechte einschließt, dann kann die Zuordbarkeit zur Privatsphäre im Ergebnis offen bleiben (vgl. Albers 2010: 1067, 1068). Sie ist ebenfalls nicht entscheidend, wenn Schutzpositionen bereits im Ansatz unter Heranziehung anderer Denkmuster, etwa der Selbstbestimmung als solcher, beschrieben werden.

Dass Privatheit zwar Gegenstand der Grundrechte, aber nicht deren exklusiver Kern ist, ermöglicht in besonderer Weise Wechselspiele zwischen Grundrechtsschutz und Privatheitsverständnis. Bei einzelnen Grundrechten kann im Laufe der Zeit eine in gewissem Umfang eigenständige Bereichsdogmatik entstehen, in der die Verbürgung der Privatheit aufgehoben wird. Im Gegenzug kann sich das Privatheitsverständnis über die von anderweitigen Schutzgütern geprägten bereichsdogmatischen Mechanismen weiterentwickeln. Mit Blick auf die kategoriale Unterscheidung von dezisionaler, räumlicher und informationeller Privatheit wird dies anschaulich.

Dezisionale, räumliche und informationelle Privatheit

Soweit man unter dezisionaler Privatheit die individuelle Selbstbestimmung und individuelle Entscheidungsfreiheiten über Privatangelegenheiten versteht (siehe Abschnitt 2.2), kann man sie im Falle eingriffsabwehrrechtlicher Kon-

¹⁹ Näher insgesamt Rohlf (1980).

stellationen zunächst in eine elaborierte Grundrechtsdogmatik einordnen: Das Arrangement von Schutz und Vorbehalten ermöglicht eine Ausbalancierung individueller und öffentlicher Interessen ebenso wie die Einbeziehung unterschiedlicher Lesarten und Perspektiven. Dezisionale Privatheit genießt *prima facie* grundrechtlichen Schutz. Sie unterliegt allerdings Einschränkungsvorbehalten, aufgrund derer Gesetzgebung und nachfolgend Verwaltung oder Gerichte ihr Grenzen setzen können. Bei eingrenzenden Maßnahmen muss jedoch wiederum das Grundrecht unter Berücksichtigung des Selbstverständnisses der grundrechtsgeschützten Personen interpretiert und mit seinen Vorgaben, etwa dem Übermaßverbot, beachtet werden. Diese im Detail noch verfeinerte und verfeinerbare Grundstruktur zielt auf die Rationalisierung von Streitigkeiten darüber, welche Entscheidungen inwieweit im Ergebnis der ‚privaten‘ Entscheidung des Einzelnen zu überlassen sind. Sie ermöglicht zugleich eine relative Offenheit des Rechts für gesellschaftliche Debatten oder gesellschaftlichen Wandel. Anschaulich wird dies etwa hinsichtlich der Pluralisierung religiöser Überzeugungen oder des Bildes von Ehe und Familie.

Ein substantielleres Verständnis des Privaten muss man entwickeln, wenn man die dezisionale Privatheit von vornherein mit einem engeren Konzept individueller Autonomie verknüpfen will (siehe Abschnitt 2.2) oder wenn der sogenannte unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung zu spezifizieren ist. Diese Figur, die an die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG und die unantastbare Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG anschließt, zielt auf die Angelegenheiten, die einer Regelung durch den Staat vollständig entzogen sind.²⁰ Das Bundesverfassungsgericht versucht, sie mit Hilfe der Differenz zwischen einer ausschließlich individuellen oder auch gesellschaftlichen Relevanz herauszuarbeiten. Markant ist die Tagebuch-Entscheidung aus dem Jahre 1989 (BVerfGE 80, 367)²¹: Die Tagebuch-Aufzeichnungen eines

²⁰ Vgl. BVerfGE 109, 279, 313 ff., 318 ff.; 113, 348, 390 ff.; 120, 274, 335 ff. Zur Diskussion siehe Baldus (2008: 218 ff.) und Poscher (2009, 269 ff.).

²¹ In der Tagebuch-Entscheidung ging es um die verfassungsrechtliche Kontrolle einer strafgerichtlichen Verwertung tagebuchähnlicher Aufzeichnungen. Der Beschwerdeführer war wegen Mordes verurteilt worden, weil er nach den von ihm bestrittenen Feststellungen des Urteils eine Frau erschlagen hatte. In der Beweiswürdigung stützte sich die Schwurgerichtskammer vermittelt über Zeugenaussagen eines Sachverständigen auf tagebuchähnliche Aufzeichnungen des Beschwerdeführers, in denen dieser sich mit seinen psychischen und sexuellen Problemen auseinandersetzte. Vier Richter hielten die Verwertung für verfassungsrechtlich zulässig, die vier anderen Richter ordneten die Aufzeichnungen dem absolut geschützten Bereich privater Lebensgestaltung zu, auf den der Staat nicht zugreifen dürfe.

Angeklagten über Gewissensauseinandersetzungen sollen nach der die Entscheidung tragenden Ansicht von vier Verfassungsrichtern nicht in den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung fallen, sofern sie sich mit den der Strafanlage zu Grunde liegenden Ereignissen beschäftigen, weil eine Straftat immer auch gesellschaftliche Bedeutung hat (vgl. BVerfGE 80, 367, 376 ff.). Informationelle Bedeutungen, Betroffenheiten oder auch Folgenbeurteilungen hängen jedoch vom Beobachtungsschema ab, so dass die Herstellung einer gesellschaftlichen Relevanz der in Rede stehenden Entscheidungen, Handlungen oder Informationen stets gelingt. Der gewählte Zugriff eignet sich somit nicht zur Ausarbeitung eines substantiellen, nicht gesetzlich eingrenzenden Kerngehalts des Privaten.²² Ob, inwieweit und nach welchen Kriterien sich ein solcher Kerngehalt herausarbeiten lässt, ist gegenwärtig ein offener Punkt, der in die Grundlagen von Privatheitsverständnis und Privatheitsschutz führt.

Da das Recht seine eigenen Operationsweisen hat, dabei aber Überlegungen anderer Provenienz aufgreifen kann und auf sie angewiesen ist, ergeben sich Wechselspiele, im Rahmen derer nicht nur das Privatheitsverständnis das Recht, sondern auch das Recht das Privatheitsverständnis beeinflusst. Dadurch gewinnen die Konzeptionen und die Schutzzinhalte dezisionaler Privatheit die im gesellschaftlichen Wandel nötige Flexibilität. Besondere Herausforderungen entstehen, wenn Privatheit nicht mehr als vorgegeben, sondern als mit Blick auf die Bedingungen ihrer Möglichkeit herzustellen begriffen wird, wenn sich das Verständnis von Privatheit weitreichend pluralisiert oder wenn jedes Vorverständnis von Privatheit verschwindet.

Auch der Schutz *räumlicher Privatheit* hat eine lange grundrechtliche Tradition. Die Wohnung als räumliche Sphäre des Privatlebens wird, eingeschränkt durch qualifizierte Gesetzesvorbehalte, durch Art. 13 GG geschützt.²³ Dabei wird sie im Ansatz nicht nutzungsbezogen, sondern mittels physischer Grenzen (seien es Mauern, seien es Zäune) abgegrenzt. Dementsprechend umfasst sie Wohn-, Betriebs- und Geschäftsräume (vgl. BVerfGE 32, 54, 69 ff.; 97, 228, 265) oder auch umhegte Gärten. Die physischen Kriterien werden durch soziale ergänzt: In die Fenster oder den umhegten Garten mag man hineinblicken können, aber Erwartungserwartungen und Tabus führen dazu, dass man dies nicht tut und nicht tun soll. Wegen des formalen Anknüpfungspunktes an geschützte Räume kommt es nicht darauf an, ob das darin stattfindende Geschehen als solches als privat einzustufen ist.

²² Zur Kritik an der Tagebuch-Entscheidung siehe Albers (2005: 273 ff.).

²³ Siehe dazu näher BVerfGE 89, 1, 12; 101, 361, 382 ff.; 103, 142, 150 f.; 109, 279, 313 f., 326; 120, 274, 309.

Die Garantie der „Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses“ in Art. 10 GG lässt sich traditionell ebenfalls in Raummetaphern begreifen. Ihr formaler Anknüpfungspunkt ist die Benutzung bestimmter Vermittlungstechniken und -leistungen, die mit dem Telekommunikationsnetz umrissen werden. Die über dieses Netz vermittelten Kommunikationsformen waren lange Zeit solche der Individualkommunikation in Abgrenzung zu der durch Art. 5 GG geschützten Massenkommunikation. Das erklärt die Lesart als Gewährleistung einer „Privatheit auf Distanz“ (BVerfGE 115, 166, 182; Gusy 2010: Rn. 19.). Art. 10 GG erfasst dabei den Übermittlungsvorgang vom Absenden der Nachricht bis zu ihrem Empfang im Herrschaftsbereich des Empfängers (vgl. BVerfGE 115, 166, 183 ff.). In den so bestimmten formalen Grenzen kommt es wiederum nicht darauf an, ob die Kommunikationen privaten oder anderen, etwa geschäftlichen oder politischen, Inhalts sind (vgl. BVerfGE 100, 313, 358). Im Übrigen ist es sowohl bei Art. 13 als auch bei Art. 10 GG gerade die Funktion des räumlichen Schutzes, gegen jedwede Form des Zugangs Schutz zu gewähren, also gegen ein physisches Eindringen, gegen eine Durchsuchung, gegen eine akustische und visuelle Überwachung und gegen die sich daran anschließenden Informations- und Datenverarbeitungsprozesse.²⁴ Insofern gibt es Übergänge zum informationellen Schutz, der als solcher den räumlichen Ansatz transzendiert.

Damit stützt sich der rechtliche Schutz räumlicher Privatheit nicht etwa auf starre physische Raumbegriffe. Auch hier gibt es Wechselspiele zwischen Privatheitsverständnis und rechtlichem Privatheitsschutz, die Flexibilitäten schaffen. Dennoch bleibt man darauf angewiesen, dass sowohl Grundbegriffe von Räumen und ihren Grenzen als auch Kriterien für Privatheit entwickelbar sind. Schwierigkeiten entstehen, wenn Raumvorstellungen unscharf werden, wie etwa beim ‚virtuellen Raum‘ oder beim Internet.²⁵ Gleiches gilt, wenn die Verknüpfung bestimmter Räume mit einer Privatheitsunterstellung nicht mehr möglich ist.

Der grundrechtliche Schutz *informationeller Privatheit* ist recht spät entwickelt und gesondert verankert worden. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, also eine Verbindung von Persönlichkeitsschutz und Menschenwürde, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der normative Anker für die Herleitung eines individuellen Anspruchs auf Achtung einer „Privatsphäre“.

²⁴ Siehe BVerfGE 32, 54, 72 ff.; 100, 313, 359; 109, 279, 327, 374 f.; 120, 274, 309 f.; 125, 260, 309 ff.

²⁵ Zum Raumbegriff siehe die Beiträge in Döring/Thielmann (2008) und in Günzel (2008).

Ursprünglich sind der geschützte Bereich und seine Grenzen teils mit Hilfe einer verräumlichenden Metaphorik, teils unter Aspekten sozialer Zugänglichkeit in Form räumlich und zeitlich bestimmter Rückzugsbereiche oder abgeschotteter Interaktions- und Kommunikationssituationen umrissen worden. Der Anspruch auf Achtung der so bestimmten Privatsphäre richtete sich gegen unerwünschte physische Invasionen, aber insbesondere auch gegen die Gewinnung von Informationen aus dieser Sphäre und gegen die sich an eine Kenntniserlangung anschließenden Informations- und Datenverarbeitungsprozesse. Gesprächsinhalte oder Daten waren privat, wenn und weil sie die Privatheit ihres Entstehungskontexts teilten.²⁶

Diese Kopplung des grundrechtlichen Schutzes hinsichtlich persönlicher Informationen an einen abgeschotteten Entstehungskontext im Sinne einer ‚Privatsphäre‘ ist mit Blick auf den Gegenstand ‚Information‘ aus unterschiedlichen Richtungen problematisiert worden. Durchgreifende Bedeutung hat dabei die Kritik, dass es für den informationellen Schutz weniger auf den Entstehungskontext als vielmehr auf den Verwendungskontext ankommen müsse, also auf die Zusammenhänge, in denen die gewonnenen Informationen verarbeitet und mit gegebenenfalls nachteiligen Folgen und Rückwirkungen für die geschützte Person verwendet werden. Vor dem Hintergrund der weiteren Überlegung, dass ein informationsbezogener Schutz gleichermaßen in Konstellationen nötig ist, in denen Informationen nicht aus abgeschotteten Bereichen stammen, ist das Recht auf Achtung der Privatsphäre weiterentwickelt worden.²⁷ Endpunkt ist das im Volkszählungsurteil hergeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung in Gestalt einer „Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“ (BVerfGE 65, 1, 43).²⁸ Informationelle Privatheit

²⁶ Siehe BVerfGE 27, 344, 351 f.; 32, 373, 379 f.; 33, 367, 377 f. Eine ausführliche Analyse findet sich bei Albers (2005: 198 ff., 206 ff.). Siehe außerdem Rohlf (1980: 86 ff.).

²⁷ Siehe ausführlich bei Albers (2005: 193 ff.).

²⁸ Das Volkszählungsurteil aus dem Jahre 1985 behandelt mehrere Verfassungsbeschwerden gegen das Volkszählungsgesetz 1983, das zur Auskunft unter anderem über Identifikationsdaten, die Quelle des überwiegenden Lebensunterhalts oder die Berufsausbildung verpflichtete und mehrere Ermächtigungen zur Weiterleitung gewonnener Daten einschloss. Das Urteil ist berühmt, weil es den individuellen Schutz im Hinblick auf den Umgang mit persönlichen Daten und Informationen vom Privatsphären- und Persönlichkeitsschutz, der in der bis dahin anerkannten Gestalt im zu entscheidenden Fall nicht weiterführte, hin zur informationellen Selbstbestimmung fortentwickelte. Siehe ausführlich dazu Albers (2005: 151 ff.).

scheint nunmehr durch eine deutlich abstraktere Fassung abgelöst und verschwunden zu sein. Bei näherem Blick erkennt man jedoch, wie sehr das Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch von Privatheitskonzeptionen geprägt wird: Es birgt die Idee der Privatheit als Kontrolle in sich (siehe Abschnitt 2.2 und insbesondere Fried 1968: 482 f.).

Auch diese Dimension des Privatheitsschutzes weist heute Bruchlinien auf. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird inhaltlich als zu blass empfunden. In der jüngeren Rechtsprechung versucht das Bundesverfassungsgericht partiell zum Schutz privater Informationen im engeren Sinne zurückzukehren; beispielhaft nennt es Tagebuchinhalte oder Angaben über Krankheiten (vgl. BVerfGE 101, 361, 382). Grundlegender ist, dass die Idee einer Verfügungsbefugnis über persönliche Daten und Informationen zunehmend als nicht gegenstandsadäquat eingestuft wird (vgl. Albers 2005: 87 ff., 143 ff.; Britz 2010: 566 ff.). Man steht damit erneut vor dem Problem, wie man, ohne in überkommene und überwundene Konzeptionen zurückzufallen, informationelle Privatheit bestimmt und wie man einen darauf bezogenen Grundrechtsschutz zu gestalten hat. Insgesamt bringt der Begriff der Privatheit also mittlerweile auch aus juristischer Perspektive neue Herausforderungen mit sich.

3 Privatheit und Privatheitswandel als interdisziplinäre Herausforderungen

3.1 Privatheitsverständnis und Gesellschaftsentwicklung

Sowohl Privatheitskonzeptionen als auch der rechtliche Privatheitsschutz haben immer schon auf den Wandel der Gesellschaft reagiert. Beide sind also nicht aus sich heraus statisch oder konservativ. In der gegenwärtigen Situation führen neue soziale und technische Entwicklungen jedoch zu qualitativen Sprüngen. Im großen Themenfeld ‚Privatheit und Körper‘ entstehen fundamentale Fragen, etwa hinsichtlich der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, bei den Reproduktionstechniken, bei der Gendiagnostik oder hinsichtlich des gen- oder neurotechnischen *Enhancements*.²⁹ Ökonomisierungsmechanismen stärken und gefährden Privatheit gleichermaßen. Individualisierung

²⁹ Vgl. etwa Buchanan et al. (2000) sowie die Beiträge in Taupitz (2007), Schöne-Seifert/Talbot (2009) und Potthast/Herrmann/Müller (2010). Vgl. auch die einschlägigen Szenarien in Rosen/Wittes (2011).

und Relativität des Privatheitsverständnisses nehmen weiter zu. Vor allem aber lassen sich Erosionen traditioneller Denkmuster feststellen:

Die Dichotomie zwischen Privatheit und Öffentlichkeit wird nicht mehr nur durch Grauzonen und Grenzverschiebungen relativiert, sondern als solche brüchig. In internetvermittelten sozialen Netzwerken entstehen zahlreiche Hybridformen zwischen Individual- und Massenkommunikation oder Kommunikationen mit begrenztem und mit unbestimmtem Adressatenkreis.³⁰ Auch die Kommunikationspraktiken verändern sich, und dieser Wandel wird unter Aspekten der Veröffentlichung des Privaten bei gleichzeitiger Privatisierung von Öffentlichkeiten diskutiert.³¹ Anschaulich wird dies anhand der Beispiele der Privatsphäre Prominenter, der (Selbst-)Inszenierung des Privaten in Medienformaten und im Web oder der Veröffentlichung eigener und fremder persönlicher Daten in Foren oder Blogs.³² Relevant ist weiter, dass sich unterschiedlichste Öffentlichkeiten ausdifferenzieren, zum Beispiel eine lokale Öffentlichkeit, eine Zeitungsöffentlichkeit, eine Forenöffentlichkeit, eine Suchmaschinenöffentlichkeit. Zudem steigern neue Techniken und technische Infrastrukturen in Kombination mit parallelen sozialen Entwicklungen die Beobachtungs-, Datenspeicherungs-, Auffinde- und Auswertungsmöglichkeiten.³³ Angesichts unbemerkbarer Fotografien aus weiter Ferne oder mit unauffälligen Handys, flächendeckender Videoüberwachungen privater und öffentlicher Räume, zunehmender Chipkarteneinsätze und daraus resultierender Profilbildungen, *Data-Warehouse*-Systeme und Strategien personalisierter Werbung sowie der Kommunikationsweisen und ‚Datenspuren‘ im Internet werden bisher erwartbare physische oder soziale Zugangsgrenzen obsolet. Heute kann man beispielsweise nicht mehr auf eine relative Anonymität in öffentlichen Räumen vertrauen.³⁴ Die lange Zeit dominante Vorstellung, Privatheit zeichne sich durch die individuelle Kontrolle über den Zugang zu Privatangelegenheiten aus, läuft insbesondere im Bereich informationeller Privatheit ins Leere, weil ihre Voraussetzungen weder erkennbar gegeben noch im nötigen Umfang herstellbar sind.

³⁰ Zum Vergleich unterschiedlicher Kommunikationstechniken und -medien siehe Fuhse (2011).

³¹ Dazu die Beiträge in Imhof/Schulz (1998) sowie auch Seubert (2009, 9 ff.) und Bublitz (2010).

³² Näher dazu Weiß (2008: 179 ff.), Bublitz (2010: 119 ff.) sowie die Beiträge in Herrmann/Lünenborg (2001) und Weiß/Groebel (2002).

³³ Zur differenzierten Analyse der Veränderungen des Gedächtnisses der Gesellschaft siehe Esposito (2002: 337 ff.).

³⁴ Siehe etwa das Szenario bei Rosen (2011, 69 ff.).

Zu den Reaktionen auf diesen gesellschaftlichen Wandel gehört das Schlagwort vom Ende der Privatsphäre: Privatheit sei, so die eher affirmative Sicht, ein für die moderne Gesellschaft veraltetes Konstrukt (vgl. etwa Jarvis 2011) oder unterliege, so die resignative These, einem zunehmenden Verfall (vgl. exemplarisch Schaar 2007). Alternative Reaktionen unternehmen den Versuch, die Privatheitsidee aus einigen der überkommenen Denkmuster zu lösen und zu rekonzeptionieren. Im Ausgangspunkt richtet sich dies auf eine Emanzipation vom Gegenbegriff der Öffentlichkeit und auf stärkere Kontextualisierungen. Eine Zuordnung als entweder privat oder öffentlich erscheint danach nicht mehr zwingend; gleichermaßen denkbar wird eine Privatheit im öffentlichen Raum oder besser: „Privatheit in Öffentlichkeiten“ (Nissenbaum 2010: 113 ff.). Im Einklang damit wächst das Bewusstsein dafür, dass Privatheit in sozialen Beziehungen oder sozialen Systemen nicht unbedingt ohne Weiteres vorhanden ist, schon gar nicht als Gegenstand individueller Kontrolle. Stattdessen ist sie herstellungs- und schutzbedürftig. Mit dieser Erkenntnis entsteht eine enge Verbindung zum Recht.

3.2 Zur Rekonzeptionierung grundrechtlichen Privatheitsschutzes

Recht zeichnet nicht den faktischen Wandel nach. Es ist durch normative, also gegebenenfalls kontrafaktische Muster geprägt. Das heißt aber keineswegs, dass es unbeirrt von gesellschaftlichen Entwicklungen an einmal gesetzten normativen Vorgaben festhält. Insbesondere anhand der Privatheitsidee lässt sich zeigen, wie gerade das Recht auf den gesellschaftlichen Wandel in eigenständiger Form reagieren und sich reflexiv selbst verändern kann und muss. Das soll im Folgenden an zwei Beispielen veranschaulicht werden: Privatheitsschutz Prominenter gegen Medien und Privatheitsschutz im Internet.

Privatheitsschutz Prominenter gegen Medien

Der Privatheitsschutz Prominenter gegen Medien hat paradigmatische Qualität, weil sich in ihm nicht nur die Veränderungen des Privatheitsverständnisses, sondern auch der Wandel der Individualität oder der Wandel der Medien besonders anschaulich widerspiegeln.³⁵ Zahlreiche Gerichtsentscheidungen beschäftigen sich mit Unterlassungs-, Gegendarstellungs-, Berichtigungs- oder Schadensersatzansprüchen bei Wort- oder Bildberichterstattung. Besonders plastisch sind Streitigkeiten um Fotografien durch Paparazzi, deren Anfertigung

³⁵ Dazu unter Aspekten des Kampfes um Aufmerksamkeit und der Ökonomisierung Diggelmann (2011: 59 f.).

gung und Veröffentlichung die betroffene Person mit Hinweis auf den Schutz ihrer Privatsphäre unterbinden will.

Traditionell war der rechtliche Privatheitsschutz eng an die häusliche Sphäre gekoppelt. Die Wohnung oder das Haus boten die physische Umgrenzung, die vor den zudringlichen Aktivitäten der Fotografen schützte. Außerhalb des Hauses bewegte man sich in der Öffentlichkeit, die eben keine Privatsphäre mehr und deswegen relativ schwächer nur über anderweitige Persönlichkeitsrechte erfasst war. Diese Kopplung ist ab dem Jahr 1995 in der Linie der Caroline-Entscheidungen gelockert worden, in denen es um die Veröffentlichung mehrerer Fotos in der Unterhaltungspresse ging, die Prinzessin Caroline von Hannover unter anderem mit ihrem damaligen Geliebten in der Ecke eines Gartenlokals oder beim Einkaufen auf dem lokalen Wochenmarkt zeigten.³⁶ Zunächst erkannte der Bundesgerichtshof an, dass sich die Privatsphäre über den Bereich des Hauses hinaus erstrecken kann:

Der Schutz der Privatsphäre, der sich auch auf die Veröffentlichung von Bildaufnahmen erstreckt, ist nicht auf den eigenen häuslichen Bereich beschränkt. Außerhalb des eigenen Hauses kann eine schützenswerte Privatsphäre gegeben sein, wenn sich jemand in eine örtliche Abgeschiedenheit zurückgezogen hat, in der er objektiv erkennbar für sich allein sein will und in der er sich in der konkreten Situation im Vertrauen auf die Abgeschiedenheit so verhält, wie er es in der breiten Öffentlichkeit nicht tun würde (BGHZ 131, 332, Leitsätze 2 und 3).

Das Bundesverfassungsgericht unterstützte diese Sicht:

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit wäre erheblich behindert, wenn der Einzelne nur im eigenen Haus der öffentlichen Neugier entgehen könnte. Die notwendige Erholung von einer durch Funktionszwänge und Medienpräsenz geprägten Öffentlichkeit ist vielfach nur in der Abgeschiedenheit einer natürlichen Umgebung, etwa an einem Ferienort, zu gewinnen. Deswegen muss der Einzelne grundsätzlich die Möglichkeit haben, sich auch in der freien, gleichwohl abgeschiedenen Natur oder an Örtlichkeiten, die von der breiten Öffentlichkeit deutlich abgeschieden sind, in einer von öffentlicher Beobachtung freien Weise zu bewegen. Das gilt ge-

³⁶ Es gibt zahlreiche Caroline-Entscheidungen, weil Caroline von Hannover eine Reihe unterschiedlicher Verfahren gegen die Presse geführt hat. Die oben genannten, berühmt gewordenen Paparazzi-Entscheidungen betrafen die bereits vom BGH untersagte Veröffentlichung des Fotos von Caroline und ihrem Geliebten im Gartenlokal, mehrere Fotos von Caroline mit ihren Kindern, hinsichtlich derer das BVerfG Carolines Unterlassungsanspruch verfassungsrechtlich gestärkt hat, und die Veröffentlichung von Fotos beim Reiten, Fahrradfahren, in einem öffentlichen Schwimmbad oder beim Einkaufen auf dem lokalen Wochenmarkt, hinsichtlich derer dann der EGMR die Abweisung der Unterlassungsklage Carolines als eine konventionswidrige Verletzung des Schutzanspruchs eingestuft hat.

rade gegenüber solchen Aufnahmetechniken, die die räumliche Abgeschiedenheit überwinden, ohne dass der Betroffene dies bemerken kann. Wo die Grenzen der geschützten Privatsphäre außerhalb des Hauses verlaufen, lässt sich nicht generell und abstrakt festlegen. Sie können vielmehr nur aufgrund der jeweiligen Beschaffenheit des Orts bestimmt werden, den der Betroffene aufsucht. Ausschlaggebend ist, ob der Einzelne eine Situation vorfindet oder schafft, in der er begründetermaßen und somit auch für Dritte erkennbar davon ausgehen darf, den Blicken der Öffentlichkeit nicht ausgesetzt zu sein (BVerfGE 101, 361, 383 f.).

Nachfolgend dehnte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) den Privatheitsschutz in einer europaweit beachteten Entscheidung unter dem Aspekt des Art. 8 EMRK noch aus³⁷: Dieses Menschenrecht umfasse Elemente der Identität oder der körperlichen und geistigen Integrität des Einzelnen und zielle auf dessen Recht, seine Persönlichkeit in seinen Beziehungen zu seinen Mitmenschen ohne Einmischung von außen zu entwickeln. Daher

gibt es einen Bereich wechselseitiger Beziehungen zwischen dem Einzelnen und Dritten, der selbst dann zum ‚Privatleben‘ gehören kann, wenn diese Wechselbeziehungen in den öffentlichen Raum hineinreichen [...]. Jede Person, selbst wenn sie in der Öffentlichkeit bekannt ist, muss ‚eine berechnete Erwartung‘ auf Schutz und Achtung ihres Privatlebens haben können [...]. Die im vorliegenden Fall von den deutschen Gerichten angewandten Kriterien reichten daher nicht aus, das Privatleben der Beschwerdeführerin wirksam zu schützen (EGMR, NJW 2004: 2647, Rn. 50, 69, 74).³⁸

Für BGH und BVerfG sind diese Ausführungen des EGMR Anlass für weitere Fortentwicklungen des Privatheitsschutzes gewesen.³⁹

Aktueller Endpunkt ist die letzte große Caroline-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 2008, die den Schutz Prominenter gegen unerwünschte Fotografien betrifft und in der eine Reihe innovativer Perspektiven zusammenlaufen.⁴⁰ Das BVerfG grenzt die Interessen am Schutz der Privatheit deutlich gegen Kommerzialisierungsinteressen ab, bei denen es (nur) um eine selektive oder exklusive Vermarktung bestimmter Fotos geht. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre dient der Gewährleistung von Rückzugsbereichen.

³⁷ Umfassender zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK Zolotas (2010: 159 ff.) und unter Aspekten des Datenschutzes Siemen (2006: 51 ff.).

³⁸ Siehe insgesamt EGMR, NJW (2004: 2647 ff., Rn. 50 ff., 69 ff.).

³⁹ Näher zum Verhältnis zwischen EMRK und nationalem Recht, EGMR und nationalen Gerichten Albers (2008a).

⁴⁰ Dieser Entscheidung lag die Veröffentlichung von Fotos von Caroline und ihrem Ehemann auf Straßen oder in einem Sessellift in Urlaubsorten zu Grunde.

Dabei stellt das Gericht im generalisierend-abstrakten Ausgangspunkt 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 (BVerfGE 120, 180, 207).⁴¹

Für den Schutz räumlicher Privatheit verlangt das BVerfG im Weiteren immer noch eine örtliche Abgeschlossenheit. Deutlich ausgeprägter als in der hergebrachten Rechtsprechung sind dafür aber weniger physische Grenzen als vielmehr soziale Zugänglichkeitsgrenzen und entsprechende Privatheitserwartungen relevant. Recht ausführlich zieht das BVerfG Funktionsbeschreibungen heran: Rückzugsbereiche ermöglichen eine Entlastung von Selbstkontroll- und Selbstdarstellungserfordernissen.⁴² Über diesen Anknüpfungspunkt lassen sich funktionale Ein- und Abgrenzungen räumlicher Privatbereiche entwickeln.

Unter inhaltlichen und rechtsdogmatischen Aspekten stecken in diesen Ausführungen erhebliche Umstellungen. Die Privatsphäre wird nicht als ein sozial bereits vorhandener Freiraum begriffen, der über formale Kriterien abgrenzbar und eben nicht näher bestimmungsbedürftig ist. Im Gegenteil: Ihre soziale Konstitution und der jeweilige soziale Kontext können nicht ausgeblendet werden. Das macht das Kriterium der berechtigten Privatheitserwartungen ebenso deutlich wie der Rückgriff auf Funktionsbeschreibungen. Das Schutzgut räumlicher Privatheit erfährt dadurch zudem eine erhebliche Flexibilisierung und Kontextualisierung. Auch eine Privatheit in Öffentlichkeiten wird durchaus denkbar: Geht Caroline von Hannover auf einem lokalen Wochenmarkt einkaufen, ist dies nach ‚klassischen‘ Kriterien zwar ein öffentlicher Raum. Wegen der Zugänglichkeitsgrenzen sozialer Natur, aufgrund derer die Wahrnehmung durch andere nur ein personell begrenztes und regelmäßig flüchtiges Wissen begründet, kann er aber trotzdem mit Privatheitserwartungen verbunden sein und Privatheitsfunktionen erfüllen, indem sich Personen dort situationsangepasst unbefangen verhalten und von Selbstpräsentationsanforderungen in offiziellen Kontexten entspannen.

Rechtsdogmatisch funktioniert die konsensfördernde (vermeintliche) Wertfreiheit des klassischen Eingriffsabwehrkonzepts nicht mehr (siehe Ab-

⁴¹ Siehe außerdem mit Blick auf Art. 8 I EMRK BVerfG <Kammerentscheidung>, NJW (2006: 3406, 3408), vgl. weiter BVerfGE 120, 274, 306.

⁴² BVerfGE 101, 361, 382 f.; 120, 180, 199, vgl. auch Britz (2007: 74 f.).

schnitt 2.1). Im Rahmen des grundrechtlichen Schutzguts entstehen neuartige Erfordernisse einer Ausarbeitung und Konkretisierung, die erkennbar nicht von Wertungen freigehalten werden kann. Diese werden vielmehr auf allen Abstraktionsebenen und in unterschiedlicher Gestalt gebraucht. Da beispielsweise Funktionsbeschreibungen notwendig selektiv und vom jeweiligen theoretischen Rahmen und von Hintergrundannahmen abhängig sind, wird ein Rückgriff auf bestimmte Beschreibungen beurteilungs-, reflektions- und begründungsbedürftig. Auch ist zu klären, ob das Konzept der typischerweise berechtigten Privatheitserwartungen⁴³ rein normativ oder als Kombination empirischer und normativer Komponenten zu verstehen und entsprechend zu konkretisieren ist. Hinzu kommt, dass der soziale Kontext, im Rahmen dessen Privatheitserwartungen bestehen, nicht zuletzt durch soziale und rechtliche Normen geprägt wird. Deshalb verlangt der rechtliche Privatheitsschutz nicht nur nach einer Rezeption der Überlegungen anderer Disziplinen.⁴⁴ Vielmehr muss seine rechtsdogmatische Operationalisierung zudem reflexive Mechanismen einschließen, im Rahmen derer die normative Strukturierung sozialer Kontexte aufgegriffen und rechtliche Regelungen sowie deren Auswirkungen mitbedacht werden können. Mit all dem lässt sich der Schutz der Privatsphäre auch nicht mehr deduktiv aus einem abstrakten Konzept herleiten. Er wird kasuistischer. Das BVerfG resümiert: „Die Grenzen der geschützten Privatsphäre lassen sich nicht generell und abstrakt festlegen“ (BVerfGE 120, 180, 199).

Trotz der grundlegend neuen Anforderungen müssen Rechtsfälle entscheidbar bleiben. Das wird dadurch erleichtert, dass das Recht auf Achtung der Privatsphäre durch anderweitige Rechte ergänzt wird, die nicht an das Kriterium des Privaten anknüpfen. Dazu gehören etwa das Recht am eigenen Wort und am eigenen Bild, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung oder das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Diese anderweitigen Rechte sind nicht exklusiv auf den Schutz von Privatheit zugeschnitten, tragen aber zu ihm bei. Die Entwicklung eines Zusammenspiels mehrerer Rechte ermöglicht die Ausarbeitung von Komplementär- oder sogar Synergieeffekten und entlastet von Beschreibungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten (vgl. dazu BVerfGE 120, 180, 207; Albers 2010: 1067).

⁴³ Vgl. zum Konzept der „reasonable expectations of privacy“ Spencer (2002: 844 ff.).

⁴⁴ Wie anforderungsreich dies ist, wird deutlich bei Strahilevitz (2005: 919 ff.).

Privatheitsschutz im Internet

Der Privatheitsschutz im Internet ist ebenfalls ein anschauliches Beispiel für Innovationserfordernisse im Grundrechtsschutz. Auf der überkommenen Grundlage der Differenzierbarkeit zum einen der Rundfunknetze und der Telefon- oder Fernmeldenetze, zum anderen der Massenkommunikation und der Individualkommunikation grenzt das Grundgesetz die Gewährleistung der Freiheit von Meinungsäußerungen, Presse und Rundfunk in Art. 5 GG gegen die Garantie der Unverletzlichkeit des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 GG ab. Die Massenkommunikation über Rundfunknetze ließ sich als öffentliche Kommunikation einordnen und eigenen rechtlichen Regeln unterstellen. Demgegenüber konnte die Telefon- oder Fernmeldekommunikation zwischen wenigen Beteiligten mit einer Unterstellung vertraulicher Kommunikation verknüpft werden. Art. 10 GG ließ sich als eine der zentralen Garantien des Schutzes von Privatheit begreifen. Er schützt, so das Bundesverfassungsgericht bis in die jüngste Rechtsprechung hinein, die „Privatheit auf Distanz“ in Gestalt einer Geheimnisgarantie (BVerfGE 115, 166, 182; BVerfG <Kammerentscheidung>; NJW 2007: 351, 356).

Dieser gesamte traditionelle Zugriff wird jedoch mit Blick auf die Entwicklung einheitlicher Telekommunikations- und Funknetze, die Vernetzung von Rechnern und Netzwerken im Internet sowie die zahlreichen Hybridformen zwischen Individual- und Massenkommunikation brüchig.⁴⁵ Schon im Ansatz steht man bei internetvermittelter Kommunikation vor dem Problem, welches Grundrecht eigentlich passt. Art. 10 GG greift zumindest, so das BVerfG in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung⁴⁶, solange der Charakter der Kommunikation im Netz nicht erkennbar ist (vgl. BVerfGE 125, 260, 311). In weiteren Abgrenzungen wird danach differenziert, ob die Kommunikation prinzipiell allgemein zugänglich oder ob die Zugänglichkeit Dritter durch technische

⁴⁵ Zu den Grundlagen siehe Beck (2006).

⁴⁶ Dieses Urteil betrifft die gesetzlichen Regelungen des TKG und der StPO, mit denen die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste verpflichtet wurden, die bei der Kommunikation anfallenden Daten länger als für eigene Zwecke (also insbesondere für die Abrechnung) erforderlich zu speichern und sie unter bestimmten Voraussetzungen an Sicherheitsbehörden zu übermitteln, die sie dann zwecks Erfüllung ihrer Aufgaben verwenden durften. Das BVerfG hielt die „vorsorglich anlasslose Speicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten zur späteren anlassbezogenen Übermittlung“ (BVerfGE 125, 260, 317) nicht für schlechthin unvereinbar mit Art. 10 GG, stellte allerdings strenge Anforderungen unter anderem hinsichtlich der Datensicherheitsvorkehrungen und der Übermittlungsschwellen.

und auf die Einschränkung des Kreises der Kommunikationsteilnehmer gerichtete Vorkehrungen begrenzt ist (vgl. Gusy 2010: Rn. 44). Dabei werden die überkommenen Kriterien Allgemeinzugänglichkeit beziehungsweise Abschottetheit auf die Kommunikation im Netz übertragen. Allerdings müsste man deren Vergleichbarkeit mit traditionellen Kommunikationsformen und die Adäquanz der Beschreibungsmuster viel grundsätzlicher durchdenken: Was wären hinreichend abschottende Grenzen angesichts des Spektrums denkbarer Zugangsvorkehrungen?⁴⁷ Wie begrenzt muss der Kreis der miteinander kommunizierenden Personen sein, und wie geht man mit den fließenden Grenzen und den Hybridformen zwischen Individual- und Massenkommunikation um? Wie wirkt sich das Auftreten unter einem Pseudonym aus? Gibt es auch dann einen Privatheitsschutz?⁴⁸ Inwieweit ist ein Recht auf Anonymität im Internet anzuerkennen?

Vor diesem Hintergrund greift es zu kurz, Art. 10 GG als Gewährleistung einer Privatheit auf Distanz zu begreifen. Er ist eine Garantie der Freiheit und Unverletzlichkeit der auf bestimmte Vermittlungstechniken und -leistungen angewiesenen Kommunikation, der auch, aber nicht allein Privatheit schützt (vgl. auch Albers 2008: Rn. 71). Im Übrigen ist das Recht für die notwendig bleibenden Abgrenzungen und für die Ermittlung von Schutzerfordernissen auf Kommunikationsanalysen angewiesen, die die neuen Formen der Kommunikation erschließen. Prägend für deren Charakteristika sind nicht allein technische, sondern auch soziale Kriterien. Zum Beispiel können soziale Netzwerke im Web 2.0 nicht ohne Weiteres als umfassende Öffentlichkeit eingeordnet werden (vgl. auch Münker 2009). Der Einsatz des Paradigmas der berechtigten Privatheitserwartungen liegt auch im Internet nahe.

Darüber hinaus wird auch hier wiederum deutlich, dass Privatheit nicht ohne Weiteres als sozial bereits vorhandene und gegen unerwünschte Invasionen geschützte Sphäre zu begreifen ist. Vielmehr wächst der Bedarf an einer Gewährleistung und Ausgestaltung von Privatheit durch Recht. Es gibt zwar noch ‚klassische‘ Eingriffsabwehrkonstellationen, etwa im Feld staatlicher Telekommunikationsüberwachung. Privatheit im Netz ist aber inhaltlich mehr als eine Geheimnisgarantie und funktional mehr als ein Abwehrrecht, nämlich (zusätzlich) eine Gewährleistungspflicht. Ihr Schutz bedarf außerdem

⁴⁷ Dazu zählen etwa: Verschlüsselungen unterschiedlichen Grades, Modi zur Verteilung von Zugangsberechtigungen über den Betreiber eines Dienstes, bloße Anmeldung über Passwörter ohne förmlichen Identitätsnachweis.

⁴⁸ Grundsätzlich ablehnend zum Persönlichkeitsschutz etwa Böckenförde (2003: 240 ff.).

über den individuellen Fokus hinaus institutioneller Ansätze. Das zeigen neue verfassungsgerichtliche Entscheidungen zum Telekommunikationsgeheimnis oder zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung ebenso wie die neue Entwicklung eines Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.⁴⁹ Dieses zielt auch, allerdings nicht allein⁵⁰ auf Zonen der Privatheit im Netz und ist unter anderem auf Systemgestaltungen gerichtet. Die Gefährdungslagen für die Privatheit hängen eben auch von den Grenzen und Strukturen der sozialen Zusammenhänge ab, in denen sich Daten, Informationen und Wissen über Personen bewegen, und diese Zusammenhänge müssen nicht zuletzt im Wege gesetzlicher Bestimmungen gestaltet werden.

Damit wird zugleich die dominante Vorstellung abgelöst, Privatheit zeichne sich durch die individuelle Kontrolle über den Zugang zu Privatangelegenheiten aus.⁵¹ Das Paradigma individueller Kontrolle, zumal über die Informationen und das Wissen anderer über einen selbst, war schon immer bestenfalls begrenzt treffend.⁵² 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. Sie richten sich weitergehend und viel grundlegender darauf, dass (darauf vertraut werden kann, dass) mit Privatsachen in einem angemessen gestalteten Kontext angemessen umgegangen wird. Das veranschaulicht etwa das arbeitsteilig funktionierende Gesundheitssystem, bei dem das Wissen über Krankheiten als Privatangelegenheiten und die daraus resultierenden beeinträchtigenden Wirkungen nicht ohne Blick auf dessen Ausgestaltung zu beurteilen sind. Privatheit wird also auch durch kontextuale Integrität konstituiert (vgl. Nissenbaum 2008: 136 ff.;

⁴⁹ Das „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ ist in der Entscheidung über die Ermächtigung im nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz zu sogenannten Online-Durchsuchungen hergeleitet worden. Die Ermächtigung umfasste insbesondere den heimlichen Zugriff auf einen an das Internet angeschlossenen PC über die Netzverbindung und mit Hilfe auf der Festplatte platzierter Spähprogramme. Siehe BVerfGE 120, 274, 302 ff. sowie Hoffmann-Riem (2008: 1010 ff.; 2009: 530 ff.). Kritisch etwa Eifert (2008: 521 ff.), Britz (2008: 412 ff.), zustimmend dagegen Bäcker (2009: 8 ff.).

⁵⁰ Mit dem Vorschlag einer „elektronischen Privatsphäre“ zu kurz greifend: Böckenförde (2008: 938 f.).

⁵¹ Für den rechtlichen Kontext noch zugrunde gelegt etwa bei Hoppe (2005: 663 ff.) und Horn (2009: Rn. 3 ff.).

⁵² Vgl. unter verschiedenen Gesichtspunkten dazu Allen (2000: 865 ff.); Albers (2005: 236 ff.) und Hoffmann-Riem (2009: 526 ff.).

2010: 125 ff.). Bei einem solchen Verständnis von Privatheit sorgen neben Kontrollformen und -rechten vielfältige soziale Normen, institutionelle Gestaltungen, systemgestaltende Techniken oder kontextgestaltendes Recht dafür, dass sie gesichert wird.

Auch in diesem Rahmen kommt die Entwicklung eines vielschichtigen privatheitsschützenden Rechts ohne die Rezeption der Erkenntnisse anderer Disziplinen und ohne interdisziplinäre Perspektiven nicht aus. Etwa benötigt man technische Analysen, die Strukturmechanismen des Internets oder die Möglichkeiten von *Privacy Enhancing Technologies* aufzeigen. Genauso wichtig sind soziologische, medienwissenschaftliche oder kulturwissenschaftliche Analysen, die zurückverweisen auf die Frage, was als Privatheit zu schützen ist.

4 Ausblick: Privatheitsschutz als Innovationsmotor

Privatheitskonzeptionen und rechtlicher Privatheitsschutz waren schon immer mehr oder weniger eng miteinander verflochten. Traditionell stützen sie sich beide auf Leitdichotomien wie diejenige von Privatheit und Öffentlichkeit oder auf die Idee der Zugangskontrolle als Konstituens von Privatheit. Zudem weisen sie thematische Schnittmengen auf. Der grundlegende Wandel des Verständnisses und der Bedingungen von Privatheit in der Gesellschaft lässt das Recht nicht unberührt. Selbst der Begriff, der sich durch einen genuin liberalen Hintergrund auszeichnete, verlangt nunmehr nach einem Zugriff, der die klassische Eingriffsabwehrdogmatik überwindet. Privatheitsschutz erweist sich inhaltlich und dogmatisch als Innovationsmotor im Recht. Das kann man nicht zuletzt in der Rechtsprechung des BVerfG beobachten, das die Garantien der Unverletzlichkeit der Wohnung, der Unverletzlichkeit des Telekommunikationsgeheimnisses und der Achtung der Privatsphäre in den letzten Jahren bereits in bestimmtem Umfang weiterentwickelt hat. Es operiert dabei mit neuen Begriffen wie etwa dem der berechtigten Privatheitserwartungen oder orientiert sich bei der Konkretisierung der Gewährleistungsbereiche an Überlegungen zu den sozialen Funktionen von Privatheit. Auch das überkommene Leitbild der individuellen Zugangskontrolle ließe sich hin zum Leitbild der kontextualen Integrität transformieren. Damit wird zugleich deutlich, dass Privatheit voraussetzungsvoll, rechtlich zumindest in Teilen herstellungs- und ausgestaltungsbedürftig und über den individuellen Fokus hinaus mit Hilfe institutioneller Ansätze zu schützen ist. Die Gesetzgebung erhält eine mehrdimensionale Rolle. Gleichzeitig wird die Rolle der Rechtsprechung aufgewertet, sei es wegen der zunehmenden Kasuistik, sei es, weil die an die Gerichte her-

angetragenen Rechtsfälle eine empirische Basis für Schutzerwartungen und für die Funktionen der Privatheit hergeben könnten.

Mit all dem gewinnen auch die Erkenntnisse anderer Disziplinen sowie inter- und transdisziplinäre Konzeptionen an Relevanz. Es geht um eine neue Kombination von Eigenständigkeit und Rezeptivität des Rechts.⁵³ Dabei ist Interdisziplinarität weder eine Einbahnstraße noch im Sinne eines äußerlich bleibenden Verhältnisses etwa von Recht und Sozialwissenschaften zu begreifen; sie muss sich wahrhaft *zwischen* den Disziplinen bewegen. Da dies nur mit Metabeobachtungsebenen gelingt, sind die Inter- und auch die Transdisziplinarität immer auch Mehrebenenkonzepte, die Selbstreflektion, reflexive Ebenen und Beobachtungen höherer Ordnung voraussetzen.

Das Beispiel der ‚Privatheit‘ kann all dies verdeutlichen, und deswegen ist der Begriff eingangs als Schlüsselbegriff eingeführt worden. Auch wenn und gerade weil er vielschichtig und nicht ohne Weiteres aus sich heraus verständlich ist, braucht man die Kritik, es handele sich um eine reduktionistische, besser zu Gunsten der hinter ihr stehenden eigentlichen Figuren und Argumente aufzugebende Konzeption⁵⁴, nicht zu teilen (vgl. auch Bennett 2011). Aus vielen Gründen wird „Privatheit“ aus unseren Diskussionen nicht verschwinden.

Literatur

- Albers, Marion: Faktische Grundrechtsbeeinträchtigungen als Schutzbereichsproblem, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)* 1996, 233-242.
- Albers, Marion: *Informationelle Selbstbestimmung*, Baden-Baden 2005.
- Albers, Marion: Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten. In: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hgg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd. II, München 2008, § 22.
- Albers, Marion: Verfassungsgerichtsbarkeit und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. In: Erbguth, Wilfried/Johannes Masing (Hgg.): *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*. Stuttgart 2008, 51-64 (2008a).
- Albers, Marion: Grundrechtsschutz der Privatheit, *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)* 2010, 1061-1069.
- Allen, Anita L.: Privacy-As-Data Control: Conceptual, Practical, and Moral Limits of the Paradigm, *Connecticut Law Review* 32 (2000), 861-875.
- Ariès, Philippe/Georges Duby (Hgg.): *Histoire de la vie privée*, 5 Bde., Paris 1985-1987.
- Arnauld, Andreas von: Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht nach einer Öffnung für sozialwissenschaftliche Theorie. In: Funke, Andreas/Jörn Lüdemann (Hgg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*. Tübingen 2009, 65-118.

⁵³ Weiterführend zum Grundsatzproblem siehe Trute (2007: 125 ff.) und von Arnauld (2009: 78 ff.).

⁵⁴ Siehe die Darstellung bei Solove/Schwartz (2008: 52).

- Bäcker, Matthias: Das IT-Grundrecht: Funktion, Schutzgehalt, Auswirkungen auf staatliche Ermittlungen. In: Uerpmann-Witzack, Robert (Hg.): *Das neue Computergrundrecht*. Münster 2009, 1-30.
- Baldus, Manfred: Der Kernbereich privater Lebensgestaltung – absolut geschützt, aber abwägungsoffen, *Juristenzeitung* 2008, 218-227.
- Beck, Klaus: *Computervermittelte Kommunikation im Internet*, München 2006.
- Benn, Stanley I./Gerald F. Gaus: The Public and the Private: Concepts and Action. In: Dies. (Hgg.): *Public and Private in Social Life*. New York 1983, 3-27.
- Benn, Stanley I./Gerald F. Gaus: The Liberal Conception of the Public and the Private. In: Dies. (Hgg.), *Public and Private in Social Life*. New York 1983, 31-65 (1983a).
- Bennett, Colin J./Charles D. Raab. *The Governance of Privacy*. Aldershot 2003.
- Bennett, Colin J.: In Defence of Privacy: The concept and the regime, *Surveillance & Society* 8 (4), 485-496.
- Bobbio, Norberto: The Great Dichotomy: Public/Private. In: Ders.: *Democracy and Dictatorship*, Cambridge 1989, 1-21.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, *Neue Juristische Wochenschrift* 1974, 1529-1538.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung. In: Ders.: *Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt am Main 1991, 58-66.
- Böckenförde, Thomas: *Die Ermittlung im Netz*. Tübingen 2003.
- Böckenförde, Thomas: Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, *Juristenzeitung* 2008, 925-939.
- Bok, Sissela: *Secrets – On the Ethics of Concealment and Revelation*. New York 1983.
- Britz, Gabriele: *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*. Tübingen 2007.
- Britz, Gabriele: Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, *Die öffentliche Verwaltung* 2008, 411-415.
- Britz, Gabriele: Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts. In: Hoffmann-Riem Wolfgang: *Offene Rechtswissenschaft*, Tübingen 2010, 561-596.
- Bublitz, Hannelore: *Im Beichtstuhl der Medien. Die Produktion des Selbst im öffentlichen Bekenntnis*. Bielefeld 2010.
- Buchanan, Allen et al., *From Chance to Choice*, Cambridge 2000.
- Cremer, Wolfram: *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*. Tübingen 2003.
- Döring Jörg/Tristan Thielmann (Hgg.): *Spatial Turn. Das Raumparadigma in den Kultur- und Sozialwissenschaften*. Bielefeld 2008.
- Eifert, Martin: Informationelle Selbstbestimmung im Internet - das BVerfG und die Online-Durchsuchungen, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2008, 521-523.
- Esposito, Elena: *Soziales Vergessen*, Frankfurt am Main 2002.
- Fried, Charles: Privacy, *Yale Law Journal*, 77, 1968, 475-493.
- Fuhse, Jan: Welche kulturellen Formationen entstehen in mediatisierten Kommunikationsnetzwerken?. In: Ders./Christian Stegbauer (Hgg.): *Kultur und mediale Kommunikation in sozialen Netzwerken*. Wiesbaden 2011, 31-54.
- Gavison, Ruth: Privacy and the Limits of Law, *Yale Law Journal*, 89 (1980), 421-471.

- Geuss, Raymond: *Privatheit. Eine Genealogie*. Frankfurt am Main 2002.
- Grimm, Dieter: Die Entwicklung der Grundrechtstheorie in der deutschen Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts. In: Ders.: *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt am Main 1987, 308-346.
- Günzel, Stephan: *Raumwissenschaften*. Frankfurt am Main 2008
- Gusy, Christoph: Art. 10 GG. In: Mangoldt, Hermann von/Friedrich Klein/Christian Starck (Hgg.): *Kommentar zum Grundgesetz (GG)*. 6. Aufl., München 2010.
- Henne, Thomas/Arne Riedlinger (Hgg.): *Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht*, Berlin 2005.
- Herrmann, Friederike/Margret Lünenborg (Hgg.): *Tabubruch als Programm*. Opladen 2001.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, *Juristenzeitung* 2008, 1009-1022.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation, *Archiv des öffentlichen Rechts* 134 (2009), 513-541.
- Hoppe, Tilman: Privatleben in der Öffentlichkeit, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2005, 656-673.
- Horn, Hans-Detlef: Schutz der Privatsphäre. In: Isensee, Josef/Paul Kirchhof (Hgg.) *Handbuch des Staatsrechts* Bd. VII: Freiheitsrechte. 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 149.
- Imhof, Kurt/Peter Schulz (Hgg.): *Die Veröffentlichung des Privaten – die Privatisierung des Öffentlichen*. Opladen 1998.
- Isensee, Josef: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht. In: Ders./Paul Kirchhof (Hgg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011, § 191.
- Jarvis, Jeff: *Public Parts. How Sharing in the Digital Age Improves the Way We Work and Live*. New York 2011.
- Jurczyk, Karin/Mechtild Oechsle: Privatheit: Interdisziplinarität und Grenzverschiebungen. Eine Einführung. In: Dies. (Hgg.): *Das Private neu denken – Erosionen, Ambivalenzen, Leistungen*. Münster 2008, 8-47.
- Kruse, Lenelis: *Privatheit als Problem und Gegenstand der Psychologie*. Bern 1980.
- Lübbe-Wolff, Gertrude: *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*. Baden-Baden 1988.
- Luhmann, Niklas: *Grundrechte als Institution*. Berlin 1965.
- Luhmann, Niklas: Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition. In: Ders.: *Gesellschaftsstruktur und Semantik*. Bd. 1. Frankfurt am Main 1980, 9-71.
- Mill, John Stuart: *On liberty*. 2. Aufl., Boston 1863.
- Münker, Stefan: *Emergenz digitaler Öffentlichkeiten. Die Sozialen Medien im Web 2.0*. Frankfurt am Main 2009.
- Nettesheim, Martin/Oliver Diggelmann: Grundrechtsschutz der Privatheit. In: *Der Schutzauftrag des Rechts: Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Berlin vom 29. September bis 2. Oktober 2010*. Berlin 2011, 50-81.
- Nissenbaum, Helen: Privacy as Contextual Integrity, *Washington Law Review*, 79 (2008), 119-157.
- Nissenbaum, Helen: *Privacy in Context. Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford 2010.

- Passerin d'Entrèves, Maurizio/Ursula Vogel: Public and private. A complex relation. In: Dies. (Hgg.): *Public and Private. Legal, political and philosophical perspectives*. London 2000, 1-16.
- Poscher, Ralf: Menschenwürde und Kernbereichsschutz, *Juristenzeitung* 2009, 269-277.
- Pothast, Thomas/Beate Herrmann/Uta Müller: *Wem gehört der menschliche Körper?*. Paderborn 2010.
- Rössler, Beate: *Der Wert des Privaten*. Frankfurt am Main 2001.
- Rohlf, Dietmar: *Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre*. Berlin 1980.
- Rosen, Jeffrey: The Deciders: Facebook, Google, and the Future of Privacy and Free Speech. In: Ders./Benjamin Wittes (Hgg.): *Constitution 3.0*. Washington 2011, 69-82.
- Rosen, Jeffrey/Benjamin Wittes (Hgg.): *Constitution 3.0*. Washington 2011.
- Schaar, Peter: *Das Ende der Privatsphäre*. München 2007.
- Schwartz, Barry: The Social Psychology of Privacy, *American Journal of Sociology*, 73 1967/68, 741-752.
- Schöne-Seifert, Bettina/Davinia Talbot: *Enhancement: Die ethische Debatte*. Paderborn 2009.
- Seubert, Sandra: Privatheit und Öffentlichkeit heute: ein Problemaufriss. In: Seubert, Sandra/Peter Niesen (Hgg.): *Die Grenzen des Privaten*. Baden-Baden 2009, 9-24.
- Siemen, Birte: *Datenschutz als europäisches Grundrecht*. Berlin 2006.
- Solove, Daniel: Conceptualizing Privacy, *California Law Review*, 90 (2002), 1087-1155.
- Solove, Daniel: *Understanding Privacy*. Cambridge 2008.
- Solove, Daniel/Paul M. Schwartz: *Privacy and the Media*. New York 2008.
- Spencer, Shaun B.: Reasonable Expectations and the Erosion of Privacy, *San Diego Law Review* 39 (2002), 843-915.
- Strahilevitz, Lior Jacob: A Social Networks Theory of Privacy, *University of Chicago Law Review* 72 (2005), 919-988.
- Taupitz, Jochen (Hg.): *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*. Berlin 2007.
- Trute, Hans-Heinrich: Staatsrechtslehre als Sozialwissenschaft?. In: Schulze-Fielitz, Helmuth (Hg.): *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*. 2007, 115-132.
- Voßkuhle, Andreas: Neue Verwaltungsrechtswissenschaft. In: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hgg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd. I, München 2006, § 1.
- Warren, Samuel D./Louis D. Brandeis: The Right to Privacy, *Harvard Law Review* 4/5 1890, 193-220.
- Weintraub, Jeff: The Theory and Politics of the Public/Private Distinction. In: Weintraub, Jeff/Krishan Kumar (Hgg.): *Public and Private in Thought and Practice. Perspectives on a Grand Dichotomy*, Chicago 1997, 1-42.
- Weiß, Ralph: Das medial entblößte Ich – verlorene Privatheit?. In: Jurczyk, Karin/Mechthild Oechsle (Hgg.): *Das Private neu denken – Erosionen, Ambivalenzen, Leistungen*. Münster 2008, 174-191.
- Weiß, Ralph/Jo Groebel (Hgg.): *Privatheit im öffentlichen Raum. Medienhandeln zwischen Individualisierung und Entgrenzung?*. Opladen 2002.
- Westin, Alan F.: *Privacy and Freedom*. 6. Aufl, New York 1970.
- Zolotas, Triantafyllos: *Privatleben und Öffentlichkeit*. Köln 2010.