

PERSÖNLICHKEITSRECHTE AN DATEN ?

**DELIKTSRECHTLICHER DATENSCHUTZ NACH § 823 ABS. 1 BGB
ZWISCHEN INFORMATIONELLER SELBSTBESTIMMUNG,
RECHTSGÜTERSCHUTZ UND EINGRIFFSTYPISIERUNG**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg

vorgelegt von
Karl-Ludwig Ruppel
aus Fulda

2001

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat der juristischen Fakultät der Universität Würzburg im Wintersemester 2000/2001 als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis 31.12.2000 berücksichtigt.

Die am 23.05.2001 in Kraft getretenen Änderungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) konnten nicht mehr berücksichtigt werden. Die Arbeit orientiert sich in den einschlägigen Passagen am letzten Regierungsentwurf im laufenden Gesetzgebungsverfahren (Stand 13.10.2000). Die Kernaussagen der Arbeit zum Verhältnis von kodifiziertem Datenschutzrecht und Persönlichkeitsrecht bleiben von den Änderungen in der Endphase des Gesetzgebungsverfahrens unberührt.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. Forkel herzlich für die Betreuung und Begutachtung der Arbeit sowie Herrn Prof. Dr. Schwarz für die Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Dank gilt im weiteren Herrn Rechtsanwalt Dr. Löhr für die Einbindung in die anwaltliche Praxis und ganz besonders meiner Freundin, Frau Rechtsanwältin Ricarda Huch, für so manche Rücksichtnahme während der Erstellung der Arbeit.

Frankfurt a.M., im Juli 2001

Inhaltsverzeichnis

ERSTER TEIL

DER ZIVILRECHTLICHE PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ BEZÜGLICH PERSÖNLICHER DATEN IM SYSTEM DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN UND EUROPARECHTLICHEN VORGABEN

A. Einleitung	1
B. Verfassungsrechtliche Vorgaben	1
I. Das Volkszählungsurteil – Anstoß in der neueren Rechtsprechung des BVerfG.....	5
II. Das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ - Weichenstellung für den Persönlichkeitsschutz im Privatrechtsverkehr ?	6
1. Grundrechtsdogmatische Verortung der „informationellen Selbstbestimmungsbefugnis“	7
a) Das Elfes-Urteil als Wegbereiter zur Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.....	8
b) Theoretische Grundlagen der informationellen Selbstbestimmung	10
aa) Die Lehre vom informationellen Totalvorbehalt.....	10
bb) Relativität der Privatsphäre.....	11
cc) Autonome Selbstdarstellung als Grundlage der Selbstbestimmungsbefugnis	11
dd) Stellungnahme.....	13
c) Die Inbezugnahme von Art. 14 GG - Argumentationswandel mit Signalwirkung ?	21
aa) Neue Akzente in der Rechtsprechung des BVerfG.....	21
bb) Stellungnahme.....	24
d) Verfassungsrechtlicher Datenschutz in speziellen Grundrechten.....	28
aa) Grundrechtlicher Indiskretionsschutz - Abschirmung und informelle Abwehr	31
bb) Selbstdarstellung in der sozialen Umwelt.....	31
2. Drittwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Schlüssel für die private Informationsordnung ?	32
a) Keine unmittelbare Drittwirkung.....	33
b) Mittelbare Drittwirkung.....	33
aa) Die extensive Auslegung der Selbstbestimmungsbefugnis durch das BVerfG	34

(1) Abkehr von der EDV-spezifischen Schutzausrichtung - „Entmündigung I“	34
(2) Ausstrahlwirkung ins Privatrecht - „Entmündigung II“	35
bb) Schutzgutbezogene Betrachtungsweise: Mangel an Kontur und Überschneidungen mit anerkannten Persönlichkeitsgütern	38
cc) Eingriffsbezogene Betrachtungsweise: die Gefahren eines schrankenlosen Eingriffsverständnisses	41
c) Zwischenergebnis.....	43
III. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Zivil- und Verfassungsrecht	44
1. Die Wurzeln des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung	45
2. Die Haltung des BVerfG zur Rechtsentwicklung im Zivilrecht	46
3. Stellungnahme	47
IV. Das BVerfG und das Dogma vom grundsätzlichen Informationsverbot.....	50
1. „Nullum datum sine lege“?	52
2. Vom Abwägungsgebot zum verfassungsrechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis ?	56
3. Zwischenergebnis	59
C. Europarechtliche Vorgaben - Die EG-Datenschutzrichtlinie.....	60
I. Schutzziel	60
II. Schutzsubjekt	61
III. Keine Trennung zwischen öffentlicher und privater Datenverarbeitung.....	62
1. Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs	63
a) Ausklammerung der Datenverarbeitung zu ausschließlich persönlichen Zwecken	63
b) Notwendigkeit ergänzenden Persönlichkeitsschutzes	63
2. Der Positivkatalog der Zulässigkeitstatbestände in Art. 7 der Richtlinie.....	64
IV. Differenzierungen im Schutzniveau - Der „Sensitivitätskatalog“ des Art. 8 der Richtlinie	65
1. Kritik in der datenschutzrechtlichen Literatur	65
2. Stellungnahme	66
a) Problem der „fluktuierenden Sensitivität“	66
b) Inhaltliche Qualifikation als Instrument zur Abstufung von Schutzinteressen .	67
c) Gesamtschau aus Inhaltsqualifikation und Verarbeitungskontext.....	67
D. Thesen	70

ZWEITER TEIL

ANWENDUNGSRÄUME DES ALLGEMEINEN PERSÖNLICHKEITSRECHTS UND KONKURRENZVERHÄLTNIS ZUM POSITIVEN RECHT AM BEISPIEL DES BDSG

A. Die Grenzen der einfachrechtlichen Vorgaben des normierten Datenschutzrechtes	73
I. Anwendungsgebiete des allgemeinen Persönlichkeitsrechts neben den Bestimmungen des BDSG ?	74
1. Grenzen des Anwendungsbereichs des BDSG im Bereich der Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen de lege lata und de lege ferenda	75
a) Sachliche Grenzen	75
aa) Die Ausweitung des Verbotsgrundsatzes auf die „Datenerhebung“	76
bb) Die Abkehr vom herkömmlichen Dateibegriff - Einführung des Begriffs der „automatisierten Verarbeitung“	76
cc) Die Ausklammerung des Datenumgangs im Rahmen persönlicher und familiärer Tätigkeiten	79
b) Persönliche Grenzen	80
2. Das BDSG - Teilmenge eines „besonderen Persönlichkeitsrechts“?	80
II. Anwendungsräume des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht neben dem besonderen Datenschutzrecht ?	83
III. Zwischenergebnis	84
B. Die Kollisionsfrage zwischen normiertem Recht und Rechtsfortbildung am Beispiel des BDSG	85
I. Die Betrachtung von Schutzgut und Schutzgegenstand	86
II. Persönlichkeitsschutz zwischen Prävention und Repression	87
III. Die Rechtsprechung zur Kollision des BDSG mit dem zivilrechtlichen APR	88
1. Verdrängungswirkung außerhalb des Anwendungsbereichs des BDSG ?	89
2. Lex specialis, Subsidiarität oder Idealkonkurrenz neben Ansprüchen des BDSG ?	90
a) BGH v. 19.5.1981 (VI ZR 273/79)	90
b) BGH v. 7.7.1983 (III ZR 159/82)	92
c) BGH v. 22.05.1984 (VI ZR 105/82)	92
d) BGH v. 17.12.1985 (VI ZR 244/84)	95
3. Stellungnahme und eigener Standpunkt - Anspruchsbezogene Einzelbetrachtung	95
a) Lex specialis bei abschließender gesetzlicher Regelung	96
aa) Positive Tatbestandsindikation und potentiell unlimitierte Spezialität	97
bb) Negative Ausschlußwirkung	98

b) Partielle Spezialität, Subsidiarität oder Anspruchskonkurrenz bei nicht abschließender gesetzlicher Regelung ?.....	98
aa) Anspruchskonkurrenz im Verletzungsfall	99
bb) Negative Ausschlußwirkung.....	100
c) Der undeutliche Standpunkt der Rechtsprechung	100
IV. Der gesetzliche Schadensersatzanspruch im Spannungsfeld der Bestimmungen des BDSG und des BGB de lege lata und de lege ferenda	101
C. Zwischenergebnis und Thesen	105

DRITTER TEIL

ZWISCHEN RECHTSGÜTERSCHUTZ UND EINGRIFFSTYPISIERUNG - DIE ZIVILRECHTLICHE ERFASSUNG DES DATENSCHUTZES AM BEISPIEL DES DELIKTSRECHTS

A. Die personenbezogene Information als Ausgangspunkt des Persönlichkeitsschutzes	109
I. Überregulierung ohne Zielbestimmung, oder: Reform ohne Ende ?.....	110
II. Das personenbezogene Datum als Ausgangspunkt von Schutzüberlegungen	112
1. Das Datum als Nichtverkörperung eines rechtlichen Interesses	113
2. Information und Datum - Ausgangspunkte für Begriffsverwirrung	113
3. Personenbezug - Das Datum als Darstellung eines Persönlichkeitspartikels ...	115
a) Der individualistische Ansatz des Personenbezugs im BDSG	115
b) Personenbezug bei juristischen Personen und Personenzusammenschlüssen	116
4. Zwischenergebnis	118
B. Persönlichkeitsgut versus Selbstbestimmungsrecht - Versuch einer dogmatischen Erfassung des deliktsrechtlichen Datenschutzes.....	119
I. Die dogmatische Verortung des Persönlichkeitsrechts im Deliktsrecht	119
1. Der traditionelle deliktsrechtliche Ansatz	120
a) Zuweisungsgehalt und Ausschlußfunktion als optimale Grundlagen des Deliktsschutzes.....	120
b) Gegenständliche Verkörperung als Grundbedingung des Persönlichkeitsschutzes?	122
c) Sozialtypische Offenkundigkeit als Wesensmerkmal des Rechtsgüterschutzes ?	123
d) Stellungnahme	124

2. Die Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten als zivilrechtliche Position ?	128
a) Der Begriff der Selbstbestimmung.....	129
b) Relative Selbstbestimmung und immanente Informationstransparenz.....	132
aa) Datentransparenz in der vertraglichen Beziehung	132
bb) Datentransparenz in und außerhalb von gesetzlichen Schuldverhältnissen	133
c) Der Eingrenzungsversuch auf die „vernünftige Selbstbestimmung“ ?	135
d) Bestimmungskompetenz oder Persönlichkeitsinteresse als deliktsrechtliches	
Schutzgut ?	136
3. Zwischenergebnis	139
II. Das persönlichkeitsrechtliche Interesse am einzelnen „persönlichen Datum“ -	
Schutzgutorientierte Betrachtungsweise zur Bestimmung des Schutzbereichs des	
allgemeinen Persönlichkeitsrechts.....	140
1. Parallelen zum Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit ?.....	141
2. Parallelen zum Recht an der Persönlichkeit ?.....	141
3. Parallelen zum Recht auf Individualität ?	143
a) Der besondere Bezug zu den deskriptiven Individualpersönlichkeitsgütern..	144
b) Die Sonderstellung der Kennzeichen	145
c) Persönliche Daten als individuelle Emanation der Persönlichkeit ?.....	146
aa) Das Verhältnis zum Recht am gesprochenen Wort	147
bb) Das Verhältnis zum Recht am geschriebenen Wort	151
cc) Zwischenergebnis	153
d) Die Bedeutung des Dateninhaltes für die persönlichkeitsrechtliche	
Güterzuordnung.....	153
aa) Die Differenzierung von Schutzgut und Schutzintensität -	
Begriffsverwirrungen	153
bb) Privatleben und Privatsphäre.....	155
bb) Geheimnis und Geheimsphäre	159
cc) Sonderstellung „sensitiver Daten“ ?	162
e) Identitätsschutz und Datenverfälschung.....	164
f) Ehrenschatz und Kundgabe fremder Mißachtung durch Gebrauch persönlicher	
Daten.....	166
4. Das persönliche Datum als weitergehendes Schutzgut ?	167
a) Individualdatenschutz und Trivialkommunikation	167
b) Rückschluß aus der Struktur anerkannter Persönlichkeitsgüter im Recht auf	
Individualität	169
5. Zwischenergebnis	170
III. Dogmatische Schlußfolgerungen für den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB	170

1. Das Problem der Zersplitterung datenschutzrechtlicher Interessen im Persönlichkeitsrecht	171
a) Die unklaren Grenzen des Persönlichkeitsguts Lebensbild	171
b) Das Persönlichkeitsprofil als weiteres Persönlichkeitsgut im Rahmen des Rechts auf Individualität?	173
2. Zwischenergebnis und Hypothese	176

C. Perspektivenwechsel - die eingrifforientierte Betrachtungsweise zur deliktsrechtlichen Erfassung des Datenschutzes	177
I. Zulässigkeit der Schutzbereichskonturierung über den Eingriffsaspekt	177
II. Vorzüge einer Synthese aus Schutzgut- und Eingriffsperspektive	180
III. Leitlinien der Eingriffsanalyse	181
IV. Typenkatalog potentieller Eingriffshandlungen - das gesetzliche Modell	182
V. Die Eingriffsanalyse am Beispiel der Datenerhebung - Schutz vor Informationszugriff auf den persönlichen Bereich	184
1. Verhaltensspezifische Unrechtsindikationen ?	185
a) Sphärenformel als Komplementärbegriff	186
b) Unterscheidung nach der Art der Datenermittlung	187
aa) Der Datenzugriff unter Anwendung von Nötigungsmitteln	188
bb) Der Datenzugriff unter Täuschung	189
cc) Der heimliche Datenzugriff	191
(aaa) Die Unrechtsindikation im Lichte der Wertungen des § 202 a StGB ..	192
(bbb) Rechtswidrigkeitsindikation gemäß §§ 201, 202 StGB	194
2. Differenzierung nach dem Mittel der Datenerhebung	194
a) Schnittstelle zur Datenspeicherung	195
b) Die Verkörperung des Datums als Differenzierungskriterium ?	195
aa) Informationsfixierung als Gefahrenpotential in zeitlicher Dimension	196
bb) Relativierung des fixierungsorientierten Ansatzes - der weite Datenbegriff des BDSG und der EG-Datenschutzrichtlinie	197
cc) Die Fixierung als Zeichen der Machtausübung über den Betroffenen	197
c) Die grundsätzliche Erlaubnisfreiheit der rein sinnlichen Datenerhebung	198
d) Die nicht-automatisierte, technisch unterstützte Datenerhebung	199
e) Unrechtsvermutung im Falle automatisierter Datenerhebung ?	200
f) Systematischer Standort der Abstufung nach dem Mittel der Datenerhebung	201
3. Betroffenheit von Schutzgütern oder Verletzung von Verhaltensnormen - systematische Konsequenzen für die Tatbestandsbeschreibung	201

D. Schlußbetrachtung: Auswirkungen auf die tatbestandliche Prüfung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts	203
I. Deliktsrechtliche Normbegrenzung durch Ausscheidung sozialadäquater Verhaltensweisen sowie die Figuren des Einverständnisses und der Einwilligung...	203
1. Die Lehre von der Sozialadäquanz zum Zwecke der Tatbestandsbeschränkung	203
2. Das Zweckbindungsgebot als materielle Konkretisierung der Sozialadäquanz	206
3. Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung und Einverständnis	207
III. Aufbau und Anforderungen an die Güter- und Interessenabwägung.....	210
1. Die Inventio - das Auffinden von Persönlichkeitsgütern sowie von Interessen an der Achtung persönlichkeitsschützender Verhaltensnormen	211
2. Die Wertung der erkannten Güter und Interessen.....	213
3. Die Abwägung im engeren Sinn.....	215
IV. Schlußwort	215
E. Thesen	219
F. Anhang: Aufbauvorschlag für die Prüfung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB.....	226

Literaturverzeichnis

- Ahrens**, Claus, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen - Ansatz einer Systembildung (im Erscheinen).
- Alderman**, Ellen / **Kennedy**, Caroline: The Right to Privacy, New York 1997.
- Arzt**, Gunther: Der strafrechtliche Ehrenschatz der Intimsphäre vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz aus betrachtet, Tübingen 1970.
- Auernhammer**, Herbert: Bundesdatenschutzgesetz: Kommentar, 3. Auflage, Köln/ u. a. 1993.
- Bahrtdt**, Hans-Paul: Schlüsselbegriffe der Soziologie, 7. Auflage, München 1997.
- Baston-Vogt**, Marion: Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997
- Baumann**, Reinhold: Stellungnahme zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes vom 15.12.1983 zum Volkszählungsgesetz 1983, DVBl. 1984, S. 612 ff.
- , Bundesdatenschutzgesetz: Plädoyer für die Beibehaltung der Gesetzeseinheit, RDV 1986, S. 1 ff.
- Baumbach**, Adolf/ **Hefermehl**, Wolfgang: Wettbewerbsrecht, 20. Auflage, München 1998
- Bechtold**, Rainer: GWB, 2. Auflage, München 1999.
- Becker**, Walter : Das Recht der unerlaubten Handlungen - System in Vorlesung und Diskussion, Berlin 1976.
- Benda**, Ernst: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Datenschutz, DuD 1984, S. 86 ff.
- , Privatsphäre und „Persönlichkeitsprofil“: Ein Beitrag zur Datenschutzdiskussion, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 23 ff. (*zitiert*: Benda, FS Geiger).
- Bischoff**, Stefan: Speicherung von Daten einer GmbH als zulässige Speicherung personenbezogener Daten des Ein-Mann-Gesellschafters und Geschäftsführers? CR 1986, S. 637 ff.
- Blens**, Heribert, Novellierung des BDSG, RDV 1989, S. 91 ff.
- Boecken**, Winfried: Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz gegen reine Nutzungsbeeinträchtigungen, Berlin 1995.
- Brandner**, Hans Erich: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Entwicklung durch die Rechtsprechung, JZ 1983, S. 689 ff.

Breitfeld, Anja: Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie als Schranke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Verfassungsrechtliche Vorgaben für die zivilrechtliche Informationsordnung, Berlin 1992.

Brossette, Josef: Der Wert der Wahrheit im Schatten des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Ein Beitrag zum zivilrechtlichen Ehren-, Persönlichkeits- und Datenschutz, Berlin 1991.

Bruchner, Helmut: Wirtschaftliches Vorleben einer geschäftsleitenden Person (§ 32 BDSG), WuB I B 7 3.86.

Brüggemeier, Gert: Deliktsrecht, Baden-Baden 1986 (*zitiert*: Brüggemeier, Deliktsrecht)

-, Organisationshaftung, AcP 191 (1991), S. 33 ff.

Bühler, Christoph, Ein Versuch, Computerkriminellen das Handwerk zu legen: Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, MDR 1987, S. 448 ff.

Bull, Hans-Peter: Datenschutz als Informationsrecht und Gefahrenabwehr, NJW 1979, S. 1177 ff.

-, Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Datenschutzes, ÖVD 1979, Heft 11, S. 3 ff.

-, Neue Konzepte, neue Instrumente? – Zur Datenschutzdiskussion des Bremer Juristentages ZRP 1998, S. 310 ff.

Caemmerer, Ernst v.: Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Karlsruher Forum 1961 S. 19 ff.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201 ff.

-, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, S. 161 ff.

Claessens, Dieter: Rolle und Macht, 3. Auflage, München 1974.

Coing, Helmut: Die Entwicklung der Persönlichkeitsrecht im 19. Jahrhundert, in: Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt/ M. 1988, S. 75 ff. (*zitiert*: Coing, FS Maihofer).

-, Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, SJZ 1947, S. 641 ff.

Dammann, Ulrich: Das neue Bundesdatenschutzgesetz, NVwZ 1991, S. 640 ff.

Dammann, Ulrich/ **Simitis**, Spiros: EG-Datenschutzrichtlinie, Baden-Baden 1997 (*zitiert*: Dammann/Simitis, Datenschutzrichtlinie).

Däubler, Wolfgang: Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3. Auflage, Köln 1993 (*zitiert*: Däubler, Gläserne Belegschaften).

-, Gestaltung neuer Technologien durch Recht, ZRP 1986, S. 42 ff.

- Degenhart**, Christoph: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG, JuS 1992, S. 361 ff.
- Denninger**, Erhard: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit, KJ 1985, S. 215 ff.
- Deutsch**, Erwin: Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, S. 1985 ff.
- , Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln u. a. 1996 (*zitiert*: Deutsch, Haftungsrecht).
- , Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), S. 161 ff.
- Dix**, Alexander: Rechtsfragen der Polizeilichen Datenverarbeitung, Jura 1993, S. 571 ff.
- Drexl**, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998.
- Dronsch**, Gerhard: Nochmals: Datenschutz in der Informationsgesellschaft, ZRP 1996, S. 206 ff.
- Druey**, Jean Nicolas: Geheimsphäre des Unternehmens - Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall -, Basel/Stuttgart 1977.
- Duttge**, Gunnar: Recht auf Datenschutz, Ein Beitrag zur Interpretation der grundrechtlichen Schutzbereiche, Der Staat 1997, S. 280 ff.
- Eberle**, Carl-Eugen: Datenschutz durch Meinungsfreiheit, DÖV 1977, S. 306 ff.
- Eckert**, Jörn: Der Begriff Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen, JuS 1994, S. 625 ff.
- Ehmann**, Horst: Informationsschutz und Informationsverkehr in Zivilrecht, AcP 188 (1988), S. 230 ff.
- , Zur Zweckbindung privater Datennutzung, RDV 1988, S. 169 ff.
- , Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, JuS 1997, S. 193 ff.
- Ellger**, Reinhard, Datenschutz im grenzüberschreitenden Datenverkehr - eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden 1990.
- Enneccerus**, Ludwig/ **Nipperdey**, Hans Carl: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- Erman**, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band §§ 1 – 853, AbzG, HaustWG, AGBG, 9. Auflage München 1993 (*zitiert*: Erman-Bearbeiter).
- Fabricius**, Fritz: Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 I BGB, AcP 160 (1961), S. 273 ff.
- Fiedler**, Herbert: Datenschutznovellierung – Zerreißprobe für den Datenschutz, CR 1989, S. 131 ff.

Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin/ u.a. 1997.

Forkel, Hans: Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung, GRUR 1988, S. 491 ff.

-, Anmerkung zu BGH v. 1.12.1999, LM § 823 (Ah) BGB Nr. 132

-, Anmerkung zu BGH v. 19.12.1995, JZ 1997, S. 43 ff.

-, Zur systematischen Erfassung und Abgrenzung des Persönlichkeitsrechts auf Individualität, in: Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1985, S. 93 ff. (*zitiert*: Forkel, FS Hubmann)

-, Zur Übertragbarkeit geheimer Kenntnisse, in: Festschrift für Ludwig Schnorr von Carolsfeld zum 70. Geburtstag, Köln / u. a., 1972, S. 105 ff. (*zitiert*: Forkel, FS Schnorr v. Carolsfeld).

-, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und „wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht“ in: Festschrift für Karl H. Neumayer zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985, S. 229 ff. (*zitiert*: Forkel, FS Neumayer).

-, Zur Fortentwicklung unseres Lizenzrechts, in: Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, 1998, S. 85 ff. (*zitiert*: Forkel, FS Kraft).

Fromm, Friedrich Karl/ **Nordemann**, Wilhelm: Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 9. Auflage, Stuttgart/
u. a. 1998.

Gallas, Wilhelm, Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E 1962), ZStW 75 (1963), S. 16 ff.

Gallwas, Hans-Ulrich: Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Der Staat 1979, S. 507 ff.

-, Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW 1992, S. 2785 ff.

Ganßauge, Klaus, Datenverarbeitung und -nutzung von Kreditwürdigkeitsdaten durch fremdnützige Verarbeiter: mit einer Darstellung der Rechtstatsachen bei der SCHUFA und der Organisation Creditreform, in: Schriften zum Recht des Informationsverkehrs und der Informationstechnik, Band 11, Berlin, 1995

Geiger, Andreas: Verfassungsfragen zur polizeilichen Anwendung der Video-Überwachungstechnologie bei der Straftatbekämpfung, Berlin 1994.

Geis, Max-Emanuel: Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts: Ein Plädoyer für die „Sphärentheorie“, JZ 1991, S. 112 ff.

Gernhuber, Joachim: Bürgerliches Recht, 3. Auflage, München 1983.

Gierke, Otto v.: Deutsches Privatrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895.

Giesen, Thomas: Grundrecht auf Informationszugang?, DuD 1997, S. 588 ff.

- Gola**, Peter: Zur Entwicklung des Datenschutzes im Jahre 1984, NJW 1985, S. 1196 ff.
- , Zur Entwicklung des Datenschutzes im Jahre 1985, NJW 1986, S. 1913 ff.
- , Zwei Jahre neues Bundesdatenschutzgesetz – Zur Entwicklung des Datenschutzes seit 1991, NJW 1993, S. 3109 ff.
- , Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahre 1998/99, NJW 1999, S. 3753 ff.
- Gössel**, Karl-Hein: Verfassungsrechtliche Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1984, S. 361 ff.
- Götting**, Horst-Peter: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995.
- Gottwald**, Stefan: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht - ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, Berlin 1996.
- Haft**, Fritjof: Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), NSTZ 1987, S. 6 ff.
- Hattenhauer**, Hans: „Person“ – Zur Geschichte eines Begriffs, JuS 1982, S. 409 ff.
- Heil**, Helmut, Die EG-Datenschutzrichtlinie, in: Euro-Guide - Der Europäische Markt von A-Z, Köln 1996, S. 1 ff.
- Helle**, Ernst: Die Rechtswidrigkeit der ehrenrührigen Behauptung, NJW 1961, S. 1896 ff.
- Helle**, Jürgen, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht: Das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes, Tübingen 1991.
- Heußner**, Hermann: Datenverarbeitung und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, ArbuR 1985, S. 309 ff.
- , Das informationelle Selbstbestimmungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, SGB. 1984, S. 280 ff.
- Hexel**, Dietmar, Mensch im Computer - Personaldaten und EDV, 2. Auflage, Hamburg 1986.
- Hillgruber**, Christian: Grundrechtsschutz im Vertragsrecht – zugleich: Anmerkung zu BVerfG NJW 1990, 1469 -, AcP 191 (1991), S. 69 ff.
- Hoffmann-Riem**, Wolfgang: Weiter so im Datenschutzrecht?, DuD 1998, S. 684 ff.
- Hörle**, Ulrich/ **Wronka**, Georg: Bundesdatenschutzgesetz, Auswirkungen auf Werbung und Presse, Bonn 1977.
- Hotz**, Kaspar: Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Zürich 1967.
- Howe**, Peter: Zivilrechtlicher Eingriff und Interessenabwägung beim Persönlichkeitsrecht auf Wahrung der privaten Geheimsphäre, Berlin 1990.

- Hubert**, Thomas-Alexander: Das datenschutzrechtliche „Presseprivileg“ im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Presserecht, Baden-Baden 1993.
- Hubmann**, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, 2. Auflage, Köln 1967 (*zitiert*: Hubmann, Persönlichkeitsrecht).
- , Urheber- und Verlagsrecht, 5. Auflage, München 1984 (*zitiert*: Hubmann, Urheber- u. Verlagsrecht).
 - , Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion in: JZ 1957, S. 521 ff.
 - , Die Personendarstellung im Film und der Gesetzesentwurf des BJM über den Persönlichkeitsschutz, Ufita 26 (1958), S. 19 ff.
 - , Das Recht auf Identität, in: Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte, Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, Berlin 1966, S. 161 ff. (*zitiert*: Hubmann, GS Schmidt).
 - , Persönlichkeitsschutz ohne Grenzen?: Betrachtungen zu einigen neueren Entscheidungen des BVerfG, Ufita 70 (1974) S. 75 ff.
 - , Grundsätze der Interessenabwägung, in: AcP 155 (1956), S. 85 ff.
 - , Die Methode der Güterabwägung, in: Festschrift für Schnorr v. Carolsfeld, Köln 1972 (*zitiert*: Hubmann, FS Schnorr v. Carolsfeld)
- Hüffer**, Uwe, Die Eingriffskondiktion, JuS 1981, S. 263 ff.
- Jäggi**, Peter: Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit - Referat zum schweizerischen Juristentag 1960, ZSR 79 II (1960), S. 133 a ff.
- Jarass**, Hans D.: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, S. 857 ff.
- Jarass**, Hans D./ **Pieroth**, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 4. Auflage, München 1997 (*zitiert*: Jarass/Pieroth, GG).
- Kamlah**, Ruprecht: Datenverarbeitung und Bundesverfassungsgericht, DÖV 1970, S. 361 ff.
- Kau**, Wolfgang: Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz: Persönlichkeitsschutz juristischer Personen des Privatrechts in verfassungsrechtlicher Sicht, Heidelberg 1989.
- Kim**, Il-Hwan: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im deutschen und koreanischen Verfassungsrecht, Dissertation, Mannheim 1995.
- Kirchhof**, Paul: Steueranspruch und Informationseingriff, in: Die Steuerrechtsordnung in der Diskussion, Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Joachim Lang, Köln 1995, S. 27 ff.
- Klippel**, Diethelm: Deliktsrechtliche Probleme des Datenschutzes, BB 1983, S. 407 ff.

- Kloepfer**, Michael: Datenschutz als Grundrecht, Königstein/Taunus 1980 (*zitiert*: Kloepfer, Datenschutz als Grundrecht).
- , in: Verhandlungen des deutschen Juristentages 1997, Gutachten (Teil D), München 1998 (*zitiert*: Kloepfer, Gutachten)
- , Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, JZ 1984, S. 685 ff.
- Klug**, Ulrich: Konfliktlösungsvorschläge bei heimlichen Tonbandaufnahmen zur Abwehr krimineller Telefonanrufe, in: Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag, Hamm 1981, S. 101 ff.
- Kohler**, Josef: Zur Konstruktion des Urheberrechts, ArchBürgR X (1895), S. 241 ff.
- , Ehre und Beleidigung, GoldtA 47 (1900), S. 1 ff.; S. 98 ff.
- , Das Autorrecht, JherJb 18 (1880), S. 129 ff.
- Kohte**, Wolfhard: Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), S. 105 ff.
- Koller**, Ingo: Zur Speicherung von Angaben über die finanziellen Situation einer Ein-Mann-GmbH als personenbezogene Daten des Gesellschafters, EWiR 1986, S. 227 ff.
- Krause**, Peter: Grundrechtliche Grenzen staatlicher und privater Informationserhebung und -verarbeitung, DB 1983, Beil. Nr. 23 S. 1 ff.
- , Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (BVerfGE 65, 1), JuS 1984, S. 268 ff.
- , Die Rechtsprechung des BVerfG zum Privatrecht, JZ 1984, S. 656 ff.
- Krey**, Volker: Das BVerfG in Karlsruhe – ein Gericht läuft aus dem Ruder; kritische Anmerkungen anlässlich des Sitzblockadenbeschlusses des Ersten Senats vom 10.01.1995, JR 1995, S. 221 ff.
- Kübler**, Friedrich: Öffentlichkeit als Tribunal?: Zum Konflikt zwischen Medienfreiheit und Ehrenschatz, JZ 1984, S. 541 ff.
- Kuhla**, Wolfgang: Datenschutz im Beamten- und Arbeitsverhältnis, Darmstadt 1983.
- Kunig**, Philip: Der Grundsatz der informationellen Selbstbestimmung, Jura 1993, S. 595 ff.
- Langer**, Margit: Informationsfreiheit als Grenze informationeller Selbstbestimmung: verfassungsrechtliche Vorgaben der privatrechtlichen Informationsordnung, Berlin 1992.
- Larenz**, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin/ u. a. 1995 (*zitiert*: Larenz, Methodenlehre).
- , Das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ im Recht der unerlaubten Handlungen, NJW 1955, S. 521 ff.
- Larenz**, Karl/ **Wolf**, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1997 (*zitiert*: Larenz/Wolf, AT).

- Larenz**, Karl/ **Canaris**, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band, Besonderer Teil 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994 (*zitiert*: Larenz/Canaris SchuldR II/2).
- Leicht**, Armin: Computerspionage- Die "besondere Sicherung gegen unberechtigten Zugang" (§ 202a StGB), iur 1987, S. 45 ff.
- Leisner**, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München 1960.
- Leuze**, Ruth: Orwell „1984“ - Utopie oder Realität, DVBl. 1984, S. 1 ff.
- Leipziger Kommentar**. Strafgesetzbuch, herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß/ Günther Willms, Fünfter Band, §§ 185 – 262, 10. Auflage, Berlin/ u. a. 1989 (*zitiert*: LK-Bearbeiter, StGB).
- Löffler**, Martin: Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit? NJW 1959, S. 3 ff.
- Luhmann**, Niklas: Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965.
- Lutterbeck**, Bernd: 20 Jahre Dauerkonflikt – Die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes, DuD 1998, S. 129 ff.
- Maass**, Hans-Heinrich: Information und Geheimnis im Zivilrecht, Stuttgart 1970.
- Mallmann**, Christoph: Datenschutz in Verwaltungs-Informationssystemen, München/ u. a. 1976 (*zitiert*: Mallmann, Datenschutz in Verwaltungs-Informationssystemen).
- , Zielfunktionen des Datenschutzes, Frankfurt am Main 1977 (*zitiert*: Mallmann, Zielfunktionen).
- Maunz**, Theodor/ **Dürig**, Günter: Kommentar zum Grundgesetz, Band I, Art. 1-100; Band II Art. 14-37, Loseblattsammlung: Stand: Sept. 1998 (Bd. I), Juni 1998 (Bd. II); München (*zitiert*: Maunz/Dürig-Bearbeiter, GG).
- Medicus**, Dieter: Bürgerliches Recht, 16. Auflage, München 1993.
- Meister**, Herbert: Datenschutz im Zivilrecht, 2. Auflage, Bergisch Gladbach 1981 (*zitiert*: Meister, Datenschutz im Zivilrecht).
- , Datenschutz und Privatrechtsordnung, BB 1976, 1584 ff.
- , Das Schutzgut des Datenrechts, DuD 1983, S. 163 ff.
- , Schutz vor Datenschutz, DuD 1986, S. 172 ff.
- Mugdan**, B.: Die gesamten Materialien zum BGB; II. Band - Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Müller**, Paul J.: Funktionen des Datenschutzes aus sozialer Sicht, DVR 1975, S. 107 ff.
- Münch**, Ingo v./ **Kunig**, Philip: Grundgesetz Kommentar, Band 1 Präambel bis Art. 20, 4., Auflage, München 1994 (*zitiert*: v. Münch/Kunig, GG)
- Münchener Kommentar**. Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Kurt Rebmann u. Franz Jürgen Säcker, Band 1 §§ 1-120 ABGB, 3. Auflage,

München 1993, Band 5, §§ 705- 823 PartGG ProdHaftG, 3. Auflage, München 1997 (*zitiert*: MüKo-Bearbeiter).

Neumann-Duesberg, Horst: Heimliche Tonbandaufnahmen von Gesprächen über Anwesende, BB 1957, S. 865 ff.

-, Das „Recht auf Anonymität“ in seiner Erscheinungsform als Recht am eigenen Bild, in: Juristisches Jahrbuch 7. Band 1966/67, herausgegeben von Gerhard Erdsieck, Köln 1966, S. 138 ff.

-, Verwechslung des Urheberpersönlichkeitsrechts mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, NJW 1971, S. 1640 ff.

Nipperdey, Hans Carl: Die Ersatzansprüche für Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.-29.5. '52 entstanden sind - Rechtsgutachten, Köln 1953 (*zitiert*: Nipperdey, Zeitungsstreik-Gutachten).

-, Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände: Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, NJW 1967, S. 1985 ff.

-, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Ufita 30 (1960), S. 1 ff.

Nitsch, Peter: Datenschutz und Informationsgesellschaft, ZRP 1995, S. 361 ff.

Ordemann, Hans-Joachim/ **Gola**, Peter/ **Schomerus**, Rudolf, Bundesdatenschutzgesetz, 6. Auflage, München 1997 (*zitiert*: Ordemann/Schomerus, BDSG).

Ossenbühl, Fritz: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Handbuch des Staatsrechts, herausgegeben von Josef Isensee u. Paul Kirchhof, Band III Handeln des Staates, Heidelberg 1988.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 59. Auflage, München 2000 (*zitiert*: Palandt-Bearbeiter).

Pieroth, Bodo/ **Schlink**, Bernhard: Staatsrecht II, Grundrechte, 14. Auflage, Heidelberg 1998.

Pitschas, Rainer: Informationelle Selbstbestimmung zwischen digitaler Ökonomie und Internet, DuD 1998, S. 139 ff.

Raiser, Ludwig: Grundgesetz und Privatrechtsordnung, Festvortrag, in: Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentags 1967, Band II, München 1967, S. B 5 ff.

Ramelow, Michael: Der Lebensbildnisschutz im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Dissertation, Hamburg 1963.

Rehbinder, Manfred: Urheberrecht, 10. Auflage, München 1998.

Reinhardt, Rudolf: Das Problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Zugleich eine Besprechung von Heinrich Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, AcP 153 (1954), S. 548 ff.

- , Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, in: Karlsruher Forum 1961 - Grundprobleme der Haftung in § 823 Abs. 1 BGB, Karlsruhe 1962, S. 3 ff. (*zitiert*: Reinhardt, Karlsruher Forum)
- Rennert**, Klaus: Das Reiten im Walde – Bemerkungen zu Art. 2 I GG, NJW 1989, S. 3261 ff.
- Reuter**, Dieter/ **Martinek**, Michael: Ungerechtfertigte Bereicherung, Handbuch des Schuldrechts Band 4, Tübingen 1983.
- RGRK**: Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des RG und des BGH, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Band II 5. Teil §§ 812-831, 12. Auflage, Berlin/u.a. 1989 (*zitiert*: RGRK-Bearbeiter)
- Rödig**, Jürgen: Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB durch Schutzgesetzverstoß, Bielefeld 1973.
- Rogall**, Klaus: Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, Tübingen 1992 (*zitiert*: Rogall, Informationseingriff).
- , Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB), NSTZ 1983, S. 1 ff.
- , Buchbesprechung zu Klaus Vogelsang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, GA 1989, S. 319 ff.
- Rohlf**, Dietwalt: Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 2 Abs. 1 GG, Berlin 1980.
- Rüpke**, Giselher: Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit: Zugleich ein Versuch pragmatischen Grundrechtsverständnisses, Baden-Baden 1976.
- Salzwedel**, Jürgen: Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfassungsschutzes, in Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin / u. a. 1967, S. 756 ff. (*zitiert*: Salzwedel, GS Peters).
- Schack**, Haimo: Besprechung von Horst Peter Götting, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995, AcP 195 (1995), S. 594 ff.
- Schapp**, Jan: Über die Freiheit im Recht, AcP 192 (1992), S. 355 ff.
- Scheler**, Max: Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik - neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus, 4. Auflage, Bern 1954.
- Scheyhing**, Robert: Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, AcP 158 (1958), S. 503 ff.
- Schiemann**, Gottfried: Das allgemeine Schädigungsverbot – "alterum non laedere" JuS 1989, S. 345 ff.
- Schlechtriem**, Peter: Inhalt und systematischer Standort des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, DRiZ 1975, S. 65 ff.
- , Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, 1976, S. 445 ff. (*zitiert*: FS Hefermehl).

- Schlink**, Bernhard: Datenschutz und Amtshilfe, NVwZ 1986, S. 249 ff.
- , Das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Der Staat 1986, S. 233.
- Schlüchter**, Ellen: Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Heidelberg 1987.
- Schmidt**, Walter: Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, S. 241 ff.
- Schmitt Glaeser**, Walter: Schutz der Privatsphäre, in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI Freiheitsrechte, herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Heidelberg 1989, S. 41 ff. (*zitiert*: Schmitt Glaeser, HbdStR)
- Scholz**, Rupert / **Pitschas**, Rainer, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin 1984.
- Schwan**, Eggert: Datenschutz, Vorbehalt des Gesetzes und Freiheitsgrundrechte, VerwArch 66 (1975), S. 120 ff.
- Schwerdtner**, Peter: Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung: Offene Probleme einer juristischen Entdeckung, Berlin 1976 (*zitiert*: Schwerdtner, Persönlichkeitsrecht).
- , Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JuS 1978, S. 289 ff.
- Schwinge**, Erich: Ehrenschatz heute, Tübingen/ u. a. 1988.
- Seemann**, Bruno: Prominenz als Rechtsgut, Ufita 131 (1996), S. 5 ff.
- Seidel**, Ulrich: Datenbanken und Persönlichkeitsrecht - unter Berücksichtigung der amerikanischen Computer Privacy, Köln 1972.
- Sendler**, Horst: Wundersame Vermehrung von Grundrechten – insbesondere zum Grundrecht auf Mobilität und Autofahren, NJW 1995, S. 1468 ff.
- Sieber**, Ulrich: Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW 1989, S. 2569 ff.
- Simitis**, Spiros: Chancen und Gefahren der elektronischen Datenverarbeitung - zur Problematik des Datenschutzes, NJW 1971, 673 ff..
- , Datenschutz: Von der legislativen Entscheidung zur richterlichen Interpretation, NJW 1981, S. 1697 ff.
- , Informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, S. 398 ff.
- , Zur Datenschutzgesetzgebung – Vorgaben und Perspektiven, CR 1987, S. 602 ff.
- , „Sensitive Daten“ – Zur Geschichte und Wirkung einer Fiktion, in: Festschrift für Mario M. Pedrazzini, Bern 1990 S. 469 ff. (*zitiert*: Simitis, FS Pedrazzini).
- , Die EU-Datenschutzrichtlinie – Stillstand oder Anreiz?, NJW 1997, S. 281 ff.
- Simitis**, Spiros/ **Dammann**, Ulrich/ **Geiger**, Hansjörg/ **Mallmann**, Otto/ **Walz**, Stefan: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 4. Auflage, Loseblattsammlung, Stand: Dezember 1998, Frankfurt 1991 (*zitiert*: Simitis-Bearbeiter, BDSG).

- Simon, Jürgen /Taeger, Jürgen:** Umfang des Auskunftsanspruchs gegen Handelsauskunfteien – BGH, NJW 1981, 1738, JuS 1983, S. 96 ff.
- Smoschewer, Fritz:** Das Persönlichkeitsrecht im allgemeinen und im Urherberrecht, III. Teil, Ufita 3 (1930), S. 349 ff.
- Soergel, Hans Thomas/ Siebert, Wolfgang:** Bürgerliches Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht III §§ 705 – 853, 12. Auflage, Stuttgart/ u. a. 1998 (*zitiert:* Soergel/Siebert-Bearbeiter)
- Sokol, Bettina:** Datenschutz versus Informationszugang?, DuD 1997, S. 380 ff.
- Steindorff, Ernst:** Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht, Heidelberg 1983.
- Steinmüller, Wilhelm/ Lutterbeck, B./ Mallmann, C./ Harbort, U./ Kob, G./ Schneider, J.:** Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, Bonn 1972, BT-Drucksache VI 3826, Anlage 1, S. 5 ff. (*zitiert:* Steinmüller und Mitarbeiter, Gutachten)
- Stern, Klaus:** Menschwürde als Wurzel der Menschen- und Grundrechte, in: Recht und Staat im sozialen Wandel, Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin 1983, S. 627ff. (*zitiert:* Stern, FS Scupin).
- Stoll, Hans:** Freiheit der Meinungsäußerung und Schutz der Persönlichkeit in der neueren Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Haftung, Jura 1979, S. 576 ff.
- , Der Persönlichkeitsschutz in der neuesten Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, Jura 1981, S. 135 ff.
- Tauss, Jörg/ Kollbeck, Johannes/ Mönickes, Jan:** Wege in die Informationsgesellschaft, in: Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, Aufsatzsammlung, herausgegeben von Jörg Tauss, Baden-Baden 1996, S. 18 ff.
- Tinnefeld, Marie-Theres:** Teilhabe an Informationen in der offenen Gesellschaft, DuD 1997, S. 136 ff.
- Tinnefeld, Marie-Theres, Ehmann, Eugen:** Einführung in das Datenschutzrecht, 3. Auflage, München/ u. a. 1998 (*zitiert:* Ehmann/Tinnefeld, Datenschutzrecht).
- Tinnefeld, Marie-Theres/ Philipps, L./ Heil, S.:** Informationsgesellschaft und Rechtskultur in Europa, Baden-Baden 1995 (*zitiert:* T/P/H, Informationsgesellschaft).
- Troller, Alois:** Immaterialgüterrecht, Band 1, 3. Auflage, Basel/ Frankfurt am Main 1983.
- Tröndle, Herbert/ Fischer, Thomas:** Kommentar zum Strafgesetzbuch, 49. Auflage, München 1999
- Vogelgesang, Klaus:** Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden 1987.

- Walz**, Stefan: Das neue Bundesdatenschutzgesetz: Kompromiß als Leitprinzip, CR 1991, S. 364 ff.
- Weinkauff**, Hermann: Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, S. 1689 ff.
- Welzel**, Hans: Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969.
- Wenzel**, Karl Egbert: Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung: Handbuch des Äußerungsrechts, 4. Auflage, Köln 1994.
- Werckmeister**, Georg: Begriff der Information - Ansatz einer dialektischen Informationstheorie, DVR 7 (1978) S. 225 ff.
- Werthebach**, Eckart: 20 Jahre Bundesdatenschutzgesetz – vom Stiefkind zum Exportmodell, RDV 1997, S. 1 ff.
- Wiese**, Günther: Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts, Neuwied/ u. a. 1994 (*zitiert*: Wiese, Genetische Analysen).
- , Der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber, ZfA 1971, S. 273 ff.
 - , Persönlichkeitsrechtliche Grenzen sozialpsychologischer Experimente, in: Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag, München 1977, S. 719 ff. (*zitiert*: Wiese, FS Duden).
 - , Probleme bei der Edition von Briefen, in: Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, herausgegeben von Peter Hanau, München 1982, S. 483 ff. (*zitiert*: Wiese, FS Herschel)
 - , Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, in: Tinnefeld u.a., Institutionen und Einzelne im Zeitalter der Informationstechnik, Wien 1994, S. 101 ff. (*zitiert*: Wiese, Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis)
- Wind**, Irene: Haftung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, RDV 1991, S. 16 ff.
- Wind**, Irene/ **Siegert**, Michael: Datenschutzrichtlinie der EG – mögliche Auswirkungen auf das BSDG, RDV 1992, S. 118 ff.
- Wronka**, Georg: Das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den sogenannten besonderen Persönlichkeitsrechten, Ufita 69 (1973), S. 71 ff.
- Zöllner**, Wolfgang: Daten- und Informationsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Auflage, Köln 1983 (*zitiert*: Zöllner, Daten- und Informationsschutz).
- , Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private Datenverarbeitung, RDV 1985, S. 3 ff.

„Die Persönlichkeit ist eins unserer heiligsten Güter, einer der Tragpfeiler menschlicher Kultur. Eine Rechtsordnung, die sich außerstande erklärt, ihr angemessen Schutz zu verleihen, gesteht offen ihre Ohnmacht ein.“¹

Erster Teil

Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz bezüglich persönlicher Daten im System der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Vorgaben

A. Einleitung

Die Rasanz des technologischen Fortschritts in der Übergangsphase von der Industriegesellschaft zur modernen sog. Informationsgesellschaft² bestätigt und nährt gleichermaßen die bereits in den Anfängen der Datenschutzdiskussion geäußerten Befürchtungen vor einer unüberschaubaren und nicht mehr kontrollierbaren informationellen Erfassung des Einzelnen bis hin zur völligen Durchleuchtung seiner Person. Die im Zuge dieser ständig fortschreitenden Entwicklung vorgetragenen Anstöße in der rechtspolitischen Diskussion konzentrieren sich in jüngster Zeit zunehmend auf die legislative Tätigkeit, auf eine Reform des Datenschutzrechts. Ungeachtet der in diesem Bereich zweifelsohne bestehenden Reformbedürftigkeit scheint bei all den Bemühungen um die Schaffung einer möglichst umfassend geregelten Informationsordnung ein bereits früh zutage getretenes Spezifikum des gesetzlichen Datenschutzrechts im Bewußtsein verdrängt zu werden: Gesetzgeberische Tätigkeit im Datenschutzrecht stellt sich trotz eines gewissen Grades von Abstraktheit oftmals als bloße *reactio* in einem *Actio-reactio*-Gefüge dar. Normen erscheinen hier geradezu als Spiegelbild einer gesellschaftlichen Realität, die sich unter den Bedingungen technologischen Fortschritts stetig wandelt³. Bleibt man im Wortbild, so wird die *actio* bestimmt durch konstante bis sprunghafte Veränderungen des Standards der Informations- und

¹ Smoschewer, Ufita 3 (1930), 349 (370).

² Vgl. Kloepfer, Gutachten, S. D 37; zur Begriffsschöpfung vgl. Tauss/Kollbeck/Mönickes, S. 18.

³ Ähnlich Simitis-Simitis, BDSG, § 1 Rn. 25.

Kommunikationstechnik, die geeignet sind, immer neue Erhebungs- und Verarbeitungsformen personenbezogener Daten zu kreieren, was wiederum stets neue Gefährdungslagen für die Persönlichkeit hervorruft bzw. vorhandene vertieft. Betrachtet man allein das Gefährdungspotential für persönliche Daten, das durch die kommunikationstechnische Revolution des *world wide web* (*www*) begründet wird, so wirkt das Postulat nach einem vorauseilenden, präventiven Schutz durch den Gesetzgeber auf den Bürger eher als mehr oder minder ohnmächtiger Versuch der Schadensbegrenzung. Aufgrund dieses Dilemmas läuft das Streben nach der Schaffung einer allumfassenden gesetzlichen Informationsordnung, wie es etwa in den Beschlüssen des 62. Deutschen Juristentags 1998 in Bremen⁴ zum Ausdruck gekommen ist, Gefahr, zur Vision zu werden oder gar zur Illusion zu verklären.

Vor diesem Hintergrund erhebt sich die Frage, ob hier nicht auch eine Rückbesinnung auf hergebrachte Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes sinnvoll sein könnte. Der stete Kampf an der Front zwischen Technologie und Fortentwicklung des positiven Rechts ist das eine. Dem gegenüber stehen jedoch grundsätzlichere Überlegungen zu den schutzwürdigen und schutzbedürftigen Belangen des betroffenen Bürgers. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht trägt diesen Belangen Rechnung, indem es als Institut der Rechtsfortbildung und offener Tatbestand in der judikativen Anwendung seine Ausgestaltung erfährt. Eine genauere Betrachtung des Datenschutzes aus persönlichkeitsrechtlicher Perspektive kann sich womöglich in zweierlei Richtung hilfreich darstellen. Zum einen mag sie als Leitfaden für weitere Entwicklungen im Datenschutz *de lege ferenda* dienen. Des weiteren – und hierin liegt wohl der Schwerpunkt – erleichtert eine möglichst präzise Beschreibung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Bereich des Schutzes persönlicher Daten letztlich die Rechtsanwendung und trägt somit zur Rechtssicherheit bei. Dabei will die vorliegende Arbeit vornehmlich das unter Privaten bestehende Spannungsfeld zwischen Informationsfreiheit auf der einen bzw. Persönlichkeitsschutz auf der anderen Seite beleuchten. Ziel soll es sein, datenschutzrechtliche Fragestellungen im deliktsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu verorten und insofern methodische Wege zu einer Beschreibung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB zu eröffnen.

Die Untersuchung gliedert sich hierbei in drei Teile. Im *ersten Teil* soll vorab geklärt werden, welche außerzivilrechtlichen Rahmenbedingungen für den Datenschutz im Privatrecht bestehen. Insbesondere wird die

⁴ Beschlüsse der IV. Abteilung (Öffentliches Recht) des 62. Deutschen Juristentages in Bremen 1998 (Quelle: www.djt.de/62djt/oeffentlichesrecht.html).

verfassungsrechtliche Figur eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in ihren theoretischen Grundlagen und praktischen Auswirkungen näher beleuchtet werden. Daran schließt sich die Frage nach einer möglichen Drittwirkung auf die Privatrechtsordnung an. Schließlich sollen die Neuerungen in der europäischen Rechtsentwicklung und deren Einflüsse auf den Datenschutz im allgemeinen sowie das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht im besonderen untersucht werden.

Der *zweite Teil* beschäftigt sich mit der Fragestellung, welche Anwendungsräume das normierte einfache Recht für den in Rechtsfortbildung entwickelten Persönlichkeitsschutz hinterläßt und welche Konkurrenzprobleme dabei typischerweise entstehen. Dazu werden zunächst die Grenzen des positiven Rechts herausgearbeitet werden. Anschließend soll die Kollisionsfrage beispielhaft zwischen den Ansprüchen nach dem BDSG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht anhand der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur näher untersucht werden. In einer abschließenden Betrachtung sollen sodann die konkreten Auswirkungen der im Rahmen einer Neufassung des BDSG zu erwartenden gesetzlichen Schadensersatzbestimmungen auf Ansprüche nach § 823 BGB in konkurrenzrechtlicher Sicht geklärt werden.

In dem sich anschließenden *dritten Teil*, dem Hauptteil der Arbeit, werden verschiedene methodische Ansätze zur Tatbestandsfassung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in § 823 Abs.1 BGB erörtert. Insbesondere soll untersucht werden, ob sich datenschutzrechtliche Interessen am besten über einen an der informationellen Selbstbestimmung oder einen an einzelnen Rechtsgütern ausgerichteten Ansatz erfassen lassen. Die Arbeit wird insoweit die Grenzen der Bemühungen um eine abstrakte Tatbestandsbeschreibung aufzeigen, um schließlich in der Erkenntnis zu münden, daß auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB das Persönlichkeitsrecht mitunter allein durch die Achtung von Verhaltensnormen geschützt werden kann. Gerade im Datenschutzrecht, einer Materie, die seither an die Normierung von Verhaltenspflichten angebunden ist, erscheint es aussichtslos, das Persönlichkeitsrecht allein durch die Benennung von einzelnen Persönlichkeitsgütern erschöpfend fassen zu wollen. Die Untersuchung kommt daher zu dem Ergebnis, daß sich der deliktsrechtliche Datenschutz am ehesten in einem methodisch zweigleisigen Ansatz aus rechtsguts- und eingriffsorientierter Betrachtungsweise fassen lassen wird. In einer oftmals unerläßlichen Güter- und Interessenabwägung zur Feststellung tatbestandlichen Unrechts werden in der Folge als verletzt erkannte und benennbare Güter und Interessen ebenso einzustellen sein wie solche, die sich

erst aus der erkannten Verletzung einer Persönlichkeitsschützenden Verhaltensnorm im Wege der Ableitung gewinnen lassen. Neben dieser methodischen Betrachtung werden auch einige für den Datenschutz typische Abstufungsmerkmale für die konkret auf den Einzelfall zugeschnittene Interessenbewertung herausgearbeitet. Die Untersuchung schließt mit einem Aufbauvorschlag für die praktische Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB.

B. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Frage nach dem Schutz personenbezogener Daten im Privatrechtsverkehr ist seit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts⁵ dogmatisch von dem Streit um Inhalt und Reichweite des aus dem Verfassungsrecht hergeleiteten sog. Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beherrscht worden. Insofern geriet das im Zivilrecht entwickelte und höchstrichterlich anerkannte Institut des allgemeinen Persönlichkeitsrecht zunehmend aus dem Blickfeld. Im folgenden will die Arbeit der Frage nach der verfassungsrechtlichen Begründung des Datenschutzes nachgehen und das Verhältnis des zivilrechtlichen zum verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz näher analysieren, insbesondere, da insofern einige richtungsweisende, z.T. auch heftig umstrittene Entscheidungen des BVerfG ergangen waren.

I. Das Volkszählungsurteil – Anstoß in der neueren Rechtsprechung des BVerfG

Mit der Verfassungsbeschwerde gegen das Volkszählungsgesetz vom 25.03.1982⁶ wurde das BVerfG in die Lage versetzt, zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Datenschutzes Stellung zu beziehen. Das sog. Volkszählungsurteil wird als maßgebliche Zäsur in der Entwicklung des Datenschutzes begriffen, die in den Jahren zuvor eher von legislativer Aktivität bestimmt war.⁷ Unverkennbar spannt das BVerfG hierbei den Bogen seiner Argumentation über die der Entscheidung zugrunde liegende Fragestellung nach der Verfassungsmäßigkeit des Volkszählungsgesetzes hinaus. Es trifft vielmehr auch allgemeine, zumindest aber verallgemeinerungsfähige Aussagen über die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Datenschutz.

Ausgehend von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab weist das Gericht darauf hin, daß es sich bei dem hierin geschützten allgemeine Persönlichkeitsrecht um einen offenen Tatbestand handle, der weiteren Konkretisierungen zugänglich ist.

So umfasse dieses Recht auch die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart

⁵ BVerfGE 65, 1 ff.

⁶ BGBl. I, 369.

⁷ Vgl. *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 22.

werden.⁸ Mit den Gegebenheiten der automatischen Datenverarbeitung begründet das BVerfG sodann die besondere Schutzbedürftigkeit dieser Befugnis. Mit der als Recht auf informationelle Selbstbestimmung bezeichneten Befugnis sei „eine Gesellschaftsordnung und eine dieses ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann wo und bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“⁹ Individuelle Selbstbestimmung setze Entscheidungsfreiheit voraus. Diese sei aber gerade aufgrund des verhaltensdeterminierenden psychischen Drucks, der von einer unbegrenzten Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe von persönlichen Daten ausgeht, gefährdet. Die Selbstbestimmung selbst charakterisiert das Gericht als Funktionsbedingung des freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens. Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG folge „insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.“¹⁰ Gleichwohl schränkt das BVerfG sodann klarstellend ein, der Einzelne habe kein Recht im Sinne einer unumschränkten Herrschaft an „seinen“ Daten; vielmehr seien Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im „überwiegenden Allgemeininteresse“ hinzunehmen.¹¹ Für Beschränkungen des Art. 2 Abs. 1 GG verweist das BVerfG auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage sowie auf den vom Gesetzgeber zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Gericht macht deutlich, daß die streitgegenständlichen Verfassungsbeschwerden keinen Anlaß zur erschöpfenden Erörterung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bieten, sondern nur über die Tragweite dieses Rechts für Eingriffe zu entscheiden sei, durch welche der Staat die Angabe personenbezogener Daten vom Bürger verlangt.¹²

II. Das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ - Weichenstellung für den Persönlichkeitsschutz im Privatrechtsverkehr ?

Die Entscheidung des BVerfG im Volkszählungsurteil ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur als entscheidende Weichenstellung für das Verhältnis des Bürgers zum Staat im Hinblick auf den Umgang mit personenbezogener Information gewertet worden.¹³

⁸ BVerfGE 65, 1 (41f.); bereits angedeutet in BVerfGE 54, 148 (155); 27, 1 (6); 27, 344 (350f.); 44, 353 (379); 35, 202 (220); 56, 37 (41 ff.); 63, 131 (142f.).

⁹ BVerfGE 65, 1 (43); siehe dazu *Tinnefeld*, DuD 1997, 136 (139), die diese weitgreifenden Ausführungen als „Wurzel des Transparenzprinzips im Datenschutz“ beschreibt.

¹⁰ BVerfGE 65, 1 (43).

¹¹ BVerfGE 65, 1 (44). Ein solches überwiegendes Allgemeininteresse sei aber regelmäßig überhaupt nur an Daten mit Sozialbezug unter Ausschluß unzumutbarer intimer Angaben und von Selbstbezeichnungen anzunehmen (BVerfG, aaO, 46).

¹² BVerfGE 65, 1 (45).

¹³ Vgl. *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 22 ff;

Um so dauerhafter und heftiger gestaltet sich hingegen der Streit, welche Folgerungen sich dem Urteil für das Verhältnis der Bürger untereinander entnehmen läßt. Im Zentrum der Diskussion steht insoweit die Frage nach der unmittelbaren oder mittelbaren Drittwirkung des sog. „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“.

1. Grundrechtsdogmatische Verortung der „informationellen Selbstbestimmungsbefugnis“

Ausgangspunkt der Betrachtung ist die vom BVerfG zu verfassungsrechtliche Weihen erhobene Figur eines „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“¹⁴, das in seiner inhaltlichen Reichweite seither umstritten ist. Bereits bei der Frage, ob es sich hierbei um ein Grundrecht oder doch zumindest ein grundrechtsähnliches Recht handelt, gehen die Meinungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur weit auseinander.¹⁵ Das BVerfG selbst deutet an, daß es sich bei dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung um eine Konkretisierung des offenen Tatbestandes des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG handelt.¹⁶ Damit folgt der Grundrechtscharakter des in der Entscheidung ausgeführten Rechts jedenfalls mittelbar aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. In späteren Entscheidungen wurde das BVerfG deutlicher, als es ausdrücklich die Wendung vom „Grundrecht auf Datenschutz“ gebrauchte¹⁷.

In der Praxis wichtiger als dieser eher akademische Streit erscheint die Frage nach Inhalt und Reichweite der objektiv-rechtlichen Dimension des „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“, da hieraus womöglich Schlüsse für das Privatrecht zu ziehen wären.

Wie *Ehmann*¹⁸ nachgewiesen hat, geht die vom BVerfG gewählte Definition des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten

¹⁴ *Ehmann*, AcP 1988 (18), 230, (304) bezeichnet das Recht auf informationelle Selbstbestimmung unter Hinweis auf *Krause* gar als - zivilrechtlich besehen - „verfassungsrechtliche Überhöhung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Wortgleich bereits *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 9 f.

¹⁵ Dafür *Gola*, NJW 1985, 1196; NJW 1986, 1913; implizierend *Nitsch*, ZRP 1995, 361; *Dronsch* ZRP 1996, 206 (207); ähnlich BayVerfGH NJW 1985, 1212; dagegen *Heußner*, ArbuR 1985, 309; *Simitis*, NJW 1984, 398 (399); *Brossette*, S. 232; siehe auch die Nachweise bei *Ehmann*, AcP 1988, 230 ff (267); zu den redaktionellen Korrekturen an der Urfassung des Volkszählungsurteils siehe *Zöllner*, RDV 1985, 3 (5); *Rogall*, Informationseingriff, S. 43; vgl. grundsätzlich zu den sog. Drittwirkungslehren etwa *Krause*, JZ 1984, 656; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201; zum hiesigen Problem anschaulich *Zöllner* RDV 1985, 3.

¹⁶ Dies läßt sich bereits aus den Einleitungssätzen zum Prüfungsmaßstab im Volkszählungsurteil erkennen, BVerfGE 65, 1 (41).

¹⁷ Vgl. BVerfG NJW 1991, 2129 (2132).

¹⁸ *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (243, 304 m.w.N.).

zu bestimmen, auf grundlegende Ausführungen von *Josef Kohler* zum Persönlichkeitsrecht zurück. Damit liegen die Wurzeln dieser verfassungsrechtlichen Rechtsfigur bloß.¹⁹ Der Terminus „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ selbst geht auf Ausführungen in der frühen Datenschutzliteratur zurück²⁰.

Um die Auswirkungen auf die Zivilrechtsordnung besser abschätzen zu können, soll zunächst eine Standortdefinition des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im System des Verfassungsrechts unternommen werden. In der Retrospektive tritt hierbei ein erstaunlicher Gleichlauf zwischen einer Ausweitung des Schutzbereichs der Freiheitsrechte einerseits und einer damit einhergehenden Spezialisierung und Parzellierung des Grundrechtsschutzes andererseits zutage. Namentlich für die Konkretisierung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus dem Gehalt der Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG fungierte gewissermaßen als Wegbereiter eine genau entgegengerichtete Entscheidung aus dem Jahr 1957.

a) Das Elfes-Urteil als Wegbereiter zur Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Mit dem umstrittenen *Elfes-Urteil*²¹ implementierte das BVerfG in weiter Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG, der dem Wortlaut nach dem Schutz der „freien Entfaltung *der Persönlichkeit*“ diene, die „allgemeine Handlungsfreiheit“ als Auffangtatbestand in den Grundrechtskatalog. Art. 2 Abs. 1 GG wurde damit zum „allgemeinen Freiheitsrecht, zur Generalklausel aller Freiheitsverbürgungen des Grundgesetzes“²².

Die Ausweitung des Schutzbereiches des Art. 2 GG forderte eine gegenläufige Tendenz geradezu heraus. Erblickt man bereits in jedem menschlichen Tun oder Unterlassen ein unter den Schutz der Grundrechte gestelltes Verhalten, so wird man doch schwerlich behaupten können, daß *alle* denkbaren Verhaltensweisen für die Entfaltung der individuellen Persönlichkeit von Bedeutung sind. Eine rechtliche Differenzierung und Abgrenzung zu den höheren Interessen der Persönlichkeit lag bei diesem Ansatz nahe. Es ist nicht verwunderlich, daß die grundrechtliche Einbeziehung jeglichen menschlichen Verhaltens nach der Devise „Jeder kann tun und lassen, was er will“²³ in Art. 2 GG eine Entwicklung hin zur näheren Konkretisierung dessen, was

¹⁹ *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (304) spricht von einer „Ableitung“ des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

²⁰ *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 87 ff, 139; *Mallmann*, Datenschutz in Verwaltungs-Informationssystemen, S. 47 ff; *Meister*, Datenschutz im Zivilrecht, S. 111 ff.

²¹ BVerfGE 6, 32 (36 ff.) - *Elfes* -.

²² *Jarras*, NJW 1989, 857; kritisch dazu *Duttge*, Der Staat 1997, 280 (295 f.).

²³ So *Jarass*, NJW 1989, 857.

demgegenüber als zum Kernbereich der menschlichen Persönlichkeit gehörig erachtet wird, ausgelöst hat.

So entwickelte sich geradezu gegenstromförmig zur allgemeinen Handlungsfreiheit eine teilweise Spezialisierung im Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG heraus²⁴, die aus dem Kontext mit der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG besondere Verstärkung gewann: das allgemeine Persönlichkeitsrecht als verfassungsmäßiges Recht. Hierin lag materiellrechtlich eine Rückbesinnung und Hinwendung zum wesentlichen Schutzgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG: Personale Entfaltung im Sinne dieser Norm setzt nicht notwendig unbegrenzte Freiheit der EntschlieÙung voraus, sondern Freiheit und Schutz in einigen wesentlichen Bereichen, die - abhängig von den kulturellen und sittlichen Anschauungen des jeweiligen Kultur- und Rechtskreises - als gemeinhin kennzeichnende Grundbedingungen für eine menschenwürdige Existenz angesehen werden.

Eingeleitet wurde die Entwicklung auf verfassungsrechtlicher Ebene²⁵ durch die Entscheidungen *Mikrozensus*²⁶ und *Scheidungsakten*²⁷, in denen das Gericht die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung für den Bürger betonte. Da sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht anerkanntermaßen als offener und ausfüllungsbedürftiger Tatbestand verstand, arbeitete auch das BVerfG in der Folgezeit einzelne Ausprägungen dieses Rechts heraus, so etwa das *Recht am eigenen Bild*²⁸, das *Recht am eigenen Wort*²⁹, das *Recht der persönlichen Ehre*³⁰ usw.

Als eine weitere späte Konkretisierung dieses Rechts stuft das BVerfG - nach dem Bekunden seiner „Schöpfer“³¹ im Richtergewand - das mitunter als „Bergpredigt zum Datenschutz“³² umschriebene Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Von den bisherigen Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes unterscheidet sich diese Figur allerdings, wie noch zu zeigen sein wird, grundlegend. Nicht ein konkretes Persönlichkeitsgut wird zum Ausgangspunkt der Überlegungen für rechtlichen Schutz ersonnen, desgleichen

²⁴ Zum ganzen *Rennert*, NJW 1989, 3261.

²⁵ Eine konsequente Fortsetzung der durch den BGH im Zivilrecht in seiner Entscheidung BGHZ 13, 334 angestoßenen Entwicklung, die bereits in BVerfGE 30, 173 (194) Anerkennung gefunden hatte.

²⁶ BVerfGE 27, 1 (6).

²⁷ BVerfGE 27, 344 (350 f.).

²⁸ BVerfGE 34, 238 (245f.); 54, 148 (154); vgl. im Privatrecht §§ 22 ff. KUG.

²⁹ BVerfGE 34, 238 (246).

³⁰ BVerfGE 54, 208 (217); vgl. auch BVerfGE 75, 369 ff.

³¹ Entgegen der Darstellung *Bendas* in DuD 1984, 86 (87) wurde das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht vom BVerfG entwickelt, sondern unbesehen von seinen geistigen Urhebern um *Steinmüller* übernommen; so zutreffend *Heußner*, SGB. 1984, 280 Fn. 14 m.w.N.

³² *Meister*, DuD 1986, S. 173 (175).

werden dies nicht besonders typische Eingriffsformen. Vielmehr gewährt das BVerfG ein Autonomierecht, mit dessen Hilfe sich der einzelne jedweder Eingriffe erwehren und seine Darstellung nach außen steuern können soll.

Für die weitere Betrachtung und Zuordnung dieser Rechtsfigur erscheint deshalb zunächst eine Auseinandersetzung mit ihren theoretischen Grundlagen geboten.

b) Theoretische Grundlagen der informationellen Selbstbestimmung

Die Idee eines verfassungsrechtlich garantierten informationellen Selbstbestimmungsrechts führt verschiedene Ansätze aus der frühen datenschutzrechtlichen Literatur zusammen. Hier sind nach einer Zusammenschau von Rogall³³ vornehmlich die *Lehre vom informationellen Totalvorbehalt*, die *Lehre von der Relativität der Privatsphäre* und die aus soziologischen Erkenntnissen folgende *Konzeption der autonomen Selbstdarstellung* anzuführen. Sie sollen im folgenden kurz umrissen werden.

aa) Die Lehre vom informationellen Totalvorbehalt

Die Idee vom informationellen Totalvorbehalt weist enge Bezüge zur allgemeinen Lehre vom Totalvorbehalt auf und versteht sich gleichsam als deren stringente Umsetzung im Bereich staatlicher Informationserhebung und -verarbeitung. Die auf Schwan³⁴ zurückgehende Konzeption fordert für jegliche Form der staatlichen Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten eine gesetzliche Ermächtigung und begründet sich aus der Befürchtung vor staatlicher Wissensallmacht. Ihre Ausrichtung als stark abwehrorientiert ist unverkennbar³⁵.

Anklänge findet diese Lehre augenscheinlich in jener Passage des Volkszählungsurteils, wonach es unter den Bedingungen der elektronischen Datenverarbeitung „kein belangloses Datum“ mehr gebe sowie in der Forderung nach einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung für jede Art staatlicher Datenverarbeitung³⁶.

³³ Siehe die ausführliche Zusammenstellung bei Rogall, Informationseingriff, S. 29 ff.

³⁴ Schwan, VerwArch. 66 (1975), 120 (127 f.).

³⁵ Dazu Schwan, VerwArch. 66 (1975), 120 (123): „Wenn es wahr ist, daß Wissen Macht ist, dann ist zweifelsohne der Staat der Mächtigste. Wenn es weiter wahr ist, daß dort, wo Macht ist, auch Machtmißbrauch ist, und dies dürfte eigentlich eine Binsenweisheit sein, dann haben wir Veranlassung, den größten Machtmißbrauch von demjenigen zu fürchten, der der Inhaber der Macht ist, also vom Staat.“

³⁶ BVerfGE 65, 1 (45).

bb) Relativität der Privatsphäre

In einem zweiten wesentlichen Argumentationsstrang wandten sich die Verfechter einer informationellen Selbstbestimmungsbefugnis insbesondere auch gegen traditionelle Konzepte zum Schutze der Persönlichkeit. Heftiger Kritik wurde insbesondere der von *Heinrich Hubmann*³⁷ in seinen Arbeiten entfaltete und später im verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz rezipierte³⁸ Gedanke einer Sphärenbildung um die Person unterworfen. Nach Hubmanns Modellvorstellung legen sich um den Eigenwert der Person drei Schutzkreise mit von innen nach außen abnehmender Schutzintensität, die Geheimsphäre, die Privatsphäre und die Individualsphäre³⁹.

Bedenken widerfuhr dieser Ansatz in der frühen Datenschutzliteratur vor allem mit dem Hinweis darauf, daß eine abstrakte Abgrenzung der verschiedenen Persönlichkeitssphären begrifflich nicht möglich sei. Die Kritik⁴⁰ richtete sich zum einen dagegen, daß die Beurteilung des Persönlichkeitswertes relativ zu Zeit und Ort, insbesondere zu den wandelbaren gesellschaftlichen Anschauungen sei. Weiterhin hänge das Verständnis von „Privatsphäre“ stark von der individuellen Einschätzung des Rechtsträgers ab. Was der eine als Verletzung seiner Privatsphäre erachte, sei vom nächsten womöglich nicht einmal sozial mißbilligt, geschweige denn, daß er daran eine rechtliche Sanktion zu knüpfen trachtete. Weiter wird die Unbestimmbarkeit der Privatsphäre aus dem Umstand hergeleitet, daß ihre Schutzwürdigkeit stets erst im Falle einer angenommenen Verletzung zutage trete. Aus der Relativität der Privatsphäre folge daher die Unmöglichkeit ihrer Definition, was wiederum ihre Unbrauchbarkeit im rechtlichen Diskurs belege.⁴¹

cc) Autonome Selbstdarstellung als Grundlage der Selbstbestimmungsbefugnis

Aber nicht allein aus der antithetischen Position gegenüber den traditionellen Konzepten des rechtlichen Persönlichkeitsschutzes folgte die Hinwendung zur Autonomiegewährleistung. Die „informationelle Selbstbestimmungsbefugnis“⁴² speist ihren Gehalt vornehmlich auch aus soziologischen Erkenntnissen, die vor allem von *Niklas Luhmann* in Bezug zu rechtlichen Kategorien gesetzt wurden.

³⁷ Insbesondere *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht.

³⁸ Vgl. *Rohlf*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1980; aus der Rspr. etwa BVerfGE 5, 85 (200) - KPD -; 6, 55 (81) - Elfes -; 27, 1 (6) - Mikrozensus -; 54, 143 (146) - Eppler -; 80, 367 (373) - Tagebuch I -.

³⁹ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 268 f.; zur Sphärentheorie bereits *Jäggi*, ZSR 79 II (1960), S. 133 a ff.

⁴⁰ *Kamlah*, DÖV 1970, 361 (362); *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 51 f.; *Meister* DuD 1983, 163 (164).

⁴¹ Vgl. *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 51.

⁴² Der Terminus erscheint bereits bei *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 139.

Nach *Luhmann*⁴³ konstituiert der Mensch seine individuelle Persönlichkeit, seine Identität, durch Selbstdarstellung: „Der Mensch wird die Persönlichkeit, als welche er sich darstellt“⁴⁴. Eine so verstandene Persönlichkeitsdefinition beruht auf der Grundlage der soziologischen Interaktionslehre, wonach sich Persönlichkeit in einem Actio-reactio-Gefüge von Individuum und Gesellschaft ausbildet.

Der Einzelne nimmt in der Gesellschaft unterschiedliche Rollen ein, wobei das jeweilige Rollenverhalten aufgrund des unterschiedlichen sozialen Umfeldes variiert; so z.B. als Soldat, als Kirchgänger, als Steuerschuldner, als Ehegatte usw. Dabei wird die „soziale Rolle“ als ein aus speziellen Normen bestehendes Bündel von Verhaltenserwartungen aufgefaßt, die von einer Bezugsgruppe an Inhaber sozialer Positionen herangetragen werden⁴⁵. Das zwischenmenschliche Zusammenleben führt demnach zwangsläufig zur Herausbildung bestimmter „schablonenhafter“ Verhaltensmuster, die kommunikationshindernde individuelle Eigenheiten überlagern oder gar ersetzen⁴⁶. Der Einzelne bildet eine Verhaltenssynthese aus den verschiedenen Einzelverhaltensmustern, die er in Ausrichtung auf die Anforderungen der - relativ selbständigen, oft aber interdependenten - sozialen Teilsysteme entwickelt hat⁴⁷. Gefestigtes rollenkonformes Verhalten wird somit zur Bedingung für regelmäßige, voraussehbare und kontinuierlich planbare Interaktion, zur Grundbedingung von Kommunikation überhaupt. Dabei soll die Autonomie der Individuen dadurch gesichert sein, daß ihre rollenspezifisch verschiedenen Interaktionspartner jeweils nur Unterschiedliches über sie wissen und daher auch nur aufgrund ihres beschränkten Wissens Bewertungen anstellen können. Die Segmentierung des individuellen Interaktionshorizontes verhindert so die Transparenz individuellen Verhaltens⁴⁸ und sichert zugleich die - autotelisch bestimmte - Darstellung der Person gegenüber dem Interaktionspartner.

Verschiedene Autoren haben aus diesen Erkenntnissen für den Bereich des Individualdatenschutzes den Schluß gezogen, daß es dessen Ziel sein müsse, die Exklusivität rollenspezifischen Verhaltens zu sichern, umgekehrt also unbeabsichtigte rollenüberschneidende Transparenz, etwa durch „dysfunktionale Informationsweitergabe“⁴⁹, zu verhindern⁵⁰. Unschwer wird

⁴³ Vgl. *Luhmann*, Grundrechte.

⁴⁴ *Luhmann*, S. 60, 62, 77.

⁴⁵ So *Bahrtdt*, S. 67; im einzelnen sehr str., vgl. *Claessens*, S. 9 ff.

⁴⁶ *Meister*, DuD 1983, 163 (164).

⁴⁷ Ähnlich *Mallmann*, Zielfunktionen, S. 36.

⁴⁸ *Müller*, DVR 1975, 107 ff.; kritisch *Vogelgesang*, S. 136.

⁴⁹ Ausführlich *Hubert*, S. 47 ff.

⁵⁰ *Müller*, DVR, 1975, 107 (109); ähnlich *Mallmann*, Zielfunktionen, S. 36 ff; *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 87 ff.

erkennbar, daß eine derartige Autonomiegewährleistung für das Individuum auf ein Selbstbestimmungsrecht hinausläuft: Wenn man die Selbstdarstellung zum Konstitutionsmerkmal der Persönlichkeit erhebt, Selbstdarstellung aber praktisch in kategorisierten sozialen Bezügen („Rollen“) erfolgt, deren Art und Weise wiederum von Umfang und Inhalt der vermittelten oder verfügbaren Information des jeweiligen Empfängers abhängt, dann mutet es in rechtlicher Hinsicht als naheliegender Schritt an, dem einzelnen ein Selbstbestimmungsrecht über die ihn betreffende Information zu gewähren. Es verwundert nicht, wenn das BVerfG⁵¹ auf der Grundlage der genannten Prämissen ein - freilich eingeschränktes⁵² - subjektives Informationsherrschaftsrecht zuerkannt hat⁵³. Für den privatrechtlich gestalteten Interaktionsbereich der Bürger gingen einige Autoren sogar noch weiter⁵⁴.

dd) Stellungnahme

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung leidet an einem nicht mehr behebbaren Geburtsfehler: Es gründet sich auf teilweise unzutreffenden, teilweise nicht verallgemeinerungsfähigen Annahmen.

Gegen die Lehre vom informationellen Totalvorbehalt spricht bereits die Unbestimmtheit, die dem zugrunde gelegten Eingriffsbegriff anhaftet: Ohne ein konkretes Schutzgut des Einzelnen benennen zu können, führt *Schwan*⁵⁵ lediglich die „Freiheit vor staatlicher Informationssammlung und Informationsweitergabe“ als betroffen an. Als Schutzbereichsbeschränkung taugt dieser Definitionsansatz jedoch nicht, suggeriert er doch, daß jede bürgergerichtete staatliche Informationstätigkeit sich als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff darstelle⁵⁶. Selbst gegenüber der in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit bedeutete ein solcher „Eingrenzungsversuch“ noch eine Ausweitung. Der Staat verlöre gar seine Befassungskompetenz für die Angelegenheiten des Bürgers - ein unhaltbarer Gedanke, wenn man sich die mannigfaltigen Aufgaben des Gemeinwesens vor Augen führt. Anzumerken bleibt des weiteren, daß dieses rein staatsgerichtete Konzept für die Prüfung der Auswirkungen eines Rechts auf informationelle

⁵¹ Im Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1 (43 ff.).

⁵² Unter dem Aspekt des (konkreten) Sozialbezuges von Information und der (allgemeinen) Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit des Individuums BVerfGE 65, 1 (43 f.).

⁵³ Beifall verdient insoweit die Klarstellung des BVerfG in NJW 2000, 1021 (1022), wonach „das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen nicht den Anspruch“ gibt, „nur so von anderen dargestellt zu werden, wie er sich selber sieht oder gesehen werden möchte“.

⁵⁴ Für die Anerkennung eines subjektiven absoluten „Rechts am eigenen Datum“ als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB *Meister*, Datenschutz im Zivilrecht; *ders.* DuD 1983, 163.

⁵⁵ *Schwan*, VerwArch 66 (1975), 120 (130).

⁵⁶ Der Vorwurf der „Simplizität des Zirkelschlusses“ läßt sich durchaus anbringen; vgl. Klopfer, Datenschutz als Grundrecht, S. 23; zustimmend Rogall, Informationseingriff, S. 31.

Selbstbestimmung auf die Privatrechtsordnung keinerlei Anhaltspunkte bietet. Eine unkritische Übernahme des genannten - konturenlosen - Eingriffsbegriffs etwa in die zivilrechtliche Dogmatik des Rechts der unerlaubten Handlung würde zu einer verfassungswidrigen Ausweitung der Rechtfertigungslast für private Informationshandlungen führen⁵⁷.

Auch die These von der „Relativität der Privatsphäre“ kann für sich betrachtet keine tragfähige Grundlage für das Bedürfnis nach einer grundrechtlich gesicherten informationellen Selbstbestimmungsbefugnis abgeben. Dabei sind deren Kernaussagen durchaus zutreffend. So bestreitet heute in der juristischen Diskussion - soweit ersichtlich - niemand ernstlich die raum-zeitliche Variabilität der Schutzwürdigkeit von personenbezogener Information. Gleiches gilt für das wichtige Element der Kontextgebundenheit⁵⁸. Es kann als gesicherte Erkenntnis gelten, daß die Sphärenabgrenzung um die Person in abstrakten Kategorien, d.h. mit allgemeingültigen Leitsätzen, nicht zu gelingen vermag. Das bedeutet aber nicht, daß die - zugegeben im Einzelfall mitunter schwierige - Zuordnung eines Datums zu einer bestimmten Persönlichkeitssphäre *a priori* nichts über die Schutzwürdigkeit des Betroffenen auszusagen vermag.

Gerade im Bereich des Datenschutzes wurde die Ermittlung eines Schutzbedürfnisses anhand der traditionellen Sphärenkonzeption darüber hinaus mit dem Hinweis auf die „fluktuierende Sensitivität“ der Information, je nach Verarbeitungsform, -kontext und -zweckbindung abgetan⁵⁹. Daran ist zunächst zutreffend, daß Daten „ihre Sensitivität“⁶⁰ oftmals unabhängig von einer abstrakten Sphärenqualifikation mitunter erst aus dem Verarbeitungskontext beziehen. So wäre das Datum, daß A von 1989 bis 1994 in der Weingartenstraße 14 gewohnt hat, für sich genommen sicher nicht „sensitiv“. Führt man es jedoch mit dem Bezugsdatum zusammen, welches besagt, daß die örtliche Justizvollzugsanstalt in der Weingartenstraße 14 ansässig ist, so wird mit einem Male ein Schutzbedürfnis des A dahingehend erkennbar, seinen Aufenthaltsort im genannten Zeitraum nicht offenbart oder verbreitet zu wissen.

Auch mag eine Information, beispielsweise aus dem Bereich der gesundheitlichen Verhältnisse - als typischerweise dem Privatleben zugehörig⁶¹ und damit zunächst schutzbedürftig -, unter den besonderen Bedingungen ihrer

⁵⁷ Ein solcher Ansatz wäre auch mit einer auf Meinungsvielfalt und Pluralität gegründeten Gesellschaftsordnung unvereinbar.

⁵⁸ So auch *Rogall*, Informationseingriff, S. 38.

⁵⁹ In diesem Sinne *Simitis*, FS Pedrazzini, S. 469 (484 ff.).

⁶⁰ Daten selbst können selbstverständlich nicht „sensitiv“ sein. Es geht stets um die Belange des betroffenen Menschen.

⁶¹ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 326, rechnet Gesundheitsdaten zum noch stärker geschützten „Geheimbereich“; ähnlich die Terminologie in § 203 StGB.

Verarbeitung einmal nicht geeignet sein, ein gesteigertes Schutzbedürfnis des Betroffenen hervorzurufen: Die vergeßliche Tante F notiert sich, daß Neffe E an einer Grippe leidet, weil sie ihm ein Genesungsgeschenk zukommen lassen will. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Nähe oder Ferne eines Datums zu dem innersten Persönlichkeitsbereich des Menschen, dem Persönlichkeitskern⁶², *überhaupt* und *generell* nicht geeignet wäre, etwas über das persönlichkeitsrechtliche Schutzinteresse des Betroffenen auszusagen. Es gibt durchaus Informationen, die kraft ihrer Natur und ihres Inhalts überhaupt niemandem oder nur einem ganz beschränkten Kreis von Menschen zuteil werden sollen, Informationen ohne oder mit nur geringem Sozialbezug⁶³. Zurecht betont *Klippel*⁶⁴, daß die Relativität von Privatheit kein taugliches Argument gegen ihre Einstufung als zivilrechtliches Schutzinteresse darstellt. Vielmehr folgt aus der Relativität der Sphärenbildung lediglich, daß man sich der Abgrenzungen im Einzelfall stets von neuem zu vergewissern hat⁶⁵. Vor allem sollte man sich immer vor Augen führen, daß die Sphärenkonzeption als persönlichkeitsrechtliches Instrument zur Schutzwürdigkeitsabstufung quer zu verschiedensten und sehr unterschiedlichen Persönlichkeitsinteressen liegt, diese quasi als allgemeingültiger Gradmesser zur Ermittlung von Schutzbedürfnissen im konkreten Einzelfall überlagert⁶⁶.

Es bleibt festzuhalten, daß die Schwächen der Sphärenkonzeption nicht geeignet sind, ihre Außerachtlassung im Bereich des Datenschutzes zu rechtfertigen. Schon gar nicht resultiert hieraus ein Bedürfnis nach einer umfassenden informationellen Selbstbestimmungsbefugnis, die *keinerlei* Rücksicht auf die Zugehörigkeit einer Information zu einer Schutzzone der menschlichen Persönlichkeit nimmt. Soweit ist im übrigen selbst das BVerfG nie gegangen. Es stellt sich als vielfach anzutreffende Fehlinterpretation des Volkszählungsurteils dar, das BVerfG habe dem Sphärengedanken dort eine endgültige Absage erteilt. Das Gegenteil ist der Fall: Das BVerfG hat die Zugehörigkeit eines Datums zu einer Persönlichkeitssphäre indirekt als Kriterium zur Schutzwürdigkeitsbestimmung anerkannt⁶⁷, darüber hinaus

⁶² Die Terminologie ist uneinheitlich. So wird auch vom „innersten Eigenraum“, dem Bereich des „Für-Sich-Seins“ usw. gesprochen.

⁶³ *Brossette*, S. 129.

⁶⁴ *Klippel*, BB 1983, 407 (410).

⁶⁵ *Klippel*, aaO.

⁶⁶ Vgl. für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 268 ff (271), der die von ihm vorgenommene Dreiteilung der Schutzzonen auf die verschiedenen zum Recht auf Individualität zählenden Persönlichkeitsgüter bezieht. Ähnliches gilt für den Persönlichkeitsschutz im Verfassungsrecht.

⁶⁷ Das ergibt sich bei genauer Betrachtung des Kontextes der Ausführungen des BVerfG, E 65, 1 (45), daß es „insoweit ... kein belangloses Datum mehr“ gebe. Wenige Zeilen zuvor betont das Gericht, daß für die Frage nach der Eingriffsqualität hoheitlicher Datenerhebung „*nicht allein* auf die Art der Angaben abgestellt“ werden könne. Wenig später heißt es: Wieweit Informationen sensibel sind, kann hiernach *nicht allein* davon abhängen, ob sie intime Vorgänge betreffen“ (Hervorhebungen d. Verf.).

schwerpunktmäßig jedoch auf den Erhebungszweck, die Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten abgestellt. Der Verwendungszusammenhang versteht sich so als ergänzendes Kriterium, das vor allem in den Fällen Bedeutung gewinnt, in denen ein Datum nicht bereits *von vornherein* wegen seiner Zugehörigkeit zur Geheim- oder Privatsphäre gesteigerten Schutz genießt. Der Umkehrschluß auf eine völlige Ablehnung der Sphärenkonzeption verbietet sich.

Die im Ansatz berechtigte Kritik gegen den Sphärengedanken läuft hingegen bei einer Vielzahl von Autoren auf eine pauschale Ablehnung des Sphärenkonzeptes hinaus⁶⁸. Zutreffend wird demgegenüber vermehrt eingewandt, daß der Gesichtspunkt eines sphärenmäßig abgestuften Persönlichkeitsschutzes als maßgebliche Richtlinie jedenfalls für die Abwägung von staatlichem oder privatem Informations- und persönlichem Geheimhaltungsinteresse weiterhin Bedeutung besitzt^{69 70}.

Ein weiteres Bedenken gegen die Vorstellung einer sphärenmäßigen Umlagerung der Person mit Zonen einer abgestuften Schutzwürdigkeit wurde aus dem Umstand hergeleitet, daß mit Hilfe einer wie auch immer definierten Privatsphäre kein geeigneter Schutz der Person in der Öffentlichkeit gewährleistet werden könne⁷¹. Einwände dieser Art deuten auf eine nur unzureichende Auseinandersetzung mit dem Sphärenkonzept in seiner gesamten Bandbreite hin. Zutreffend ist daran, daß die „Privatsphäre“, genauer: das Privatleben bzw. die Privatheit⁷², selbst als Schutzgut oder Gewährleistungsgarant für den Schutz der Person in der Öffentlichkeit nicht in Betracht kommt. Dies ist auch gar nicht ihre Aufgabe⁷³. Für den Schutz der Persönlichkeit *in* der Öffentlichkeit sind naturgemäß andere Ausprägungen des Persönlichkeitsrechtes von Bedeutung als für den Schutz der Persönlichkeit *vor* der Öffentlichkeit⁷⁴. Darauf hatte für den zivilrechtlichen Bereich bereits

⁶⁸ Vgl. *Schmidt*, JZ 1974, 241 (243 f.); *Meister*, Datenschutz im Zivilrecht, S. 95; *Eberle*, DÖV 1977, 306 f.; *Schlink*, NVwZ 1986, 249 (252); eingehend *Rohlf*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre.

⁶⁹ Das Sphärenkonzept findet sowohl auf den zivil- als auch auf den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz Anwendung.

⁷⁰ *Degenhart*, JuS 1992, 361 (364) spricht von einer „Abwägungsdirektive“ unter weiteren, etwa der Maßgeblichkeit des eigenen Verhaltens des Betroffenen und seiner Stellung in der Öffentlichkeit. Für die Beibehaltung des Sphärenkonzepts auch *Geis*, JZ 1991, 112 (117).

⁷¹ *Schmidt*, JZ 1974, 241 (243 ff.); *Schmitt Glaeser*, § 129 Rn. 15 (S. 51).

⁷² Bei der „Privatsphäre“ als überwiegend räumliches Vorstellungsmodell handelt es sich nicht um ein Rechtsgut - als geschützte Güter der Persönlichkeit wird man allerdings nach *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 320, das Privatleben oder die Privatheit bezeichnen können. Vgl. im anglo-amerikanischen Rechtskreis das „right to be let alone“ und aus der neueren Rspr. insbesondere BVerfG NJW 2000, 1021 (1022) - *Caroline v. Monaco* -.

⁷³ Zutreffend *Rogall*, Informationseingriff, S. 38.

⁷⁴ Typischerweise schützt z.B. das Rechtsgut „Privatleben“ faktisch einen Bereich der Ruhe und Abgeschlossenheit um die Person bzw. deren persönliche Lebensgestaltung und damit

Hubmann hingewiesen, der die Person in der Öffentlichkeit jedoch ebenfalls unter einen gewissen Schutz gestellt sah: Die Individualsphäre schütze den Menschen in seiner „Einmaligkeit und Eigenart, sie wahrt sein Eigensein in der Welt und seinen Eigenwert in der Öffentlichkeit“, so daß er sich nicht jeder Indiskretion schutzlos ausgeliefert sehen müsse⁷⁵.

Man mag den so beschriebenen Schutz der Person in der Öffentlichkeit als unzureichend oder zu wenig konturiert kritisieren. Man mag darauf hinweisen, daß andere Schutzaspekte der Person in der Öffentlichkeit zum Tragen kommen können⁷⁶. Es erscheint jedoch verfehlt, wegen nur in Teilbereichen vorhandener Schwächen des traditionellen Konzeptes mit einem Paukenschlag ein weitgespanntes Autonomierecht zu kreieren, das, wie sich im folgenden belegen läßt, jegliche Konturen vermissen läßt. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung konterkariert die bisherigen Entwicklungen zum Schutze der Persönlichkeit vor allem aus einem Grund: Anstatt einen Beitrag zur Konkretisierung des offenen Tatbestandes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu leisten, etwa, indem ein bestimmtes oder bestimmbares Schutzgut näher herausgearbeitet wird oder typische Verletzungshandlungen benannt werden, gibt es sich als rechtlich wenig differenziertes Substrat übertriebener Selbstverwirklichungstendenzen - kurzum: als „schillerndes Wortgebilde mit unklarem Inhalt“⁷⁷.

An dieser Stelle setzt schwerpunktmäßig auch die berechtigte Kritik gegen den Transfer soziologischer Modellvorstellungen in die Rechtswissenschaft an. Durchaus vermag die Vorstellung vom Agieren in Rollen als Charakteristikum menschlichen Sozialverhaltens dem Betrachter der Gesellschaft anschauliche Erkenntnisse zu vermitteln. Es verbieten sich jedoch daraus zu weitreichende Schlußfolgerungen für die rechtliche Beschreibung dessen, was die menschliche Persönlichkeit ausmacht. So hat etwa *Ehmann*⁷⁸ zutreffend darauf hingewiesen, daß die Vereinnahmung der Autorität *Luhmanns* zur Herleitung einer *rechtlichen* Selbstbestimmungsbefugnis an Informationen durch manche Verfechter eines weitreichenden Datenschutzes⁷⁹ zu Unrecht geschehen war.

Ergänzend bedarf es jedoch noch einiger Anmerkungen zur rechtlichen Untermauerung bzw. Herleitung einer informationsbezogenen

letztlich vor solchen Handlungen, die Angaben aus diesem Bereich an die Öffentlichkeit zerren, dazu *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 320 ff.

⁷⁵ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 270 (Fn. 5).

⁷⁶ *Rogall*, Informationseingriff, S. 38 verweist beispielhaft auf Art. 8 GG oder ein „Selbstdarstellungsrecht in der Öffentlichkeit“.

⁷⁷ *Brossette*, S. 219.

⁷⁸ *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (337); zustimmend *Brossette*, S. 221 ff.

⁷⁹ Etwa *Mallmann*, Datenschutz in Verwaltungs-Informationssystemen, S. 56.

Selbstbestimmungsbefugnis aus den soziologischen Erkenntnissen der Interaktionslehre, im speziellen der sog. Rollentheorien. Zugegebenermaßen gewinnt die Selbstdarstellung aufgrund der rollenspezifischen Erwartungshaltung im sozialen Kontext enorme Bedeutung. Maßgeblich erscheint hier in der Tat die Empfängersicht des Interaktionspartners, dessen Darstellungseindruck in Form subjektiver Bewertung den rollenspezifischen Status des Betroffenen beeinflusst. Zutreffend ist auch, daß die Art und Weise der jeweiligen Darstellung von der Art, dem Inhalt, der Form und dem Umfang der vermittelten oder sonst bezogenen Informationen über den Betroffenen geprägt wird. Man kann sich dies in der Mediengesellschaft sehr anschaulich vor Augen führen, wenn man nur an das durch Presse und Fernsehen vermittelte „Darstellungsbild“ von Staatsführern wie Saddam Hussein oder Slobodan Milosevic denkt. Drittinformationen über die Begehung oder Steuerung von Verbrechen aller Art bis hin zum Genozid prägen hier die Darstellung solcher Personen in der (Medien-)Öffentlichkeit. Im Grundsatz ähnlich verläuft die Entstehung eines „Darstellungsbildes“ im alltäglichen Rollenspiel der Bürger untereinander: durch Erhebung, Austausch und Verbreitung von Information. Erfolg oder Mißerfolg von Selbstdarstellung spiegelt sich in der Bewertung des Empfängerkreises wider.

Der elementare Bewertungsfehler liegt nun vielfach in der Annahme, der Einzelne müsse ob dieser sozialen Systembedingungen die Darstellung seiner Person in der Umwelt umfassend *selbst* steuern können⁸⁰. Soweit die Darstellung durch Informationsgewinnung und -bewertung erfolgt - und dies ist wohl der Regelfall -, verkennt ein streng autotelisch ausgerichteter Ansatz die Natur von Information: Information besitzt als Wesensbedingung für Kommunikation als solche keinen rechtlichen Zuweisungsgehalt zu einem Rechtssubjekt. Daran ändert sich grundsätzlich auch dann nichts, wenn die Information sich inhaltlich auf ein konkretes Rechtssubjekt bezieht. Die Darstellung einer Person mittels Information obliegt damit nicht ausschließlich dem Betroffenen. Eine Selbstbestimmungsbefugnis über Information, verstanden als Form rechtlicher Herrschaft, kann daher nur ausnahmsweise anerkannt werden. Hierzu bedarf es der Benennung konkreter Schutzinteressen der Person; rechtlich gesprochen: Es müssen Persönlichkeitsgüter benannt werden, deren Schutzes willen eine Selbstbestimmung im Einzelfall zuerkannt werden kann.

⁸⁰ Krause, DB 1983, Beil. Nr. 23/83, S. 1 (4) hält es gar für „offenbar unsinnig, daß jemand seine Persönlichkeit selbst zu definieren vermag“; ähnlich *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (337); *Stoll*, Jura 1981, 135 (139).

Eine weitere Begründungsschwäche des genannten Ansatzes liegt in der modellhaften Vorstellung, der einzelne könne den realiter vermittelten Darstellungseindruck seiner Person selbst definieren. In der Praxis des täglichen Miteinanders entlarvt sich die mangelnde Stringenz dieser These. Fragt man etwa nach der Begegnung einer Person mit verschiedenen Mitmenschen diese nach dem wahrgenommenen Eindruck, den die Person hinterlassen hat, so läßt sich feststellen, daß der durch Informationsentäußerung vermittelte Darstellungseindruck sehr stark variiert, je nach dem, worauf der Empfänger sein Augenmerk richtet, ob er selbst scharfsinnig, intelligent und aufmerksam Informationen gesammelt hat oder aber desinteressiert, stumpfsinnig oder abgelenkt war usw. Hinzu kommen oftmals nicht recht erklärliche subjektive Empfindungen, die einen Menschen für den einen als sympathisch, für den anderen hingegen als weniger sympathisch erscheinen lassen. Ob man es wahr haben will oder nicht, der Mensch unterliegt bereits kraft seiner und der Natur seiner Mitmenschen in einem erheblichen Maße der Fremddarstellung. Damit aber erweist sich die These von der selbstbestimmten Darstellung der Person in der Praxis als nicht tauglich.

Abschließend soll auf einen - soweit ersichtlich - wenig beachteten Aspekt im Zusammenhang mit der immer wieder behaupteten Interdependenz von Selbstdarstellung und Persönlichkeitsbildung hingewiesen werden. Die Stringenz, mit der *Luhmann* den Eigenwert der Persönlichkeit aus seiner Darstellung als Interaktionspartner deduziert, kann keine ungeteilte Zustimmung erfahren. Zwar trifft es zu, wenn *Luhmann*⁸¹ ausführt, der Mensch werde durch die Notwendigkeiten und Bedingungen der Interaktion individualisiert und sozialisiert. Es handelt sich bei der Darstellung des Menschen nach außen aber nur um *ein* konstituierendes Merkmal für Persönlichkeit unter weiteren denkbaren. Legt man im weiteren die These von *Scheler*⁸² zugrunde, wonach die menschliche Persönlichkeit in eine Intim- und eine Sozialperson zu unterscheiden sei, so fällt es nicht schwer anzunehmen, daß sich der Mensch stets zwischen den antithetischen Polen von einsamem Individuum und geselligem Wesen bewegt, wobei sich jeweils Bedürfnisse nach Indiskretionsschutz und Informationsfreiheit gegenüber stehen. Aus solcherlei Vielfältigkeit der Verwirklichung des Seins folgt aber auch: Individualisierung verläuft nicht nur unter dem Aspekt des Menschen als „Sozialperson“, sondern ebenso unter demjenigen als „Intimperson“. Auch in der Abgeschiedenheit von

⁸¹ *Luhmann*, S. 60 f.

⁸² *Scheler*, S. 563 ff (567).

anderen Menschen kann sich der Mensch geistig fortentwickeln⁸³, kann sein individuelles Wertstreben und damit seine ganz eigene Vorstellung von Selbstsein verwirklichen. Es stellt sich als unannehmbarer Fehlschluß dar, die Konstituierung von individueller Persönlichkeit - und damit von Menschsein - auf den sozialen Verkehr zu reduzieren⁸⁴. Noch einen Schritt weiter geht *Luhmann*, wenn er ausführt, der Mensch sei als Organismus zwar Individuum, aber „nur individuelles Objekt“, bis er seine selbstbewußte Individualität durch Interaktion gewinnt⁸⁵. Dem wird man bereits deshalb widersprechen müssen, weil dem Menschen sein ihm allein zukommender Eigenwert zumindest partiell bereits von Natur aus als Anlage mitgegeben ist: Die Anlagen des Menschen machen bereits seine Originalität, seine Einzigartigkeit aus⁸⁶. Lediglich ergänzend wirkt die durch Selbstentfaltung sowie Selbst- und Fremderziehung bewirkte Herausbildung persönlicher Individualität im Laufe eines Lebens. Die auf Selbst- und auf Fremddarstellung beruhende soziale Dimension von Persönlichkeit stellt sich in diesem komplexen Gefüge lediglich als Teilmenge der Ausbildung persönlicher Individualität dar. Daneben besteht das Bedürfnis, dem Menschen einen Rückzugsraum zu eröffnen, ihm ein *right to be let alone*⁸⁷ zu gewähren. Letzteres wird durch die einseitige Ausrichtung des Selbstdarstellungskonzepts nicht hinreichend berücksichtigt.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung theoretisch nicht hinreichend fundiert ist. Die dargebotenen Begründungsstränge bieten keine schlüssige Grundlage für die Schaffung eines so weitgespannten Autonomierechtes an persönlichen Lebenssachverhalten. Eine grundsätzliche Ablehnung des traditionellen Konzeptes sphärenartiger Schutzkreise um die Person erscheint nicht haltbar, da dieser Ansatz das Schutzbedürfnis der Person gegen Einbrüche von außen am ehesten in rechtlichen Kategorien zu erfassen vermag.

⁸³ Ähnlich *Duttge*, *Der Staat* 1997, 280 (302); *Dix*, *Jura* 1993, 571 (577).

⁸⁴ So aber *Luhmann*, S. 62, der (Fn. 26) die „ontische“ Differenzierung Schelers in Intim- und Sozialperson ablehnt.

⁸⁵ *Luhmann*, S. 62.

⁸⁶ Ähnlich *Hubmann*, *Persönlichkeitsrecht*, S. 268.

⁸⁷ Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist das „*right to be let alone*“ als eine Strömung des „*right to privacy*“ anerkannt. Oftmals werden hierbei, ähnlich wie in der deutschen Entwicklung des Persönlichkeitsrechts, verschiedene Fallgruppen unterschieden (nach *Dean William Prosser*, 1960, besteht der tort „*invasion of privacy*“ eigentlich aus vier Fallgruppen: intrusion, private facts, false light, appropriation); dazu *Alderman/Kennedy*, S. 154 ff. m.w.N.

c) Die Inbezugnahme von Art. 14 GG - Argumentationswandel mit Signalwirkung ?

Abgesehen von den genannten theoretischen Bedenken fördert auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechungsentwicklung Unklarheiten im Umgang mit der informationellen Selbstbestimmungsbefugnis zutage. Bemerkenswert erscheint für die verfassungsrechtliche Standortbestimmung des Datenschutzes eine zuletzt von *Duttge*⁸⁸ hervorgehobene ständige Ausweitung der Rspr. des BVerfG, wobei terminologische Nuancenverschiebungen in der Begründung der verfassungsrechtlichen Wurzeln des Datenschutzes zutage treten. Während das BVerfG zunächst die im Volkszählungsurteil angestoßene Rechtsprechung in weiteren Entscheidungen präzisiert bzw. ausgebaut⁸⁹ und dabei nahezu einhellig auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG verwiesen hat, findet sich in der jüngeren Rechtsprechung - vornehmlich des Zweiten Senats - eine bisweilen anders gelagerte Diktion: Immer wieder rekurriert das BVerfG auf den Begriff des „grundrechtlichen Datenschutzes“⁹⁰ und bemüht hierfür neben den genannten Artikeln auch das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG für die Gewährleistung dieses Schutzes. Unweigerlich entzündet sich angesichts solcher Argumentation die Diskussion um das „Eigentum an Daten“ von neuem. Sollte das BVerfG etwa eine weitere Annäherung hin zur Anerkennung eines umfassenden subjektiven öffentlich-rechtlichen Herrschaftsrechtes an den persönlichen Daten⁹¹ vollzogen haben? Dies könnte womöglich für die privatrechtliche Einordnung des Datenschutzes folgenreich sein. Nur zu leicht ließe sich die Brücke von einem öffentlich-rechtlichen „Dateneigentum“ zum entsprechenden absoluten subjektiven Privatrecht schlagen. Zur weiteren Klärung dieser Frage sollen zunächst die betreffenden Entscheidungen des BVerfG etwas näher beleuchtet werden.

aa) Neue Akzente in der Rechtsprechung des BVerfG

Bereits die Entscheidung „Flick-Untersuchungsausschuß“⁹² im Jahr 1983 enthält neben dem Hinweis auf die Ausführungen des Volkszählungsurteils eine weitere Fundamentierung durch Art. 14 GG. Das BVerfG⁹³ führt dazu aus:

„Die Geheimhaltung bestimmter steuerlicher Angaben und Verhältnisse, deren Weitergabe einen Bezug auf den Steuerpflichtigen oder private Dritte erkennbar

⁸⁸ Zum ganzen ausführlich *Duttge*, *Der Staat* 1997, 280, 288 ff.

⁸⁹ BVerfGE 78, 77 ff. - Entmündigung I -; BVerfGE 84, 192 ff. - Entmündigung II -; auch in diesen Entscheidungen lag bereits eine Schutzbereichserweiterung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

⁹⁰ BVerfGE 77, 1 (47); 84, 239 (279 f.); so auch *Kirchhof*, FS *Tipke*, 1995, S. 27, 32.

⁹¹ Kritisch dazu z.B. *Vogelgesang*, S. 139 ff., 144 ff.

⁹² BVerfG NJW 84, 2271; BVerfGE 67, 100 ff.

⁹³ BVerfG NJW 1984, 2271 (2275) - Hervorhebung d. Verf.

werden läßt, kann indessen durch eine Reihe grundrechtlicher Verbürgungen, insbesondere durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I und Art. 14 GG, gegebenenfalls i. V. mit Art. 19 III GG geboten sein. Die Angaben, die ein Steuerpflichtiger aufgrund des geltenden Abgabenrechts zu machen hat, ermöglichen weitreichende Einblicke in die persönlichen Verhältnisse, die persönliche Lebensführung bis hin beispielsweise zu gesundheitlichen Gebrechen, religiösen Bindungen, Ehe- und Familienverhältnissen oder politischen Verbindungen und in die beruflichen, betrieblichen, unternehmerischen oder sonstigen wirtschaftlichen Verhältnisse. Über ihre zeitlich kontinuierliche Erfassung, Speicherung und ständige Abrufbarkeit ermöglichen sie demjenigen, der über diese Daten verfügt, ein Wissen außerordentlichen Ausmaßes über die Betroffenen, das unter den gegenwärtigen Lebensverhältnissen in entsprechende Macht über die Betroffenen umschlagen kann.“

In der Entscheidung „Neue Heimat“ aus dem Jahr 1987 spricht das BVerfG sodann ausdrücklich vom „grundrechtlichen Datenschutz“, ohne den Terminus der informationellen Selbstbestimmung auch nur zu erwähnen, wobei es auch insoweit erneut Art. 14 GG zur Begründung in Bezug nimmt⁹⁴:

„Die Grundrechte aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I und Art. 14 GG, gegebenenfalls i. V. mit Art. 19 III GG, verbürgen ihren Trägern Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung oder Weitergabe der auf sie bezogenen, individualisierten oder individualisierbaren Daten (vgl. BVerfGE 65, 1 (43) = NJW 1984, 419; BVerfGE 67, 100 (142 f.) = NJW 1984, 2271). Dieses Recht darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden; die Einschränkung darf nicht weiter gehen als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist (vgl. BVerfGE 65, 1 (44) = NJW 1984, 419; BVerfGE 67, 100 (143) = NJW 1984, 2271).“

Wortgleich rekurrierte der Zweite Senat auch in seiner Entscheidung zur Besteuerung von Kapitalerträgen aus dem Jahr 1991 auf den in „Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 14 GG verbürgten grundrechtlichen Datenschutz“⁹⁵ bzw. führt den Terminus „Grundrecht auf Datenschutz“⁹⁶ ins Feld.

⁹⁴ BVerfGE 77, 1 (47) - Herv. d. Verf.

⁹⁵ BVerfGE 84, 239 (279) - Herv. d. Verf.

⁹⁶ BVerfGE 84, 239 (280); damit kann die Behauptung *Sendlers* in NJW 1995, 1468 als widerlegt angesehen werden, der aaO. ausführte, das BVerfG habe es stets vermieden, von einem „Grundrecht auf Datenschutz“ zu sprechen.

Auch an anderer Stelle, nämlich im Mietrecht, setzte das BVerfG neue Akzente bei der grundrechtsdogmatischen Einordnung des Datenschutzes. Bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit des durch § 564 b Abs. 3 BGB dem Vermieter auferlegten Zwanges zur Darlegung solcher Informationen, die ein berechtigtes Interesse an einer Eigenbedarfskündigung begründen können, nahm das BVerfG - diesmal der Erste Senat⁹⁷ - sogar ein Spezialitätsverhältnis zugunsten des Eigentumsgrundrechtes an:

„Das Urteil des LG verletzt den Bf. nicht in seinem Grundrecht aus Art. 14 I 1 GG, das hier alleiniger Prüfungsmaßstab ist. Dessen spezielle Regelung macht einen Rückgriff auf Art. 2 I GG entbehrlich (vgl. BVerfGE 79, 292 (304) = NJW 1989, 970).“

Das BVerfG führte damit einen Begründungsstrang fort, der in mehreren Entscheidungen zur Überprüfung mietrechtlicher Vorschriften auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz deutlich geworden war: Die grundrechtliche Eigentumsverbürgung enthalte neben Elementen der allgemeinen Handlungsfreiheit auch solche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, so daß Art. 14 GG insoweit als speziellere Norm vorrangige Anwendung finde. Die Nutzung solle dem Eigentümer ermöglichen, sein Leben nach eigenen, selbstverantwortlich entwickelten Vorstellungen zu gestalten⁹⁸.

Trotz der Übernahme wörtlicher Zitate aus der Volkszählungsentscheidung⁹⁹ berief sich das BVerfG vorliegend nicht auf das dort maßgebliche Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sondern ließ es erstaunlicherweise mit dem knappen Hinweis auf die Spezialität des Eigentumsschutzes in Art. 14 GG bewenden.

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 1994 befaßte sich der Zweite Senat mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Beschlagnahmen in einer Bank aus Gründen des Verdachts der Begehung von Steuerdelikten. Wiederum kommt es in einem obiter dictum zur Inbezugnahme von Art. 14 GG¹⁰⁰:

„Durch die Beschlagnahme der Belege ist die Bf. jedenfalls in ihrer durch Art. 19 Abs. 3 i.V. mit Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Befugnis, über ihre Geschäftspapiere zu verfügen, und damit in ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit betroffen (vgl. BVerfGE 66, 116 (130) = NJW 1984, 1741).“

⁹⁷ BVerfG NJW 1992, 1379.

⁹⁸ So bereits BVerfGE 79, 292 (304); vgl. hier BVerfG NJW 1992, 1379.

⁹⁹ BVerfG NJW 1992, 1379.

¹⁰⁰ BVerfG NJW 1995, 2839 (2840) - Herv. d. Verf.

Die grundrechtliche Verbürgung unterliegt jedoch den Schranken, die sich hier aus der StPO ergeben und im Blick auf das rechtsstaatlich begründete Interesse an einer möglichst umfassenden Aufklärung schwerer Straftaten verfassungsrechtlich unbedenklich sind (vgl. BVerfGE 77, 65 (76) = NJW 1988, 329).

Ob und inwieweit der Bf. durch Art. 19 III GG auch das dem Individuum zustehende Recht auf Datenschutz (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I und Art. 14 I GG) zuerkannt ist (vgl. BVerfGE 66, 116 (130) = NJW 1984, 1741; BVerfGE 77, 1 (46) = NJW 1988, 890), kann dahinstehen, da für die Bf. daraus kein günstigerer Maßstab abgeleitet werden kann.“

Angesichts der hier dargestellten partiellen Verlagerung der verfassungsgerichtlichen Argumentation auf das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG wirft sich unweigerlich die Frage nach dem Hintergrund für diese Betrachtungsweise auf.

bb) Stellungnahme

Es ist somit zu analysieren, inwieweit zwischen einem Recht auf Datenschutz und der Eigentumsverbürgung des Art. 14 GG Berührungspunkte bestehen bzw. sogar Verletzungen des Schutzbereiches des Art. 14 GG in Betracht kommen können. In der Literatur hat *Duttge*¹⁰¹ die Ansicht vertreten, das BVerfG habe mit der Zubilligung eines eigentumsähnlichen subjektiven Informationsverfügungsrechtes das Band zum ursprünglichen „Quellrecht“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zerschnitten. Die zusätzliche Verankerung des Grundrechts auf Datenschutz in Art. 14 GG stelle sich somit nur als folgerichtig dar.

In der Tat scheint es so, als verfolge das BVerfG mit der Inbezugnahme der Eigentumsgarantie einen weiteren argumentativen Strang zur Festigung des grundrechtlichen Datenschutzes. Völlig unklar bleibt dabei aber, ob es das personenbezogene Datum als solches vom Schutzbereich des Eigentumsgrundrechtes erfaßt sieht, oder aber nur in Ausnahmefällen - wegen des Kontextes der in Frage stehenden Informationshandlung - eine sektorale Deckung durch den Schutzbereich des Art. 14 GG für gegeben erachtet.

Letzteres könnte man durchaus befürworten, wenn man etwa Informationszugriffe auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bzw. das Know-how eines Unternehmens betrachtet. Hier erscheint das Eigentumsgrundrecht unter Umständen in Gestalt des sog. Rechts am eingerichteten und ausgeübten

¹⁰¹ *Duttge*, Der Staat 1997, 280 (292).

Gewerbebetrieb¹⁰² als betroffen¹⁰³. Voraussetzung ist aber, daß die betreffenden Informationen zum wirtschaftlichen Bestand des Unternehmens gerechnet werden können und seinen Wert mit ausmachen.¹⁰⁴ *Scholz/Pitschas*¹⁰⁵ vertreten insofern die Auffassung, das informationelle Selbstbestimmungsrecht werde im Zusammenhang mit geschäftlichen Bestandsinteressen allein durch Art. 14 GG geschützt. Das setzt zunächst voraus, daß man auch ein Unternehmen bzw. eine juristische Person als Rechtsträger der informationellen Selbstbestimmungsbefugnis anerkennt. Folgte man sodann dieser Ansicht, müßte man freilich zugestehen, daß sich die Betroffenheit des Art. 14 GG hier weniger auf eine eigentumsähnliche Herrschaftsbeziehung des Unternehmensträgers zur Information gründet als vielmehr auf die wirtschaftliche Bedeutung der Information für die Werthaltigkeit des Unternehmens. Oftmals handelt es sich bei den hiernach schutzbedürftigen Informationen auch um bloße Sachinformationen ohne Personen- bzw. Unternehmensbezug, denen durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ohnehin kein Schutz zuteil werden kann. Die dogmatische Verwirrung, die das BVerfG mit seinem *generellen* Hinweis auf die Ansiedelung des Datenschutzes u.a. in Art. 14 GG gestiftet hat, läßt sich mit dieser Begründung also nicht entflechten. Gerade die informationelle Selbstbestimmungsbefugnis wurzelt nicht im unternehmerischen Sektor, sondern betrifft vornehmlich den Umgang mit personenbezogenen Daten von natürlichen Personen. Das Eigentumsgrundrecht greift jedoch vor allem wegen der gesteigerten Bedeutung der Information für den wirtschaftlichen Bestand des Unternehmens ein, nicht etwa aus jenen ideellen, genauer persönlichkeitsrechtlichen Motiven, die im Rahmen der Artt. 2 und 1 GG im Vordergrund stehen.

Die Annahme einer kontextbezogenen Betroffenheit des Art. 14 GG liegt auch in jener Entscheidung des BVerfG¹⁰⁶ nahe, in der es um die Verfassungsmäßigkeit des gesetzlich normierten Zwangs des Vermieters zur Offenbarung der Beweggründe für eine Eigenbedarfskündigung ging. Mittelbar setzt die Bestimmung des § 564 b III BGB dem Vermieter Grenzen für den Umgang mit seinem Eigentum im Sinne des § 903 BGB. Die Anbindung der

¹⁰² Der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb wird nach wohl h.A. von Art. 14 GG geschützt, vgl. *Maunz/Dürig-Papier*, GG, Art. 14 Rn. 95 ff.; das BVerfG äußert sich zunehmend zurückhaltend - siehe BVerfGE 1, 264 (276); BVerfGE 66, 116 (145); 68, 193 (222); 77, 84 (118).

¹⁰³ Ein sektoraler Grundrechtsschutz gemäß Art. 14 GG wird auch von *Kloepfer*, Gutachten, S. D 53, angenommen.

¹⁰⁴ Vgl. BGHZ 23, 157; 30, 241; 45, 150 (155); BVerwG 1983, 1810 f.; BayVerfGH NJW 1983, 325 (327).

¹⁰⁵ *Scholz/Pitschas*, S. 98 f.; krit. *Vogelgesang*, S. 108 f.

¹⁰⁶ BVerfG NJW 1992, 1379.

Eigentümergebietung - hier zur Kündigung - an die Voraussetzung der Preisgabe personenbezogener Information tritt offen zutage. Allerdings trifft gerade auch hier die Aussage zu, daß sich die Betroffenheit des Art. 14 GG nicht aus einer - wie auch immer gearteten - Herrschaftsbefugnis über die zur Darlegung des Eigenbedarfs erforderliche persönliche Information ergibt, sondern vielmehr aus dem Umstand, daß die Herrschaft über bzw. die Nutzung von zivilrechtlichem Sacheigentum durch eine Auskunftspflicht eingeschränkt zu werden droht. § 564 b III BGB als gesetzliche Schranke des Art. 14 GG wirkt hier aufgrund seiner Beschaffenheit sogleich als Beschränkung der Befugnis, über die persönlichen Daten selbst zu bestimmen.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die Erkenntnis des BVerfG, daß das Eigentumsgrundrecht Elemente der allgemeinen Handlungsfreiheit bzw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in sich trage, das Eigentum mithin als „Freiheitsraum für eigenverantwortliche Betätigung“¹⁰⁷ angesehen werden müsse. Das BVerfG bemüht hiermit einen weit zurück reichenden Argumentationsstrang¹⁰⁸, den es sich für den grundrechtlichen Datenschutz zu eigen gemacht hat. Darin dürfte die argumentative Crux der verfassungsgerichtlichen Argumentation zu erblicken sein: Die vorausgegangenen Entscheidungen, die die Persönlichkeitsentfaltung im Rahmen des Eigentumsgrundrechtes zum Gegenstand hatten, betrafen primär den Inhalt und den Umfang des Eigentumsrechtes an einem anerkannten Schutzgut im Sinne des Art. 14 GG (z.B. Eigentum des Vermieters am Mietgegenstand; Grundeigentum usw.). Anders liegt es jedoch bei den typischen datenschutzrechtlichen Fragestellungen, die in der Regel gerade keinen Bezug zu einer anerkannten eigentumsrechtlichen Rechtsposition aufweisen. Die allermeisten personenbezogenen Daten weisen nicht einmal einen vermögenswerten Charakter auf, geschweige denn, daß man sie gar unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG subsumieren könnte. Der Vermögenswert stellt jedoch eine Grundbedingung des zugegeben weitgefaßten verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs¹⁰⁹ dar. Hier unterscheidet sich das personenbezogene Datum in seinem Wesensgehalt ganz erheblich von solchen immateriellen Gütern, die einen wirtschaftlichen Wert verkörpern: Kommerzialisierbare Rechte wie etwa die vermögenswerten Befugnisse des Urhebers an seinem Werk unterfallen nach der Rspr. des

¹⁰⁷ So bereits BVerfGE 24, 367 (400).

¹⁰⁸ Die oben zitierte Entscheidung BVerfG NJW 1992, 1379 nimmt BVerfGE 79, 292 (304) in Bezug, diese verweist auf BVerfGE 46, 325 (334), wofür wiederum BVerfGE 31, 229 (239) als Quelle dient. BVerfGE 31, 229 (239) speist seinen Gehalt in der hier relevanten Passage aus BVerfGE 24, 367 (400) und BVerfGE 21, 73 (86).

¹⁰⁹ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Art. 14 Rn. 6 m.w.N.

BVerfG der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie. Das BVerfG¹¹⁰ führte dazu u.a. aus:

„Zu den konstituierenden Merkmalen des Urheberrechts als Eigentum im Sinne der Verfassung gehört die grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber im Wege privatrechtlicher Normierung und seine Freiheit, in eigener Verantwortung darüber zu verfügen.“

Im Kontext dieser Entscheidung tritt die Komponente der persönlichen Entfaltungsfreiheit als sektorales Element der Eigentumsfreiheit klarer hervor: Das Urheberrecht kennzeichnet sich durch eine Synthese von „persönlich-geistiger Schöpfung“ und „wirtschaftlicher Auswertbarkeit“¹¹¹, es vereint ein ideelles mit einem materiellen Interesse in sich. Anders liegt es hingegen grundsätzlich bei der personenbezogenen Information. Die Schutzbemühungen wurzeln in der Rechtsmaterie des Datenschutzes als speziellem, zum Teil vorgelagertem Persönlichkeitsschutz traditionell in dem Streben nach Erhaltung der geistig-seelischen Integrität des Menschen. Wirtschaftliche Interessen kommen demgegenüber bei einer Vielzahl von persönlichen Daten überhaupt nicht zum tragen. Die Anerkennung einer datenschutzrechtlichen Eigentumsposition würde daher die ohnehin fließende Grenze zwischen dem Eigentumsgrundrecht und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht weiter verwässern.

Auf der anderen Seite läßt sich allerdings nicht leugnen, daß die informationelle Selbstbestimmungsbefugnis zunehmend, manchmal deutlich, manchmal eher schleichend einen weiteren, vollauf materiellen Schutzaspekt entwickelt hat. Gerade in den letzten Jahrzehnten, die von einer technischen Entwicklung nicht erahnbares Ausmaßes gekennzeichnet sind, erscheinen persönliche Daten in Teilbereichen zunehmend als verkehrsfähige Güter von erheblichem materiellen Wert. Man halte sich in diesem Zusammenhang nur den sog. „Adressenhandel“ vor Augen. Adresspakete bzw. Informationsbündelungen über potentielle Kunden, spezifisch nach den Absatzkriterien des Unternehmers oder einer bestimmten Branche ausgewählt, bergen mitunter einen immensen wirtschaftlichen Wert in sich. Während die Erwerbssaussichten durch gezielte Kundenakquisition steigen, lassen sich andererseits unnötige Werbungskosten einsparen.

Aber auch abseits des Adressenhandels gewinnen persönliche Daten oftmals einen enormen wirtschaftlichen Wert. So läßt sich so manche

¹¹⁰ BVerfGE 31, 229 (240 f.).

¹¹¹ BVerfGE 31, 229 (239).

Lebensgeschichte interessanter Zeitgenossen in bare Münze wandeln, etwa durch die Erlaubnis zur Veröffentlichung von Memoiren. Ähnlich liegt es etwa bei den oft marktschreierisch angepriesenen sog. „Exklusivinterviews“, in denen prominente Mitmenschen gegen Honorar über ihre näheren Lebensumstände berichten. Auffällig erscheint bei derlei „Informationsverkäufen“, daß es regelmäßig nicht um einzelne Daten geht, sondern um Informationssammlungen, die ihrerseits teilweise wieder einem anerkannten Persönlichkeitsgut zuzuordnen sind. So könnte beispielsweise das Anerbieten der Veröffentlichung eines persönlichen Erfahrungsberichtes oder der Memoiren bzw. der Daten für eine Biographie dem Schutz des Lebensbildes¹¹² des Betroffenen zuzuordnen sein. Hierzu rechnet auch ein bloßer Ausschnitt aus der persönlichen Lebensgeschichte eines Menschen, sofern es sich nicht um eine reine „Momentaufnahme“ handelt. Es liegt insofern der Schluß nahe, daß das Persönlichkeitsgut des Lebensbildes mitunter vermögensrechtliche Aspekte gewinnen kann.

Aus diesen Überlegungen läßt sich allerdings nicht folgern, daß persönliche Daten generell einen Vermögenswert besäßen. Eine *grundsätzliche* Zuordnung zum Schutzbereich der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, wie sie durch die pauschalen Ausführungen des BVerfG zumindest nahegelegt worden sind, verbietet sich. Das BVerfG läuft Gefahr, mit seinen undifferenzierten Verweisen auf Art. 14 GG einer nicht hinnehmbaren Aufweichung des Eigentumsbegriffs Vorschub zu leisten.

d) Verfassungsrechtlicher Datenschutz in speziellen Grundrechten

Im folgenden soll noch kurz beleuchtet werden, wo sonst außerhalb des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Eigentumsgrundrechts datenschutzrechtliche Fragestellungen im Grundrechtskatalog angetroffen werden können¹¹³. Eine ganze Reihe von weiteren Grundrechten verbürgen, meist vom materiellen Gehalt beschränkt auf Teilbereiche, kraft ihrer Natur mehr oder minder beiläufig den Schutz personenbezogener Daten. Dabei lassen sich zwei Hauptlinien des persönlichkeitsrechtlichen Interessenansatzes¹¹⁴ bei der Betrachtung der übrigen Grundrechte weiter verfolgen. Es sind dies zum einen der auf Abschirmung gegen Eingriffe von außen gerichtete Ansatz einer Art „informationellen Abwehrrechts“¹¹⁵, der

¹¹² Dazu ausführlich *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 302 ff.

¹¹³ Allerdings kann im Rahmen dieser Arbeit zu der verfassungsrechtlichen Problematik nicht umfassende Stellung bezogen werden.

¹¹⁴ *Jarass*, NJW 1989, 857 (859); *Kloepfer*, Gutachten, S. D 46.

¹¹⁵ *Kloepfer*, Gutachten, S. D 46.

einhergeht mit der Vorstellung eines sphärenartigen Schutzraumes um die Person. In einer zweiten Hauptgruppe kommt das Recht auf Selbstdarstellung in der sozialen Umwelt zum tragen, das eine Art Verfügungsrecht über die Darstellung der Person in der Öffentlichkeit begründet¹¹⁶. Die beiden Hauptgruppen verfolgen unterschiedliche Schutzrichtungen¹¹⁷, ergänzen sich jedoch und bauen gar aufeinander auf. So normiert der Schutz der Privatsphäre vor Informationseingriffen gleichsam den räumlich-gegenständlichen Mindeststandard des Persönlichkeitsschutzes, ohne den ein weitergehender Schutz der Person in der Öffentlichkeit, etwa durch ein Selbstdarstellungsrecht, ausgeschlossen erscheint. Gerade letztere Schutzfunktion, das informationelle Selbstdarstellungs- bzw. Selbstbestimmungsrecht, unterliegt in der Beziehung von Privaten zueinander naturgemäß besonderen Einschränkungen.

Man könnte geneigt sein, über die beiden Hauptkategorien des verfassungsgerichtlich entwickelten Persönlichkeitsschutzes, dem Konzept eines bereichsmäßigen „Privatheitsschutzes“ und eines „Rechts auf Selbstdarstellung“, hinaus noch weitere Rechte als eigenständige Fallgruppe anzusehen. Vor allem stellt sich hier die Frage, wie etwa ein „Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit“ einzuordnen wäre, aber auch eine eigenständige Gruppe von „Nichtpreisgaberechten“, sprich von negativen Kommunikationsrechten, erscheint diskussionswürdig. Bei genauerem Hinsehen fällt jedoch auf, daß es dennoch bei der Unterteilung in zwei Hauptkategorien des Persönlichkeitsschutzes verbleiben kann. Betrachtet man das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit, zum Beispiel im beruflichen Bereich, so wird ein Eingriff in diese Entfaltungsfreiheit oftmals auch den selbstdefinierten Darstellungsanspruch in jenem sozialen Bezug berühren. Als Beispiel kann die sog. hoheitliche Warnung dienen. Staatliches Informationsverhalten, das demnach unter Umständen Auswirkungen auf die Freiheit der Berufsausübung hat, stellt sich regelmäßig zugleich als Beeinträchtigung einer autonom definierten Selbstdarstellungsbefugnis des Betroffenen dar. Es wurde bereits erörtert, daß die Freiheit des Menschen zur Darstellung seiner Person in der Öffentlichkeit als Teildimension menschlicher Entfaltungsfreiheit angesehen werden kann. Darüber hinaus „entfaltet“ sich die Persönlichkeit jedoch auch im Bereich der Zurückgezogenheit und Abschirmung. Gerade auch in diesem Bereich können Informationshandlungen Dritter, vor allem seitens des Staates, störend wirken.

Die personale Entfaltungsfreiheit vereint damit - soweit es um Beeinträchtigungen durch Informationshandlungen geht - die beiden

¹¹⁶ Vgl. BVerfGE 35, 202 (220); 54, 148 (154).

¹¹⁷ Nach *Schmitt Glaeser*, § 129 Rn. 32, werden die „personale“ und die „soziale Identität“ geschützt.

Hauptströmungen der informationellen Abwehr und der gesellschaftlichen Darstellung in sich¹¹⁸. Anders formuliert: „In Abschirmung und Selbstdarstellung entfaltet sich die Persönlichkeit“¹¹⁹.

Genau umgekehrt verhält es sich bei den negativen Seiten der Kommunikationsrechte, die sich - abhängig von den Umständen ihrer Ausübung - als Unterkategorien zu den beiden Hauptgruppen begreifen lassen. Je nach dem, ob z.B. die Entscheidung, seine Meinung nicht preiszugeben, im vertrautesten Kreise des Privatlebens bzw. im Hinblick auf die Ungestörtheit dieses Privatleben oder aber auf der Bühne der gesellschaftlichen Präsentation erfolgt, läßt sich der Vorgang das eine Mal zur Kategorie der informationellen Abwehr in Abschirmung, das andere Male zur Gruppe der Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit rechnen. Zweierlei Besonderheiten treten zutage. Zum einen muß man sich vergegenwärtigen, daß auch die bewußte Nichtkommunikation in der Öffentlichkeit - man denke an das anschauliche Beispiel eines Schweigemarsches - eine Form der Selbstdarstellung bedeuten kann. Jene definiert sich nämlich nicht nur aus der Einschätzung anderer mittels erhältlicher Informationen, sondern ebenso mittels des Eindrucks nicht geäußerter Information. Deutlich wird aber auch, daß bewußte Nichtkommunikation selbst im Bereich des Privatlebens mitunter als Mittel zur Selbstdarstellung der Person rechnen kann. Verweigert ein Bürger auf behördliche Anfrage zu seinen finanziellen Verhältnissen die Auskunft, so trägt er gegenüber dem Fragenden - ob gewollt oder nicht - stets auch zur Darstellung seiner Person bei. Geheimnisschutz erscheint somit in Teilbereichen¹²⁰ auch als eine Form der Selbstdarstellung. Freilich wird es hier meist an einem subjektiven Interesse an Selbstdarstellung gänzlich fehlen bzw. wird dieses Interesse jedenfalls von einem dominierenden Abschirmungsinteresse überlagert.

Aus alledem kann gefolgert werden, daß an dem Versuch einer Kategorisierung der den Datenschutz betreffenden Freiheitsgrundrechte in zwei Gruppen¹²¹ festzuhalten ist.

¹¹⁸ Darüber hinaus wurde die personale Entfaltungsfreiheit vom BVerfG in weiter Auslegung des Art. 2 GG generalisierend als „allgemeine Handlungsfreiheit“ unter - in praxi fragwürdigen - Schutz gestellt.

¹¹⁹ *Schlink*, Der Staat 1986, 233 (245). Gegen diese Sichtweise streitet die monodimensionale Perspektive persönlicher Entfaltung bei *Luhmann*.

¹²⁰ Dies gilt allerdings nur für den Fall einer - versuchten - direkten Informationserhebung beim Betroffenen; anders bei Dritterhebungen, bei denen der Darstellungseindruck eine Folge von Fremddarstellung ist.

¹²¹ Die von *Vogelgesang*, S. 89 f. vorgenommene Unterteilung in vier Gruppen erscheint demgegenüber für die vorliegende Arbeit wenig ergiebig, da sie die persönlichkeitsrechtlichen Kerninteressen nicht klar zum Vorschein kommen läßt.

aa) Grundrechtlicher Indiskretionsschutz - Abschirmung und informelle Abwehr

Einige Freiheitsgrundrechte bestimmen ihre Schutzbereiche nach räumlich-gegenständlichen Kriterien und bieten damit dem Grundrechtsträger einen in Sphären bzw. Bereichen entfalteten Grundrechtsschutz. Hierzu rechnen vornehmlich der Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 GG, das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, aber auch die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, Art. 4 GG, soweit es um die Sicherung des sog. „forum internum“ geht¹²². Hinzu treten diejenigen Grundrechte, die im Einzelfall berufsbezogenen Geheimnisschutz, z.B. für Journalisten oder für Rechtsanwälte vermitteln können, so etwa Art. 12 GG¹²³ sowie allgemein als negative Kommunikationsfreiheit Art. 5 GG.

Ihnen ist gemein, daß sie - u.a. - den Grundrechtsträger vor Einbrüchen in sein Privatleben schützen und die Vertraulichkeit privater bzw. beruflicher Lebensvorgänge gegen staatliche Observation sichern¹²⁴. Insoweit richtet sich, aus der Perspektive potentieller Eingriffe, ein Schutzaspekt gegen die Erhebung von Informationen in den jeweils geschützten Bereichen sowie in der Folge gegen deren Speicherung, Übermittlung und Auswertung. Bei einer Teilmenge dieser Informationen handelt es sich nahezu zwangsläufig um persönliche Daten der Grundrechtsträger oder von Dritten. Soweit Daten der Grundrechtsträger von dem Vertraulichkeitsbruch erfaßt werden, findet damit die informationelle Abwehrkomponente ihre Stütze im jeweilig bereichsmäßig verbürgten Spezialgrundrecht. Inwieweit dieser Grundrechtsschutz dabei in Kollision zu den Verbürgungen in Art. 2 und Art. 1 GG tritt, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden¹²⁵. In der Regel wird man jedoch dem Spezialgrundrecht den uneingeschränkten Vorrang einräumen müssen.

Festzuhalten bleibt, daß der bereichsmäßige Indiskretionsschutz als Verfassungstopos methodisch an verschiedenen Stellen plaziert ist, wodurch die „informationelle Selbstbestimmung“ in Teilbereichen gesonderten Schutz erfährt.

bb) Selbstdarstellung in der sozialen Umwelt

Ein weiteres weitgespanntes Feld von Freiheitsgrundrechten weist thematische Berührungspunkte zum Datenschutz insbesondere dadurch auf, daß der Umgang mit personenbezogenen Daten oftmals Kennzeichen oder gar Funktionsbedingung der Grundrechtsausübung ist. Der Grund dürfte darin

¹²² Vgl. *Maunz/Dürig-Herzog*, Art. 4 Rn. 1 m.w.N.

¹²³ Dagegen dürften bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen die persönlichen Daten in der Regel im Hintergrund stehen.

¹²⁴ *Vogelgesang*, S. 89 ff.

¹²⁵ Dazu Ansätze bei *Kloepfer*, Gutachten, S. D 53.

liegen, daß Kommunikation - und damit soziale Selbst- und Fremd(!)darstellung - ohne die Preisgabe von persönlichen Daten oftmals gar nicht denkbar wäre. Hinzu kommen die häufig anzutreffenden Fälle von Kollisionslagen zwischen den Datenschutzinteressen des Betroffenen und den Kommunikationsinteressen des Grundrechtsträgers, zu deren Auflösung es einer Abwägung bedarf. So schützen beispielsweise Art. 5 und Art. 12 GG grundsätzlich auch die Erhebung und Verarbeitung persönlicher Daten Dritter. Auch erscheint der Datenschutz manchmal sogar als Basis für die Ausübung der Kommunikationsgrundrechte. Das BVerfG hat insofern angedeutet, daß die Ausübung der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG bei drohender staatlicher Observation bzw. Registrierung der Person bereits aus psychologischen Gründen gehemmt sein könnte¹²⁶. Datenschutz nimmt in diesem Kontext den Stellenwert eines „Grundrechtsvoraussetzungsschutzes“ ein¹²⁷.

Zur vorgenannten Gruppe rechnen vor allem die sog. Kommunikationsgrundrechte aus Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 5 Abs. 1, 2 und 3, Art. 8 und Art. 9 GG. Dies bereits deshalb, weil ihr Gebrauch sowohl im positiven wie im negativen Grundrechtsstatus durch den (Nicht-)Umgang mit persönlichen Daten gekennzeichnet sein kann.

Wichtig erscheint insofern die Feststellung, daß die Verfassung in weiteren Grundrechten - abseits des oft einseitig ins Blickfeld gerückten informationellen Selbstbestimmungsrechtes - sowohl die Ermittlung und Verwendung von personenbezogener Information ermöglicht als auch im Einzelfall jene zu verhindern sucht. Das Grundgesetz normiert nicht bloß Informationsbarrieren, sondern wirkt auch informationsermöglichend.

2. Drittwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Schlüssel für die private Informationsordnung ?

Nachdem mit den bisherigen Ausführungen der verfassungsrechtliche Kontext der Rechtsmaterie Datenschutz näher beleuchtet worden ist, widmet sich die Untersuchung im folgenden der allgemeinen Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Vorgaben auf das Zivilrecht. Die Diskussion um die Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für die private Informationsordnung wird seit Jahren heftig und kontrovers geführt. Im Hintergrund steht die bedeutsame Frage, ob und inwieweit der Bürger auch gegenüber dem Mitbürger bzw. jeder nichtthoheitlichen Stelle in seiner Selbstbestimmungsbefugnis über die persönlichen Daten zu schützen sei.

¹²⁶ BVerfG 64, 1 (42 f.).

¹²⁷ Kloepfer, Gutachten, S. D 53.

Vorwiegend im Rahmen dieser datenschutzrechtlichen Fragestellung soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hier beleuchtet werden.

a) Keine unmittelbare Drittwirkung

Ausgangspunkt ist die seither dogmatisch heftig umstrittene Frage nach der unmittelbaren oder mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht. Das BVerfG hat bereits früh hierzu Stellung bezogen und einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte zwischen Privatrechtssubjekten in ständiger Rechtsprechung eine klare Absage erteilt¹²⁸. Dies war unter Berücksichtigung der klassischen Grundrechtsdoktrin vom subjektiven Abwehrrecht im Subordinationsverhältnis folgerichtig. Nur gelegentlich finden sich in der Literatur noch Stimmen, die unter Verkennung des grundsätzlichen Gleichrangs der Privatrechtssubjekte eine Implantation der konzeptionell primär staatsgerichteten Grundrechte in die Privatrechtsordnung postulieren.¹²⁹

b) Mittelbare Drittwirkung

Allerdings sollen die Grundrechte nach Ansicht des BVerfG¹³⁰, der die herrschende Lehre im Schrifttum gefolgt ist¹³¹, im Wege der sog. mittelbaren Drittwirkung eine Ausstrahlwirkung auf die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander besitzen.

Dies geschieht im wesentlichen in zwei Richtungen: Zum einen versteht sich die Figur der mittelbaren Drittwirkung als verfassungsrechtlicher Schutzauftrag an den Gesetzgeber, durch legislative Ausgestaltungen grundrechtliche Wertungen unter Privaten einfließen zu lassen und dabei insbesondere widerstreitende Interessen in verfassungskonformer Weise zum Ausgleich zu bringen. Bezogen auf den Datenschutz streiten hier die Informationsfreiheit auf der einen mit dem Persönlichkeitsschutz auf der anderen Seite. Der Gesetzgeber ist insofern zu einer grundrechtskonformen Synthese zwischen den privaten Interessen an „Datenerhebung bzw. Datenverarbeitung“ und „Datenaskese“ aufgerufen¹³².

¹²⁸ Seit BVerfGE 7, 198 (204) - Lüth -; bestätigt in BVerfGE 12, 113 (124); 13, 318 (325); 18, 85 (92); 30, 173; 34, 269 (279); 35, 202; 54, 148 (153); 54, 208 (217); 60, 234 (239); 62, 230 (242).

¹²⁹ So etwa *Leisner*, S. 378 ff. Aus neuerer Zeit für den Bereich des Datenschutzes *Simitis*, NJW 1984, 398 (400 ff.); instruktiv zum ganzen *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.

¹³⁰ Vgl. nur BVerfGE 73, 261 (269).

¹³¹ Statt vieler *Maunz/Dürig-Dürig*, GG, Art. 1 Rn. 102, 131 ff. m.w.N.

¹³² Ähnlich *Hubert*, S. 169 f.

Als weitere Schutzrichtung wirkt die mittelbare Grundrechtswirkung auf die Auslegung des einfachen Rechts ein. Dafür bieten sich im Zivilrecht insbesondere die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln an. Wegen der generalklauselartigen Weite gerade auch des allgemeinen Persönlichkeitsrechts könnten hier verfassungsrechtliche Vorgaben zur Konturierung des Schutzbereichs in Betracht kommen. Anhalt hierfür wäre naturgemäß primär die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, die deshalb vorab unter diesem Blickwinkel näher beleuchtet werden soll.

aa) Die extensive Auslegung der Selbstbestimmungsbefugnis durch das BVerfG

Von den Gegnern eines zu weit reichenden Datenschutzes wurde bald nach dem Volkszählungsurteil¹³³ auf ausdrückliche Beschränkungen in den Entscheidungsgründen hingewiesen. So sei lediglich die automatische Datenverarbeitung Entscheidungsgegenstand gewesen, weswegen weitergehende Schlußfolgerungen für das Informationsrecht sich zunächst verböten. Auch wurde zutreffend eingewandt, das BVerfG habe insoweit ausdrücklich nur für einen Fall entschieden, der sich auf das Verhältnis von Bürger und Staat beziehe und zudem nur die zwangsweise Datenerhebung durch den Staat betreffe.¹³⁴

(1) Abkehr von der EDV-spezifischen Schutzausrichtung - „Entmündigung I“

Jedoch konnten diese vor dem Hintergrund des *judicial self-restraint* des BVerfG geführten Einwände nicht mehr durchgreifen, nachdem das Gericht den Anwendungsbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erweitert hatte. Im sog. ersten Entmündigungsbeschuß¹³⁵ verdeutlichte das BVerfG bereits ausdrücklich, daß Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht über persönliche Daten nicht allein unter den Bedingungen der *automatischen* Datenverarbeitungen in Betracht kommen.

Darin liegt gleichermaßen wohl ein Stück Fortschritt wie auch Rückbesinnung – Fortschritt insofern, als das Gericht sich von dem technophoben Gedankengut der gegen eine Automatisierung und Computerisierung der Zukunft geprägten ursprünglichen Wurzeln der Datenschutzkampagne gelöst hatte; Rückbesinnung ebenso, da in Anbetracht der persönlichkeitsrechtlichen

¹³³ Siehe Krause, JuS 1984, 268 ff.

¹³⁴ Ehmman, AcP 188 (1988), 230 (301 ff.); Krause, JuS 1984, 268 ff.

¹³⁵ BVerfGE 78, 77 – Entmündigung I -.

Provenienz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nahezu zwingend eine Klarstellung zum Schutzzumfang zu erfolgen hatte. Daß Rechtsverletzungen an der Persönlichkeit ausschließlich im Kontext einer *automatisierten* Datenverarbeitung in Betracht kommen würde, hatte ernstlich wohl niemand geglaubt¹³⁶.

(2) *Ausstrahlwirkung ins Privatrecht - „Entmündigung II“*

In einer weiteren Entscheidung¹³⁷ traf das BVerfG sodann erstmals explizite Ausführungen zur Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Privatrechtsverkehr: Das die Selbstbestimmungsbefugnis über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten umfassende allgemeine Persönlichkeitsrecht entfalte als objektive Norm seinen Rechtsgehalt auch im Privatrecht und strahle in dieser Eigenschaft auf die Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Vorschriften aus¹³⁸.

Spätestens in diesem Zeitpunkt war eine mittelbare Drittwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt. Dabei mag hier der müßige Streit darüber, ob diese Wirkung allein aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder aber einem Grundrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung¹³⁹ zu folgern wäre, dahinstehen.

In der Literatur wird darauf hingewiesen, daß es auch unter Privaten keinen überzeugenden Grund für einen völligen Verzicht auf eine wie auch immer geartete Befugnis zur Bestimmung über die eigenen Daten gebe.¹⁴⁰ Tatsächlich bietet auch der unbegrenzte Zugriff auf persönliche Daten unter Privaten eklatante Risiken für die Betroffenen. Gerade die kommunikationstechnischen Entwicklungen der letzten Jahre machen deutlich, daß Datenschutz zunehmend auch vor sog. „privaten Datenmächten“ an Bedeutung gewinnt¹⁴¹. Daß insofern ein erhebliches Schutzbedürfnis besteht, ist offenkundig. Fraglich bleibt die Art und Weise seiner rechtlichen Verwirklichung.

¹³⁶ *Brossette*, S. 234, sieht in dieser Ausweitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung einen „systematischen Bruch“ des BVerfG – wohl zu Unrecht. Zwar wendet *Brossette*, aaO, zutreffend ein, die Herleitung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sei vom BVerfG gerade mit den besonderen Gefahren der EDV begründet worden. Er verkennt jedoch Anlaß und Ursache. Die Ursachen für die Kreierung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung liegen letztlich im Bedürfnis nach möglichst umfassendem Schutz von Persönlichkeit und Menschenwürde. Gerade insofern bedeutet die Entscheidung des BVerfG eine konsequente Rückbesinnung auf die persönlichkeitsrechtlichen Grundlagen dieser Rechtsfigur.

¹³⁷ BVerfGE 84, 192 – Entmündigung II.

¹³⁸ BVerfG aaO.

¹³⁹ In letzterem Sinne z.B. *Hubert*, S. 169.

¹⁴⁰ So jüngst *Baston-Vogt*, S. 352; ähnlich bereits früher *Meister*, BB 1976, 1584; *Simitis*, NJW 1984, 398 (400); *Baumann*, DVBl. 1984, 612 f.

¹⁴¹ Vgl. hierzu *Kloepfer*, Gutachten, S. D 94 ff.

Dabei erscheint zumindest zweifelhaft, ob die genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Ausgangspunkt zivilrechtlicher Schutzüberlegungen sein sollten. Bedenken ergeben sich bereits aus methodischen Gründen, da das Zivilrecht, im besonderen die Regelungen des BGB, die grundsätzlich sachnähere Regelungsmaterie bietet. Die Drittwirkung von Grundrechten kann daher nicht *a priori* eine konstituierende Wirkung für die Bedingungen einer privatrechtlichen Informationsordnung entfalten, sondern allenfalls jene durch Auswirkungen auf die dort vorhandenen Normen mit prägen.

Umgekehrt wirkt es rechtspolitisch bedenklich, wenn die Umsetzung des sog. Rechts auf informationelle Selbstbestimmung unter Privaten vom öffentlichen Recht her erzwungen werden soll: So hatte etwa das Land Hessen bereits in der Gemeinsamen Verfassungskommission einen Vorstoß in diese Richtung unternommen, als es folgenden verfassungsändernden Passus vorschlug¹⁴²: „Der Gesetzgeber ist verpflichtet, einen gleichwertigen Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich zu gewährleisten.“¹⁴³ Dabei muß zunächst darauf hingewiesen werden, daß der nicht-öffentliche Bereich den Datenfluß im gesamten Privatrechtsverkehr abdeckt¹⁴⁴. Unterstellt man weiter - mit dem BVerfG - den Grundrechtscharakter des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, so folgt aus dem vorgeschlagenen Verfassungspassus ein legislativer Auftrag zur Herstellung von Grundrechtsschutz unter Privaten. Dies kann nicht unwidersprochen hingenommen werden. Zum einen fehlt bereits an der Vergleichbarkeit der Ausgangssituationen. *Grundrechtsschutz*, der per definitionem staatsgerichtet wirkt, kann und sollte für das Verhältnis von Privaten zueinander weder gleichartig noch gleichwertig ausgestaltet sein. Dem genannten Ansatz liegt ferner bei genauerer Betrachtung die Annahme zugrunde, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wirke ebenso wie im Verhältnis zum Staat auch unter den Bürgern. Daß diese Einschätzung krankt, folgt bereits aus seiner Entwicklungsgeschichte, da es - sei es selbst, wie das BVerfG mittlerweile meint, ein Grundrecht oder nicht - jedenfalls im Rahmen der Art. 2 und 1 GG den Charakter eines subjektiv *öffentlichen* Rechts einnimmt. Mit behendem Sprung über die dogmatischen Gräben zwischen der Verfassungs- und der Zivilrechtsordnung soll jene Verfassungsrechtsposition offenbar ins Privatrecht übertragen werden.

¹⁴² Der Vorschlag fand keine Mehrheit.

¹⁴³ Zitiert nach *Kloepfer*, Gutachten, S. D 95 Fn. 261.

¹⁴⁴ Gesetzestextechnisch erfaßt der sog. „nicht-öffentliche Bereich“ gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 2 BDSG 1990 auch öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen.

Ein solches Vorgehen erinnert an die Theorie von der unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten und begegnet daher schon aus dogmatischen Erwägungen heraus erheblichen Bedenken. Auch aus Gründen der Kollision der grundrechtlichen Positionen unter Privaten muß dasjenige, was man öffentlich-rechtlich mit dem Begriff „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ umschreibt, im Privatrecht grundsätzlich, d.h. bezogen auf den Schutzbereichsumfang, hinter dem Schutz zurückbleiben, den es staatsgerichtet verbürgt. Folgerichtig verbietet es sich, dessen ungeachtet aus *grundrechtlichen* Überlegungen heraus gleichwertigen Schutz zu fordern. Gerade wegen der weitreichende Eingriffsbefugnisse des Staates - bis hin zur Freiheitsentziehung im Falle eines schweren Verstoßes gegen normierte gesellschaftliche Konventionen - gebietet es das Grundgesetz, den grundrechtlichen Schutz vor potentiellen Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts im Grundsatz weit anzulegen¹⁴⁵.

Dabei darf jedoch andererseits nicht außer acht gelassen werden, daß „der Staat“, sprich die Summe aller öffentlichen Stellen, dem Bürger in sachlicher Hinsicht regelmäßig nur „sektoral“, in persönlicher Hinsicht durch stets wechselnde öffentliche Vertreter, je nach Angelegenheit und Zuständigkeit, gegenüber tritt. Hierbei unterscheidet sich die „staatliche“ Informationsverwendung ihrer Anlage nach wiederum von der unter Privaten möglichen Interaktion: Die Erfassung und Beurteilung eines Mitmenschen in den verschiedensten Lebensbereichen erscheint für den vertrauten Mitmenschen unweit einfacher, da - je nach dem Grad der persönlichen Bekanntheit oder freundschaftlicher Verbundenheit von Menschen untereinander - die informationelle Erfassung des Gegenübers in den allermeisten Fällen nicht „sektoral“, d.h. bezogen und begrenzt auf einen bestimmten Lebensausschnitt, erfolgt. Anders als im Verhältnis zum Staat und seiner Administrativorgane begegnen sich Menschen oftmals in unterschiedlichsten Lebenslagen, was sich naturgemäß auf die Breite und Tiefe des Informationsaustausches auswirkt. Die hieraus für den einzelnen entstehenden besonderen Gefährdungslagen sollten aufgrund einschlägiger historischer Erfahrungen nicht unterschätzt werden¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Selbst bei ungleichartigen Schutzmechanismen würde „Gleichwertigkeit“ des Schutzes die Garantie eines „informationellen Selbstbestimmungsstandards“ bedeuten - es wird übersehen, daß sich das Schutzbedürfnis des Individuums u.a. über die potentiell drohende Eingriffsintensität definiert. Hier verlangen bereits ex ante die unweit gravierenderen Eingriffsbefugnisse des Staates, man denke nur an die Bereiche der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung, nach einer sachgerechten Differenzierung.

¹⁴⁶ Vor allem dann, wenn der private und vertrauliche Umgang der Menschen untereinander gar zu staatlicher Informationsbeschaffung mißbraucht und der Einzelne, sei es freiwillig oder unter Zwang, zum informationellen Erfüllungsgehilfen eines obrigkeitlichen Staates degradiert wird, liegen die Gefährdungen für die Interessen des Bürgers auf der Hand - man

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß jedenfalls dem privaten Datenumgang als Grundrechtsgebrauch das verfassungsrechtliche Erlaubnisprinzip zur Seite steht, währenddessen der staatliche Datenzugriff spätestens seit der Volkszählungsentscheidung unter einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt steht¹⁴⁷. Damit sind Differenzierungen in Art und Umfang des Datenschutzes zwischen öffentlichem und privatem Bereich von Verfassungs wegen unerlässlich.

Es erscheint konsequent, für die Privatrechtsordnung nur ergänzend und zur Bestimmung grundsätzlicher Wertungen eine Ausstrahlwirkung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechtes anzunehmen. Bereits wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen in den jeweiligen Rechtsgebieten erweist sich eine Übertragung des verfassungsrechtlichen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf das Privatrecht als nicht sinnvoll.

bb) Schutzgutbezogene Betrachtungsweise: Mangel an Kontur und Überschneidungen mit anerkannten Persönlichkeitsgütern

Abseits von diesen grundsätzlichen dogmatischen Erwägungen treten bei näherer Betrachtung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auch inhaltlich in zweierlei Hinsicht Besonderheiten zutage. Auf der einen Seite geht das Recht in seinem Schutzzumfang weit über den Bereich des Schutzes persönlicher Daten hinaus, indem es eine Bestimmungsbefugnis nicht nur über persönliche Daten im formal-technischen Sinne einräumt, sondern über persönliche Lebenssachverhalte aller Art¹⁴⁸, andererseits bietet es keinen hinreichenden Schutz der persönlichen Eigensphäre vor Informationseingriffen, etwa im Sinne eines differenzierenden Privatsphärenschutzes.

Zunächst ist festzuhalten, daß sich der Bedeutungsgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht bloß im traditionellen Datenschutz erschöpft, wenn auch das BVerfG im Volkszählungsurteil den datenschutzrechtlichen Aspekt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hervorhebt und zur konkreten Entscheidung im dortigen Verfahren näher ausführt. Die objektivrechtliche Dimension dieses Rechts scheint vielmehr nahezu alle Bereiche des Persönlichkeitsschutzes zu

denke in diesem Zusammenhang nur an die jüngste deutsche Vergangenheit („Stasi“-Spionage).

¹⁴⁷ So auch *Kloepfer*, Gutachten, S. D 96; zum ganzen näher unten IV.

¹⁴⁸ Vgl. *Geiger*, S. 109.

berühren, so etwa die Selbstbestimmung bezüglich des eigenen Bildes und Wortes wie auch die öffentliche Darstellung der Person oder den Schutz des Lebensbildes. Auch das Recht am eigenen Bild, das vor allem in §§ 22, 23 KUG als besonderes Persönlichkeitsrecht verankert ist, geht bei näherer Betrachtung im Einheitsbri selbstdefinierter Informationsverfügungsmacht auf - jedes einen Menschen darstellende Bild enthält bereits aufgrund seiner Existenz personenbezogene Information über den Dargestellten, und sei es nur, daß dessen Physiognomie für den Betrachter erkennbar wird. Ähnlich liegt es mit dem Schutz des Lebensbildes einer Person, da sich dies stets als Gesamtmenge derjenigen personenbezogenen Informationen des Betroffenen darstellt, derer jeder einzelnen bereits das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einen Schutz zuteil werden läßt.

Dies wirft unweigerlich die Frage auf, in welches sinnvolle rechtliche Verhältnis nun diese anerkannten Persönlichkeitsgüter zu einer grundsätzlichen Informationsverfügungsmacht gestellt werden können. Die Definition informationeller Autonomie spannt den Bogen so weit, daß gar der Ehrenschatz sowie der Diskretionsschutz hierunter gefaßt werden können¹⁴⁹. Jede ehrkränkende Äußerung gegenüber einem Dritten enthält beispielsweise notwendig personenbezogene Daten über den Betroffenen. Sollte das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Lösung straf- oder zivilrechtlicher Ehrauseinandersetzungen dienen? Dies wird mit recht niemand behaupten. Offenkundig läge hierin ein Rückschritt. Das Schutzgut der persönlichen Ehre hat in der Rechtsprechung einen Grad an Konkretisierung erreicht, den aufzugeben zugunsten einer diffusen und ohnehin bloß relativen Autonomiegewährleistung wenig sinnvoll erscheint. Nun könnte man einwenden, das Recht der persönlichen Ehre trete gewissermaßen als vorrangiges Schutzgut aus dem Kreis der grundsätzlichen informationellen Autonomiegewährleistung heraus¹⁵⁰, so daß sich die Überschneidung mit der informationellen Selbstbestimmung als in praxi unschädliche Begleiterscheinung darstellte. Derlei Erwägungen würden jedoch dem Bestreben nach einer steten Präzisierung der Schutzgüter des Persönlichkeitsrechtes zuwider laufen. Ein „Persönlichkeitsrecht“, das eine ganze Reihe von anerkannten Persönlichkeitsgütern überlagert und gleichsam die zwischen ihnen bestehenden „Lücken“ mit auffüllt, bringt für eine - im Interesse der Rechtssicherheit und des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes anzustrebende - Konkretisierung des Persönlichkeitsrechtes keinen Gewinn.

¹⁴⁹ Ähnlich ein großer Teil der Literatur; vgl. die Nachweise bei *Baston-Vogt*, S. 350 (Fn. 696).

¹⁵⁰ Die Ehre wird auf Verfassungsebene in Art. 2 Abs. 1 GG erwähnt, genießt einfachgesetzlich im Zivilrecht in § 823 BGB, im Strafrecht in §§ 185 ff. StGB Schutz.

Als weiteres Rechtsgut erscheint z.B. das Privatleben¹⁵¹ oftmals verletzt, wenn Informationen aus der engeren Persönlichkeitssphäre ohne Einwilligung ans Licht der Öffentlichkeit gezerzt werden¹⁵². Als Beispiel aus der jüngeren Rechtsprechung mag der Fall *Caroline von Monaco*¹⁵³ dienen, der den Schutz des privaten Lebensbereiches in einer persönlichen Eigensphäre, der „Privatsphäre“¹⁵⁴, vor unbefugten Informationszugriffen und Informationsveröffentlichungen anderer betraf. Dabei charakterisieren die verschiedenen Schutzsphären um die Person¹⁵⁵, denen die veröffentlichten Informationen zugehören, in anschaulicher Weise das Maß des Schutzbedürfnisses für den Betroffenen.

Als deutlich unschärfer wird man angesichts dieser bereits entwickelten Ausdifferenzierungen des Persönlichkeitsrechtes die lapidaren Ausführungen des BVerfG zur Relativität der informationellen Selbstbestimmungsbefugnis empfinden, wonach dieses Recht aufgrund seines Sozialbezugs „nicht schrankenlos“¹⁵⁶ gewährleistet werden könne. Das aus der Theorie der autonomen Selbstdarstellung fließende Konzept eines Selbstbestimmungsrechts an persönlichen Daten erscheint mangels Rücksichtnahme auf die inhaltliche Herkunft der einzelnen Daten bzw. die Stoßrichtung der Eingriffshandlung insbesondere bei Informationszugriffen auf das Privatleben¹⁵⁷ als nicht brauchbar.

Festzuhalten bleibt damit, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine ganze Reihe verschiedener Persönlichkeitsgüter berührt bzw. überspannt, ohne den insoweit bereits entwickelten Ansätzen für eine Konkretisierung des

¹⁵¹ Der Begriff verdient den Vorzug vor dem der Privatsphäre, da letzterer Gefahr läuft, all zu sehr räumlichen Assoziationen Vorschub zu leisten.

¹⁵² Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 323 m.w.N.

¹⁵³ BGH JZ 1997, 39 m. Anm. *Forkel*; BVerfG NJW 2000, 1021.

¹⁵⁴ So die Diktion des BGH, aaO, der die räumliche Reichweite der Privatsphäre zutreffend nicht auf den häuslichen Bereich beschränkt sieht, sondern auch außerhalb davon für gegeben hält, wenn sich der Betroffene in eine „erkennbare örtliche Abgeschiedenheit“ zurückgezogen hat. Klarstellend hat das BVerfG, aaO., dazu in einem obiter dictum angefügt, daß der Schutz des Betroffenen in seiner Privatsphäre auch in diesem Fall nicht erst dann einsetzt, wenn „der Betroffene dort ein Verhalten an den Tag legt, das er unter den Augen der Öffentlichkeit vermeiden würde“.

¹⁵⁵ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 268 ff., der in die drei Schutzkreise Geheimsphäre, Privatsphäre und Individualsphäre unterteilt.

¹⁵⁶ BVerfG 65, 1 (43 f.).

¹⁵⁷ Deutlich wird die Fehleinschätzung der Schutzrichtung der informationellen Selbstbestimmungsbefugnis z.B. bei *Schmitt Glaeser*, § 129 Rn. 76 ff., der den Datenschutz als spezifische Ausformung *allein* des Rechts auf Selbstdarstellung begreift, nicht gewärtig des Faktums, daß es beim Schutz vor Informationserhebungen in der Geheim- oder Privatsphäre nicht um die Darstellung der Person *in* der Öffentlichkeit geht, sondern um die Abschottung *vor* der Öffentlichkeit, um ein. *Schmitt Glaeser* vermengt hier die Schutzgehalte eines Schutzes des Privatlebens und einer öffentlichkeitsbezogenen Selbstdarstellungsbefugnis.

Persönlichkeitsschutzes ein gewinnbringendes differenzierendes Konzept gegenüber zu stellen.

cc) Eingriffsbezogene Betrachtungsweise: die Gefahren eines schrankenlosen Eingriffsverständnisses

Es steht dem BVerfG im übrigen nicht gut zu Gesicht, weder in dem Volkszählungsurteil noch in späteren Entscheidungen dem Eingriffsbegriff im Zusammenhang mit Informationshandlungen Grenzen gesetzt zu haben. Dies wäre gerade in Anbetracht des umfassenden Schutzbereiches, den das BVerfG mit seinem informationellen Selbstbestimmungsrecht über jegliche personenbezogene Information erstreckt hat, besonders geboten gewesen. Wenn man sich den besonderen Kontext der Volkszählungsentscheidung - staatlicher zwangsweiser Informationszugriff, Gefahren der EDV - vor Augen hält, so mag man durchaus zum Ergebnis gelangen, daß insoweit ein Gesetzesvorbehalt für Informationshandlungen rechtspolitisch sinnvoll sei. Allerdings läßt das BVerfG abseits dieser speziellen Konstellation eine Eingrenzung des Kreises der Eingriffshandlungen vermissen. Damit stehen aber grundsätzlich alle staatlichen Informationshandlungen gegenüber dem Bürger unter gesetzlichem Rechtfertigungsvorbehalt, jegliche Form der Verwendung personenbezogener Daten soll umfaßt sein. Problematisch und im Ergebnis nicht haltbar erweist sich dieser Ansatz im Bereich der sog. „Triviale Kommunikation“. Zwar spricht einiges dafür, wenn das BVerfG möglichst frühzeitig im zeitlichen Ablauf der Datenverarbeitung verfahrensseitig eingegriffen wissen will, um die Gefährdungssituation für den Bürger zu begrenzen¹⁵⁸. Zu weitgehend erscheint jedoch die Schlußfolgerung, der Staat stünde bereits bei der - notwendig mit Informationserhebung oder -verarbeitung verbundenen - Befassung mit dem Bürger unter Rechtfertigungszwang¹⁵⁹.

Die Ausuferung des Eingriffsbegriffes verschärft sich angesichts des ohnehin schon sehr weiten Schutzbereichs informationeller Selbstbestimmung und gewinnt außerhalb der EDV-spezifischen Gefahrenlagen eine neue Dimension. Soll etwa die Aktennotiz des Sachbearbeiters über den Anruf des Bürgers sich als Eingriff in die informationelle Selbstbestimmungsbefugnis begreifen und damit unter Gesetzesvorbehalt stehen? Soll jeder Telefonanruf eines hoheitlich Bediensteten als Informationserhebung spezialgesetzlicher Normierung bedürfen? Derlei wird ernstlich niemand verlangen, nicht zuletzt, da hierin eine

¹⁵⁸ Vgl. *Scholz/Pitschas*, S. 82 ff.

¹⁵⁹ Ein grundsätzlicher und uneingeschränkter Rechtfertigungsvorbehalt im Verhältnis von Privaten zueinander erscheint ohnehin verfassungsrechtlich bedenklich; vgl. dazu aber auch die differenzierenden Ansätze in Art. 7 EG-Datenschutzrichtlinie und § 4 BDSG n.F. Regierungsentwurf 2000 und Entwürfe vom 11.03.1999 sowie vom 06.07.1999.

offenkundige Überstrapazierung des Regelungsvermögens positiven Rechts läge¹⁶⁰.

Das Verhältnis des BVerfG zum Eingriffsbegriff weist eine erstaunliche Parallele zum Umgang des Gerichts mit der Schutzbereichsdefinition auf. Hier wie dort kommt es zunächst nicht auf die konkrete Gefahr eines Mißbrauchs bzw. die Besorgnis der konkreten Verletzung eines anerkannten Schutzgutes der Persönlichkeit an. So bleibt beispielsweise die inhaltliche Sensibilität der Information grundsätzlich ebenso ohne Bedeutung wie die konkrete Art und Intensität der Eingriffshandlung.

Wenn das BVerfG das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sodann als Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes beschreibt, liegt daher die Feststellung nahe, daß hiermit zugleich eine Reihe von Fällen erfaßt werden, bei denen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes von vornherein nicht in Betracht kommen kann, obgleich - dogmatisch betrachtet - sowohl der Schutzbereich eröffnet als auch ein Eingriff gegeben wäre. Es bleibt das Geheimnis des Gerichts, warum es keinen Versuch unternommen hat, den Eingriffsbegriff im Hinblick auf die drohenden Persönlichkeitsverletzungen zu konturieren oder eine Ausrichtung auf die betroffenen Persönlichkeitsgüter vorzunehmen¹⁶¹. Noch in der *Eppler-Entscheidung*¹⁶² hatte das BVerfG ausgeführt, daß der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG gegenüber der allgemeinen Handlungsfreiheit enger zu ziehen sei und sich nur auf solche Eingriffe erstrecke, die geeignet seien, die „engere Persönlichkeitssphäre“ zu beeinträchtigen. Zumindest hätten so Bagatellfälle ausgeschieden werden können sowie weitere Abstufungen, z.B. für den nicht-automatisierten Umgang mit persönlichen Daten vorgenommen werden können.

Denn jedenfalls abseits der EDV und ihren vielfältigen Verbreitungs- und Vervielfältigungsmöglichkeiten führt eine nicht differenzierende Betrachtungsweise¹⁶³ zu unerträglichen Ergebnissen: Sozialadäquate Kommunikation zwischen Staat und Bürger droht verhindert zu werden bzw. würde unverständlichen Rechtfertigungszwängen unterworfen. Zahlreiche Fälle rein trivialer Kommunikation gefährden das Persönlichkeitsrecht nicht.

¹⁶⁰ Gleichwohl sind, wenn auch nicht in diesem Maße, die durch das BVerfG ausgelösten Überregulierungstendenzen unverkennbar, siehe dazu auch unten im dritten Teil, A I.

¹⁶¹ Gerade unter Privaten führt die Ansicht des BVerfG nach Maßgabe seiner Verfassungsinterpretation damit zur steten Abwägungsentscheidung im Einzelfall, jedenfalls solange der Gesetzgeber seine Einschätzungsprärogative über die Wertigkeit konkurrierender Informations- bzw. Datenschutzinteressen nicht durch Normierung wahrgenommen hat.

¹⁶² BVerfGE 54, 148 (153).

¹⁶³ Als zu undifferenziert wird man jegliche Betrachtung ansehen müssen, die von der Prämisse ausgeht, es gebe grundsätzlich keine belanglosen Daten bzw. keinen persönlichkeitsrechtlich irrelevanten Umgang mit persönlichen Daten.

Allerdings irrt, wer behauptet, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sei „davon nicht tangiert“¹⁶⁴. Zu weit hat das BVerfG die Grenzen der informationellen Verfügungsgewalt markiert. Vielmehr drängt sich eine ganz andere Schlußfolgerung auf: Zwar liegt auch insoweit ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung vor, jedoch hat sich die Rechtsfigur hier von ihrem persönlichkeitsrechtlichen Schutzzweck entfernt.

Ähnlich wie die Entwicklung von der persönlichen Entfaltungsfreiheit hin zur „allgemeinen Handlungsfreiheit“ im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG stellt auch die Ausweitung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hin zu einem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ eine bedenkliche Ausdehnung dieses Grundrechts dar, welche seinem Gehalt und seiner Bestimmtheit nicht dienlich ist. Die bisherigen Bemühungen um eine Präzisierung des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes drohen damit konterkariert zu werden.

c) Zwischenergebnis

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gibt sich als umfassendes Informationsschutzrecht. Es liegt gewissermaßen „quer“ zu den bisher anerkannten Ausgestaltungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁶⁵ und läuft Gefahr, in seiner weitgehenden Unbestimmtheit zu einer Verwässerung des Persönlichkeitsschutzes beizutragen. Durch das Zusammenspiel eines sehr weiten Schutzbereichs mit einem nahezu uneingeschränkten Eingriffsbegriff verliert die Rechtsfigur in Teilbereichen den Bezug zu ihren persönlichkeitsrechtlichen Ursprüngen. Ebenso wie die „allgemeine Handlungsfreiheit“ trägt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu einer unglücklichen Ausdehnung des in Art. 2 GG normierten Freiheitsrechtes bei. Unter stärkerer Berücksichtigung des Menschenwürdegehaltes aus Art. 1 GG sollte versucht werden, diesen vom Schutz der Persönlichkeit in ihrem Kern wegführenden Ansatz in Zukunft einzudämmen.

Ohne daß die Auswirkungen der informationellen Selbstbestimmung auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz an dieser Stelle bereits abschließend geklärt werden müssen, kann bereits jetzt festgestellt werden, daß die Wurzeln der Rechtsfigur eindeutig im öffentlichen Recht liegen. Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz gebietet es im übrigen nicht, den privaten Datenumgang unter ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu

¹⁶⁴ So *Vogelgesang*, S. 62 m.w.N. zu ähnlichen Literaturstimmen.

¹⁶⁵ *Kloepfer*, Gutachten, S. D 48; v. *Münch/Kunig*, GG, Art. 2 Rn. 38; a.A. *Schmitt Glaeser*, § 129 Rn. 76 ff.

stellen. Im Gegenteil begreift sich private Datennutzung zunächst selbst als grundsätzlich gestatteter Grundrechtsgebrauch. Anders lautende Entwicklungen im speziellen Datenschutzrecht müssen mit Sorge betrachtet werden.

III. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Zivil- und Verfassungsrecht

Gegen die unbesehene Einordnung der informationellen Selbstbestimmungsbefugnis ins Zivilrecht spricht im übrigen ein Spezifikum des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, daß man auch mit „Janusköpfigkeit“ umschreiben könnte. Vor dem Hintergrund des Streits um die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten im Zivilrecht wird nämlich, bezogen auf das zivilrechtliche Datenschutzrecht, ein Dilemma deutlich, das in der wortgleichen Fassung sowohl zivil- als auch verfassungsrechtlicher Schutzpositionen unter der Bezeichnung „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ begründet liegt: Da sich Datenschutzrecht als Persönlichkeitsschutzrecht¹⁶⁶ begreift, kennzeichnet sich dieses Rechtsgebiet, je nach dem, ob es sich um das Verhältnis zweier privater Rechtssubjekte untereinander oder aber das Verhältnis eines Privaten zum Staat handelt, durch eine eigenartige Ambivalenz: In beiden Fällen geht es um den Schutz der Persönlichkeit, genauer um den Schutz vor Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes. In beiden Fällen geht es aber gleichwohl um unterschiedliche Schutzpositionen, deren Inhalt und Umfang nicht deckungsgleich sind. Bereits aufgrund der identischen Terminologie verwundert es allerdings nicht, daß weite Teile von Rechtsprechung und Literatur zumindest im Ergebnis weithin eine undifferenzierte Betrachtung der beiden Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes betreiben¹⁶⁷.

Für die Frage nach dem Verhältnis zwischen verfassungsrechtlichem und zivilrechtlichem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat jüngst *Baston-Vogt*¹⁶⁸ eine ebenso einfache wie treffende Antwort formuliert: „Die beiden Rechte sind nicht identisch, weil das eine ein allein die staatliche Gewalt bindendes Grundrecht und das andere ein gegen Grundrechtsträger gerichtetes Privatrecht ist. Sie sollen zwar beide die Gesamtpersönlichkeit schützen, aber unter unterschiedlichen rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen.“

¹⁶⁶ Siehe nur den Wortlaut des § 1 BDSG 1990.

¹⁶⁷ Vgl. nur *Degenhart*, JuS 1992, 361 ff.; *Geis*, JZ 1991, 112 ff.; *Eckert*, JuS 1994, 625 (630); aus der Rechtsprechung etwa LG Hamburg, NJW 1989, 1160 (1161); dagegen *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 112 f.; *Jarass*, NJW 1989, 857 (858); *Helle*, S. 30; RGRK-*Dunz*, § 823 Anh. I Rn. 8; *Maunz/Dürig-Dürig*, Art. 2 Rn. 40; *Wiese*, ZfA 1971, 273 (275 f.). Siehe auch anschaulich *Alderman/Kennedy*, S. 155, die das US-amerikanische „right to privacy“ in ein „constitutional right“ und ein „right against private individuals“ unterscheiden.

¹⁶⁸ *Baston-Vogt*, S. 124.

Damit ist zunächst klargestellt, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht sich in seiner verfassungs- wie auch zivilrechtlichen Erscheinung in das grundsätzliche dogmatische Differenzierungsschema von Grundrecht auf der einen und zivilrechtlichem Schutzrecht auf der anderen Seite einfügt.¹⁶⁹

1. Die Wurzeln des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung

Das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein Institut des einfachen Rechts¹⁷⁰, dessen Gewährleistung durch das Grundgesetz von 1949, insbesondere durch die Art. 1 und 2 GG, verfassungsrechtlich manifestiert wurde. Der Streit um den Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht reicht indes zurück bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts¹⁷¹. Der historische Gesetzgeber hatte bei der Schaffung des BGB bewußt auf einen gesetzgeberischen Schutz der Gesamtpersönlichkeit, etwa in Gestalt einer deliktischen Generalklausel, verzichtet. Ansätze in der Literatur, etwa von *Otto v. Gierke*¹⁷² oder *Josef Kohler*¹⁷³, die die Implementierung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in das deliktsrechtsrechtliche System des BGB, namentlich eine Aufnahme in § 823 Abs.1 BGB, erstrebten, hatten sich nicht durchsetzen können. Den herrschenden Anschauungen der Zeit folgend wurden einzelne Persönlichkeitsgüter im Strafrecht unter Schutz gestellt, ohne daß ihnen entsprechender privatrechtlicher Schutz zuteil geworden wäre¹⁷⁴.

So war es nur folgerichtig, daß die Rechtsfigur eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung des RG trotz einiger Befürworter in der juristischen Literatur¹⁷⁵ noch keine Anerkennung fand¹⁷⁶. In der Rechtswirklichkeit jedoch keimte mehr und mehr das Bedürfnis nach zivilrechtlichem Schutz für Persönlichkeitsgüter. Das scharfe Schwert des Strafrechts vermochte nicht den subjektiven Interessen des verletzten Individuums genüge zu tun. Anschaulich konnte insbesondere im Bereich des

¹⁶⁹ Ähnlich *Jarass*, NJW 1989, 857 (858); *Rohlf*, S. 18; *Salzwedel*, GS Peters, S. 756 (764); *Baston-Vogt*, S. 124 m.w.N.

¹⁷⁰ BVerfGE 34, 269 (281); *Brandner*, JZ 1983, 689; *Schwerdtner*, JuS 1978, 289 (291).

¹⁷¹ Ausführlich *Hattenhauer*, JuS 1982, 409 m.w.N.

¹⁷² *Von Gierke*, S. 702 ff;

¹⁷³ *Kohler*, JherJb 18 (1880), 129 ff.

¹⁷⁴ *Scheyhing*, AcP 158 (1958), 503 ff.; vgl. zum ganzen *Helle*, S. 4 f.

¹⁷⁵ *Von Gierke*, S. 702 ff.; *Kohler*, JherJb 18 (1880), 129 ff.; *ders.* GoldtA 47 (1900), 1 ff. (98 ff., 150 ff.); *Smoschewer*, Ufita 3 (1930), 119 ff.; *Coing*, SJZ 1947, 641 ff., *ders.* FS Maihofer, S. 75 ff.

¹⁷⁶ RGZ 51, 369 (372); 69, 401 (403); 113, 413 f.; 123, 312 (320). Im Einzelfall bemühte das RG zur Vermeidung unerträglicher Ergebnisse eine Anwendung des § 826 BGB oder dehnte den Schutzbereich bereits bestehender besonderer Persönlichkeitsrechte - Namensrecht, Recht am eigenen Bild - aus, vgl. RGZ 72, 175; 115, 416; 162, 7; ansonsten schlug das RG die Brücke des § 823 II i.V.m. strafrechtlichen Schutznormen oder wandte gar gemeinrechtlich Kondiktionsrecht an, RGZ 45, 170 - Foto der Leiche Bismarcks -.

Ehrenschatzes eine deutliche Verlagerung des Schutzinteresses auf das Zivilrecht konstatiert werden, was sich auch in der Zahl der ergangenen Entscheidungen widerspiegelte¹⁷⁷. Die so vorgezeichnete Entwicklung gipfelte in einer Zäsur in der höchstrichterlichen Judikatur.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde von der Rechtsprechung erstmals mit Urteil des BGH vom 25.05.1954¹⁷⁸ als subjektives absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Hierin lag ein ebenso kühner wie bahnbrechender Einschnitt in die bisherige Rechtsprechungsentwicklung, die einen umfassenden Schutz der Gesamtpersönlichkeit bis dahin abgelehnt hatte. In knapper Argumentation hatte der BGH vornehmlich die prägende Wirkung der neuen Verfassungsordnung des Grundgesetzes von 1949 bemüht¹⁷⁹:

„Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (Art. 1 GrundG) und das Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt (Art. 2 GrundG), muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden.“

In dieser Beschreibung wird deutlich, daß sich der BGH bei der Verfestigung der zivilrechtlichen Schutzbeurteilung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Gewährleistungsfunktion der neuen Verfassungsordnung beruft. Anders gekehrt: Er nimmt den Auftrag der Verfassung an die Judikative wahr, die Schutzgebotsfunktion der Grundrechte durch Transformation und Ausgestaltung im Zivilrecht zu erfüllen. Systematische Gräben zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht überwandte der BGH mühelos „in kühnem Sprung“¹⁸⁰.

2. Die Haltung des BVerfG zur Rechtsentwicklung im Zivilrecht

Der Rechtsprechungswandel in der Zivilgerichtsbarkeit wurde in der Folgezeit vom BVerfG aufgenommen und als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft¹⁸¹. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei zum „festen Bestandteil unserer Privatrechtsordnung“ geworden und fülle „Lücken im Persönlichkeitsschutz aus, die hier trotz Anerkennung der Persönlichkeitsrechte

¹⁷⁷ Kübler, JZ 1984, 541 f.; zur Entscheidungsstatistik Schwinge, S. 26 f.

¹⁷⁸ BGHZ 13, 334 - Leserbrief.

¹⁷⁹ Ausführlich dazu Gottwald, S. 172 ff.

¹⁸⁰ So Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 112 f; ders., Ufita 70 (1974), S. 76.

¹⁸¹ BVerfGE 30, 173 (194 ff.); 34, 118 (135 f.); 34, 269 (280 ff.).

verblieben und im Laufe der Zeit aus verschiedenen Gründen immer fühlbarer geworden waren“¹⁸².

Bemerkenswert für die Standortbestimmung und auch die künftige dogmatische Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führt das BVerfG¹⁸³ u.a. aus:

„Es ist nicht die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die „Richtigkeit“ dieser Rechtsprechung zu beurteilen, soweit ihre Begründung und Weiterentwicklung im Bereich der zivilrechtlichen Dogmatik verbleibt.“

Damit stellt das Gericht klar, daß es das einfachrechtliche Institut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Resultat einer jahrzehntelangen innerzivilrechtlichen Kontroverse betrachtet, womit zugleich einer verfassungsrechtlichen Überhöhung dieses Rechts für den Bereich des Privatrechts vorgebaut wird. Zwar betont auch das BVerfG die Einwirkung der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes auf das Privatrecht im Sinne einer „Ausstrahlwirkung“¹⁸⁴, andererseits macht es aber auch deutlich, daß die konkrete Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes Sache des einfachen Rechts ist. Hierzu sind der Gesetzgeber und nachrangig die Zivilgerichtsbarkeit aufgerufen.

3. Stellungnahme

Es kann wohl als gesicherte Erkenntnis gelten, daß der grundlegende Unterschied in der Schutzrichtung von Grundrechten einerseits und zivilrechtlichen Schutzrechten andererseits eine Differenzierung der Komponenten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gebietet.

Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz selbst, gleich ob er in gesetzliche Formen gegossen oder in Rechtsfortbildung entwickelt ist, genießt keinen Verfassungsrang¹⁸⁵. Es stellt lediglich eines unter mehreren denkbaren Systemen verfassungskonformen einfachrechtlichen Schutzes dar¹⁸⁶. Dazu wurde bereits von *Schwerdtner* zutreffend bemerkt, daß ansonsten eine Zementierung des gegenwärtigen Persönlichkeitsschutzes drohen könnte, was

¹⁸² BVerfGE 34, 269 (281).

¹⁸³ BVerfGE 34, 369 (281).

¹⁸⁴ So bereits BVerfGE 7, 198 (205 ff.); 18, 85 (92 f.); 30, 173 (187 f., 196 f.); 32, 311 (316); hier: 34, 269 (280).

¹⁸⁵ *Raiser*, S. B 21 f.

¹⁸⁶ Ähnlich *Jarras*, NJW 1989, 857 (858); siehe etwa auch die Reformüberlegungen der Bundesregierung aus dem Jahr 1959 - „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes“ (BT-Drucks. III/1237) - , die letztlich vor allem am Widerstand der Presse scheiterten.

schon deswegen nicht wünschenswert sei, weil es dem Gesetzgeber jeden Handlungsraum nähme¹⁸⁷.

Hinzu kommt ein Bedenken, daß in dem schillernden Begriff der Persönlichkeit als „faustisches Wesen“ begründet ist. Die Entwicklungsgeschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts lehrt, daß einzelne Schutzaspekte der Persönlichkeit oftmals erst unter den veränderten Bedingungen der Umwelt ans Tageslicht gefördert werden. Der Datenschutz mag hierfür als Beispiel dienen. Gerade die Fortentwicklung des Persönlichkeitsschutzes durch den Richter kann hier, zumindest für eine Übergangszeit, bis ein hinreichender gesetzlicher Schutz erreicht ist, eine wertvolle, mitunter präventive Funktion einnehmen. Dabei sollte stets bedacht werden, daß der Tatbestand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sich auch künftig stets als offen und erweiterungsfähig erweisen wird.

Andererseits unterliegen andere Schutzpositionen der Persönlichkeit, selbst wenn man den naturrechtlichen Ansatz für einen Schutz der Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit bejaht¹⁸⁸, den durchaus wandelbaren Wertvorstellungen der Rechtsgenossen einer jeden Epoche. Als Beispiel hierfür kann das Recht der persönlichen Ehre angeführt werden. Obgleich in speziellen Strafnormen (§§ 185 ff. StGB) unter Schutz gestellt und darüber hinaus in der Verfassung verankert (Art. 5 Abs. 2 GG), werden Auslegung und Schutzzumfang des hochnormativen Begriffs „Ehre“ maßgeblich von den Anschauungen der jeweiligen Zeit geprägt. Es ist dies kein Hinweis auf den schillernden Terminus „Zeitgeist“, der eher als intellektuelle Erklärungsausflucht dienen denn als greifbarer Topos existieren dürfte. Jedoch läßt sich nicht leugnen, daß vor dem Hintergrund von schleichenden und doch stetigen Wertverschiebungen in der Gesellschaft, schlagwortartig meist als „Wertewandel“ bezeichnet, Auswirkungen auf die Auslegung normativer Rechtsbegriffe nicht ausbleiben können. Die Verfassung wie auch das einfache Recht begreifen sich infolgedessen in wesentlichen Teilen keineswegs als statisches Gebilde, sondern eher als allmählicher Entwicklungsprozeß¹⁸⁹. Es wäre angesichts der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechungsrealität¹⁹⁰ ebenso kühn wie

¹⁸⁷ *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 75.

¹⁸⁸ Siehe dazu den damaligen Vorsitzenden des 1. Zivilsenats beim BGH *Weinkauff*, NJW 1960, 1689 (1693).

¹⁸⁹ Vgl. im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht jüngst BGH NJW 2000, 2195 (2198 f.) - Marlene Dietrich - und BGH LM § 823 (Ah) BGB Nr. 132 - Der blaue Engel - mit zust. Anm. *Forkel*.

¹⁹⁰ Vgl. nur die in den letzten Jahren besorgniserregend zunehmende Anzahl von Entscheidungen des BVerfG über Grundsatzfragen, die Uneinigkeiten in der Verfassungsinterpretation erkennen lassen und diese durch sog. „dissenting votes“ gegenüber der Öffentlichkeit dokumentieren; statt vieler BVerfG NJW 1995, 1141 - Sitzblockade -; NJW 1995, 3303 - Soldaten sind Mörder -.

vermessen zu behaupten, das Grundgesetz habe einen unverrückbaren Standard objektiven Rechts geschaffen.

Mit Abstrichen zeitigen diese Überlegungen auch auf die Konturierung der Randbereiche des Persönlichkeitsrechts Wirkung. Wollte man den einfachrechtlichen Ausprägungen dieses Instituts Verfassungsrang einräumen, läge darin zunächst eine Verkennung des verfassungsrechtlich eröffneten Gestaltungsraumes: Die konkrete Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes verlangt oftmals nur nach einer kritischen Überprüfung ihrer Zweckmäßigkeit, was zumeist innerhalb jener Grenzen geschieht, die von dem objektiven Gehalt des Grundrechtskatalogs markiert werden¹⁹¹.

Hinzu käme längerfristig die - zumindest theoretisch bestehende - Gefahr, daß sich unter den wandelbaren Rechtsanschauungen einer Zeit „verfassungswidriges einfaches Recht von Verfassungsrang“ herausbilden könnte. Auf die praktischen, insbesondere verfahrensrechtlichen Unklarheiten in diesem Zusammenhang wurde in der Literatur bereits hingewiesen¹⁹². Freilich muß hier eingeräumt werden, daß der subjektiven Verfassungsinterpretation jedenfalls durch Art. 1 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG, welche die Menschenwürdegarantie als unverrückbares objektives Recht ausbilden, Grenzen gesetzt sind. Zwar begreift sich auch der Begriff der Menschenwürde grundsätzlich als wertausfüllungsbedürftig. Allerdings kann insoweit von einem gesicherten Mindeststandard ausgegangen werden. Für das verfassungsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht läßt sich daraus schließen, daß es bezüglich seiner bereits erkannten Schutzfunktionen wohl nur in den Grenzbereichen als wandelbar erscheint.

Festzuhalten bleibt, daß sich die verfassungsrechtliche und die zivilrechtliche Spielart des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Schutzinhalt, -intensität und -reichweite nicht vollends decken können, sie aber gleichermaßen erweiterungsfähig und entwicklungsbedürftig sind, um noch nicht absehbaren künftigen Gefährdungslagen entgegenzutreten. Allerdings bedarf auch die enge Verzahnung der unterschiedlichen Schutzgehalte durch die Ausstrahlwirkung des Verfassungsrechtes einer besonderen Berücksichtigung. Diese Verzahnung hat gerade ihre Ursache darin, daß die „Persönlichkeit“ als Bündel unterschiedlichster, vorwiegend ideeller Interessen, naturgemäß - in beschränkt wandelbarem Umfange - werthaltig und aus sich heraus schutzbedürftig ist, allerdings je nach Schutzrichtung in unterschiedlicher Weise und Ausprägung.

¹⁹¹ *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 75.

¹⁹² Vgl. *Schwerdtner*, aaO.

Da sowohl zivil- wie auch verfassungsrechtlich subjektive Rechte für ein und denselben Träger von Persönlichkeit erwachsen, erscheint es überlegenswert, besser nicht von zwei verschiedenen allgemeinen Persönlichkeitsrechten zu sprechen. Wie die beiden unterschiedlichen Prägungen einer Münze, deren Substanz und Kern doch immer derselbe ist, tritt auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht lediglich in unterschiedlichen Ausprägungen auf. Seine rechtliche Natur wird, bleibt man im Bild, gekennzeichnet durch eine verfassungsrechtliche sowie eine zivilrechtliche Prägeseite. Dabei ist nicht zu verkennen, daß der Prägestempel der Verfassungsordnung mit einer solchen Stärke aufgetragen wird, daß sich seine Konturen auch auf der zivilrechtlichen Seite aufwerfen.

IV. Da BVerfG und das Dogma vom grundsätzlichen Informationsverbot

Eine in diesem Sinne von Verfassungs wegen prägende Grundsatzentscheidung mit gravierenden Auswirkungen auch auf die Konturierung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts könnte aus der Annahme des BVerfG folgen, die grundsätzliche Bestimmungsbefugnis des Betroffenen über die Erhebung und Verwendung seiner Daten sei von Verfassungs wegen anzuerkennen. Nachdem das grundsätzliche Verhältnis von verfassungsrechtlichem und zivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz aufgearbeitet wurde, soll im folgenden geklärt werden, ob durch die Rechtsprechung des BVerfG die Informationsfreiheit als ein tragender Pfeiler unseres demokratischen und pluralen Gemeinwesens in das Gegenteil eines grundsätzlichen Informationsverbots verkehrt worden ist.

Das Gericht gab im Volkszählungsurteil gerade diesen Bedenken Vorschub, indem es formulierte:

„Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann bei welcher Gelegenheit über sie weiß.“

Bei isolierter Betrachtung dieser Aussage liegt die Vermutung nahe, das BVerfG beschreibe hier eine Gesellschaft der Total- und zugleich der Nichtinformation, der zügellosen Selbstvergewisserung in sozialen Bezügen, die mit einer informellen Isolation aus Gründen eines übersteigerten Individualschutzes einhergehen könnte. In diesem Sinne hat die Äußerung denn auch harsche Kritik in der Literatur erfahren bis hin zum berechtigten

Vorwurf eines logischen Paradoxons¹⁹³. Zutreffend wurde auch darauf hingewiesen, daß soziale Beziehungen unausweichlich mit der gewollten und ungewollten Preisgabe personenbezogener Information verbunden sind¹⁹⁴. Gleichwohl ist zuzugeben, daß die Aussage des Gerichts im Kontext allein der staatlich veranlaßten Datenverwendung steht¹⁹⁵. Insofern wird der Grundtenor verständlich: Der Einzelne soll einen Überblick über den Grad der Erfassung seiner Persönlichkeit durch öffentliche Stellen behalten können. Reduzierte man daher den Aussagegehalt auf den Schutz vor staatlicher Ausleuchtung der Person, so könnte dem BVerfG uneingeschränkt zugestimmt werden. Es wäre dies zunächst eine konsequente Fortschreibung der klassischen Grundrechtsfunktion als Abwehrrecht gegen hoheitliche Eingriffe. Jedoch geht die postulierte Wissensallmacht des Individuums weit darüber hinaus. Klar erkennbar wird hier die Ausdehnung des informationellen Selbstbestimmungsrecht hin zum selbstbezogenen Teilhaberecht: Das Recht zum Wissen über das Wissen anderer¹⁹⁶.

Kritisch stimmt im übrigen die beinahe pathetisch anmutende Beschreibung der konstituierenden Wirkung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung für die Ordnung des Gemeinwesens. Darin liegt zugleich notwendig eine Vernachlässigung seiner rechtlichen Antipode, der Informationsfreiheit. Eine von psychischen Zwängen befreite Informationsfreiheit setzt nämlich ihrerseits voraus, daß sich der Informierende grundsätzlich nicht dem Wissensteilhabeanspruch dessen ausgesetzt sieht, über den er sich informiert. Es wird deutlich, daß das BVerfG in seiner einseitigen Überbetonung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung wohl etwas zu weit gegangen ist. Jedenfalls hat die informationsrechtliche Komponente des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Entfaltung des verfassungsrechtlichen und des nachrangigen Datenschutzes an Boden verloren¹⁹⁷. Allerdings muß bedacht werden, daß das BVerfG selbst das von ihm geschaffene Recht auf

¹⁹³ In diesem Sinne anschaulich *Fiedler*, CR 1989, 131 (133); zustimmend *Brossette*, S. 231, der allerdings der Aussage des Gerichts den unhaltbaren Umkehrschluß entnimmt, daß, wenn damit „ernst“ mache, „die bloße Möglichkeit der Kenntnis, unabhängig von der Art des Datums, eine Rechtsverletzung ausschließen“ würde. Das Gericht stilisiert mit dem genannten Programmsatz die Kenntnismöglichkeit des Einzelnen nicht zur Schutzbereichsbegrenzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sondern postuliert sie – in einer überzogen verabsolutierten, beinahe pathetischen Formulierung – als Grundbedingung für eine verfassungskonforme Gesellschafts- und Rechtsordnung.

¹⁹⁴ *Nitsch*, ZRP 1995, 361 (362).

¹⁹⁵ Siehe das in den Entscheidungsgründen folgende Beispiel einer behördlichen Registrierung der Teilnahme an einer Versammlung, BVerfG 65, 1 (43).

¹⁹⁶ Folgerichtig finden sich im einfachen Recht Konkretisierungen der verfassungsgerichtlichen „Wissenspostulats“, vgl. für den öffentlichen Bereich etwa die Auskunftspflicht in § 19 BDSG 1990, für den nicht-öffentlichen Bereich z.B. die Benachrichtigungspflicht in § 33 BDSG 1990 oder den Auskunftsanspruch in § 34 BDSG 1990.

¹⁹⁷ *Gallwas*, NJW 1992, 2785 (2787).

informationelle Selbstbestimmung in seine Schranken weist, indem es unter Hinweis auf den immanenten Sozialbezug personenbezogener Information¹⁹⁸ „überwiegende Allgemeininteressen“ zu seiner Einschränkung zuläßt, wobei es die Notwendigkeit einer gesetzlichen Eingriffsermächtigung betont¹⁹⁹.

1. „Nullum datum sine lege“?

Gerade aus letzterem wurde bisweilen die Befürchtung genährt, das Gericht habe den rechtsstaatlichen Grundsatz „nulla poena sine lege“ in die zeitgemäße Form eines „nullum datum sine lege“ gegossen.²⁰⁰ Am weitesten in diesem Sinne ging wohl *Simitis*²⁰¹, der für die Rechtsbeziehungen von Privaten zu dem Schluß kam, eine Einschränkung der informationellen Selbstbestimmung sei - ebenso wenig wie im öffentlichen Bereich - „ohne entsprechende gesetzliche Bestimmung“ nicht hinzunehmen. Das Grundgesetz garantiere nicht die Verarbeitungsfreiheit personenbezogener Information, sondern begründe Verarbeitungsbarrieren²⁰².

Dieser Ansatz übersieht – aus der Perspektive des Verfassungsrechts - die unter Privaten zwangsläufig gegebene Kollisionslage von grundrechtlichen Positionen, deren Auflösung zumeist einer Interessenabwägung bedarf. So genießt das Bedürfnis nach Informationserhebung in den verfassungsrechtlichen Garantien der Freiheit der Meinung, der Presse und des Rundfunks (Art. 5 Abs. 1 GG) sowie der Freiheit der wissenschaftlichen Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG) besonderen Schutz. Zentrale Bedeutung kommt dabei der in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 GG geschützten Informationsfreiheit zu²⁰³, die – soweit der Schutzbereich reicht - eine spezielle

¹⁹⁸ BVerfGE 65, 1 (44) verneint den ausschließlichen Zuweisungsgehalt personenbezogener Information als „Abbild sozialer Realität“ zugunsten des Betroffenen anscheinend generell. Dies erscheint um so fragwürdiger, als sich daraus der Schluß ziehen ließe, auch solche Information, die dem Kernbereich der menschlichen Persönlichkeit, z.B. der Intimsphäre, entstammen, wiesen von vornherein Sozialbezug auf.

¹⁹⁹ BVerfGE 65, 1 (44); dies ist für das Verhältnis Bürger/Staat auf dem Boden der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes in der Eingriffsverwaltung nur folgerichtig; vgl. dazu allgemein *Ossenbühl*, § 62.

²⁰⁰ Vgl. die Ausführungen bei *Fiedler*, CR 1989, 131 (133).

²⁰¹ *Simitis*, NJW 1984, 398 (401); zu den theoretischen Grundlagen der „Lehre vom informationellen Totalvorbehalt“ siehe bereits oben II 1 b.

²⁰² *Simitis*, NJW 1984, 398 (399).

²⁰³ Für eine weite Auslegung des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als „umfassendes Kommunikationsgrundrecht“ tritt in der neueren Literatur insbesondere *Brossette*, S. 185 ff, mit ausführlicher Begründung ein. Im übrigen bedingt auch das Demokratieprinzip aus Art. 20 GG eine von Kommunikation und damit grundsätzlicher Informationsfreiheit geprägte Gesellschaft.

Regelung zur bereits in Artt. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG angelegten individualrechtlichen Komponente dieser Freiheit darstellt²⁰⁴.

Im übrigen ergibt sich durchaus auch ein persönlichkeitsrechtlicher Ansatz für die Begründung einer verfassungsrechtlich gewährleisteten Informationsfreiheit der Bürger²⁰⁵: Personale Entfaltung kann stets nur in kommunikativen Bezügen geschehen. Dazu bedarf es aber nicht nur der Schutzfunktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Abwehrrecht. Vielmehr verlangt personale Entfaltung nach einem Recht zur Teilnahme am sozialen Leben. Dies setzt voraus, daß sich der Entfaltende durch sinnliche Wahrnehmung, notfalls durch Ermitteln und Erschließen dessen, was seiner Vorstellung nach der Entfaltung dienlich ist, gewärtig werden kann.²⁰⁶ Ein Medium hierfür ist beispielsweise die Kommunikation, die wiederum auf Gedankenaustausch beruht und somit die wechselseitige Preisgabe und Erhebung von Information voraussetzt. Richtig verstanden wirkt daher das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht allein als informelles Abwehrrecht, sondern gleichermaßen qua seines objektivrechtlichen Gehalts auch als Gewährleistungsgarantie von Informationsfreiheit²⁰⁷.

Keineswegs damit einher geht jedoch ein bisweilen befürworteter subjektiver Teilhabeanspruch des Bürgers auf grundsätzlichen Informationszugang²⁰⁸

²⁰⁴ *Jarras/Pieroth*, GG, Art. 2 Rn. 26, unter Hinweis darauf, daß die personale Entfaltung der Persönlichkeit als Schutzrichtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinter speziellen grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen zurücktritt.

²⁰⁵ In diesem Sinne etwa *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (232); *Kuhla*, S. 102; *Baumann*, DVBl.1984, 612 (613); *ders.*, RDV 1986, 1 (3); nicht eindeutig *Zöllner*, RDV 1985, 3 (11); anders *Gallwas*, NJW 1992, 2785 (2788), der diesbezüglich nur auf die „allgemeine Handlungsfreiheit“ aus Art. 2 Abs. 1 GG rekurriert; anders auch *Brossette*, S. 195, der die privatnützige Informationsbeschaffungsfreiheit bereits gänzlich von Art. 5 GG erfaßt sieht; ebenfalls das persönlichkeitsrechtliche Element des Art. 5 GG betonend *RGRK-Dunz*, § 823 Anh. I Rn. 3.

²⁰⁶ Wenn *Gallwas*, NJW 1992, 2785 (2788) folgert, jeder habe „grundsätzlich das Recht, sich von jedem anderen ein eigenes Bild zu machen“, so ist diese Metapher wohl noch zu ergänzen um die Anmerkung, daß jeder grundsätzlich auch das Recht hat, dieses „eigene Bild“ festhalten (scil. speichern) bzw. weitergeben (scil. übermitteln) zu dürfen. Sinngemäß folgert *Gallwas*, aaO., letzteres aus dem Kontext der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG; allerdings wird man auch hier ein persönlichkeitsrechtliches Interesse ausfindig machen können, da es auch zum „autonomen Bereich privater Lebensgestaltung“ (vgl. BVerfGE 79, 256, 268; BVerfGE 35, 202, 220) rechnet, daß man Kenntnisse über persönliche Daten Dritter kommunikativ nutzt.

²⁰⁷ Die im Rahmen der Diskussion um eine Änderung des Grundgesetzes nach der deutschen Einheit gestellte Forderung, Informationsfreiheit und Datenschutz als zwei komplementäre Aspekte einer Materie – nämlich der ausgewogenen Informationsverteilung in der Gesellschaft – in der Verfassung zu verankern (so 20. Taschenbuch LfD Hessen, S. 117 f.), erscheint damit zumindest aus persönlichkeitsrechtlicher Perspektive nicht erforderlich. Eine ausgewogene Informationsverteilung gewissermaßen als Staatsziel zu postulieren, würde im Ergebnis wohl eine Überbetonung staatlicher Schutzpflichten bedeuten. Es ist nicht die Aufgabe des Staates, eine wie auch immer geartete „Informationsverteilungsgerechtigkeit“ herzustellen. Vielmehr hat sich die staatliche Einflußnahme darauf zu beschränken, dem Bürger die Grundbedingungen für Informationsfreiheit und Informationsschutz zu gewährleisten; anders offenbar *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 19 ff.

²⁰⁸ *Sokol*, DuD 1997, 380, leitet das Bedürfnis nach einem allgemeinen Informationszugangsanspruch gegen die Verwaltung ohne Rücksicht auf ein berechtigtes

gegen den Staat und seine Administrativorgane. Der Unterschied ist konstruktiver Natur: Der Staat hat lediglich, soweit Rechte Dritter nicht betroffen sind, die ungestörte Informationsbeschaffung seiner Bürger zu gewährleisten. Insoweit kann ein subjektiver Abwehranspruch gegen staatliche Beeinträchtigung privater Informationserhebung in Betracht kommen. Damit korrespondiert jedoch nicht ein allgemeiner Auskunftsanspruch gegen den Staat auch und gerade bezüglich solcher Informationen, die einen Bezug zu Dritten aufweisen²⁰⁹. Richtigerweise gewährt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung lediglich einen Anspruch auf Kenntnis der *eigenen* personenbezogenen Informationen, so daß nur insoweit von einem Zugangsrecht zu persönlichen Daten gesprochen werden kann²¹⁰.

Über die Figur der Drittwirkung kommt den genannten freiheitsgewährleistenden Grundrechtspositionen aus Art. 5 Abs. 1, Abs. 3 sowie Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ebenso Ausstrahlwirkung auf die Anwendung privatrechtlicher Normen zu²¹¹ wie auf der anderen Seite dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit seinem - für Dritte - freiheitsbeschränkenden Charakter. Die Grundrechte beider Seiten entfalten mittelbare Drittwirkung und bilden zusammen eine neue Größe²¹². Demnach kann aber mitnichten von einem *verfassungsrechtlichen* Postulat an eine grundsätzliche Beschränkung der privaten Informationsfreiheit ausgegangen werden. Die ebenfalls drittwirkende Informationsfreiheit des Datenverarbeiters verändert die rechtliche Konstellation vielmehr tiefgreifend²¹³. Im Rahmen zivilrechtlicher Dogmatik wird dies bedeuten, daß - soweit keine anderslautende gesetzgeberische Vorgabe besteht²¹⁴ - aufgrund der Ausstrahlwirkung der genannten Grundrechte bereits tatbestandlich eine Konturierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes meist nur im Wege der Interessenabwägung erfolgen kann. Darauf wird später noch einzugehen sein.

Interesse aus der Zielsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ab, das auch der Sicherstellung der Kommunikations- und Handlungsfähigkeit der einzelnen Menschen gegenüber dem Staat diene. Dagegen wendet sich mit beachtlichen Argumenten *Giesen*, DuD 1997, 588; zum *status quo* im Verwaltungsverfahren siehe auch die Regelung des § 29 VwVfG bzw. die entsprechenden Normen des Landesverfahrensrechts; vgl. allgemein zu der Problematik aus Anlaß der sog. Lustrationsgesetzgebung in Mittel- und Osteuropa *Tinnefeld*, DuD 1997, 136 ff.

²⁰⁹ Ähnlich *Brossette*, S. 195; ebenso bezüglich eines allgemeinen Datenzugangsrechtes *Kim*, S. 112; s.a. *Kloepfer*, Datenschutz und Grundrecht, S. 35.

²¹⁰ *Kunig*, Jura 1993, 595 (601).

²¹¹ Vgl. dazu *Jarras/Pieroth*, GG, Art. 5 Rn. 17a, 26 ff.

²¹² *Brossette*, S. 181.

²¹³ *Brossette*, S. 233.

²¹⁴ Unrechtsindikation auf Tatbestandsebene wird vor allem bei den aus gesetzlichen Normierungen folgenden sog. „besonderen Persönlichkeitsrechten“ angenommen - dabei handelt es sich der Sache nach um nichts anderes als Wertentscheidungen („antizipierte Abwägungsentscheidungen“), vgl. etwa §§ 22 f. KUG; dazu ausführlich *Helle*, S 89 ff.

Bei der Frage nach der Intensität verfassungsrechtlicher Hemmschuhe für den freien Informationsaustausch im Privatrechtsverkehr tritt wiederum auffällig der beinahe zwanghaft anmutende Versuch einiger Datenschutzprotagonisten zutage, durch die unkritische Übertragung verfassungsrechtlicher Argumentationsmuster, die spezifisch auf das Subordinationsverhältnis Bürger/Staat ausgerichtet sind, auf das einfache Recht einwirken zu wollen²¹⁵. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß hierin eine methodische Verkehrung der Ausgangspositionen liegt: Ausgangspunkt der Erörterung zivilrechtlicher Rechtsbeziehungen ist die Regelungsmaterie eben dieses Rechtsgebiets. Ausschließlich im Zivilrecht muß daher zunächst die Frage ansetzen, in welchem Maße personenbezogene Daten, bzw. genauer, deren Zuordnungssubjekt, persönlichkeitsrechtlichen Schutz genießen. Auch wurde bereits festgestellt, daß nicht in jeder Informationserhebung und –verwendung ein Eingriff in eine geschützte Rechtsposition liegt²¹⁶. Dies gilt umso weniger im Verhältnis von Privaten untereinander. Schon gar nicht taugen jene Argumentationsstränge, die aus der Einstufung der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte gegen den Staat herrühren, für eine Lösung zivilrechtlicher Interessenkonflikte. Abgesehen von bereichsspezifischen Ausnahmen²¹⁷ muß im Privatrechtsverkehr grundsätzlich von einem Interessengleichrang der verschiedenen Rechtssubjekte ausgegangen werden.

Einer Rechtfertigung *von Verfassungs wegen* bedarf die Informationserhebung und –verarbeitung daher unter Privaten nur dann, wenn nicht bereits auf der Ebene des Tatbestandes ein die Schutzinteressen des Betroffenen überwiegendes Informationsinteresse des Datenverwenders festgestellt werden kann²¹⁸. Hinzu kommt maßgeblich zur Bestimmung der Eingriffsqualität, daß die Schutzinteressen des Betroffenen herausgearbeitet werden. Eine Rechtfertigung kommt dann nicht allein auf gesetzlicher Grundlage in Betracht. Wichtige Rechtfertigungsgründe sind z.B. auch die erklärte oder mutmaßliche Einwilligung.

Es bleibt festzuhalten, daß es von Verfassungs wegen keine Veranlassung gibt, durch einen gesetzlichen „Totalvorbehalt“²¹⁹ die grundsätzliche staatliche

²¹⁵ Wie hier Zöllner, RDV 1985, 3 (5 ff.); Brossette, S. 176 ff.

²¹⁶ Zum ganzen oben II 2 b). Kritisch zu einem ausufernden Eingriffsbegriff Kloepfer, Gutachten, S. D 49 f.

²¹⁷ So z.B. im Arbeitsrecht aufgrund des – freilich im Zuge der Entwicklungen des Arbeitnehmerschutzes oder auch des Mitbestimmungsrechtes weniger deutlich hervortretenden – subordinationsähnlichen Charakters der Rechtsbeziehung Arbeitgeber/Arbeitnehmer; vgl. dazu Zöllner, RDV 1985, 3 (7f).

²¹⁸ So auch Baston-Vogt, S. 354.

²¹⁹ Die aus der Schrankensystematik des Art. 2 GG resultierende Vorstellung eines „informationellen Totalvorbehalts“ führte in der Rückschau für den öffentlichen Bereich des

Regelungsbefugnis über jegliche, auch private, Informationserhebung und –verwendung zu postulieren. Die Interessen des betroffenen Zuordnungssubjektes von persönlichen Daten können eine derartige Freiheitsbeschränkung keinesfalls rechtfertigen. Sie wäre mit einer pluralen, freiheitlichen Grundordnung auch unvereinbar. Es muß daher grundsätzlich dabei bleiben, daß die Informationstätigkeit des einzelnen als selbstverständliche Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten (Art. 5 Abs. 1, Abs. 3, 2 Abs. 1 GG) ihrerseits Schutz aufgrund der dahinter stehenden objektiven Wertentscheidung des Verfassungsgesetzgebers genießt. Auch sie trägt eine umfassende Ausgangsvermutung für die Freiheit des einzelnen in sich²²⁰. Hinter dem vermeintlichen Dogma eines „grundsätzlichen Informationsverbots“ verbirgt sich eine ideologisierte Über- und Fehlinterpretation verfassungsgerichtlicher Vorgaben. Offenbar setzt sich darin ideologisch die einseitige Betrachtungsweise einiger Verfechter des Datenschutzes als Mittel zur Harmonisierung von Informationsmacht sowie - gesellschaftspolitisch - zur Nivellierung von Machtunterschieden fort²²¹. Dabei wird die konstituierende Bedeutung der Informationsfreiheit für das freiheitlich-demokratische Gemeinwesen in unzulässiger Weise in den Hintergrund gedrängt.

2. Vom Abwägungsgebot zum verfassungsrechtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis ?

Wenn damit das Schreckensszenario eines informationellen Totalvorbehalts vom Tisch gewiesen werden kann, so ist noch nicht abschließend die Frage geklärt, ob die durch das Volkszählungsurteil angestoßene verfassungsgerichtliche Judikatur nicht doch zumindest zu einer Verlagerung der Ausgangspositionen bei der Prüfung des Abwehrinteresses eines von einer Datenerhebung oder Datenverarbeitung Betroffenen geführt hat.

So wird doch bisweilen ein entscheidender Wandel der Begründung des verfassungsrechtlichen Datenschutzes konstatiert. Im Unterschied zum

Datenschutzes zu einer gesetzgeberischen Regulierungswelle. Angesichts der Unklarheiten im Zusammenhang mit der Bestimmung des Eingriffsbegriffes besorgt daher jüngst *Kloepfer* eine Aushöhlung der verfassungsgerichtlichen Wesentlichkeitstheorie: Der rechtsstaatliche Gesetzesvorbehalt drohe zum Befassungsvorbehalt ausgedehnt zu werden, *Kloepfer*, Gutachten, S. D 74; *ders.*, Datenschutz als Grundrecht, 1980, S. 23; *ders.*, JZ 1984, 685 (689 ff.); zur Theorie des Gesetzesvorbehaltes *Ossenbühl*, § 62 Rn. 41 ff. Siehe zum theoretischen Hintergrund bereits die ablehnenden Ausführungen oben II 1 b.

²²⁰ Ähnlich *Gallwas*, NJW 1992, 2785 ff.

²²¹ Vgl. in diesem Sinne *Hexel*, S. 77; *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 88; *Däubler*, ZRP 1986, 42 ff.

ursprünglichen Ansatz, als sich der Schutz personenbezogener Daten als Ergebnis eines gesetzgeberischen oder richterlichen Abwägungsvorganges dargestellt habe²²², sei nun verfassungsrechtlich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis vorgegeben. Der einzelne sei grundsätzlich als der „Herr seiner Daten“ anzusehen²²³, wobei sein Selbstbestimmungsrecht aufgrund eines als allgemein oder im konkreten Fall für vorrangig erachteten Gegeninteresses kraft Gesetzes beschränkt werden könne. Daher habe das persönlichkeitsrechtliche Abwägungsgebot seine rechtsbegründende in eine bloß rechtsbeschränkende Funktion gewandelt²²⁴.

Diese Einschätzung trifft jedoch nur teilweise zu, nämlich soweit sie die verfassungsrechtliche Beurteilung *staatlichen* Umganges mit persönlichen Daten der Bürger betrifft. Der Grund hierfür liegt im Mangel einer gleichrangigen verfassungsrechtlichen Schutzposition auf staatlicher Seite. Der Staat und seine Organe sind nicht grundrechtsfähig. Diesbezüglich liegt tatsächlich eine Verschiebung des Abwägungsgebotes vor, da dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Bürgers die allen Freiheitsrechten gemeine Ausgangsvermutung für die Freiheit von Beeinträchtigung, die Individualschutzvermutung innewohnt. Der Abwägung staatlicher Erhebungs- und Verarbeitungsinteressen mit den privaten Informationsschutzinteressen kann folgerichtig nicht mehr rechtsbegründende Funktion für das Entstehen eines Schutzrechts des Bürgers zukommen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist vielmehr nun verfassungsrechtlich garantiert. Lediglich seiner Begrenzung und Relativierung dienen gesetzgeberische Abwägungsvorgänge.

Anders liegt es allerdings im privaten Informationsverkehr, wo sich regelmäßig Grundrechtsträger gleichgeordnet gegenüber stehen. „Bürger haben grundsätzlich das Recht, alles zu tun, was nicht ausdrücklich gesetzlich verboten ist²²⁵“. So lautet das einvernehmliche Credo einer liberalen Geisteshaltung, die sich mit strengen Anforderungen an rechtsstaatliche Bestimmtheit zu paaren scheint. Es kann wohl als gesichert gelten, daß dieser Aphorismus die ethischen Anforderungen an ein geordnetes Zusammenleben, etwa nach den Maßstäben des *Kantschen Imperativs*, zu erfüllen nicht imstande ist. Aber auch bei näherer rechtlicher Betrachtung hegen sich

²²² Dazu für viele *Gallwas*, *Der Staat*, 1979, 507 ff.

²²³ Allerdings in der Literatur nahezu einhellig nicht im Sinne einer „absoluten Datenherrschaft“. Das von Meister, aaO. begründete „Recht am eigenen Datum“ als absolutes subjektives Recht wird überwiegend abgelehnt, vgl. etwa *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 ff.; *Brossette*, aaO.; durch das BVerfG bestätigt BVerfGE 65, 1 (43 f).

²²⁴ *Gallwas*, NJW 1992, 2785 (2787).

²²⁵ *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (321); *Blens*, RdV 1989, 91; *Fiedler*, CR 1989, 131 (133); *Brossette*, S. 178.

Bedenken gegen die bedingungslose Stringenz dieser Aussage. Gerade das Institut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, aufgrund seiner generalklauselartigen Unbestimmtheit oft gescholten²²⁶, lehrt uns eines besseren. Private Handlungsfreiheit stößt dort an ihre Grenzen, wo die Persönlichkeit eines anderen in einem schutzwürdigen Belang verletzt wird. Die Herausarbeitung dieser Belange bleibt dem Richter vorbehalten, solange der Gesetzgeber nicht durch die Kreierung besonderer Persönlichkeitsrechte²²⁷ unrechtsindizierende Verletzungstatbestände geschaffen hat. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, methodisch eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung²²⁸, belegt anschaulich, daß im Privatverkehr Handlungsschranken auch jenseits der durch strenge rechtsstaatliche Bestimmtheitsanforderungen gezogenen Grenze existieren. Bezogen auf die konkrete Fragestellung nach dem Ansatzpunkt für einen Interessenausgleich zwischen Informationsverwender und Betroffenen läßt sich dem genannten Programmsatz jedoch eine zutreffende Kernaussage entnehmen: So lange keine zivilrechtlich schutzwürdigen und anerkannten Güter und Interessen des einen der Ausübung des Rechtes des anderen entgegen stehen, kann jener sein Recht ungestört ausüben. Kommt es hingegen zur Güter- oder Interessenkollision, hilft nur ein Interessenausgleich im Wege der Abwägung. Eine Abwägung ist nur dann entbehrlich, wenn der Gesetzgeber sie entweder verfassungskonform vorweggenommen hat²²⁹ bzw. dem einen Interesse sektoral einen ausnahmsweisen Vorrang vor dem anderen eingeräumt hat²³⁰. Verfassungsrechtlich gewendet: Stellt man die betroffenen verfassungsrechtlichen Positionen, das informationelle Selbstbestimmungsrecht auf der einen und das Recht auf Informationserhebung und -nutzung auf der anderen Seite, einander gegenüber, so wird deutlich, daß der Träger eines jeden dieser Rechte nur unter dem Vorbehalt der Rücksichtnahme auf etwaige vorrangige Interessen des jeweilig anderen Betroffenen sein Recht geltend machen kann²³¹. Oder allgemeiner formuliert: Da der gesamte Grundrechtskatalog des GG auch der Ausgestaltung des Persönlichkeitsrechts dient, folgt aus der ständigen Konfrontation mit anderen Belangen von Verfassungsrang geradezu ein Abwägungszwang²³². Damit ist aus

²²⁶ Man denke nur an die desavouierende Formulierung von *Medicus*, Rn. 615, der das allgemeine Persönlichkeitsrecht als „juristische Mißgeburt“ bezeichnet.

²²⁷ Z.B. §§ 22 f. KUG.

²²⁸ *Larenz*, Methodenlehre, S. 245 (247 f.).

²²⁹ Vgl. z.B. die Fallgruppe der zulässigen Datenspeicherung, -übermittlung und -nutzung für eigene Zwecke in § 28 Abs. 1 Nr. 1-4 BDSG 1990; auch hier besteht jedoch meist zusätzlich richterlicher Wertungsspielraum, wie die Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe wie „Wahrung berechtigter Interessen“, „schutzwürdige Interessen“ usw. verdeutlicht.

²³⁰ Vgl. dazu den gesetzgeberisch bestätigten grundsätzlichen Interessenvorrang des Betroffenen bei einigen „sensiblen Daten“ in § 28 Abs. 2 lit. 1 b) Satz 2 BDSG 1990.

²³¹ Dies erkennt auch *Gallwas*, NJW 1992, 2785 (2788).

²³² RGRK-*Dunz*, § 823 Anh. I Rn. 10.

verfassungsrechtlicher Perspektive klargelegt, daß zumindest im Privatrechtsverkehr kein grundsätzlicher Vorrang des Informationsschutzinteresses des Einzelnen bestehen kann. Folgerichtig gelangt auch das BVerfG in seinem „Zweiten Entmündigungsbeschuß“²³³ zu der Erkenntnis, daß zur Klärung der Frage nach einem Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht im Rahmen der zivilrechtlicher Beurteilung eine Abwägung der betroffenen Belange stattzufinden hat.

3. Zwischenergebnis

Für den zivilrechtlichen Datenschutz kommt der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes - auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung - nicht zum Tragen. Die gegenläufigen Interessen an Datenschutz und Informationsfreiheit sind von Verfassungs wegen gleichermaßen gewährleistet und grundsätzlich gleichrangig. Das Spannungsfeld zwischen Freiheitsgewährleistung und Persönlichkeitsschutz im Bereich des privaten bzw. privatrechtlichen Umgangs mit personenbezogener Information löst sich, soweit der Gesetzgeber keinen Gebrauch von einer einfachrechtlichen Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes gemacht hat, aus dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht heraus. Zentrale Bedeutung gewinnt dabei eine Interessenabwägung auf der Ebene des Tatbestands²³⁴.

²³³ BVerfGE 84, 192 (195) - Entmündigung II -.

²³⁴ Vgl. hierzu anschaulich die Abwägung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes und der Wissenschaftsfreiheit in BGH NJW 1994, 1281. Allerdings wird in dieser Entscheidung nicht zweifelsfrei erkennbar, ob der BGH die Interessenabwägung auf Tatbestands- oder auf Rechtswidrigkeitsebene vornimmt; zur Unterscheidung vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 159 ff. (161).

C. Europarechtliche Vorgaben - Die EG-Datenschutzrichtlinie

Gewissermaßen als Schlußstein in der Betrachtung der rechtlichen Rahmenvorgaben soll im folgenden der Blick dem Recht der Europäischen Gemeinschaften zugewandt werden. Die Analyse der europarechtlichen Vorgaben erfolgt gleichermaßen unter der Zielsetzung zu klären, ob und gegebenenfalls welche Anwendungsräume dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht künftig verbleiben wie auch der Fragestellung, welche inhaltlichen Schwerpunkte hier gesetzt werden, da hieraus womöglich Ableitungen für die Rechtsfortbildung zu treffen wären.

Auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts hat der Datenschutz nur zögerlich Eingang in gesetzgeberische Aktivitäten gefunden, was wohl vor allem an den sehr unterschiedlichen Entwicklungen und Ausprägungen dieser noch sehr jungen Rechtsmaterie in den Mitgliedsstaaten gelegen hat²³⁵. Am 24.10.1995 verabschiedeten der Ministerrat und das Europäische Parlament nach langen Beratungen²³⁶ eine allgemeine Datenschutzrichtlinie²³⁷, die bis Ende 1998 in das Recht der Mitgliedsstaaten umzusetzen war. Zur hier allein interessierenden Fragestellung, inwieweit das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht von den dort getroffenen Bestimmungen berührt wird, gibt es nur vereinzelt greifbare Anhaltspunkte in der Richtlinie.

I. Schutzziel

In Art. 1 Abs. 1 beschreibt die EG-Datenschutzrichtlinie das datenschutzrechtliche Schutzziel durch eine allgemeine Bezugnahme auf den Schutz „der Grundrechte und Grundfreiheiten“. Hervorgehoben wird in dabei exemplarisch („insbesondere“) der Schutz „der Privatsphäre natürlicher Personen“. Dieser weite und offene Ansatz vermeidet bewußt eine konzeptionelle Verengung des datenschutzrechtlichen Interessenansatzes auf die Privatsphäre im Sinne eines abgeschotteten Rückzugsbereiches des privaten Individuums²³⁸. Wie bereits oben auf der Ebene des deutschen

²³⁵ Bereits im März 1975 sprach sich das Europäische Parlament für eine einheitliche Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten aus, vgl. Entschließung v. 13.3.1975, ABl. EG C 60/48; andererseits besaßen noch im Zeitpunkt der Verabschiedung der EG-Datenschutzrichtlinie 1995 die Mitgliedsstaaten Griechenland und Italien keine gesetzliche Datenschutzordnung.

²³⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte *T/P/H*, S. 51 ff.; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, S. 61 ff.; *Heil*, S. 1 (3 ff).

²³⁷ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. EG Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 31 ff. - im folgenden „EG-Datenschutzrichtlinie“.

²³⁸ *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 1 Rn. 1.3.

Verfassungsrechts angesprochen, berücksichtigt die Richtlinie damit zugleich die vielschichtige Verankerung des Datenschutzes in den verschiedenen Grundrechten wie etwa dem Brief- und Fernmeldegeheimnis, der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, der Meinungs- und Berufsfreiheit usw.

Die Ablösung des europarechtlichen Datenschutzkonzeptes weg von einem engen, abwehrorientierten Persönlichkeitsschutzkonzept bzw. die Ausrichtung hin zu einem umfassenderen Freiheitsschutzkonzept tritt bereits angesichts dieser Zielfunktionen deutlich zutage. Einmal mehr bestätigt dies die These, daß das Datenschutzrecht neben dem engeren Persönlichkeitsschutz eine Vielzahl sonstiger Freiheitsinteressen des Bürgers mit verfolgt, deren Ausübung für die Entfaltung und Ausbildung der Persönlichkeit dienlich erscheinen. Als Fernziel wird in der Literatur vielfach ohnehin die Schaffung einer umfassenden Informationsordnung angedacht, die den Verkehr mit Daten regeln und die dabei widerstreitenden Interessen der Beteiligten zum Ausgleich bringen soll²³⁹.

II. Schutzsubjekt

Als Schutzsubjekte der Regelungen der EG-Datenschutzrichtlinie kommen ausschließlich natürliche Personen in Betracht, was sich aus der Legaldefinition der „personenbezogenen Daten“ in Art. 2 a) ergibt. Damit entfaltet die EG-Datenschutzrichtlinie für juristische Personen - anders als in den Datenschutzgesetzen einiger Mitgliedsländer²⁴⁰ - keine Rechtswirkungen. Damit ändert sich insoweit an der nach dem BDSG 1990 in Deutschland geltenden Rechtslage nichts, vgl. § 3 Abs. 1 BDSG 1990. Wie sich bereits e contrario aus Erwägungsgrund 24 zu Art. 2 der Richtlinie ergibt, bleibt es den Mitgliedsländern unbenommen, spezialgesetzliche Regelungen auch für Daten juristischer Personen und von Personenzusammenschlüssen zu erlassen. Die Ausklammerung der juristischen Personen aus dem Datenschutz erscheint aus deutscher Sicht von Verfassungs wegen nicht selbstverständlich, da gemäß Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Damit bleibt ihnen vorerst, soweit keine abschließenden spezialgesetzlichen Regelungen getroffen sind, nur die Möglichkeit, ihre datenschutzrechtlichen Interessen gestützt auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes geltend zu machen²⁴¹.

²³⁹ *Kloepfer*, Gutachten, S. D 85 ff; s.a. die Beschlüsse der IV. Abteilung (Öffentliches Recht) des 62. DJT (Quelle: www.djt.de/62djt/oeffentlichesrecht.html).

²⁴⁰ Z.B. in Österreich, der Schweiz und Norwegen; vgl. *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 2 Rn. 1.1.

²⁴¹ *Ordemann/Schomerus*, BDSG, § 3 Rn. 2.9; vgl. zur Subjektsfähigkeit juristischer Personen als Träger des Persönlichkeitsrechtes OLG Frankfurt RDV 1990, 84; grundlegend *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 333 ff.

III. Keine Trennung zwischen öffentlicher und privater Datenverarbeitung

Die EG-Datenschutzrichtlinie unterscheidet nicht zwischen der Datenverarbeitung im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich. Als Grund wird hierfür die Zunahme der Verarbeitung persönlicher Daten im nicht-öffentlichen Bereich und die Schaffung immer größerer EDV-Einheiten in privater Hand angeführt²⁴². Damit unterliegt die öffentliche wie auch die private Datenverarbeitung nach Art. 7 der Richtlinie einem grundsätzlichen Verbot unter Vorbehalt des Vorliegens eines der Erlaubnistatbestände nach Buchst. a) bis f), deren nähere Ausgestaltung den Mitgliedsstaaten gemäß Art. 5 der Richtlinie überlassen bleibt²⁴³.

In der Literatur findet diese Gleichstellung überwiegend Beifall, wobei betont wird, daß nun endlich im bundesdeutschen Recht Angleichungen vorzunehmen seien, um das längst konstatierte und noch bei der BDSG-Novelle 1990 hingenommene Datenschutzdefizit im nicht-öffentlichen Bereich zu beheben²⁴⁴. Allerdings mahnen kritische Stimmen an, ein gleichartiger Schutz vor staatlicher und privater Datenmacht entspreche weder den tatsächlichen Gegebenheiten noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Dem privaten Datengebrauch komme als Grundrechtsgebrauch das verfassungsrechtliche Erlaubnisprinzip zustatten, so daß sich eine unterschiedslose Nivellierung der Schutzvorkehrungen gegenüber staatlichen und privaten Informationszugriffen auf dem Boden der Verfassung verbiete²⁴⁵. Solche Bedenken scheinen weiter genährt zu werden angesichts der Tatsache, daß die EG-Datenschutzrichtlinie in Art. 3 einer Anbindung des Datenschutzes an die automatisierte Datenverarbeitung eine klare Absage erteilt und auch die nicht-automatisierte Verarbeitung in Dateien erfaßt werden, wobei der Dateibegriff in Art. 2 c) sehr weit als „jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind“ bezeichnet wird²⁴⁶.

Die Angst vor einer Aushöhlung der verfassungsrechtlich garantierten Kommunikationsfreiheit zugunsten eines übersteigerten Datenschutzes läßt sich indes bei näherer Betrachtung der Vorgaben der Richtlinie weitgehend zerstreuen.

²⁴² *Kloepfer*, Gutachten, S. D 111.

²⁴³ Dazu *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 7 Rn. 2.

²⁴⁴ Statt vieler *Simitis*, NJW 1997, 281 (287); s.a. *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 52, 177 ff.

²⁴⁵ *Kloepfer*, Gutachten, S. D 95 f.

²⁴⁶ Ausführlich *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 3 Rn. 3 ff

1. Einschränkungen des sachlichen Anwendungsbereichs

Zunächst wird der Anwendungsbereich der EG-Datenschutzrichtlinie in Art. 3 Abs. 2 inhaltlich dadurch begrenzt, daß die Datenverarbeitung zu ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken hiervon - und infolgedessen von den nationalen Regelungen - nicht erfaßt wird²⁴⁷.

a) Ausklammerung der Datenverarbeitung zu ausschließlich persönlichen Zwecken

Hierin liegt gewissermaßen der Tribut, der dem Verzicht auf eine Verknüpfung von Datenschutz und Automatisierung zu zollen war, um unerträgliche und verfassungsrechtlich äußerst bedenkliche Auswirkungen auf die freie Kommunikation unter Bürgern zu verhindern. Auch galt es in Anbetracht von Kontroll- und Auskunftsrechten den individuellen Reflexions- und Entscheidungsspielraum der Bürger im Bereich ihrer privaten Zurückgezogenheit abzusichern: Der Inhalt eines Tagebuches mit personenbezogener Information über einen anderen wäre ansonsten womöglich einer Offenbarungspflicht ausgesetzt; eine Vorstellung, die das datenschutzrechtliche Ansinnen in sein Gegenteil verkehren würde²⁴⁸.

Festzuhalten bleibt demnach, daß die Datennutzung zu rein persönlichen Zwecken weder an die Richtlinie noch an die im BDSG festgelegten Kriterien gebunden ist²⁴⁹. Damit wird im Bereich des nicht-gewerblichen bzw. nicht-beruflichen Verkehrs der Bürger untereinander eine sehr begrüßenswerte gesetzgeberische Zurückhaltung geübt, die dem grundsätzlichen Gleichrang der dort gegenüber stehenden Interessen dienlich erscheint. Auch liegt hierin eine klare Absage an übermotivierte Regulierungstendenzen bis hin in den Bereich der privaten Kommunikation.

b) Notwendigkeit ergänzenden Persönlichkeitsschutzes

Andererseits wird an dieser Stelle einmal mehr auch deutlich, daß die Grenzen des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nicht genau an jenen Stellen festzumachen sind, die im einzelnen durch den Anwendungsbereich des normierten Datenschutzrechtes markiert werden. So kann im Einzelfall durchaus auch bei einer rein privaten Datenverarbeitung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes des Betroffenen in Betracht kommen. So muß sich beispielsweise niemand gefallen lassen, daß er in seinem Lebensablauf durch

²⁴⁷ Zur weiteren Restriktion durch den Dateibegriff *Simitis*, NJW 1997, 281 (283); s.a. *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 3 Rn. 1-7.

²⁴⁸ Ähnlich *Simitis*, NJW 1997, 281 (283 f.).

²⁴⁹ *Simitis*, NJW 1997, 281 (284).

Observation, Nachstellung oder sonstige Ermittlungsmaßnahmen durch einen anderen erfaßt und fixiert wird, und sei es nur, weil dieser andere ein rein „privates Interesse“ verfolgt, weil er die Beobachtung seiner Mitmenschen etwa „als Hobby“ betreibt. Versagen an diesen und ähnlich gelagerten Fällen die Schutzinstrumentarien des geschriebenen Rechts, so könnte an ihrer statt das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen zum Zuge kommen²⁵⁰.

2. Der Positivkatalog der Zulässigkeitstatbestände in Art. 7 der Richtlinie

Den Bedenken gegen eine zu weitgehende Beschneidung der freien Kommunikation kann auch mit Hinweis auf die in Art. 7 a) bis f) der EG-Datenschutzrichtlinie normierten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen an eine Datenverarbeitung begegnet werden. Der - den Mitgliedsstaaten nach Art. 5 der Richtlinie zur Ausgestaltung überlassene - Katalog zulässiger Datenverarbeitungen eröffnet insbesondere durch Buchst. f) die Möglichkeit einer Abwägungsentscheidung, die bei entsprechender Umsetzung ins nationale Recht den im Privatrechtsverkehr entstehenden Grundrechtskollisionen Rechnung trägt. Als zugunsten des Datenverwender greifendes „berechtigtes Interesse“ kann dabei jedes Interesse von Belang sein, das nicht gegen rechtliche Grundsätze einschließlich des Gebotes von Treu und Glauben streitet²⁵¹. Erst im Vergleich mit den Datenschutzinteressen des Betroffenen kann sodann im Einzelfall ermittelt werden, ob eine Rechtsverletzung vorliegt.

Gerade durch diese Bestimmung wird dem oben angeführten grundsätzlichen Postulat des deutschen Verfassungsrechtes Rechnung getragen, den widerstreitenden Grundrechten der Bürger untereinander gegebenenfalls im Wege einer Interessenabwägung zum gerechten Ausgleich zu verhelfen.

Es bleibt festzuhalten, daß bei richtlinienkonformer Umsetzung in das nationale Recht keine grundsätzliche Gefahr für die freie Kommunikationsordnung zu besorgen ist. Weiter macht das Regelwerk der Richtlinie schon durch seinen eingeschränkten Anwendungsbereich deutlich, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schutzinstrument darüber hinaus im Einzelfall Geltung beanspruchen kann. Dies gilt vor allem für den Bereich der Datenverarbeitung zu privaten Zwecken sowie für den Datenschutz juristischer Personen. Es wird daher eine der zentralen Aufgaben im dritten Teil dieser Arbeit sein, das

²⁵⁰ Dazu im folgenden Teile 2 und 3.

²⁵¹ *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 7 Rn. 14.

allgemeine Persönlichkeitsrecht in den verschiedenen berührten Aspekten hier beispielhaft näher zu konkretisieren.

IV. Differenzierungen im Schutzniveau - Der „Sensitivitätskatalog“ des Art. 8 der Richtlinie

Interessante und dem deutschen Recht in dieser Form fremde Ansätze enthält die EG-Datenschutzrichtlinie im Hinblick auf den Versuch, das Niveau der Schutzwürdigkeit des Betroffenen inhaltsbezogen anhand abstrakter Kriterien näher zu bestimmen. Bemerkenswert erscheint vor allem ein in Art. 8 Abs. 1 aufgenommener Katalog „sensitiver Daten“, wonach die Mitgliedsstaaten die Verarbeitung bestimmter Datenkategorien zu unterbinden haben. Hierzu rechnen im einzelnen personenbezogene Daten, aus denen die ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie Daten über Gesundheit oder Sexualleben, Art 8 Abs. 1. Die Richtlinie räumt diesen Daten aufgrund ihres abstrakten inhaltlichen Bezugs ein erhöhtes Schutzniveau ein. Die Absätze 2 bis 4 enthalten allerdings hiervon wiederum zahlreiche Ausnahmen. Eine Sonderregel für Daten im Zusammenhang mit Straftaten enthält Absatz 5 der Norm.

In der bundesdeutschen Datenschutzliteratur wird die Differenzierung von Schutzniveaus durch die Hervorhebung besonderer „sensitiver Daten“ schon beinahe traditionell mit Skepsis beurteilt, so daß sich die Frage stellt, ob sich hieraus wirklich gewinnbringende Schlüsse für die Rechtsfortbildung ziehen lassen können.

1. Kritik in der datenschutzrechtlichen Literatur

Allen voran trägt *Simitis*²⁵² gravierende Einwände gegen die Differenzierung von Datenkategorien nach Maßgabe ihres inhaltlichen Bezugs vor. Sensitivität könne niemals abstrakt anhand der inhaltlichen Bedeutung einzelner Daten definiert werden, sondern allein mit Hilfe des je spezifischen Verwendungszusammenhanges. Allen gegenteiligen Behauptungen zum Trotz sei es bis heute weder gelungen, die Sensitivität von Daten mit Hilfe sei es auch nur partiell überzeugender, allgemein akzeptierter Kriterien zu umschreiben noch und erst recht eine wirklich konsistente, geschweige denn abschließende Liste von sensitiven Daten vorzulegen. Entsprechende gesetzgeberische Versuche seien zum Scheitern verurteilt bzw. nur unter Inkaufnahme eines unendlichen Korrekturprozesses zu bewerkstelligen. Der Versuch einer

²⁵² *Simitis*, FS Pedrazzini, 1990, S. 469 ff (473, 480) ; *ders.*, NJW 1997, 281 (287).

abstrakten Qualifikation wurzele in den traditionellen Vorstellungen eines Persönlichkeits- bzw. Privatsphärenschutzes, wobei je nach der betroffenen „Sensitivitätszone“ ein gesteigertes oder vermindertes Schutzbedürfnis bestehe. Derlei durchaus plausible Argumentationsmuster seien in der Praxis nicht überzeugend, da sich die Schutzwürdigkeit des Betroffenen letztlich allein aus dem Verarbeitungskontext ergeben könne.

Im Rahmen der EG-Richtlinie sei es nicht verwunderlich, daß von der Sonderbehandlung sensibler Daten aufgrund der langen Liste von Ausnahmen „zu guter Letzt nichts übrig“ bleibe²⁵³.

2. Stellungnahme

Im Rahmen einer kritischen Betrachtung abstrakter Qualifikationsversuche für inhaltlich „sensitive“ Daten muß zunächst eingestanden werden, daß hiervon *allein* kein umfassender konzeptioneller Ansatz für datenschutzrechtliche Regelungen zu erwarten ist.

a) Problem der „fluktuierenden Sensitivität“

Der Grad der Betroffenheit bzw. der Schutzwürdigkeit der Person variiert von Fall zu Fall. So trifft es durchaus zu, daß etwa Gesundheitsdaten das eine Mal geradezu notwendigerweise einer Verarbeitung zugeführt werden, so z.B. von und gegenüber dem behandelnden Arzt²⁵⁴. Die Verarbeitung stellt sich in diesem Kontext als harmlos dar. Im Gegensatz hierzu führt die Erstellung eines Gesundheitsprofils, beispielsweise durch einen potentiellen Arbeitgeber, eine nicht zu verleugnende Gefahr für den Betroffenen dar. Die Katalogisierung der Person in jenem Bezug - durch Ermittlung des Gesundheitszustandes, Prognosen bezüglich der weiteren Entwicklung, Erfassung von spezifischen Gesundheitsrisiken bis hin zur Abschätzung der individuellen Lebenserwartung - erscheint bereits nach dem gesunden Menschenempfinden als nicht akzeptable Verobjektivierung des Menschen. Aus der Sicht des Persönlichkeitsrechtes kann man damit auch beim Umgang mit „sensitiven Daten“ *im Ergebnis* das eine Mal eine Verletzung konstatieren, das andere Mal einen Verletzungstatbestand ausscheiden. Die „Sensitivität“ von Daten „fluktuiert“²⁵⁵ also mitunter je nach dem Verarbeitungszusammenhang im Einzelfall.

²⁵³ *Simitis*, NJW 1997, 281 (287).

²⁵⁴ Der Gesetzgeber hat die einem Berufsgeheimnis unterliegenden Daten in § 39 BDSG 1990 zusätzlich einem Zweckentfremdungsverbot auf Empfängerseite unterstellt; vgl. *Go/a* NJW 1993, 3109 (3115 f.).

²⁵⁵ So *Simitis*, FS Pedrazzini, 1990, S. 469 (480).

b) Inhaltliche Qualifikation als Instrument zur Abstufung von Schutzinteressen

Daraus folgt aber nicht, daß der inhaltliche Bezug der Daten von vornherein untauglich zur Bestimmung von Differenzierungen im Schutzniveau wäre. In der pauschalen und generellen Ablehnung von Sensitivitätslisten durch Teile der Literatur liegt daher die Schwäche der rein kontextorientierten Argumentation²⁵⁶. Hierin wird eine Vernachlässigung durchaus tauglicher Unterscheidungskriterien deutlich, die aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht nicht akzeptabel erscheint. Betrachtet man die verschiedenen Schutzaspekte der menschlichen Persönlichkeit²⁵⁷, die gemeinhin als Persönlichkeitsgüter bezeichnet werden, so wird man feststellen, daß bestimmte Bereiche der menschlichen Existenz ein besonderes Schutzbedürfnis vor einer Veröffentlichung der sie betreffenden Angaben aufweisen.

So handelt es sich etwa bei Angaben über sexuelle Gewohnheiten oder Präferenzen um Sachverhalte, deren Fixierung, Verbreitung oder gar Veröffentlichung in der Regel dem Geheimhaltungsinteresse und dem Schamgefühl des Betroffenen zuwiderläuft. Ähnlich verhält es sich mit den sittlichen, religiösen oder politischen Anschauungen einer Person. Ethnische Angaben erscheinen bereits angesichts unsäglicher geschichtlicher Erfahrungen mit Diskriminierungen bis in die heutige Zeit hinein als besonders brisant. Es liegt auf der Hand, daß derlei Angaben - scil. deren Fixierung, Weitergabe, Veröffentlichung usw. - eine weit größere Gefahr für die Persönlichkeit in sich bergen als andererseits die Angabe des Namens, der Anschrift oder der individuellen Eßgewohnheiten. Es wird bisweilen verkannt, daß sich die Schutzwürdigkeit der Person unter anderem auch über die drohende Eingriffsrichtung und Eingriffsintensität definiert. Deren Auswirkungen von Eingriffen aber hängen *auch* ab von dem Inhalt der betroffenen Information²⁵⁸. Die inhaltliche Qualität eines einzelnen personenbezogenen Datums weist gewissermaßen die Persönlichkeit in einem ihrer kleinsten Details in einem bestimmten persönlichkeitsrechtlichen Bereich aus.

c) Gesamtschau aus Inhaltsqualifikation und Verarbeitungskontext

Dabei realisiert bzw. erhöht sich noch die Mißbrauchsgefahr im Umgang mit „sensitiven Daten“ je nach der Art des konkreten Verwendungszusammenhangs

²⁵⁶ Die Ablehnung verläuft konsequentermaßen parallel zur Verwerfung des traditionellen persönlichkeitsrechtlichen Schutzkonzeptes (Sphärentheorie).

²⁵⁷ Ausführlich *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 220 ff.

²⁵⁸ Dazu *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht, S. 157 f.

bzw. des Verarbeitungskontextes. Gerade bei der Verknüpfung einer Vielzahl von „sensitiven“ Einzelangaben entsteht die Gefahr der Katalogisierung und Verobjektivierung der Person in dem betroffenen Schutzbereich der Persönlichkeit. Verknüpft man etwa umfassende Angaben über das Intimleben des Betroffenen zu einer Art „Intimprofil“, so ergeben sich hierdurch auch besondere Rückschlüsse für den Betrachter bezüglich des Charakterbildes der beschriebenen Person. Die Verbreitung von „Charakteranalysen“ wird in der persönlichkeitsrechtlichen Literatur aber zu Recht für unzulässig gehalten²⁵⁹. Daneben betreffen derlei Informationen regelmäßig den persönlichen Geheimbereich und stehen bereits aus diesem Grunde unter besonderem Schutz vor Indiskretion. Weiter hängt die von der Datenverarbeitung ausgehende Gefahr wesentlich von der Person bzw. dem konkreten Kreis der Empfänger ab. Je nach dem, in welchem Verhältnis der Empfänger zum Betroffenen steht, wird sich die Datenverarbeitung das eine Mal als Persönlichkeitsverletzung darstellen, das andere Mal nicht. So werden Ehepartner einander „Datenerhebungen“ aus dem Privatleben in der Regel gestatten²⁶⁰, ganz anders sieht es bei unerwünschten Einbrüchen von Pressevertretern in den persönlichen Lebensbereich aus. Wieder anderen Beschränkungen unterliegen Personen, die zur Wahrung von besonderen Geheimhaltungspflichten, etwa als Arzt, Rechtsanwalt oder Bankangestellter verpflichtet sind²⁶¹. Gegen Vertrauensbrüche solcher Personen wenden sich in der Regel bereits spezielle Rechtsnormen, die eine entsprechende Verhaltenspflicht aussprechen bzw. Sanktionen im Falle eines Verstoßes vorsehen²⁶².

Es läßt sich damit festhalten, daß der Umgang mit besonders sensiblen Informationen erhöhte Gefährdungslagen für anerkannte Schutzaspekte der Persönlichkeit in sich birgt, die vor allem aus der inhaltlichen Nähe der Angaben zu existentiellen Interessen des Menschen, aus der Nähe zum „Kern der Persönlichkeit“ resultieren. Damit liegt in der inhaltlichen Zuordnung personenbezogener Daten *ein* Abstufungskriterium für die Abgrenzung des Schutzbereiches von persönlichkeitsrechtlichen Interessen an Daten. Gerade durch das Zusammenführen sensitiver Daten erhöht sich die Gefährdungs- und Mißbrauchssituation zulasten des Betroffenen in besonderem Maße. Es kann daraus gefolgert werden, daß oft erst eine Gesamtschau der inhaltlichen

²⁵⁹ Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 306 (308).

²⁶⁰ Fraglich dürfte in diesem Zusammenhang nur sein, ob es sich im Einzelfall dogmatisch um eine gerechtfertigte Persönlichkeitsverletzung handelt, oder aber - wofür einiges spricht - bereits die Tatbestandsmäßigkeit wegen sozialadäquaten Verhaltens bzw. als Folge einer Abwägungsentscheidung zu verneinen ist. Dazu näher im dritten Teil.

²⁶¹ Zum Datenschutz im weiteren Sinn Tinnefeld/Ehmann, Datenschutzrecht, S. 110 ff.

²⁶² Vgl. z.B. § 43 a BRAO, § 35 SGB I, § 30 AO; im Strafrecht z.B. § 203 StGB.

Qualifikation von Daten sowie deren Verarbeitungszweck bzw. Verarbeitungskontext eine Entscheidung der Frage zulässt, ob die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts zu besorgen ist. Für die tatbestandliche Konturierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, z.B. im Rahmen des § 823 BGB, ergibt sich somit die Notwendigkeit, im Einzelfall durchaus auch die Art der im Streit stehenden Angaben in die Schutzüberlegungen mit einzubeziehen²⁶³. Der Sensitivitätskatalog des Art. 8 der EG-Datenschutzrichtlinie stellt sich insofern als rechtspolitisch begrüßenswerte Entscheidung zum Schutze persönlicher Kerninteressen dar.

²⁶³ Ob hieraus allein die tatbestandliche Unrechtsindikation zu folgern wäre, erscheint zweifelhaft, soll an dieser Stelle zunächst aber offen bleiben.

D. Thesen

1. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat das BVerfG den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz von seinen Grundlagen einer rechtsgut- bzw. eingriffsorientierten Betrachtungsweise gelöst und ein umfassendes, aber nur relatives Autonomierecht geschaffen. Die theoretischen Grundlagen dieses Rechts vermögen jedoch nicht zu überzeugen.
 - a) Die Lehre vom informationellen Totalvorbehalt versagt in der praktischen Anwendung mangels Eingrenzung des Eingriffsbegriffs.
 - b) Die These von der Relativität der Privatsphäre trifft zwar in ihrer Grundannahme zu, rechtfertigt jedoch nicht den weiteren Schluß, daß die Zugehörigkeit von Daten zu bestimmten Persönlichkeitssphären ohne Bedeutung für die Bewältigung des persönlichkeitsrechtlichen Konfliktes mit dem Datenverwender wäre. Ein gesteigertes Schutzbedürfnis des Betroffenen läßt sich jedenfalls auch nach der inhaltlichen Nähe der Daten zur Person ermitteln, so etwa im Falle von „sensitiven Daten“.
2. Das Konzept einer autonomen Selbstdarstellung krankt an seiner modellartigen soziologischen Grundlage. Der Darstellungseindruck, den eine Person in ihrer Umwelt hinterläßt, unterliegt naturgemäß sowohl einer Selbst- wie auch einer Fremdbestimmung. Information besitzt als Wesensbedingung für Kommunikation per se keinen rechtlichen Zuweisungsgehalt zu einem bestimmten Rechtssubjekt. Zur Annahme einer (ausnahmsweisen) rechtlichen Informationsherrschaft bedarf es eines besonderen Schutzinteresses des von der Information Betroffenen. Dies wird von den Anhängern der These selbstdefinierter Darstellung übersehen.
3. Die menschliche Persönlichkeit zerfällt nach einer Modellvorstellung in eine Intim- sowie eine Sozialperson. Es verbietet sich, die Ausbildung von Persönlichkeit auf den Sektor der sozialen Interaktion begrenzen zu wollen. Die Anlagen eines Menschen machen bereits seinen Eigenwert, seine Originalität und Einzigartigkeit aus. Selbstentfaltung und Entwicklung von Persönlichkeit geschehen auch abseits sozialer Interaktion in einem Rückzugsbereich, in welchem der Mensch für sich ist und nur sich selbst gehört. Jenem Raum muß die Rechtsordnung besonderen Schutz zuteil werden lassen. Einen hierfür brauchbaren Ansatz bildet die Sphärenformel.

4. Aufgrund ihrer bloß darstellungsorientierten Ausrichtung und mangels ausreichender Abstufung der Schutzinteressen bietet die informationelle Selbstbestimmungsbefugnis für sich allein keinen zureichenden Privatheitsschutz.
5. Eine vom BVerfG in mehreren Entscheidungen angeführte zusätzliche verfassungsrechtliche Fundamentierung des Datenschutzes im Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG ist abzulehnen. Personale Daten sind nicht grundsätzlich einem Rechtsträger zuzuordnen. Sie weisen außerdem in der Regel keinen Vermögenswert auf, so daß bereits aus diesem Grunde eine Eröffnung des Schutzbereiches nicht angenommen werden kann.
6. Aus den speziellen Freiheitsrechten lassen sich zwei Ansätze herausarbeiten, die mit datenschutzrechtlichen Interessen der Persönlichkeit zusammentreffen: Ein auf Abschirmung und informelle Abwehr ausgerichteter Ansatz (grundrechtlicher Indiskretionsschutz) sowie ein auf Selbstdarstellung in der sozialen Umwelt abstellender Ansatz. Freiheitsrechte, die den letzteren Ansatz betreffen, wirken jedoch nicht allein kommunikationsverhindernd, sondern mitunter auch kommunikationsfördernd und schließen den Umgang mit persönlichen Daten anderer teilweise ein.
7. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde vom BVerfG über die Figur der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ins Privatrecht getragen. Dies erscheint bereits im Ansatz zweifelhaft, da es zur Ausgestaltung des privatrechtlichen Persönlichkeitsrechts nicht des Rückgriffs auf die Ebene der Grundrechte bedarf. Auch die unterschiedlichen Schutzrichtungen gebieten eine differenzierende Betrachtung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Der zivilrechtliche Datenschutz sollte, soweit er sich als Mittel zum rechtlichen Schutz der Persönlichkeit begreift, aus eben diesem Rechtsgebiet entwickelt werden.
8. Inhaltlich liegt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung quer zur Rechtsmaterie Datenschutz. Es geht in der Unbestimmtheit seines Schutzbereichs weit über den Schutz personaler Daten hinaus und tangiert nahezu alle Bereiche des Persönlichkeitsrechts. In seinen Randbereichen hat sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung infolgedessen von seinen persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln gelöst, so zum Beispiel, wenn es grundsätzlich auch ganz alltägliche, rein sinnlich vermittelte Datenerhebungen oder Datenverwendungen unter Privaten erfaßt oder etwa im Bereich der Trivialkommunikation eingreift. Die Rechtsfigur leistet den notwendigen Bemühungen um eine Konturierung des Persönlichkeitsrechts damit einen „Bärenienst“.

9. Es darf nicht verkannt werden, daß es sich bei den im Verfassungsrecht und im Zivilrecht entwickelten Spielarten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts um zwei nicht deckungsgleiche Rechtsfiguren handelt, deren Kerninteresse, der Schutz der Persönlichkeit, allerdings identisch ist.
10. Es gibt kein verfassungsrechtliches Postulat dergestalt, daß der Umgang mit persönlichen Daten unter Privatrechtssubjekten grundsätzlich erlaubnispflichtig wäre. Das Gesetzlichkeitsprinzip beschränkt sich von Verfassungs wegen auf die Datenverwendung der öffentlichen Hand.
11. Für die Lösung der unter Privaten bestehenden Konfliktlagen zwischen Kommunikations- und Datenschutzinteressen gebietet die Verfassung grundsätzlich eine Abwägung der kollidierenden Güter und Interessen. Die Abwägung kann entweder vom Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise vorweggenommen werden oder aber sie obliegt im Streitfall dem Richter.
12. Durch die EG-Datenschutzrichtlinie wurde der Datenschutz im privaten Bereich weiter ausgebaut. Andererseits erfährt der normierte Datenschutz Eingrenzungen in seinem Anwendungsbereich. Persönlichkeitsrechtliche Aspekte im Umgang mit Daten im Rahmen persönlicher Tätigkeit werden ebenso wie der Unternehmensdatenschutz vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Damit besteht grundsätzlich ein Anwendungsraum für das Schutzinstrumentarium des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts.
13. Die Einführung eines Kataloges „sensitiver Daten“ in der EG-Datenschutzrichtlinie ist begrüßenswert, da sich die inhaltliche Qualifikation personenbezogener Information, etwa die sachliche Nähe zum engeren Lebenskreis, als ein taugliches Kriterium zur Bestimmung des Schutzbedürfnisses des Betroffenen darstellt. Daneben ist jedoch auch stets der Verarbeitungskontext zu berücksichtigen.

„Das Leben besteht nicht aus scharfen Grenzen, sondern aus Übergängen. Die Interessen der Person sitzen ihr teils dicht auf den Fersen, teils verlaufen sie langsam in unendliche Fernen.“¹

Zweiter Teil

Anwendungsräume des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und Konkurrenzverhältnis zum positivem Recht am Beispiel des BDSG

A. Die Grenzen der einfachrechtlichen Vorgaben des normierten Datenschutzrechtes

Das Datenschutzrecht in der Bundesrepublik ist nach traditioneller Auffassung spezielles Persönlichkeitsschutzrecht². Damit stellt sich zwangsläufig die Frage, welche Rolle das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht neben den kodifizierten nationalen Datenschutzregelungen einnimmt und welche Kollisionslagen hierbei auftreten. Die Arbeit widmet sich daher im folgenden der Frage, welcher Anwendungsraum der Rechtsfortbildung noch zuteil wird und welche grundsätzlichen Konkurrenzfragen sich ergeben.

Im deutschen Datenschutzrecht kann zunächst in sachlicher Hinsicht zwischen dem Datenschutzrecht im engeren Sinne und dem Datenschutzrecht im weiteren Sinne unterschieden werden³. Zum ersteren rechnen alle allgemeinen Datenschutzregelungen auf europäischer sowie auf Bundes- und Landesebene, zu letzterem werden solche bereichsspezifischen Spezialregelungen gezählt, die originär nicht als „Datenschutzregelungen“ konzipiert worden sind, wie etwa die speziellen Geheimnisschutztatbestände der §§ 201 ff. StGB oder das in §§ 22, 23 KUG geregelte Recht am eigenen Bild. Im ersteren Sinne ergibt sich für die Bundesrepublik das allgemeine Datenschutzrecht aus der oben bereits angesprochenen EG-Datenschutzrichtlinie, dem BDSG sowie den

¹ Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 133.

² Das ergibt sich bereits aus der legislativen Zweckfestlegung in § 1 Abs. 1 BDSG 1990; so auch Tinnefeld/Ehmann, Datenschutzrecht, S. 156.

³ Tinnefeld/Ehmann, aaO., S. 110 ff.

Datenschutzgesetzen der Länder. Hinzu kommt das sog. besondere Datenschutzrecht in verschiedenen Fachgesetzen (z.B. im SGB, TDDSG). Dabei sind die Grenzen zum allgemeinen Datenschutzrecht allerdings mitunter fließend, da auch im allgemeinen Datenschutzrecht bereichsspezifische Sondervorschriften bekannt sind⁴, die den Regelungen in Spezialgesetzen ähneln⁵. Kennzeichnend für die allgemeinen Datenschutzregeln ist deren Subsidiarität gegenüber Sonderbestimmungen im Sinne einer Priorität der spezielleren Bundesnorm. Sie kommt insbesondere in § 1 Abs. 4 BDSG 1990 zum Vorschein.

Da nun aber das BDSG gleichsam einen „Allgemeinen Teil“ des Datenschutzrechts auf Bundesebene konstituiert, soll hier vornehmlich untersucht werden, welche Kollisionslagen sich aufgrund seines Anwendungsbereiches mit dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergeben können. Drei Problemkreise erscheinen dabei einer Prüfung wert und sollen im folgenden beleuchtet werden. Zum einen bedarf der Anwendungsbereich des geschriebenen Rechts - im hier interessierenden Privatrechtsverkehr - einer Abmarkung, da zumindest jenseits dieser Grenze womöglich der Schutzmechanismus des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Institut der Rechtsfortbildung greift. Sind in diesem Sinne gesetzliche und nicht gesetzlich geregelte Bereiche von datenschutzrechtlicher Relevanz herausgearbeitet, so stellt sich die weitere Frage nach dem systematischen Standort der gesetzlichen Bestimmungen im Bereich des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtes sowie daran anschließend die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis des in Rechtsfortbildung entwickelten Persönlichkeitsrechtsschutzes nach dem BGB zum normierten Datenschutzrecht. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auf die Konkurrenzsituation zwischen Ansprüchen nach dem BDSG und dem allgemeinen Deliktsrecht gerichtet werden. In einer Schlußbetrachtung soll sodann konkret das Verhältnis von Schadensersatzansprüchen nach dem BDSG bzw. nach § 823 BGB *de lege lata* und *de lege ferenda* geklärt werden.

1. Anwendungsgebiete des allgemeinen Persönlichkeitsrechts neben den Bestimmungen des BDSG ?

Zur Erfassung des Bedeutungsgehaltes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts neben den Bestimmungen des BDSG ist zunächst dessen Anwendungsbereich im Hinblick auf den Datenschutz bei Verarbeitungen durch Private bzw. durch

⁴ Vgl. etwa §§ 39 ff BDSG 1990

⁵ Kloepfer, Gutachten, S. D 56.

die sog. „nicht-öffentlichen“ Stellen abzustecken. Dabei kann an dieser Stelle keine umfassende geschichtliche Aufarbeitung der Entwicklung des BDSG stattfinden⁶.

Bemerkenswert ist jedoch, daß das aus dem Jahr 1977 stammende BDSG durch die Änderungen in der Novelle des Jahres 1990⁷ für den hier interessierenden Bereich des privaten Datenumganges keine gravierenden Neuerungen gebracht hat. Das hat wohl vor allem darin seine Ursache, daß die durch das Volkszählungsurteil aus dem Jahre 1983 angestoßenen langwierigen Reformdiskussionen sich vornehmlich auf den Datenschutz im Verhältnis des Bürgers zum Staat konzentrierten, da das Volkszählungsurteil gerade dieses Verhältnis unmittelbar betroffen hatte. So ergab sich auch für die damalige Neufassung ein vieldiskutiertes und umstrittenes „Schutzgefälle“ im Datenschutz zwischen dem öffentlichen und dem nicht-öffentlichen Bereich⁸.

Einschneidendere Änderungen auch und gerade für den nicht-öffentlichen Bereich sind allerdings im Zuge der Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie in bundesdeutsches Recht zu erwarten⁹. Umfassende Ausführungen zum normierten Datenschutzrecht *de lege lata* oder gar *de lege ferenda* müssen an dieser Stelle zwar aus Zweckmäßigkeitsgründen unterbleiben, da sie den Rahmen der Arbeit sprengen würden. Allerdings bedarf die weitere Aufarbeitung der Kollisionslagen jedenfalls zunächst eine Abgrenzung des Anwendungsbereichs des geschriebenen Rechts.

1. Grenzen des Anwendungsbereichs des BDSG im Bereich der Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen de lege lata und de lege ferenda

Bei der Ermittlung des Regelungsumfanges des BDSG kann man zwischen dem sachlichen und dem persönlichen Anwendungsbereich unterscheiden. Die folgende Darstellung beschränkt sich dabei bewußt auf den Bereich der Datenverarbeitung durch „nicht-öffentliche Stellen“, da allein hier Rechtswirkungen für den Privatrechtsverkehr normiert werden.

a) Sachliche Grenzen

⁶ Vgl. dazu etwa *Werthebach*, RDV 1997, 1 ff.

⁷ Gesetz zur Fortentwicklung des Datenschutzes vom 20.12.1990, BGBl. I, S. 2954.

⁸ So bereits *Dammann*, NVwZ 1991, 640 ff.; *Walz*, CR 1991, 364 ff.; *Brossette*, S. 269 ff.; siehe auch *Wind/Siegert*, RDV 1992, 118 f.

⁹ Siehe dazu den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 13.10.2000 (BT-Drs. 14/4329) sowie die Stellungnahme des Bundesrats vom 29.09.2000 und die vorangegangenen Gesetzentwürfe der Bundesregierung zur Novelle des BDSG vom 11.3.1999 und vom 6.7.1999 (*Quelle*: www.datenschutz-berlin.de/recht/de/bdsg/ggebung.htm)

In sachlicher Hinsicht bieten sich angesichts der gesetzgeberischen Vorgaben im BDSG 1990 sowie im jüngsten Regierungsentwurf zur Novelle des BDSG¹⁰ für den nicht-öffentlichen Bereich Anhaltspunkte zu Differenzierungen in mehrerlei Hinsicht. Zu unterscheiden bzw. zu klären sind demnach die einbezogenen Phasen des Umgangs mit persönlichen Daten, der Begriff der „automatisierten Verarbeitung“ und der Dateibegriff sowie die Frage nach der Abgrenzung zur nicht geregelten rein privatnützigen Datenverarbeitung.

aa) Die Ausweitung des Verbotsgrundsatzes auf die „Datenerhebung“

Im BDSG 1990 unterfiel der Vorgang der Datenerhebung nicht dem Oberbegriff der Datenverarbeitung, die nach § 4 BDSG 1990 unter ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt war. Allerdings wurden Informationsermittlungsmaßnahmen nach §§ 13 und §§ 28 Abs. 1 S. 2, 29 Abs. 1 S. 2 BDSG besonderen Regeln unterworfen, was - Forderungen in der Literatur entsprechend¹¹ - zu einer Ausweitung des Datenschutzes im Sinne einer zeitlichen Vorverlagerung geführt hat¹².

Noch einen Schritt weiter geht der Regierungsentwurf 2000, wonach gemäß §§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 3 Abs. 2 in Umsetzung der Vorgaben der EG-Datenschutzrichtlinie die Phase der „Datenerhebung“ ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen wird¹³. Aus § 4 Abs. 1 BDSG Regierungsentwurf 2000 ergibt sich sodann, daß auch die Phase der Datenerhebung fortan unter ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fallen soll¹⁴.

bb) Die Abkehr vom herkömmlichen Dateibegriff - Einführung des Begriffs der „automatisierten Verarbeitung“

In Umsetzung des Art. 3 Abs. 1 der EG-Richtlinie sieht der Regierungsentwurf 2000 - nach einigen Änderungen im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens¹⁵ -

¹⁰ Wenn im folgenden vom „Regierungsentwurf 2000“ die Rede ist, so ist damit der aktuelle Regierungsentwurf vom 13.10.2000 (BT-Drs. 14/4329) gemeint.

¹¹ *Schwan*, VerwArch 66 (1975), 120 (125).

¹² Zum ganzen *Ordemann/Schomerus*, BDSG, § 13 Rn. 1, § 4 Rn. 1.

¹³ Ohne allerdings auf semantischer Ebene die Datenerhebung als Unterfall der Datenverarbeitung zu begreifen, wie es die Definition in Art. 2 b) EG-Datenschutzrichtlinie vorsieht.

¹⁴ Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG in der Fassung des Entwurfs vom 11.3.1999 wurde zudem ausdrücklich das „Beobachten und Speichern mit optisch-elektronischen Einrichtungen“ in den sachlichen Anwendungsbereich einbezogen. Dieser unnötige Zusatz wurde in den folgenden Entwürfen fallengelassen.

¹⁵ Im Gesetzentwurf vom 11.3.1999 war in § 3 Abs. 2 BDSG noch vorgesehen, auch weiterhin zwischen einer „automatisierten“ und einer „nicht automatisierten Datei“ zu unterscheiden, jedoch stellte die Definition der automatisierten Datei nun auf die Automatisierung des Verarbeitungs- bzw. Erhebungsvorganges der Daten ab. Der unglückliche Begriff „automatisierte Datei“ lenkte hiervon ab. Nach Art. 3 Abs. 1 der EG-Datenschutzrichtlinie kommt es auf den Begriff „Datei“ ausschließlich im Rahmen der „nicht automatisierten

zunehmend im Hinblick auf den Dateibegriff eine engere Anlehnung an die Terminologie der EG-Richtlinie vor. Demnach wird in § 3 Abs. 2 Regierungsentwurf 2000 als sog. „automatisierte Verarbeitung“ jede Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen angesehen und dem Schutzbereich des Gesetzes unterstellt. Grundsätzlich kommt es damit nicht auf die Organisation der Daten an. Auch Bild- und Tondaten werden hiervon erfaßt. Allerdings muß sich der Verarbeitungsautomatismus auch auf die Daten in ihrer semantischen Dimension beziehen, so daß die Automatisierung des Datenträgers allein, etwa durch bloßes Aufnehmen und Abspielen eines Videobandes, nicht ausreicht¹⁶.

Der Begriff der „nicht automatisierten Datei“ wird demgegenüber (im Sinne der engen EG-Terminologie) definiert als jede „nicht-automatisierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach äußerlich vergleichbaren Merkmalen aufgebaut und nach bestimmten Merkmalen zugänglich ist und ausgewertet werden kann“. Entscheidend kommt es damit - im Gegensatz zur automatisierten Verarbeitung - auf einen gewissen Organisationsgrad der Daten selbst an, der den Zugang und die Auswertbarkeit erleichtert¹⁷.

Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG Regierungsentwurf 2000 gilt nun für den hier interessierenden Bereich der Datenverarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen, daß der Geltungsbereich des Gesetzes ein Verarbeiten von Daten „unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen“ bzw. „in oder aus nicht automatisierten Dateien“ voraussetzt. Im Unterschied zur Datenverarbeitung durch hoheitliche Stellen, für die nach Regierungsentwurf 2000 § 1 Abs. 2 Nr. 1, 2 keine Beschränkung auf die automatisierte Datenverarbeitung bzw. den Dateibegriff besteht, wird sonach der als schutzbedürftig erkannte Bereich des Datenschutzes im Privatverkehr an besondere Modalitäten geknüpft. Dies führt einerseits - man mag dies als Folge eines effektiven Vorfeldschutzes erachten - dazu, daß sowohl die Erhebung zum Zweck der späteren Verwendung in einer Datei als auch die Übermittlung aus einer bestehenden Datei vom Schutzbereich des Gesetzes, unabhängig von ihrer Form - so etwa auch bei mündlicher Datenübermittlung - erfaßt werden. Andererseits wird aber auch klargestellt, daß der Anwendungsbereich des Gesetzes für die Rechtsverhältnisse unter Privaten spätestens dort endet, wo der Umgang mit

Verarbeitung“ noch an; vgl. zu der Begriffsverwirrung die Begründung des Referentenentwurfs 1999 zu § 3 Abs. 2 n.F. (Stand 11.3.1999). Bereits im Entwurf vom 6.7.1999 wurden diese Ungereimtheiten durch eine strengere Anbindung an die EG-Terminologie ausgeräumt.

¹⁶ Beispiel nach *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 3 Rn. 3.

¹⁷ *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 3 Rn. 5.

Daten nicht automatisiert erfolgt und nicht in Zusammenhang mit einer (nicht automatisierten) Datei steht¹⁸.

Persönlichkeitsrechtsverletzungen mittels Datenverwendung unter Privaten kommen aber durchaus auch jenseits der Grenzen einer Verarbeitung unter Einsatz einer Datenverarbeitungsanlage bzw. einer Verwendung „in oder aus nicht automatisierten Dateien“ in Betracht. Hält man sich etwa die systematische Erfassung einer Einzelperson mittels schriftlicher Fixierung ihrer äußerlichen Merkmale, ihrer Lebensumstände, ihres Lebensablaufes, ihrer Eigenschaften, Charakteristika und Hobbys usw. vor Augen, so wird man feststellen, daß eine solche manuell erstellte „Einzelerfassung“ nicht den Kriterien des § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG Regierungsentwurf 2000 unterfallen kann¹⁹. Gleichwohl kann sich das Ausspionieren von anderen, gleich ob aus geschäftlichen oder persönlichen Interessen motiviert, als schwere Persönlichkeitsverletzung des Betroffenen darstellen. Auch gegen eine Speicherung, Übermittlung, Verbreitung oder gar Veröffentlichung der so gewonnenen Informationen bietet das normierte Datenschutzrecht des BDSG keinen Schutz. An diesem Beispiel wird deutlich, daß sich das geltende Datenschutzrecht einerseits zwar von der technikorientierten Anbindung an die Systemgefährdungen der EDV teilweise gelöst hat, andererseits es jedoch weiterhin rechtlich den typischen Gefahrenlagen für den Einzelnen anhand der Topoi Strukturierung, Zugänglichkeit und Auswertbarkeit von über mehrere Personen erfaßten Daten verhaftet bleibt.

Ein weiteres Beispiel mag die Grenzen des Anwendungsbereiches verdeutlichen: Nicht automatisiert erhobene und gesammelte Daten über mehrere Personen, die nach nur einem Ordnungsmerkmal strukturiert sind, etwa dem Namen, dem Alter oder dem Beruf, unterfallen nicht dem BDSG, da insoweit der Aufbau nach vergleichbaren Merkmalen verlangt wird²⁰. Nun wird aber wohl niemand ernstlich behaupten, daß die Anzahl der Ordnungs- bzw. Strukturkriterien einer Datensammlung allein und abschließend über das Vorliegen eines persönlichkeitschutzrechtlichen Interesses der Betroffenen entscheidend sein kann. Auch an dieser Stelle wird deutlich, daß der normierte Datenschutz im Einzelfall endet, obwohl das Persönlichkeitsrecht einen Schutz gebietet: Die Betroffenen, deren unterschiedlichste Daten z.B. über ihr

¹⁸ Vgl. die Begründung zu § 3 Abs. 2 BDSG n.F. (BT-Drs. 14/4329, S. 32).

¹⁹ Es liegt insbesondere keine Datei im Rechtssinne vor, da Aufbau und Auswertungsmöglichkeiten „nach äußerlich vergleichbaren Merkmalen“ bei einer bloßen Einzelerfassung nicht in Betracht kommen.

²⁰ Parallel zur Rechtslage nach dem BDSG 1990 Simitis-Dammann, BDSG, § 3 Rn. 79 ff.; nach wohl h.L. genügt aufgrund Art. 2 c EG-Datenschutzrichtlinie bzw. Erwägungsgrund Nr. 15 hierzu jedoch bereits ein Strukturmerkmal; so *Dammann-Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 2 Rn. 9; Einl. Rn 20 f.; ebenso *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutz, S. 191. Der Wortlaut des Art. 2 c EG-Datenschutzrichtlinie ist jedoch nicht eindeutig und läßt auch eine restriktivere Interpretation zu.

Privatleben auf Karteikarten oder in Akten festgehalten worden sind, bedürfen im Einzelfall auch dann eines persönlichkeitsrechtlichen Schutzes, wenn die gesamte Datensammlung nur nach einem einzigen vergleichbaren Strukturmerkmal - etwa dem Namen²¹ - aufgebaut ist oder ein solches gar nicht vorhanden ist.

Es bleibt festzuhalten, daß der besondere Schutz vor strukturierter Datenverarbeitung aufgrund der erhöhten Risiken für den Betroffenen, etwa der Gefahr einer Katalogisierung und raschen Verfügbarmachung seiner Person, durchaus seine Rechtfertigung besitzt. Einmal mehr beweist sich an diesem Punkt jedoch auch, daß normierter Datenschutz trotz seiner persönlichkeitsrechtlichen Ausrichtung keinen umfassenden Schutz der Person unter allen Aspekten leisten kann, die durch den Umgang mit personenbezogenen Daten ein besonderes Schutzbedürfnis zutage treten lassen. Für den in Rechtsfortbildung geformten Persönlichkeitsschutz spricht dagegen vor allem seine Flexibilität, die es stets ermöglicht, auch neuen, bisher unerkannten Gefährdungen entgegen zu wirken.

cc) Die Ausklammerung des Datenumgangs im Rahmen persönlicher und familiärer Tätigkeiten

In sachlicher Hinsicht schränkte bereits § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG 1990 den Anwendungsbereich des Gesetzes für nicht-öffentliche Stellen insofern ein, als lediglich die Verarbeitung und Nutzung von Daten „in oder aus Dateien geschäftsmäßig oder für berufliche oder gewerbliche Zwecke“ vom sachlichen Regelungsumfang erfaßt wurden. Damit kommt das bisher geltende bundesdeutsche Recht - in umgekehrter Formulierung - den Anforderungen des Art. 3 Abs. 2, 2. Spiegelstrich EG-Datenschutzrichtlinie bereits sehr nahe, wonach die Datenverarbeitung natürlicher Personen zu „ausschließlich persönlichen oder familiären Tätigkeiten“ vom Anwendungsbereich des normierten Rechts ausgenommen sind. Der rein private Datenumgang im zwischenmenschlichen Bereich bleibt damit gleichermaßen vom geschriebenen Recht unberührt²².

Am Gesetzestext des BDSG 1990 entzündete sich in der Literatur die Streitfrage nach einer Einbeziehung von Organisationen, die rein ideelle oder karitative Zwecke verfolgen²³. Im Rahmen der Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie wurde daher bisweilen eine Klarstellung für die

²¹ Vgl. *Simitis-Dammann*, BDSG, § 3 Rn. 82.

²² Allerdings entsteht, wie noch zu zeigen sein wird, auch insoweit kein „rechtsfreier Raum“.

²³ Zum Streitstand *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 228 m.w.N.

Neuregelung des BDSG gefordert²⁴. Dem trägt der Regierungsentwurf 2000 zur Novelle des BDSG in § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG n.F. nunmehr insofern Rechnung, als dort - im Einklang mit der Terminologie der EG-Richtlinie - festgelegt wird, daß ausschließlich die Datenverarbeitung „für persönliche oder familiäre Tätigkeiten“ aus dem Anwendungsbereich herausfällt. Damit dürfte die Einbeziehung von rein ideell bzw. karitativ tätigen Personenzusammenschlüssen in das BDSG endgültig bestätigt sein.

Auch insofern verdeutlicht sich die These, daß es auch jenseits des geschriebenen Rechts ein Bedürfnis nach Schutz der Persönlichkeit vor ungerechtfertigten Eingriffen geben muß. Es wurde bereits erörtert, daß es auch im Bereich der Datenverwendung zu rein persönlichen Zwecken zu Verletzungen des Persönlichkeitsrechts kommen kann²⁵. Da jene Verletzungstatbestände aber stets eng an den Umgang mit personenbezogener Information angebunden sind, sie gleichwohl gesetzlich nicht geregelt sind, wird an späterer Stelle eine Einordnung und der Versuch einer Systematisierung vorgenommen.

b) Persönliche Grenzen

In persönlicher Hinsicht stellen § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG 1990 bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG Regierungsentwurf 2000 klar, daß als Normadressaten grundsätzlich auch „nicht-öffentliche“ Stellen unter das BDSG fallen, d.h. natürliche und juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts, § 2 Abs. 4 BDSG 1990²⁶. Die sog. „privaten Datenmächte“ unterliegen damit einheitlich den Bestimmungen des BDSG²⁷.

2. Das BDSG - Teilmenge eines „besonderen Persönlichkeitsrechts“?

Nachdem nun der Anwendungsbereich des BDSG und seine Grenzen sowie die Schnittstellen zum nicht kodifizierten Persönlichkeitsrecht aufgezeigt worden sind, stellt sich unweigerlich die Frage, welchen Platz das normierte Datenschutzrecht im Gefüge der zivilrechtsdogmatischen Ordnung, genauer im System des Persönlichkeitsrechtsschutzes einnimmt. Das BDSG als vor die Klammer gezogene Rechtsmaterie soll hierbei primär beleuchtet werden, wobei zu klären ist, ob durch die Bestimmungen dieses und anderer Gesetze über den Datenschutz ein sog. „besonderes Persönlichkeitsrecht“ herausgebildet worden ist. Problematisch erscheint diese Fragestellung bereits angesichts der

²⁴ Kloepfer, Gutachten, S. D 114.

²⁵ Oben erster Teil, C III 1.

²⁶ Bzw. § 2 Abs. 4 der gleichlautenden Bestimmung des BDSG n.F. Regierungsentwurf 2000.

²⁷ Von der Frage des Normadressaten zu unterscheiden ist freilich die sachbezogene Frage einer Einbeziehung unternehmensbezogener Daten in den Schutzbereich des Gesetzes (im BDSG nicht vorgesehen).

begrifflichen Unsicherheit, die dem Terminus „besonderes Persönlichkeitsrecht“ anhaftet. Neben zahlreichen wechselhaften und bisweilen diffusen Definitionsansätzen der Rechtsprechung²⁸ trägt vor allem eine wahre Flut von juristischen Lehrmeinungen zur Definition eines „besonderen Persönlichkeitsrechts“²⁹ zur Verwässerung und mangelnden Faßbarkeit dieses Begriffs bei.

Ein Minimalkonsens besteht inhaltlich zunächst allein dahingehend, daß sowohl die besonderen wie auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht von ihrer materiellen Zielbestimmung auf den Schutz der Persönlichkeit ausgerichtet sind³⁰. Ohne daß an dieser Stelle im weiteren eine umfassende Aufarbeitung zum dogmatischen Verhältnis von den besonderen Persönlichkeitsrechten zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht erfolgen könnte³¹, läßt sich doch im Ergebnis als weitgehend einhellige Meinung festhalten, daß ein besonderes Persönlichkeitsrecht im Gegensatz zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht einen fest umschriebenen und klar abgrenzbaren Tatbestand aufweist³², ohne daß dieser erst im Wege einer Güter- und Interessenabwägung positiv festgestellt werden müßte. Typischerweise indiziert die Tatbestandserfüllung beim besonderen Persönlichkeitsrecht sodann die Rechtswidrigkeit, zumindest, soweit eine Interessenabwägung durch gesetzliche Wertungen vorgezeichnet worden ist³³. Daneben kommt den gesetzlich normierten besonderen Persönlichkeitsrechten innerhalb ihres Normbereichs regelmäßig eine Präjudizwirkung für das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu³⁴, da ansonsten

²⁸ BGHZ 26, 349 (351 ff.) - Herrenreiter -; BGH LM Nr. 5 zu § 23 KUG - Hochzeitsbild -; BGH NJW 1962, 1004 f. - Doppelmörder -; BGH NJW 1965, 1374 - Wie uns die anderen sehen -; BGH NJW 1971, 698 (700) - Liebestropfen -; BGH NJW 1971, 885 f. - Petite Jacqueline -; BGH NJW 1974, 1947 - Nacktaufnahme -; zum Bereich des Datenschutzes vor allem BGHZ 80, 311 und BGHZ 91, 233 sowie unten; krit. zum ganzen auch *Helle*, S. 27 ff.; vgl. auch BGH NJW 2000, 2201 - Der blaue Engel -; BVerfG NJW 2000, 1021 - Caroline v. Monaco -.

²⁹ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 172 f.; *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (101, 105 f., 108 f. Fn. 65); RGRK-*Dunz*, § 823 Anhang I Rn. 8, 20 ff.; *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 99; MüKo-*Schwerdtner*, § 12 Rn. 204; *Nipperdey*, Ufita Bd. 30, 1 (7f.); vgl. v. *Caemmerer*, Karlsruher Forum 1961, S. 19 (22 f.); *Wronka*, Ufita 69 (1973), 71 (75 ff.); *Soergel/Siebert-Zeuner*, § 823 Rn. 67 ff.; *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 65 (66); *Larenz/Canaris*, SchuldR II, S. 519 f.

³⁰ Zu Differenzierungen s. *Helle*, S. 38.

³¹ Ausführlich *Helle*, aaO.

³² Allerdings ist streitig, ob es sich notwendig um einen um einen positiv normierten Tatbestand handeln muß; dafür *Helle*, S. 38; aA *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (105 f.), der auch die zivilrechtlich nicht normierten Bereiche des Ehrenschatzes sowie des Schutzes von gesprochenem und geschriebenem Wort zu den besonderen Persönlichkeitsrechten rechnet.

³³ *Helle*, S. 38 f. (41); RGRK-*Dunz*, § 823 Anhang I, Rn. 49. Dabei kommt es - worauf *Helle*, S. 37 f. zutreffend hinweist - nicht darauf an, ob sich eine „Persönlichkeitsverletzung“ auch *allein* aufgrund einer Güter- und Interessenabwägung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts feststellen ließe; dazu anschaulich für den Bereich des Rechts am eigenen Bild *Ehmann*, JuS 1997, 193 (199) vgl. aber auch BGH NJW 1996, 985 (986).

³⁴ *Helle*, S. 38 m.w.N.

Wertungswidersprüche zwischen normiertem Recht und Rechtsfortbildung zu besorgen wären³⁵.

Betrachtet man nun den kodifizierten Datenschutz nach dem BDSG unter diesen Gesichtspunkten, so wäre der Anknüpfungspunkt für die Verletzung eines „besonderen Persönlichkeitsrechts an personenbezogenen Daten“ in der Frage der Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung bzw. Datenerhebung im Normbereich des Gesetzes zu erblicken. Die §§ 4, 27 ff BDSG 1990 normieren insoweit eine Gruppe von Zulässigkeitstatbeständen für den Umgang mit personenbezogenen Daten, die zwar einerseits nicht frei von unbestimmten Rechtsbegriffen bzw. Generalklauseln sind³⁶, andererseits aber teilweise auch recht detaillierte Regelungen enthalten³⁷. Es liegt angesichts des eindeutigen Schutzauftrags in § 1 BDSG 1990 der Schluß nahe, daß die Entscheidung über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Datenverwendung auf dem Boden der Bestimmungen des BDSG auch präjudiziellen Charakter für die Frage nach der Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen hat. Demgemäß hat auch der BGH in ständiger Rechtsprechung³⁸ festgestellt, daß in einer unzulässigen Datenübermittlung nach dem BDSG stets auch ein Verstoß gegen das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“³⁹ zu erblicken sei. Es spricht im Interesse der Herstellung eines einheitlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes einiges dafür, diese Feststellung auch abseits des Stadiums der Datenübermittlung auf die Datenerhebung, Datenspeicherung und die sonstigen Formen der Datenverarbeitung zu erstrecken, wohl gewärtig der Tatsache, daß gerade im Bereich der Datenerhebung eine teilweise Vorverlagerung des Persönlichkeitsschutzes stattfindet⁴⁰.

³⁵ Da die Normierung besonderer Persönlichkeitsrechte regelmäßig eine Stärkung des Persönlichkeitsrechts zur Folge haben soll, scheint - auch im Interesse der Einheitlichkeit des Persönlichkeitsrechtsschutzes - im Verletzungsfall die Annahme einer positiven Indizwirkung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht geboten; vgl. *Helle*, S. 38 f.; anders offenbar *Ehmann*, JuS 1997, 193 (199); zum umgekehrten Fall siehe *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 I 6 a) und unten.

³⁶ Vgl. §§ 28 Abs. 1 Satz 2; 29 Abs. 1 BDSG 1990.

³⁷ Z.B. § 28 Abs. 2 Nr. 1 b) BDSG 1990.

³⁸ BGH NJW 1984, 436; BGHZ 91, 233.

³⁹ Genaugenommen kann man hier sowohl die Verletzung eines „besonderen Persönlichkeitsrechts“ wie auch des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ annehmen. Im Ergebnis spielt der vornehmlich begriffliche Streit um die Bezeichnung innerhalb des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB dann keine Rolle, wenn man das Verhältnis des besonderen Persönlichkeitsrechts zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht mit *Helle*, S. 41, als ein auf den Tatbestand beschränktes, limitiertes und zugleich indizierendes Spezialitätsverhältnis ansieht. Jedenfalls dann vermag das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Rechtsfolge des Ersatzes immaterieller Schäden auf der Grundlage der Rechtsprechung zu vermitteln - siehe dazu unten Fn. 44; weitergehend *Neumann-Duesberg*, NJW 1971, 1640.

⁴⁰ Dies ist eine sehr weitreichende Konsequenz, der man sich wohl nur dann anschließen kann, wenn man bereit ist, im Einzelfall den Schluß vom Verstoß gegen einen abstrakten Gefährdungstatbestand zur Rechtsverletzung zu ziehen. Aus diesem Grund verneint etwa *Ganßauge*, S. 114, die positive Indikationswirkung eines Verstoßes gegen die Bestimmungen des BDSG für das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Die Ansicht kann nicht

Ähnlich etwa wie im Bereich des Bildnisschutzes der §§ 22, 23 KUG bilden daher die Zulässigkeits- und Verbotsnormen des BDSG ein spezielles Persönlichkeitsschutzrecht, das man als einen Teilbereich eines gesetzlich normierten „besonderen Persönlichkeitsrechts an personenbezogenen Daten“ auffassen kann⁴¹. Daraus folgt in zivilrechtlicher Hinsicht, daß neben der Heranziehung der Normen des BDSG als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB⁴² womöglich auch eine - mittelbare⁴³ - Implementierung des speziellen Datenschutzes über das „allgemeine Persönlichkeitsrecht“ als „sonstiges Recht“ in den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB in Betracht kommt⁴⁴.

Dieser Ansatz führt jedoch unweigerlich zur Notwendigkeit der Aufarbeitung des Konkurrenzverhältnisses zwischen allgemeinem und besonderem Persönlichkeitsrecht im zivilrechtlichen Datenschutz.

II. Anwendungsräume des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht neben dem besonderen Datenschutzrecht ?

Zum sog. besonderen Datenschutzrecht zählt man gemeinhin bereichsspezifische Datenschutzkodifikationen in Spezialgesetzen, so etwa auf der Ebene des EG-Sekundärrechts die Telekommunikations-Datenschutzrichtlinie, auf nationaler Ebene etwa das TDDSG oder das SGB. Kennzeichnend ist insoweit die Beschränkung des Regelungsumfangs auf eine durch die sachliche Zugehörigkeit zum Regelungsgegenstand bestimmte oder bestimmbare Datenmaterie. So regeln die Datenschutzbestimmungen der

überzeugen, da sich die Verletzung des Persönlichkeitsrechts angesichts des eindeutigen Schutzauftrags in § 1 BDSG nach den gesetzlichen Bestimmungen richtet und sich nicht erst aus einer nachgelagerten Einzelfallprüfung ergeben kann. Die positive Tatbestandswirkung bei der Verletzung eines besonderen Persönlichkeitsrechts verdeutlicht auf Konkurrenzebene die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Sie findet sich auch an anderer Stelle im Persönlichkeitsrechtsschutz, so etwa im Falle des Rechts am eigenen Bild nach § 22 KUG; vgl. dazu *Helle*, S. 27 ff. (29) m.w.N.; a.A. *Klippel*, BB 1983, 407 (412); *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (271); *ders.* JuS 1997, 193 (199)..

⁴¹ Wie hier RGRK-*Dunz*, § 823 Anh. I Rn. 46.

⁴² *Simitis-Simitis*, BDSG, § 8 Rn. 26;

⁴³ Siehe bereits Fn. 39.

⁴⁴ Dies erscheint insbesondere angesichts der Rechtsprechung zum Ersatz des immateriellen Schadens analog § 847 BGB bzw. aus Artt. 1, 2 GG von erheblicher Bedeutung zu sein, da diese Rechtsfolge allein bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugesprochen wird; vgl. BGHZ 26, 394 - Herrenreiter -; BGHZ 35, 363 (367) - Ginseng -; s.a. *Helle*, S. 40 m.w.N. Wie sonst im Persönlichkeitsschutz entstehen auch im Falle unzulässiger Datenverarbeitungen Schäden bei den Betroffenen oftmals allein auf immateriellem Gebiet; s.a. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 I 4 a), b). Aufgrund des oft weiten Schutzbereichs gerade der besonderen Persönlichkeitsrechte - s.u. B II - gewinnt das von der Rechtsprechung entwickelte Bagatelle-Kriterium der „besonderen Schwere“ der Verletzung insoweit verstärktes Gewicht; vgl. aber auch BGH NJW 2000. 2915 - Marlene Dietrich -.

verschiedenen Bücher des SGB⁴⁵ typischerweise den Umgang mit sog. Sozialdaten⁴⁶, währenddessen der Umgang mit anderen personenbezogenen Informationen davon nicht erfaßt wird.

Das besondere Datenschutzrecht offenbart im Hinblick auf die Kollision mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht womöglich Besonderheiten. Soweit dort der Umgang mit personenbezogener Information explizit geregelt, d.h. für zulässig oder verboten erachtet ist, bedarf es eines Rückgriffs auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht. Abseits davon wird man jeweils prüfen müssen, ob der betreffende Umgang mit persönlichen Daten ergänzend aus der Sichtweise des allgemeinen Persönlichkeitsrechts untersucht werden kann. Das Kollisionsproblem zwischen normiertem Recht und Rechtsfortbildung stellt sich hier in ähnlicher Weise wie beim allgemeinen Datenschutzrecht. Im Einzelfall wird man aber noch eher geneigt sein, eine Ausschlußwirkung anzunehmen, wenn das Gesetz eine in sich abgeschlossene bereichsspezifische Regelung vorsieht und ein weitergehender Persönlichkeitsschutz - unter Beachtung verfassungsrechtlicher Grenzen - nicht zwingend erscheint. Die Frage soll an dieser Stelle jedoch nicht vertieft werden, da die denkbaren Konstellationen zu vielfältig erscheinen.

III. Zwischenergebnis

Das normierte bundesdeutsche Datenschutzrecht, hier stellvertretend das BDSG als vor die Klammer gezogene Rechtsmaterie, hinterläßt von seinem Schutzbereich her Anwendungsfreiräume zumindest für eine ergänzende Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zivilrecht. Dies gilt zum einen für jedwede Form des Umgangs mit persönlichen Daten im Rahmen persönlicher oder familiärer Tätigkeit, also für die rein privatnützige Datenverwendung, gleich ob automatisiert oder nicht. Zum anderen könnte das Persönlichkeitsrecht auch dort Platz greifen, wo weder eine automatisierte Datenverarbeitung vorliegt noch Daten in oder aus Dateien verwendet werden, gleichviel, ob es sich um einen privatnützigen, beruflichen, geschäftsmäßigen oder gewerblichen Umgang mit Daten handelt.

Innerhalb des Anwendungsbereichs des geschriebenen Rechts füllen die Normen des BDSG neben anderen Regelungen des Individualdatenschutzes ein „besonderes Persönlichkeitsrecht an den persönlichen Daten“ aus. Die Unzulässigkeit eines Umgangs mit personenbezogenen Daten indiziert dabei regelmäßig eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

⁴⁵ Vgl. z.B. §§ 67 ff. SGB X; 147 ff SGB VI; 199 ff. SGB VII.

⁴⁶ Zum Begriff § 67 Abs. 1 Satz 1 SGB X.

B. Die Kollisionsfrage zwischen normiertem Recht und Rechtsfortbildung am Beispiel des BDSG

Eine ergänzende Anwendung des Persönlichkeitsrechtsschutzes wäre freilich dann nicht möglich, wenn der Gesetzgeber in den Bestimmungen des BDSG den Datenschutz im Privatrechtsverkehr bewußt abschließend geregelt hätte. Da es der Rechtsprechung nicht gestattet ist, den Willen des Gesetzgebers zu ignorieren, sondern sie allenfalls dort, wo ein solcher nicht gebildet ist, stellvertretendes Richterrecht konzipieren kann, hätte sich die Frage nach dem zivilrechtlichen Persönlichkeitschutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht insoweit erübrigt. Auch tiefgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Ausschlußwirkung des BDSG könnten daran unmittelbar nichts verändern⁴⁷.

Allerdings kann man die Kollisionsfrage genaugenommen auf drei Ebenen diskutieren. Der weitestgehendste Ansatz würde die Frage aufwerfen, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht innerhalb des durch die *Zielbestimmung* des normierten Rechts aufgeworfenen Schutzraumes überhaupt noch Anwendung finden kann. Diese Frage ist mit Blick auf die extensive Zielfunktion in § 1 BDSG unschwer zu bejahen⁴⁸. Ein zweiter Schritt bestünde darin abzuklären, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht *außerhalb* der durch die Normen über den persönlichen und sachlichen *Anwendungsbereich* gesteckten Grenzen des BDSG insoweit zum Zuge kommt, als es um den Schutz von Privatpersonen gegen einen wie auch immer gearteten Umgang mit ihren persönlichen Daten geht. Diese Frage zielt darauf ab zu klären, ob das normierte Recht den privatrechtlichen Datenschutz abschließend regelt. Ihr wollen sich die folgenden Ausführungen zunächst widmen. Verneint man im Zuge dessen eine Verdrängungs- bzw. Ausschlußwirkung des normierten Rechts, bejaht man folglich ein Nebeneinander *ohne* Überschneidung der Regelungsbereiche, so wäre in einem dritten Schritt zu prüfen, ob das deliktsrechtliche Persönlichkeitsrecht darüber hinaus auch *innerhalb* der Grenzen des

⁴⁷ Zu Recht weist *Baston-Vogt*, S. 342, darauf hin, daß der Rechtsprechung bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit einer als abschließend konstituierten Rechtsmaterie nur die Vorlage zum BVerfG bleibt; vgl. zur angeblichen Verfassungswidrigkeit des BDSG 1990 wegen der „generellen Freigabe der Verarbeitung in Akten“ auch *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 185. Simitis erliegt dem Fehlschluß, das BDSG sei bereits deshalb insoweit verfassungswidrig, weil es ein bestimmtes Verarbeitungsmittel nicht in seinen Schutzbereich einbezieht, spricht: nicht unter Verbot mit Erlaubnisvorbehalt stellt. Er verkennt zum einen, daß es gerade für diesen Bereich eine Aufgabe des in Rechtsfortbildung geformten Persönlichkeitsrechtsschutzes darstellt, das einfache Recht zur Schließung von Schutzlücken zu ergänzen, zum anderen geht sein Schluß von der Nichteinbeziehung in das Verbotsprinzip des Gesetzes auf die generelle Freigabe sachlich fehl.

⁴⁸ Siehe auch im folgenden unter I.

Anwendungsbereichs des BDSG im Sinne einer echten Idealkonkurrenz zum tragen kommt oder welches Konkurrenzverhältnis sonst anzunehmen ist.

1. Die Betrachtung von Schutzgut und Schutzgegenstand

Gegen die These vom abschließenden Regelungscharakter des geschriebenen Datenschutzrechts im Rahmen des Privatrechtsverkehrs streiten bereits einige Anhaltspunkte aus dem Normenkontext des BDSG, die vorzüglich geeignet sind, die erkanntermaßen ebenso unfertige wie in Teilen ungeklärte Charakteristik dieses Rechtsgebiets bloßzulegen. An vorderster Stelle wäre hier die Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 BDSG 1990 anzuführen, wonach der einzelne davor geschützt werden soll, daß er „durch den Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in seinem *Persönlichkeitsrecht* beeinträchtigt“ wird. Anerkanntermaßen wird hierdurch das BDSG als spezielles Persönlichkeitsschutzrecht ausgewiesen, die Persönlichkeit zum Schutzgut des Gesetzes erhoben⁴⁹. Zugleich widmet sich das Gesetz dem „Umgang mit personenbezogenen Daten“, in sachlicher Hinsicht gilt die legislative Zweckfestsetzung damit jeglicher Verwendung von Information, die einen Hinweis auf einen individualisierbaren Menschen in sich trägt. Das personenbezogene Datum ist Schutz- bzw. Befassungsgegenstand des Gesetzes.

Unterstellte man nun dem Gesetzgeber bei der Fassung des BDSG eine umfassende Regelungsabsicht, so ergibt sich bereits aus der Synthese dieser beiden Elemente, Schutzgut und Schutzgegenstand, wie weit Anspruch und Wirklichkeit auseinander fielen. Dies hängt zum einen mit der Unerschöpflichkeit des Schutzgutes „Persönlichkeit“ in Bezug auf ihre rechtlich schutzwürdigen Interessen zusammen, mit der ungeheuren Weite und Vielfalt des menschlichen Lebens überhaupt. Zum anderen verschärft sich der Kontrast angesichts der Tatsache, daß ein Großteil der denkbaren Verletzungen des Persönlichkeitsrechts unter Verwendung personenbezogener Information abläuft. Der Bogen reicht hier vom Ehrenschatz bis hin zum Schutz des Privatlebens, vom Schutz vor verfälschender Darstellung der Person bis hin zum Schutz des geschriebenen Wortes.

Setzt man nun aber die hehre und weitgreifende Zielsetzung in § 1 BDSG ins rechte Licht zum tatsächlichen Regelungsumfang des Gesetzes, so verneigt sich die Kleinheit der Realität vor der Größe des Ziels. Das BDSG wählt, so man den Gesetzgeber in seiner Zielbestimmung wörtlich nähme, einen universalen Ansatz, ohne ihn ausfüllen zu können. Letzteres freilich liegt in der

⁴⁹ Statt vieler *Ordemann/Schomerus*, § 1 Rn. 3.1 m.w.N., der allerdings Schutzgut und Schutzgegenstand gleichzusetzen scheint.

Natur der Sache und dürfte allen am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten bewußt gewesen sein⁵⁰.

Das *argumentum e contrario* steht dem Betrachter angesichts dieser Besonderheiten zur Seite: Der Gesetzgeber wählte in dem Bewußtsein, den Schutz der Persönlichkeit nicht umfassend gewährleisten zu können, eine zwar weite Zielbestimmung, gleichwohl versteht er das im BDSG sachlich geregelte Recht lediglich als einen Beitrag unter anderen zur Erreichung dieses Ziels. Insbesondere, da man „das“ datenschutzrechtliche Interesse als Schutzgut nicht zu fassen vermochte und man darüber hinaus die Einsicht gewann, daß ein einziges Gesetz den Datenschutz ohnehin nicht würde regeln können⁵¹, wurde der Begriff der „schutzwürdigen Belange“ des BDSG 1977 bei der Novelle 1990 durch den hinlänglich bekannten - wenn auch vermeintlich schillernden - Terminus „Persönlichkeitsrecht“ substituiert⁵². Im Regierungsentwurf 2000 sind hierzu keine Änderungen vorgesehen, so daß man auch fortan die Diskrepanz von Zielbestimmung und Regelungsgehalt im BDSG gegen eine umfassende und abschließende Regelungsabsicht ins Feld führen kann.

II. Persönlichkeitsschutz zwischen Prävention und Repression

Und noch eine weitere Überlegung läßt sich der Zielbestimmung des § 1 BDSG entnehmen: Das Gesetz schützt bereits vor „Beeinträchtigungen“ des Persönlichkeitsrechts, nicht erst vor Verletzungen dieses Rechts. Die feinsinnige begriffliche Unterscheidung bekommt durchaus materiellen Gehalt, wenn man sich vor Augen führt, daß der Schutz des BDSG weitgehend als solcher vor abstrakten Gefährdungen der Persönlichkeit wirkt und damit einen vorbeugenden, präventiven Zweck verfolgt⁵³. Die Konzeption des BDSG entspricht dabei der Typik normierter besonderer Persönlichkeitsrechte, die sich

⁵⁰ Jeder Versuch beispielsweise, einen „allgemeinen Teil des Persönlichkeitsschutzes“ kodifizieren zu wollen, läuft Gefahr, entweder durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe an der Oberfläche der Persönlichkeit zu verharren oder aber vor der Fülle der regelungsbedürftigen Details zu kapitulieren. Wie schwer es ist, im gesellschaftlichen Konsens einen Mittelweg zu finden, belegt die Tatsache, daß der Persönlichkeitsschutz bis zum heutigen Tage zivilrechtlich nicht normiert ist. Vgl. dazu den vornehmlich an den Widerständen der Medienlobby gescheiterten Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes (BT-Drucks. III Nr. 1237 v. 18.8.1959).

⁵¹ *Simitis-Simitis*, § 1 Rn. 162 f.; *ders.*, CR 1987, 602.

⁵² BT-Drucks. 10/437, 35 versteht hierunter ein Grundrecht, dem „das Recht auf informationelle Selbstbestimmung immanent ist“.

⁵³ *Baston-Vogt*, S. 343; *Simitis*, NJW 1981, 1697 (1701); vgl. auch § 3 a Regierungsentwurf 2000 (Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit).

regelmäßig durch eine gewisse „Vorverlagerung“ bzw. „Formalisierung“ des Persönlichkeitsschutzes kennzeichnen⁵⁴.

Nur so läßt es sich beispielsweise erklären, daß im BDSG Regierungsentwurf 2000 die Phase der Datenerhebung grundsätzlich unter gesetzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt fällt. Es leuchtet ein, daß nicht jede Informationsermittlungshandlung, man denke an die im alltäglichen Gespräch gewonnene Information, einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des davon Betroffenen darstellt, gleichwohl gilt es, die abstrakt von der typisierten Handlung „Datenerhebung“ ausgehende Gefährdung zu bewerten und rechtlichen Folgerungen zuzuführen.

Anders verhält es sich im Ansatz bei einer Betrachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus deliktsrechtlicher Sicht. Zur Annahme eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 BGB als repressives Sanktionsmittel bedarf es einer festgestellten Verletzung des Persönlichkeitsrechts, bloße Gefährdungslagen reichen hier grundsätzlich nicht aus⁵⁵. Dies gilt freilich auch nur mit der Einschränkung, daß aufgrund gesetzlicher Wertungen vorgezeichnete Verletzungen eines besonderen Persönlichkeitsrechts aus den oben bereits erwähnten konstruktiven Gründen auf das deliktsrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht durchschlagen. Aus diesem Zusammenhang läßt sich jedenfalls grundsätzlich schlußfolgern, daß ein Nebeneinander des auf unterschiedlichen Schutzziele beruhenden öffentlichen Datenschutzrechts bzw. deliktsrechtlichen Persönlichkeitsschutzrechts solange und soweit in Betracht kommt, als nicht das normierte öffentliche Recht den Repressionsgedanken selbst aufgreift und abschließend mit abdeckt.

III. Die Rechtsprechung zur Kollision des BDSG mit dem zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht

Bevor nun abschließend über das Konkurrenzverhältnis zwischen den Vorschriften des BDSG und den auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gestützten Ansprüchen nach dem BGB entschieden werden soll, gilt es die Position der Rechtsprechung zu diesem Themenkreis auszuloten.

⁵⁴ Vgl. aus dem Blickwinkel der Vergegenständlichung der Persönlichkeit *Helle*, S. 39; *Schlechtriem*, FS Hefermehl, S. 445.

⁵⁵ Bei einer *unmittelbar bevorstehenden* Persönlichkeitsverletzung ist allerdings an einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch analog § 1004 BGB zu denken; vgl. BGH VersR 1987, 1016 (1018); BayObLG NJW-RR 1987, 1040; OLG Zweibrücken, NJW 1992, 1242.

1. Verdrängungswirkung außerhalb des Anwendungsbereichs des BDSG ?

Außerhalb des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs der Datenschutzgesetze war - soweit ersichtlich - in der Rechtsprechung der Zivilgerichte wohl niemals ernsthaft streitig, daß bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen unter Verwendung persönlicher Daten des Betroffenen deliktsrechtliche Schadensersatzansprüche oder Unterlassungsansprüche analog den §§ 12, 1004 BGB in Betracht kommen. So sah etwa der BGH⁵⁶ das allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Unternehmens als verletzt an, als ein Wissenschaftler einen die finanzielle Situation des Unternehmens offenbarenden, im Bundesanzeiger veröffentlichten Jahresabschluß im Rahmen von Fortbildungsseminaren an die Teilnehmer in Ablichtung weitergab, ohne den Namen des Unternehmens unkenntlich zu machen. Für den Bereich der Veröffentlichung von sog. „Stasi-Listen“ durch eine Bürgerbewegung im Gebiet der DDR stellte letztinstanzlich der BGH⁵⁷ in einer ausführlich abwägenden Entscheidung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der von der Prangerwirkung betroffenen ehemaligen Mitarbeiter des Staatsicherheitsdienstes fest. Nach der Ansicht des OLG Nürnberg⁵⁸ muß es ein Arzt hinnehmen, daß er von einem Autor mit Anschrift, Fachgebiet und zutreffendem Hinweis auf besondere Behandlungsmethoden in ein als Buch vertriebenes Verzeichnis aufgenommen wird. Ebenso muß es sich ein Kassenarzt nach Auffassung des BGH⁵⁹ gefallen lassen, entgegen den Vorschriften der Notfalldienstordnung der Kassenärztlichen Vereinigung von einer Zeitung mit Namen und seiner Einteilung zum Notfalldienst veröffentlicht zu werden.

Die exemplarisch aufgeführten Entscheidungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht verdeutlichen, daß jedenfalls abseits der gesetzlich normierten Datenschutzbestimmungen der Umgang mit personenbezogenen Daten anhand des herkömmlichen zivilrechtlichen Instrumentariums erfaßt wird. Eine etwaige Konkurrenzlage zum geschriebenen Recht wird - soweit ersichtlich - nicht einmal diskutiert, was wiederum einmal mehr die historisch bedingt enge Anbindung des normierten Datenschutzes an den Umgang mit Daten im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung hervorhebt.

Dies erscheint folgerichtig. Es ist gerade in Anbetracht der Lückenhaftigkeit des vom öffentlichen Recht her konzipierten Datenschutzrechts nicht einzusehen, warum den dortigen Bestimmungen abseits ihres Regelungsgehalts für den

⁵⁶ Sehr weitgehend BGH NJW 1994, 1281 unter Hinweis auf den „sozialen Geltungsanspruch“ bzw. das „Ansehen“ des Unternehmens.

⁵⁷ BGH DtZ 1994, 343; vgl. auch OLG Naumburg DtZ 1994, 183 und andererseits DtZ 1994, 73.

⁵⁸ OLG Nürnberg NJW 1993, 796.

⁵⁹ BGH NJW 1991, 1532.

gesamten Privatrechtsverkehr eine verdrängende Wirkung beigemessen werden sollte. Vielmehr kommt hier, gemäß dem verfassungsrechtlichen Postulat des Art. 2 Abs. 1 GG, unumschränkt das zivilrechtliche Schutzinstrumentarium zum Tragen.

2. *Lex specialis, Subsidiarität oder Idealkonkurrenz neben Ansprüchen des BDSG ?*

Schwieriger gestaltet sich die Frage, in welches Verhältnis der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz zu den Normen des BDSG innerhalb ihres Anwendungsbereichs tritt, etwa bei einer unzulässigen Datenverarbeitung in oder aus Dateien im gewerblichen Bereich⁶⁰. Die Position der Rechtsprechung erweist sich im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis bei näherer Betrachtung als wenig stringent, was anhand einiger wichtiger Entscheidungen des BGH belegt werden soll. Immer wieder trat die Konkurrenzproblematik dabei im Verhältnis des BDSG zu deliktsrechtlichen oder negatorischen Ansprüchen hervor.

a) *BGH v. 19.5.1981 (VI ZR 273/79)*

Noch unter der Geltung des BDSG 1977 äußerte der BGH⁶¹ in einem leicht mißzuverstehenden *obiter dictum* grundsätzliche Zweifel, ob nach Erlaß des BDSG überhaupt noch Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen einer unzulässiger Datenverarbeitung folgen könnten. Das Gericht begründete seine Zweifel vornehmlich mit der Funktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sog. „Auffangtatbestand“, der gegenüber einer Spezialregelung des Persönlichkeitsrechts grundsätzlich zurücktrete. Eine Haftung könne sich sodann nur aus einer Schutzgesetzverletzung über § 823 Abs. 2 BGB ergeben. Wörtlich führte der BGH aus:

„Bei bloßen Verstößen gegen die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes ist der Betroffene darauf beschränkt, die ihm durch dieses Gesetz gewährten Rechte geltend zu machen und etwaige Ersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. diesem Gesetz herzuleiten.“⁶²

Diese Ausführungen wurden bisweilen dahin interpretiert, daß der BGH eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen unzulässiger Datenverarbeitung nach

⁶⁰ Vgl. § 27 Abs. 1 BDSG 1990.

⁶¹ BGHZ 80, 311.

⁶² BGH, aaO.

Erlaß des BDSG generell nicht mehr als zulässig erachtet habe⁶³. Dabei wurde nicht recht beachtet, daß der BGH seine Ausführungen zu dogmatischen Grundsatzfragen wohlweislich unter Nennung einer Ausnahme teilweise relativiert hatte. Das Gericht hatte nämlich weiter formuliert, trotz Schaffung des BDSG könne eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB „allenfalls dann“ erwogen werden, wenn unrichtige oder ehrenrührige Daten übermittelt würden⁶⁴.

Auch darf nicht übersehen werden, daß die genannten Überlegungen in einem stark anspruchsbezogenen Kontext angestellt wurden. So ging es rechtlich um die Frage, ob abseits der Regelung des § 34 BDSG 1977, der für diesen Fall keine Anspruchsgrundlage bot⁶⁵, aus § 823 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Auskunft über den Empfänger von persönlichen Daten hergeleitet werden könne. Bereits aufgrund dieses sehr begrenzten Streitgegenstandes verbietet es sich, aus den Ausführungen des BGH allgemeingültige Ableitungen deduzieren zu wollen. Die Entscheidung erweckt vielmehr in ihren beiläufigen Ausführungen den Eindruck einer gewissen Unsicherheit der erkennenden Richter selbst. Gerade wenn das Gericht die ausnahmsweise Anwendbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den Fällen der Datenfälschung und der Ehrverletzung ins Feld führt, stößt es - womöglich unbewußt - argumentativ die Tür in Richtung auf eine grundsätzlich ergänzende Anwendbarkeit des deliktsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auf: Die genannten Beispiele der Identitätsverfälschung und der Ehrverletzung stehen bei genauerer Betrachtung nur als *pars pro toto* für das gesamte Feld der denkbaren Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Falle einer unzulässigen Datenübermittlung⁶⁶.

Damit liegt jedoch der Schluß nahe, daß das vom BGH vorangestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis von der grundsätzlichen Unanwendbarkeit deliktsrechtlicher Ansprüche neben solchen nach dem BDSG sich insoweit relativieren könnte, als diese Ausnahmen immer dann einzugreifen vermögen, wenn sich über die herkömmlichen Grundsätze zum Persönlichkeitsrechtsschutz ein Verletzungstatbestand feststellen läßt. Im Ergebnis könnte diese Betrachtungsweise jedoch - auch wenn der BGH dies nicht gewollt haben mag - auf die Anerkennung eines hinter dem geschriebenen Recht subsidiär anwendbaren oder gar ideal konkurrierenden Richterrechts

⁶³ So die Ansicht der Revisionsführer in BGHZ 91, 233; krit. auch *Simitis*, NJW 1981, 1697 (1701).

⁶⁴ BGHZ 80, 311.

⁶⁵ Das BDSG 1977 verpflichtete nicht automatisch arbeitende Datenspeicher nicht zur Nennung der Empfänger personenbezogener Daten, vgl. § 34 Abs. 2 S. 1, 2 BDSG 1977; dazu *Simitis*, NJW 1981, 1697 (1699); a.A. *Simon/Taeger*, JuS 1983, 96 (97 f.).

⁶⁶ Der BGH greift mit den von ihm benannten Ausnahmen zu kurz. Der Betroffene hat ein ebenso gewichtiges und rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Benennung des Datenempfängers, wenn es sich nicht um ehrenrührige, dafür aber zum Beispiel um geheime oder sehr intime Daten handelt.

hinauslaufen⁶⁷, das zumindest gesetzliche Schutzlücken aufzufüllen geeignet ist.

b) BGH v. 7.7.1983 (III ZR 159/82)

Knapp zwei Jahre später faßte der 3. Zivilsenat beim BGH⁶⁸ die enge Verflechtung von speziellem und allgemeinen Persönlichkeitsschutz unter dem Leitsatz zusammen, daß eine durch das BDSG nicht gedeckte Übermittlung personenbezogener Daten stets auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstelle, das als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 BGB auch negatorischen Schutz nach den allgemeinen Vorschriften genieße. Der BGH sprach darin dem Kläger einen Widerrufsanspruch gegen die übermittelnde Stelle zu, der jedenfalls⁶⁹ auch aus einer Gesamtanalogie zu §§ 12, 823, 1004 BGB wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts folgen könne, soweit nicht spezielle datenschutzrechtliche Ansprüche bestünden. Damit bestätigte der BGH in knappen Worten, daß ein ergänzender zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz dort Platz greifen kann, wo der Gesetzgeber keine abschließende Regelung getroffen hatte. Auf die vagen und mißverständlichen Äußerungen des 6. Senats in seiner Entscheidung vom 19.05.1981 ging das Gericht dagegen mit keinem Wort ein. Eine Ausschluß- oder Verdrängungswirkung des BDSG wurde vom erkennenden 3. Senat nicht einmal angedacht. Mit dieser eindeutigen Aussage zugunsten einer tatbestandsindizierenden Wirkung des positivem Rechts und der unbedenklichen Annahme einer Anspruchskonkurrenz zum allgemeinen Persönlichkeitsrechtsschutz nach dem BGB wurden die abweichenden Überlegungen des 6. Senats im Ergebnis in ihr Gegenteil verkehrt.

c) BGH v. 22.05.1984 (VI ZR 105/82)

Es blieb damit dem 6. Senat des BGH⁷⁰ selbst vorbehalten, im Jahre 1984 seine Position zum Konkurrenzverhältnis zwischen dem BDSG und dem herkömmlichen Persönlichkeitsschutz neu zu überdenken und gegebenenfalls zu korrigieren.

In dieser Entscheidung wurde zunächst die Vorgabe des 3. Senats bestätigt, wonach jede vom BDSG nicht gedeckte Übermittlung personenbezogener Daten auch als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen ist. Weiter stellte der Senat klar, daß er Schadensersatzansprüche nach § 823

⁶⁷ Teilw. anders *Helle*, S. 29.

⁶⁸ BGH NJW 1984, 436.

⁶⁹ Der BGH, aaO, ließ die Frage nach einer Ableitung aus § 27 Abs. 3 S. 2 BDSG 1977 ausdrücklich offen.

⁷⁰ BGHZ 91, 233.

Abs. 1 BGB auch nach Inkrafttreten der Vorschriften des BDSG für nicht gänzlich ausgeschlossen halte, wobei er diese Frage jedoch letztlich offen ließ. Insbesondere könne man aus dem Nichtbestehen einer Schadensersatzregelung im BDSG nicht darauf schließen, der Gesetzgeber habe bei unzulässiger Datenverarbeitung Schadensersatzansprüche generell ausschließen wollen⁷¹.

Zum Konkurrenzverhältnis zwischen dem in Rechtsfortbildung entwickelten Persönlichkeitsschutz und dem im BDSG positiv normierten Recht nahm der BGH dann jedoch eine recht zwiespältige Position ein. Wiederum stand zwischen den Parteien die Frage im Streit, ob der von einer unzulässigen Datenweitergabe Betroffene gegen die übermittelnde Stelle einen Anspruch auf Benennung des Datenempfängers habe. Wenig überraschend wiederholte der BGH⁷² zunächst seine bereits in der Entscheidung vom 19.05.1981 vertretene Position, wonach der Gesetzgeber im BDSG die Auskunftsansprüche bewußt abschließend geregelt habe und daher ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB, der einen Auskunftsanspruch einschließe, grundsätzlich⁷³ nicht in Betracht kommen könne. Grundsätzlich werde die Begründung eines Auskunftsanspruchs über eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts damit gesperrt. Gleiches gelte auch für den Fall, daß man im Rahmen des § 823 BGB ein „Recht am eigenen Datum“ als sonstiges Recht anerkenne.

Sodann erkannte der 6. Senat jedoch überraschend auf eine entsprechende Anwendung des § 1004 BGB und sprach wegen einer noch fortbestehenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers diesem einen Anspruch auf Benennung des Datenempfängers zu. Mögen auch die vom BGH hierfür angeführten Argumente durchaus verständlich und nachvollziehbar erscheinen⁷⁴, allein, der durch diese Entscheidung aufgeworfene dogmatische Widerspruch bezüglich der streitigen Anspruchskonkurrenzen ist schwerlich auflösbar. Dabei liegt die Crux der Entscheidung nicht einmal in dem Ansatz, daß der BGH das eine Mal die Annahme einer tatbestandlichen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts neben einer abschließenden Regelung im BDSG - im Rahmen des § 823 BGB - grundsätzlich verworfen hat, das andere Mal - im Rahmen des § 1004 BGB - den Anspruch ausdrücklich auf eine ebensolche Verletzung gestützt hat. Dieser vermeintliche Gegensatz ließe sich unter dem Aspekt der Anspruchskonkurrenz gegebenenfalls mit dem Argument

⁷¹ BGH, aaO, siehe auch *Simitis*, NJW 1981, 1697 (1701).

⁷² BGH, aaO.

⁷³ Eine aufgrund der Verwendung des Adjektivs „grundsätzlich“ nebulöse Aussage; vgl. *Helle*, S. 29.

⁷⁴ Der BGH, aaO, sah den Anspruch insbesondere zur Vorbereitung eines Datenvernichtungs- bzw. Lösungsanspruchs aus § 1004 BGB gegen den Datenempfänger als unverzichtbar an.

entkräften, daß bei unterschiedlichem Anspruchsinhalt auf Rechtsfolgenseite es trotz festgestellter Rechtsgutsverletzung durchaus das eine Mal zu einer Ausschlußwirkung, das andere Mal zu einer Idealkonkurrenz kommen kann.

Die Brisanz der Auffassung des BGH liegt nun aber darin, daß das Gericht ein- und denselben Auskunftsanspruch im Rahmen eines Schadensersatzbegehrens für ausgeschlossen erachtet, nicht aber im Rahmen eines Beseitigungsanspruchs⁷⁵. Dies kann nicht überzeugen, da Anspruchsgegner und Anspruchsinhalt dieses Auskunftsanspruchs in beiden Fällen identisch sind, es mithin auch an jeglicher Rechtsfolgendivergenz fehlt⁷⁶. Dann aber dürfte es sich verbieten, das eine Mal nach ausführlicher Begründung ein Spezialitätsverhältnis der Normen des BDSG anzunehmen, das andere Mal den Anspruch idealkonkurrierend zuzuerkennen, ohne das Konkurrenzverhältnis zum BDSG überhaupt nur mit einem Wort zu erwähnen.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß sich der Auskunftsanspruch gegen die übermittelnde Stelle faktisch lediglich als Vorfeldanspruch eines weitergehenden Beseitigungsanspruchs gegen den Datenempfänger begreift. Schließlich stützte der BGH bei der Prüfung der Ausschlußwirkung des BDSG gegenüber dem schadensersatzrechtlichen Auskunftsanspruch aus § 823 BGB seine Argumentation auch allein auf die Verdrängungswirkung des BDSG bezüglich der isolierten Rechtsfolge der Auskunftserteilung⁷⁷. Nicht beachtet wurde, daß dem Anspruch auf Benennung des Datenempfängers im Rahmen eines deliktsrechtlichen Restitutionsanspruchs eine ähnliche Funktion zuteil wird wie im Rahmen des Störungsbeseitigungsanspruchs. Beide Male wirkt der Anspruch lediglich als Vorfeld- bzw. Begleitanspruch. Eine unterschiedliche Behandlung der Ansprüche auf Konkurrenzebene erscheint daher wenig konsequent.

Es bleibt festzuhalten, daß der BGH mit der vorgenannten Entscheidung - vielleicht auch aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit⁷⁸ - wenig zur Klärung des Konkurrenzverhältnisses zwischen den Ansprüchen des allgemeinen Zivilrechts und denjenigen nach dem BDSG beigetragen hat.

⁷⁵ Den Anspruch aus einer entsprechenden Anwendung des § 1004 BGB erkennt der BGH konsequent in zweierlei Richtung an: Einmal als Störungsbeseitigungsanspruch gegen den Datenempfänger, zum anderen als Auskunftsanspruch gegen die übermittelnde Stelle.

⁷⁶ Unerheblich ist, daß der Anspruch aus § 1004 BGB präventiver Natur, der aus § 823 BGB repressiver Natur ist. In beiden Fällen dient der Anspruch faktisch der Vorbereitung der Datenvernichtung auf Empfängerseite. Die Empfängerkenntnis aber beruht auf einer unzulässigen Datenübermittlung im Anwendungsbereich des BDSG, so daß sich das Kollisionsproblem für den Anspruch aus § 1004 BGB gleichermaßen stellt.

⁷⁷ Das BDSG 1977 vermochte innerhalb der Bandbreite der Rechtsfolge Schadensersatz ohnehin nur eine partielle Spezialität zu begründen, da über die Auskunftsregelungen hinausgehende Restitutionsansprüche im Rahmen der privaten Datenverarbeitung nicht normiert waren.

⁷⁸ Dafür spricht der Hinweis des BGH, aaO., auf die Grundsätze von Treu und Glauben, womit er an die Entscheidungen RGZ 158, 377 (379), BGH GRUR 1972, 558 (560) und BGH NJW 1976, 193 anknüpft.

d) BGH v. 17.12.1985 (VI ZR 244/84)

In einer weiteren Entscheidung befaßte sich der BGH⁷⁹ u.a. mit der Frage, ob neben der Bestimmung in § 35 Abs. 3 Satz 2 BDSG 1977, der mangels Unzulässigkeit der Datenverarbeitung nach den Bestimmungen des BDSG nicht einschlägig war, ein Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten auch auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gestützt werden könne. Der 6. Zivilsenat verneinte diese Frage unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung⁸⁰ wegen der Ausschlußwirkung, die von einer abschließenden gesetzlichen Regelung - hier der Lösungsansprüche - im BDSG ausgehe. Damit knüpft das Gericht letztlich an die Idee einer anspruchsbezogenen Betrachtungsweise des Konkurrenzverhältnisses an und nimmt im Falle einer abschließenden gesetzlichen Regelung konsequentermaßen ein Spezialitätsverhältnis an.

3. Stellungnahme und eigener Standpunkt - Anspruchsbezogene Einzelbetrachtung

Die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zeigt zunächst auf, daß eine am Schutzgut des BDSG ausgerichtete Lösung des Konkurrenzproblems zur Rechtsfortbildung nicht gelingen kann. Dies folgt vor allem aus dem weiten Ansatz, den das BDSG bei der Bestimmung des Schutzgutes selbst wählt. Da das BDSG in einigen Teilen ein objektivrechtliches Statut zur Klärung der Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Datenverarbeitung darstellt, dem - zumindest bisher - keine lückenlose Kette von Individualanspruchsnormen zur Ahndung von unzulässigen Datenverarbeitungen gegenüber steht, liegt es nahe, die Frage der Konkurrenz zum zivilrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes anspruchsbezogen aufzulösen. Der BGH hat - trotz anfänglicher erheblicher Widersprüche - hier im wesentlichen anspruchsbezogen argumentiert und eine stellvertretende bzw. ergänzende Anwendbarkeit des zivilrechtlichen Anspruchssystems im Einzelfall für nicht generell ausgeschlossen erachtet, wobei er nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung im Falle eines Verstoßes gegen die Bestimmungen des BDSG indiziell auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Sinne einer positiven Indikationswirkung erkennt. Unklarheiten hinterläßt die aufgezeigte Rechtsprechung jedoch über die exakte rechtliche Einordnung des

⁷⁹ BGH NJW 1986, 2505; vgl. dazu *Koller*, EWiR 1986, 227; *Bruchner*, WuB I B 7 Datenschutz 3.86; *Bischoff*, CR 1986, 637 f.

⁸⁰ BGH, aaO. m. Verw. auf BGHZ 91, 233 (238); BGH NJW 1981, 1738 (1740).

Konkurrenzverhältnisses zwischen dem besonderen Persönlichkeitsrecht an den personenbezogenen Daten im Anwendungsbereich des BDSG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Richtigerweise wird man wohl danach differenzieren müssen, ob eine Norm in ihrem Regelungsbereich seitens des Gesetzgebers ersichtlich als abschließende Regelung angedacht wurde oder nicht. Im ersteren Fall gehen die Normen des BDSG als *leges speciales* vor, im letzteren Falle stellt sich die Frage nach einer subsidiären Anwendbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder dem Vorliegen von Anspruchskonkurrenz.

a) Lex specialis bei abschließender gesetzlicher Regelung

Das Anwendungsgebiet des allgemeinen Persönlichkeitsrechts findet nach der insoweit zutreffenden Ansicht des BGH dort seine Grenzen, wo der Gesetzgeber selbst Individualansprüche mit identischer Rechtsfolge im BDSG *abschließend* normiert hat. Mit dieser Auffassung verfolgt der BGH genaugenommen das Modell eines anspruchsbezogenen partiellen Spezialitätsverhältnisses zwischen normiertem Recht und Rechtsfortbildung. Dem BDSG kommt eine Ausschlußwirkung nur dann zu, soweit es einen individualrechtlichen Anspruch seinem Tatbestand und seiner Rechtsfolge nach abschließend normiert hat, was wiederum einer anspruchsbezogenen Prüfung im Einzelfall bedarf.

Diese Position verdient vorsichtigen Beifall. In den bisher entschiedenen Fällen eines gesetzlich nicht normierten Auskunfts- bzw. Löschungsanspruchs⁸¹ bestand eine latente Gefahr stets darin, daß gesetzliche Wertungen vom Richter gewissermaßen durch die Hintertür hätten ausgehebelt werden können. Dies zeigt sich beispielsweise an dem gebundenen Löschungsanspruch nach § 34 Abs. 2 S. 2 BDSG 1977, da dieser u.a. an die Unzulässigkeit der Datenspeicherung angeknüpft hatte. War aber eine Datenspeicherung nach dem BDSG zulässig - so daß eine Verletzung des besonderen Persönlichkeitsrechts nicht in Betracht kommen konnte und auch kein gesetzlicher Löschungsanspruch bestand -, so verbot sich konsequenterweise auch jeglicher Rückgriff auf Grundsätze der Rechtsfortbildung: Es wäre unter dem Aspekt der Gewaltenteilung nicht hinnehmbar, wenn eine nach dem BDSG ausdrücklich⁸² erlaubte Datenverarbeitung gleichwohl sanktionsträchtiges Unrecht darstellen könnte und daraus gar Individualansprüche erwachsen würden.

⁸¹ S.o. 2 a, b) und d).

⁸² Auch § 3 BDSG 1977 ging bereits von dem Prinzip eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt aus, vgl. dazu *Hörle/Wronka*, § 3 Rn. 1 ff.

Soweit daher das Gesetz den Regelungsbereich einer Norm bewußt abschließend ausgestaltet hat, kommt es in zweierlei Richtungen zu den typischen Auswirkungen beim Aufeinandertreffen eines besonderen Persönlichkeitsrechts mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

aa) Positive Tatbestandsindikation und potentiell unlimitierte Spezialität

Zunächst wird der Tatbestand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Verletzung des besonderen Persönlichkeitsrechts positiv indiziert. Allerdings stellt sich die Frage, ob sich das Spezialitätsverhältnis dabei auf den Tatbestand beschränkt bzw. die Rechtsfolgenseite nicht voll erfaßt wird. Eine derart „limitierte Spezialität“ wird in der Literatur vornehmlich von *Helle*⁸³ erwogen, um hinsichtlich der Rechtsfolgen über das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen Ersatz auch von immateriellen Schäden ausnahmsweise zu ermöglichen. Nach ihm ist das Konkurrenzverhältnis daher als tatbestandlich limitierte, indizierende Spezialität⁸⁴ zu bezeichnen.

Zunächst scheinen hierfür gute Gründe zu sprechen, die in der Schmerzensgeld-Rechtsprechung des BGH ihre Ursache haben⁸⁵. Bei näherer Betrachtung vermag diese Ansicht jedoch nicht vollends zu überzeugen. Sie hätte zur Folge, daß bei jeder nach den gesetzlichen Bestimmungen unzulässigen Datenverarbeitung wegen der damit einhergehenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die gesamte Bandbreite zivilrechtlicher Rechtsfolgen selbst dann offen stünde, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolgen im Gesetz bewußt auf einen geringeren Umfang beschränkt hätte⁸⁶. Dies würde jedoch eine Mißachtung des gesetzgeberischen Willens bedeuten. *Helles* These bedarf daher einer weiteren Einschränkung insoweit, als das Spezialitätsverhältnis einer als abschließend angedachten gesetzlichen Regelung auch jene nach dem allgemeinen Zivilrecht denkbaren Rechtsfolgen erfaßt, die vom Gesetzgeber nach den Bestimmungen des besonderen Persönlichkeitsrechts bewußt nicht gewährt worden sind. Die Spezialität beschränkt sich bei Einschlägigkeit des positiven Verletzungstatbestandes nach den besonderen Vorschriften damit nicht generell auf den Tatbestand, sondern erstreckt sich potentiell auch auf die Rechtsfolge (potentiell unlimitierte Spezialität)⁸⁷.

⁸³ *Helle*, S. 41.

⁸⁴ *Helle*, aaO.

⁸⁵ Näher *Helle*, S. 40 f. m.w.N.

⁸⁶ Eine Anspruchsbegrenzung in Inhalt, Umfang und Richtung wäre bis zur Grenze verfassungsrechtlicher Bedenken durchaus zulässig.

⁸⁷ Die Problematik, die von *Helle* stets in engem Zusammenhang mit der Gewährung von Schmerzensgeld im Falle einer schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung diskutiert wurde,

bb) Negative Ausschlußwirkung

Läßt sich umgekehrt eine Verletzung als abschließend formulierter besonderer Datenschutzbestimmungen nicht feststellen, scheidet regelmäßig der Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das damit verbundene zivilrechtliche Anspruchssystem aus. Die Spezialität erfaßt hier - anspruchbezogen - sowohl Tatbestand als auch Rechtsfolge.

Im Kern geht es jedoch um die Frage, ob neben jenen Bestimmungen des BDSG, die über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Datenverarbeitung entscheiden, eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch noch im Wege einer Güter- und Interessenabwägung offen stünde, wenn anhand der besonderen Bestimmungen eine Verletzung nicht festgestellt werden kann. Der BGH⁸⁸ hat insoweit zutreffend entschieden, daß die gesetzliche Wertentscheidung Vorrang genießt. Dem entspricht die verallgemeinerungsfähige Annahme für das Konkurrenzverhältnis von besonderem und allgemeinem Persönlichkeitsrecht, wonach kein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegen kann, sofern die beanstandete Handlung nicht den Tatbestand der gesetzlichen Bestimmung verletzt, gleichwohl aber im Regelungsbereich der abschließenden (Anspruchs-)Norm liegt⁸⁹. Zumindest theoretisch kann aus der negativen Ausschlußwirkung allerdings die Gefahr erwachsen, daß anerkannte Persönlichkeitsgüter im Rahmen einer als abschließend angedachten Kodifikation einmal unbewußt unberücksichtigt bleiben und in der Folge von der Rechtsanwendung ausgeschlossen bleiben. Angesichts der Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Überprüfung der Norm wird man derlei Risiken allerdings in Kauf nehmen können.

b) Partielle Spezialität, Subsidiarität oder Anspruchskonkurrenz bei nicht abschließender gesetzlicher Regelung ?

Die Spezialität des normierten Rechts vermag nicht jede denkbare Konstellation zu erfassen, da nicht alle datenschutzrechtlichen Normen nach der gesetzgeberischen Intention abschließend wirken sollen. Deutlich tritt der nicht abschließende Regelungscharakter des BDSG 1990 zum Beispiel angesichts des Umstandes hervor, daß dort für den Privatrechtsverkehr kein

löst sich auch insoweit nur aus der Betrachtung etwaiger spezieller Anspruchsnormen und der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften; vgl. RGRK-Dunz, § 823 Anh. I, Rn. 23; Helle, aaO.

⁸⁸ BGH NJW 1986, 2505; s.a. oben.

⁸⁹ Zutreffend Helle, S. 39.

Schadensersatzanspruch normiert wird, sondern es stets des Rückgriffs auf § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der entsprechenden Schutznorm des Gesetzes oder aber § 823 Abs. 1 BGB bedarf⁹⁰. In § 8 BDSG 1990 wurde lediglich die Beweislast zugunsten des von einer unzulässigen Datenverarbeitung Betroffenen umgekehrt, womit partiell auf den Tatbestand der zivilrechtlichen Anspruchsnorm des § 823 BGB eingewirkt wurde. Solange nun aber das Gesetzesrecht keine eigenständigen und abschließenden Anspruchsnormen hervorbringt, steht einem Rückgriff auf das allgemeine Zivilrecht grundsätzlich nichts im Wege. Man sollte sich nur darüber im klaren sein, daß die ergänzende Anwendung zivilrechtlicher Ansprüche nach dem BGB in der Praxis vornehmlich⁹¹ rechtsfolgenbezogene Bedeutung hat. Daraus folgt jedoch nicht, daß es tatbestandlich bei dem Grundsatz der partiellen Spezialität hinsichtlich der Feststellung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung verbleibt.

aa) Anspruchskonkurrenz im Verletzungsfall

Jedenfalls verbietet es sich auch in Anbetracht der besonderen Zulässigkeitstatbestände der §§ 4, 28 ff BDSG nicht, auf Tatbestandsebene des § 823 Abs. 1 BGB die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zusätzlich im Wege einer Güter- und Interessenabwägung nach anerkannten Grundsätzen selbst dann festzustellen, wenn die streitige Handlung daneben mehr oder minder beiläufig auch in den Geltungsbereich des Gesetzes fällt⁹². Die tatbestandliche Ausgangsfrage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit

⁹⁰ *Baston-Vogt*, S. 343; bezüglich § 823 Abs. 1 BGB unklar BGHZ 80, 311; krit. *Ordemann/Schomerus*, § 8 Rn. 2.2.; klarstellend BGHZ 91, 233.

⁹¹ Insbesondere geht es um die Frage, ob im Gesetz nicht geregelte Rechtsfolgen aus dem BGB zugesprochen werden können, etwa Schadensersatz. Das Vorliegen einer - zu besorgenden - tatbestandlichen Rechts(guts)verletzung, die für deliktische wie auch negatorische Ansprüche unverzichtbar ist, beurteilt sich nicht aus freien Abwägungsüberlegungen heraus. Vielmehr sind die Vorgaben der Zulässigkeitstatbestände im BDSG hier zunächst bindend. Lediglich die weiteren Tatbestandsmerkmale einer Anspruchsnorm (z.B. Rechtswidrigkeit, Verschulden, Wiederholungsfahr usw.) beurteilen sich nach den allgemeinen Regeln, soweit keine Sonderbestimmungen bestehen (z.B. § 8 BDSG 1990 zur Beweislast des speichernden Stelle bezüglich Nichtverursachung des Schadens und fehlenden Verschuldens, vgl. *Ordemann/Schomerus*, § 8 Rn. 4; teilw. anders *Wind*, RdV 1991, 16 (23).

⁹² Der Katalog zulässiger Datennutzungen nach §§ 28 ff. BDSG enthält keine abschließende abstrakte Abgrenzung aller bei der Datenverarbeitung denkbaren Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Jedoch wird eine Datenverarbeitungsmaßnahme stets an das Nichtvorliegen überwiegender oder entgegenstehender „schutzwürdiger Interessen“ des Betroffenen geknüpft (vgl. §§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 b); 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; Abs. 2 Nr. 2 BDSG 1990), so daß über jenen unbestimmten Rechtsbegriff letztlich die für den Persönlichkeitsrechtsschutz maßgeblichen Erwägungen - z.B. Schutz der Ehre, des Privatlebens, der Identität usw. - bereits einfließen können. Dies kann jedoch nicht dazu führen, allgemein anerkannte zivilrechtliche Ansprüche, z.B. wegen einer Verletzung der persönlichen Ehre nach § 823 Abs. 1 BGB allein deswegen für tatbestandlich überlagert anzusehen, weil die Tathandlung - z.B. ehrverletzende Datenübermittlung - dazu noch unter dem rechtlichen Aspekt der Zulässigkeit der konkreten Datenverarbeitungsmaßnahme gesetzlich auf ihre Zulässigkeit überprüft werden kann und muß.

einer Datenverarbeitung, damit einhergehend nach einer tatbestandlichen Verletzung des besonderen bzw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, entscheidet sich zwar im Anwendungsbereich des BDSG primär nach den dortigen Vorgaben. Steht dem Verarbeiter einer der positiven Zulässigkeitstatbestände der §§ 28 ff. BDSG zur Seite, scheidet ein Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen aus. Ist die Datenverarbeitung dagegen nicht positiv gedeckt, und liegt auch keine Einwilligung des Betroffenen vor, ergibt sich bereits aus der Grundregel des § 4 BDSG die Unzulässigkeit der Datenverarbeitung und damit - wegen der positiven Indikationswirkung des Gesetzesrechts - die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Betreffen die Datenverarbeitungshandlungen daneben jedoch noch weitere anerkannte und konkret benennbare Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wie etwa die persönliche Ehre, die Identität oder das Recht am gesprochenen Wort, so steht einer konkurrierenden Herleitung der tatbestandlichen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über den Verstoß gegen diese Güter nichts im Wege. Die Tatbestandsverletzung läßt sich dann sowohl aus der Indikationswirkung des Verstoßes gegen normiertes Recht wie auch aus dem Verstoß gegen anerkannte Persönlichkeitsgüter begründen. Im Ergebnis wird der Rechtsanwender aufgrund der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in den gesetzlichen Zulässigkeitstatbeständen für eine Datenverarbeitung ohnehin regelmäßig zu einem Gleichlauf der Erwägungen gelangen.

bb) Negative Ausschlußwirkung

Allein im umgekehrten Fall wird man Vorsicht walten lassen müssen, da die positiv-rechtlich normierte Zulässigkeit einer Datenverarbeitung den Rückgriff auf nicht normierte Rechtsgrundsätze sperrt, so man Wertungswidersprüche vermeiden will. Es gelten insoweit die gleichen Erwägungen wie bereits oben unter a) bb) aufgezeigt.

c) Der undeutliche Standpunkt der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat unterdessen mit ihrer Beschreibung des Konkurrenzverhältnisses teilweise Verwirrung gestiftet. Dies trifft insbesondere auf jene Ausführungen des BGH zu, mit denen das Gericht die schon aus früheren Entscheidungen bekannte⁹³ These vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht als „Auffangtatbestand, der gegenüber einer Spezialregelung des Persönlichkeitsrechts grundsätzlich zurücktritt“ zur Lösung

⁹³ BGHZ 45, 296 (307); 50, 133 (143).

von Konkurrenzfragen herangezogen hat. Diese Erwägungen wurden in der Literatur mit Recht kritisiert⁹⁴ bzw. als „wenig glücklich“ bezeichnet⁹⁵. Die assoziative Anbindung des Terminus „Auffangtatbestand“ an das konkurrenzrechtliche Institut der Subsidiarität ist ebenso eindeutig wie im hier einschlägigen Kontext irreführend. Es wurde bereits aufgezeigt, warum eine tatbestandliche Subsidiarität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hinter den gesetzlichen Regelungen des besonderen Persönlichkeitsrechts an den persönlichen Daten nicht in Betracht kommt. Folglich trifft es im Grunde zu, wenn *Canaris*⁹⁶ die tatbestandliche Konkurrenzsituation zweipolig in einem „*aut...aut*“ zwischen Spezialität und Anspruchskonkurrenz aufgelöst wissen will. Jedoch sollte diese Feststellung dahin ergänzt werden, daß die Annahme eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach den Grundsätzen der Rechtsfortbildung vornehmlich jenseits des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des BDSG in Erwägung gezogen werden muß⁹⁷. Innerhalb seines Geltungsbereichs kommen konkurrierende Ansprüche aus dem BGB vor allem wegen erkannter Schutzlücken auf Rechtsfolgenebene zum Zuge, tatbestandlich vermag § 823 Abs. 1 BGB dagegen nur im Verletzungsfall und allein neben nicht abschließenden Regelungen im Gesetz idealkonkurrierende Ansprüche wegen Verstoßes gegen das Persönlichkeitsrecht zu vermitteln. Wegen der Indikationswirkung des besonderen Persönlichkeitsrechts scheidet ansonsten ein tatbestandlicher Rückgriff auf Grundsätze der Rechtsfortbildung aus, so daß im Regelfall tatbestandsbezogen von einer partiellen Spezialität gesprochen werden kann.

IV. Der gesetzliche Schadensersatzanspruch im Spannungsfeld der Bestimmungen des BDSG und des BGB de lege lata und de lege ferenda

Die vorangegangenen Überlegungen zum Konkurrenzverhältnis zwischen besonderem und allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewinnen im Bereich des gesetzlichen⁹⁸ Schadensersatzrechts besondere Bedeutung. Dies soll im folgenden näher aufgezeigt werden, da hier Auswirkungen auf den im dritten Teil näher zu untersuchenden Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB auftreten könnten. Wegen der bereits angesprochenen Lücke im BDSG 1990 besteht *de lege lata* kein Zweifel daran, daß die Vorschriften des § 823 Abs. 1 und § 823

⁹⁴ *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 I 6 a).

⁹⁵ RGRK-*Dunz*, § 823 Anh. I Rn. 46.

⁹⁶ *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 I 6 a).

⁹⁷ Wegen Nichtüberschneidung der Regelungsbereiche liegt dann aber keine echte Anspruchskonkurrenz vor.

⁹⁸ Vertragliche Ansprüche bleiben hier bewußt außen vor.

Abs. 2 BGB⁹⁹ nebeneinander anwendbar sind. Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich die tatbestandliche Feststellung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts regelmäßig incidenter aus der Unzulässigkeit der Datenverarbeitung nach dem BDSG, wobei im Rahmen der dortigen unbestimmten Rechtsbegriffe die anerkannten Grundsätze des in Rechtsfortbildung ausgebildeten Persönlichkeitsschutzes Eingang finden können.

Fraglich erscheint, ob sich hieran durch die im Regierungsentwurf 2000 vorgesehene Normierung eines eigenständigen Schadensersatzanspruchs etwas ändern wird. § 7 BDSG n.F. soll demnach folgende Fassung erhalten:

- (1) Fügt eine verantwortliche Stelle dem Betroffenen durch eine nach diesem Gesetzes oder nach anderen Vorschriften über den Datenschutz unzulässige oder unrichtige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten schuldhaft einen Schaden zu, ist ihr Träger dem Betroffenen zum Schadensersatz verpflichtet. Die Ersatzpflicht entfällt, soweit die verantwortliche Stelle die nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beachtet hat.
- (2) Mehrere Ersatzpflichtige haften als Gesamtschuldner.
- (3) Vorschriften, nach denen ein Ersatzpflichtiger in weiterem Umfang als nach dieser Vorschrift haftet oder nach denen ein anderer für den Schaden verantwortlich ist, bleiben unberührt.
- (4) Der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten steht offen.

Nach der Begründung des Gesetzentwurfs¹⁰⁰ setzt § 7 BDSG Regierungsentwurf 2000 erstmalig die Vorgabe von Art. 23 der EG-Datenschutzrichtlinie um und normiert für den öffentlichen wie für den nicht-öffentlichen Bereich eine eigenständige Verschuldenshaftung. Durch ausdrücklich Einbeziehung der Phasen der Datenerhebung und Datennutzung wird dem Postulat des Art. 2 b EG-Datenschutzrichtlinie Rechnung getragen und der im Bundesrecht restriktive Datenverarbeitungsbegriff notwendigerweise ergänzt.

Durchaus könnte man angesichts dessen zur Auffassung gelangen, daß Ansprüche nach § 823 Abs. 1 wie auch § 823 Abs. 2 BGB künftig durch die geplante Regelung des § 7 BDSG n.F. - zumindest im Bereich privater Datenverarbeitung - verdrängt werden. Dafür scheint vor allem § 7 Abs. 3 BDSG Regierungsentwurf 2000, der wortgleich dem § 7 Abs. 7 BDSG 1990 entspricht, zumindest bei restriktiver Auslegung zu sprechen: Eine

⁹⁹ Dazu *Simitis-Simitis*, § 8 Rn. 19 ff, 26. Die Normen des BDSG werden einhellig als Schutzgesetze aufgefaßt; vgl. *ders.*, § 8 Rn. 26 m.w.N.; *Ordemann/Schomerus*, § 1 Rn. 2.3.

¹⁰⁰ Begründung zu § 7 BDSG n.F. Regierungsentwurf 2000 (BT-Drs. 14/4329, S. 38).

weitergehende deliktsrechtliche Haftung des Verantwortlichen erscheint über §§ 823 ff. BGB kaum zu erzielen, zumindest wenn man dem Gesetzgeber unterstellt, daß § 7 BDSG Regierungsentwurf 2000 auch den Ersatz immaterieller Schäden ermöglichen soll¹⁰¹. Gleichmaßen verspricht § 831 BGB im Normalfall keinen Gewinn, da der Begriff der „verantwortlichen Stelle“ als Anspruchsgegner in §§ 3 Abs. 8 BDSG Regierungsentwurf 2000 sehr weit gewählt worden ist und den Begriff des Geschäftsherrn umfaßt¹⁰².

Aus der systematischen Stellung der Norm ergibt sich jedoch bei näherer Betrachtung, daß deliktsrechtliche Schadensersatznormen nicht verdrängt werden können, da sie im Ergebnis doch einen umfangreicheren Schutz zu gewähren vermögen. Dies folgt insbesondere hinsichtlich der Ersatzpflicht für immaterielle Schäden aus einem Umkehrschluß zu § 8 BDSG Regierungsentwurf 2000. Diese Norm entspricht im wesentlichen dem Gefährdungshaftungstatbestand des § 7 BDSG 1990 und eröffnet gegen öffentliche Stellen¹⁰³ einen Anspruch aus verschuldensunabhängiger Gefährdungshaftung. Beachtlich ist nun, daß § 8 Abs. 2 Regierungsentwurf 2000 im Falle einer schweren Persönlichkeitsverletzung einen angemessenen Ersatz des immateriellen Schadens ermöglicht. Generell wird der Schadensersatz der Höhe nach gemäß Abs. 3 auf maximal 250.000 DM begrenzt.

Grundsätzlich ließen sich daraus im Rahmen einer systematischen Auslegung in zweierlei Richtung Folgerungen für den Schadensbegriff des § 7 Regierungsentwurf 2000 entnehmen. Man könnte einerseits argumentieren, daß § 8 den weiten Ersatzbegriff des § 7 für den Bereich der Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen einschränkt bzw. an besondere Voraussetzungen bindet und der Höhe nach limitiert. Andererseits könnte aus der Nichterwähnung der Ersatzpflicht für immaterielle Schäden in § 7 aber auch gefolgert werden, daß der dortige Schadensbegriff - dem Rechtsgedanken des § 253 BGB ähnlich - allein Vermögensschäden erfaßt.

Letztlich wird man aus zwei gewichtigen Gründen der letzteren Interpretation zuneigen müssen. Zum einen plant der Gesetzgeber mit § 7 erstmalig einen eigenständigen Haftungstatbestand im vermeintlich durch das BDSG 1990 nur

¹⁰¹ Wortlaut und Begründung zu § 7 BDSG n.F. Regierungsentwurf 2000 schweigen insoweit. Dies ist vor allem angesichts der einschränkenden Vorgängervorschrift des § 7 Abs. 2 BDSG 1990 bemerkenswert.

¹⁰² Nach § 3 Abs. 7 Regierungsentwurf 2000 ist verantwortliche Stelle „jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen läßt.“ Wegen letzterer Variante dürfte über § 7 Regierungsentwurf 2000 die Haftung des Geschäftsherrn nach § 831 BGB weitgehend mit abgedeckt werden. Allenfalls im Rahmen der Exkulpationsmöglichkeiten differieren § 7 Abs. 1 Satz 2 Regierungsentwurf 2000 und § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB im Wortlaut.

¹⁰³ Die noch im Entwurf vom 11.3.1999 mißverständliche Überschrift der Norm wurde inzwischen berichtigt.

stiefmütterlich behandelten nicht-öffentlichen Bereich, wohingegen die weitreichende Gefährdungshaftung von öffentlichen Stellen bereits aufgrund des BDSG 1990 bestand. Bereits aus grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus¹⁰⁴ bedeutete es nun aber einen krassen Wertungswiderspruch, wenn im Bereich privatrechtlicher Datenverarbeitung der Ersatz immaterieller Interessen aufgrund einer extensiven Auslegung des Schadensbegriffs unbeschränkt gewährleistet wäre, ein solcher Ersatz seitens einer öffentlichen Datenverarbeitungsstelle indes nur im Falle einer „schweren Verletzung des Persönlichkeitsrechts“ überhaupt in Betracht käme. Des weiteren würde die jahrelange Diskussion um den Nachholbedarf des Datenschutzrechtes im privaten Bereich auf Rechtsfolgenseite gleichsam auf den Kopf gestellt, wenn nunmehr mit einem Federstrich die Haftung privater Stellen ohne Bagatellegrenze auf den nichtvermögensrechtlichen Bereich erstreckt und damit gegenüber dem öffentlichen Sektor noch eine Erweiterung erfahren würde.

Aus einer Gesamtschau der beiden Bestimmungen folgt somit, daß die Ersatzpflicht für den nicht-öffentlichen Bereich in § 7 Regierungsentwurf 2000 restriktiv auf Vermögensschäden beschränkt ist. Diese Auslegung fügt sich im übrigen nahtlos in das von der Rechtsprechung entwickelte Schutzkonzept ein, wonach im Falle einer „schweren Verletzung des Persönlichkeitsrechts“ über § 823 Abs. 1 BGB ausnahmsweise auch das immaterielle Interesse in Geld zu ersetzen ist. Hieraus erklärt sich sodann die Intention des Entwurfsverfassers: Im Unterschied zur weitergehenden Haftung der Staatsgewalt ohne Rücksicht auf ein Verschulden soll im privaten Bereich ein Ersatz von Nichtvermögensschäden nur in Betracht kommen, wenn der Verantwortliche den sorgfaltswidrigen Umgang mit persönlichen Daten auch zu vertreten hat. Im Gegensatz zu der in § 7 Regierungsentwurf 2000 für bloße Vermögensschäden angedachten Beweislastumkehr obliegt dem Anspruchsteller im privaten Bereich insoweit aber auch die Darlegungs- und Beweislast nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.

Dieses dreifach abgestufte Schadensersatzsystem - umfassende, der Höhe nach beschränkte Gefährdungshaftung öffentlicher Stellen (§ 8 Regierungsentwurf 2000), Verschuldenshaftung für Vermögensschäden mit Beweislastumkehr (§ 7 Regierungsentwurf 2000) sowie Verschuldenshaftung für Nichtvermögensschäden ohne Beweiserleichterung (§ 823 Abs. 1 BGB, Artt. 1, 2 GG) - stellt sich auf dem Boden der hiesigen Interpretation als sinnvoll

¹⁰⁴ Vgl. zur unweit strengeren Grundrechtsbindung der öffentlichen Gewalt bereits oben im ersten Teil.

differenzierende Abstufung persönlichkeitsrechtlicher Sanktionsmittel im öffentlichen und privaten Bereich dar¹⁰⁵.

Die Ausgangsfrage nach dem Anwendungsbereich deliktsrechtlicher Vorschriften des BGB neben § 7 Regierungsentwurf 2000 erscheint damit ebenfalls gelöst. Wie die Erörterung um die Ersatzpflicht für Nichtvermögensschäden aufzeigte, versperrt die Öffnungsklausel des § 7 Abs. 3 Regierungsentwurf 2000 jedenfalls nicht den Rückgriff auf das Deliktsrecht des BGB. Richtig verstanden bedeutet die Norm wohl vielmehr, daß die allgemeinen Ansprüche des Zivilrechts wohl nur um einen für den Betroffenen *in praxi* potentiell günstigeren Haftungsanspruch ergänzt werden sollen¹⁰⁶.

Damit nimmt nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch künftig innerhalb des Anwendungsbereichs des BDSG die besondere Funktion ein, im Falle einer auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen unzulässigen Datenverarbeitung mittelbar weitergehende Ansprüche zu vermitteln, deren Voraussetzungen sich an den bereits oben gefundenen Ergebnissen orientieren¹⁰⁷.

C. Zwischenergebnis und Thesen

1. Das geltende Datenschutzrecht - auf Bundesebene vor allem das BDSG - weist einen vor allem in sachlicher Hinsicht beschränkten Anwendungsbereich auf, der für den Umgang mit persönlichen Daten unter Privaten einer Ergänzung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedarf. Insbesondere der Umgang mit Daten im Rahmen „persönlicher und familiärer Tätigkeiten“ sowie abseits des gesetzlichen Begriffs einer „Datei“ kann allein hierdurch erfaßt werden, da ansonsten die Gefahr eines rechtsfreien Raumes bestünde.
2. Das BDSG bildet zusammen mit anderen gesetzlichen Datenschutzbestimmungen ein besonderes Persönlichkeitsrecht an personenbezogenen Daten. Ein nach diesen Vorschriften unzulässiger

¹⁰⁵ Vgl. zu Inhalt und Reichweite der Schadensersatzpflicht bei unbefugter Verwendung vermögenswerter Bestandteile des Persönlichkeitsrechts BGH NJW 2000, 2195 (2200 f.) - Marlene Dietrich -.

¹⁰⁶ So bezüglich der Vorgängervorschrift des § 7 Abs. 7 BDSG 1990 bereits *Simitis-Simitis*, BDSG, § 7 Rn. 37; das Ergebnis ergibt sich zumindest infolge einer teleologischen Reduktion der Norm. In diesem Sinne dürfte auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 29.09.2000 (Quelle: www.datenschutz-berlin.de/recht/de/ggebung/bdsg_neu/bdsgstell.htm) zu interpretieren sein, der für eine Streichung der Absätze 2 bis 4 des § 7 im Gesetzentwurf plädiert, da § 7 „einen deliktischen Anspruch zum Gegenstand“ habe und die Absätze 2 bis 4 daher „überflüssig“ seien.

¹⁰⁷ Zur tatbestandlich limitierten Spezialität und zur positiven Indikationswirkung der Gesetzesverletzung siehe bereits oben III.

Umgang mit persönlichen Daten verstößt zugleich gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (positive Tatbestandsindikation).

3. Das Konkurrenzproblem zwischen Gesetzesrecht und Rechtsfortbildung stellt sich im wesentlichen auf drei Ebenen. Außerhalb der Zielbestimmung des BDSG und auch jenseits des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des BDSG finden die Grundsätze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts uneingeschränkt Anwendung. Das BDSG wählt in seiner Zielbestimmung einen umfassenden Ansatz, vermag ihn jedoch nicht vollends zu erschöpfen. Das BDSG verfolgt daher im ganzen keinen abschließenden Regelungsansatz im Sinne einer *lex specialis*. Die Leit motive des geschriebenen Rechts können aber auch bei dem Versuch einer Systematisierung des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dienlich sein.
4. Die Rechtsprechung zum Konkurrenzverhältnis der allgemein zivilrechtlichen Ansprüche zu den Normen des BDSG bei Datenverwendungen innerhalb seines Anwendungsbereichs erweist sich als wenig stringent und erscheint widerspruchsbehaftet. Die Erwägungen des BGH reichen einzelfallbezogen von der Annahme genereller Spezialität des BDSG bis hin zu subsidiärer Anwendbarkeit oder teilweiser Anspruchskonkurrenz des in Rechtsfortbildung geformten Persönlichkeitsschutzes.
5. Richtigerweise ist im sachlichen Regelungsbereich des BDSG im Wege einer Einzelbetrachtung danach zu differenzieren, ob der Gesetzgeber dort Individualansprüche bewußt abschließend normiert hat oder nicht.
6. Bei einer in diesem Sinne abschließenden Normierung entfalten die gesetzlichen Bestimmungen über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit eines Umgangs mit persönlichen Daten im Falle ihrer Unzulässigkeit ein Verhältnis grundsätzlich auf den Tatbestand beschränkter, aber potentiell auch die Rechtsfolge erfassender Spezialität (potentiell unlimitierte und indizierende Spezialität). So gelingt es, mittelbar über eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch im Anwendungsbereich des speziellen Gesetzesrechts über § 823 Abs. 1 BGB den Ersatz immaterieller Schäden zu ermöglichen, und zwar selbst dann, wenn das BDSG selbst einen Schadensersatzanspruch für den Privatrechtsverkehr künftig normieren sollte.
7. Solange es andererseits im Einzelfall an einer Individualanspruchsnorm im BDSG fehlt, ohne daß der Gesetzgeber die begehrte Rechtsfolge bewußt hätte ausschließen wollen - so etwa bezüglich eines Schadensersatzanspruches im nicht-öffentlichen Bereich aufgrund des BDSG 1990 -, oder aber eine Anspruchsnorm als nicht abschließend

angedacht ist, kommt im Verletzungsfall eine tatbestandliche und rechtsfolgenbezogene Anspruchskonkurrenz zu den allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüchen des BGB - hier z.B. § 823 Abs. 1 BGB - in Betracht. Auf Tatbestandsebene beurteilt sich jedoch zumindest die Frage nach einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zunächst nach den gesetzlichen Zulässigkeitsnormen für die Datenverarbeitung im BDSG. Die dort in §§ 28 ff. BDSG vielfältig verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe eröffnen wiederum ihrerseits die Möglichkeit, anerkannte Grundsätze des in Rechtsfortbildung konturierten Persönlichkeitsschutzes in die Entscheidungsfindung einfließen zu lassen. Die Zulässigkeitsvorschriften des BDSG verstehen sich insoweit als gesetzgeberisch vorgezeichneter Rahmen für eine einzelfallbezogene Güter- und Interessenabwägung. Es wird daher in praxi regelmäßig zu einem Gleichlauf zwischen der Verletzung des besonderen Persönlichkeitsrechts und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kommen.

8. Die Vorschriften über die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung entfalten umgekehrt jedoch stets dann eine tatbestandliche Sperrwirkung, wenn aufgrund der gesetzlichen Vorgaben die Datenverarbeitung ausdrücklich zulässig ist. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen verbietet sich insoweit der Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, selbst wenn der Gesetzgeber es im Einzelfall versäumt hätte, anerkannte Persönlichkeitsgüter in seine Wertungen einzustellen. Eine Korrektur käme sodann nur im Wege einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung in Betracht.
9. Der neue verschuldensabhängige Schadensersatzanspruch nach § 7 BDSG Regierungsentwurf 2000 erweist sich nicht als abschließende Sonderregelung für Schadensersatzansprüche im Privatrechtsverkehr. Insbesondere aus einer Gesamtschau mit § 8 Regierungsentwurf 2000 ergibt sich die Notwendigkeit deliktsrechtlicher Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB, da der Schadensbegriff des § 7 Regierungsentwurf 2000 bei systematischer Auslegung immaterielle Schäden nicht abdeckt. Zumindest insoweit bleibt damit auf dem Boden der Schmerzensgeld-Rechtsprechung des BGH Raum für eine weitergehende Anwendung des zivilen Deliktsrechts.
10. Die aus § 7 Abs. 7 BDSG 1990 in den Regierungsentwurf 2000 übernommene Öffnungsklausel des § 7 Abs. 3 sollte zumindest nach einer teleologischen Reduktion dahin verstanden werden, daß der Schadensersatzanspruch nach dem BDSG als den Betroffenen begünstigende Regelung lediglich ergänzende Funktion besitzt und konkurrierende Ansprüche nach dem BGB in der Rechtsfolge nicht

ausschließt. Lediglich tatbestandlich bleibt die Frage nach einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts zunächst der Prüfung der Zulässigkeitsbestimmungen des BDSG vorbehalten.

„Perfektionistisch in Gesetzgebung umgesetzt, wird die Wohltat zur Plage. Das Anliegen des Datenschutzes läßt sich schlichter formulieren.“¹

Dritter Teil

Zwischen Rechtsgüterschutz und Eingriffstypisierung - die zivilrechtliche Erfassung des Datenschutzes am Beispiel des Deliktsrechts

Nachdem im zweiten Teil herausgearbeitet wurde, daß neben den gesetzlichen Ausdifferenzierungen des Datenschutzes weiterhin Anwendungsräume für den in Rechtsfortbildung ausgebildeten Persönlichkeitsschutz bestehen, soll im abschließenden dritten Teil der Untersuchung geklärt werden, wie man datenschutzrechtliche Interessen im Zivilrecht überhaupt einordnen und unter Schutz stellen kann. Die Darstellung beschränkt sich dabei bewußt auf die Betrachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Deliktsrechtstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB, wobei vornehmlich der Tatbestand und im Rahmen dessen die Ausformung des sachlichen Schutzbereiches erörtert werden sollen². Zur besseren Darstellung des Gesamtzusammenhanges seien vorab einige Ausführungen zum Stand der datenschutzrechtlichen Diskussion *de lege ferenda* vorangestellt, um danach in die zivilrechtlichen Ausgangsfragen für die Bestimmung des Schutzbereichs überzuleiten.

A. Die personenbezogene Information als Ausgangspunkt des Persönlichkeitsschutzes

Die Diskussion um Ziele und Umsetzung des Datenschutzes ist so alt wie die Idee überhaupt, „Daten schützen“ zu wollen. Das heutige Datenschutzrecht spiegelt dabei den Entwicklungsstand einer unfertigen Rechtsmaterie wider, die ihre gesellschaftliche Wurzel in der menschentypischen Angst vor dem Neuen

¹ Bull, ZRP 1998, 310 (312).

² Eine weitere Eingrenzung auf die Phase der Datenerhebung wird sodann bei einer am Verhalten ausgerichteten Schutzbereichsdarstellung vorgenommen, um die Arbeit nicht ausufern zu lassen.

findet. George Orwell's düstere Vision von „1984“ drohte in den apokalyptischen Befürchtungen früher Datenschützer angesichts einer zunehmenden Computerisierung der Gesellschaft greifbare Gestalt anzunehmen - und beherrscht als Gemeinplatz ideologischer Grabenkämpfe noch heute die Diskussion³. Angesichts der in Teilen der Gesellschaft herrschenden Technikphobien kam der Gesetzgebung in der frühen Datenschutzdiskussion Pioniercharakter zu. Dabei war den Pionieren selbst durchaus bewußt, daß die Gesetzgebung vorläufig weniger zur Bewältigung konkreter Probleme, als zur normativen Untermauerung politischer Zielsetzungen, zur wirksamen Vertiefung eines Datenschutzproblembewußtseins der Öffentlichkeit beitragen würde⁴.

I. Überregulierung ohne Zielbestimmung, oder: Reform ohne Ende ?

Die Entwicklungsgeschichte etwa des BDSG spiegelt damit auch ihren rechtlichen Geburtsfehler wider: Die Crux liegt in der politischen „Impulswirkung“⁵, die von dem Gesetz ausgehen sollte. Aus der Perspektive *ex post* gewinnt man den Eindruck, daß die Aktion im Vordergrund stand, die Überlegungen zur Zielsetzung hingegen bis heute nicht abgeschlossen sind⁶. Dafür bietet die Gesetzgebungsgeschichte selbst hinreichendes Indiz. Kaum ein Gesetzgebungswerk war so oft und so langwierig Gegenstand von unermüdlichen Reformbemühungen wie das BDSG. Bereits wenige Monate nach seinem Erlaß im November 1976 wurden im Bundestag einhellige Rufe nach einer Novellierung laut⁷.

Die Reformdiskussionen dauerten fort und überdauerten mehrere Legislaturperioden, bis endlich am 20.12.1990 ein Gesetz zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes verabschiedet wurde⁸. Unterdessen setzte auch auf Gemeinschaftsebene ein langwieriges und zähes Ringen⁹ um die europäische Ausgestaltung des Datenschutzes ein, das endlich in der Verabschiedung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats „zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“¹⁰ im Oktober 1995

³ Was die nicht abebbende Flut von Inbezugnahmen verdeutlicht; für viele *Nitsch*, ZRP 1995, 361; *Dronsch*, ZRP 1996, 206 (207); *Leuze*, DVBl. 1984, 1.

⁴ *Kloepfer*, Datenschutz als Grundrecht, S. 14 f.

⁵ *Kloepfer*, Datenschutz als Grundrecht, S. 14 f., spricht negativ gewendet von einem „Propagandagesetz ohne hinreichende normative Substanz“.

⁶ Vgl. nur die höchst unklare Zielbestimmung in § 1 BDSG 1977, aber auch die ebenfalls nicht eindeutige Nachfolgebestimmung § 1 BDSG 1990; dazu auch *Simitis - Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 163 ff.

⁷ BT-Drucks. 8/191; 8/266.

⁸ BGBl. I, 2954.

⁹ Der erste Entwurf der EG-Kommission zu einer „Datenschutzrichtlinie“ stammt aus dem Jahr 1990; vgl. zur Entwicklung *Ellger*, S. 532 ff.

¹⁰ Richtlinie 95/46 EG, Abl. EG Nr. L 281/31.

gipfelte. Auch auf nationaler Ebene hat die Diskussion um das „quo vadis?“ im Datenschutzrecht keineswegs abgenommen¹¹. Im Gegenteil fachten die Bemühungen zur - noch immer nicht abgeschlossenen - Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie in nationales Recht der Bundesrepublik eine ungewöhnlich tiefgreifende Diskussion in der juristischen Literatur an, die an den Wurzeln des Datenschutzes angreift: Beklagt wird mehr oder minder deutlich, daß die inflationäre gesetzgeberische Tätigkeit der letzten Jahre trotz der Schaffung immer neuer und immer spezifischerer Datenschutzregelungen es nicht vermocht hat, ein in sich schlüssiges und vom Bürger akzeptiertes Gesamtkonzept zu präsentieren. In seinem Gutachten zum 62. Deutschen Juristentag in Bremen 1998 formulierte *Kloepfer* ein sehr kritisches Urteil über den legislativen *status quo*: „Aufgrund des - vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung erforderten - Gesetzesvorbehalts für Informationseingriffe ist (vor allem durch viele datenschutzrechtliche Spezialregelungen) eine häufig überdetaillierte, unübersichtliche und schwer zu vollziehende Normenmasse geschaffen worden, die erkennbar zu Forderungen nach Deregulierung und schlankem Staat in Widerspruch steht.“¹²

Es nimmt nicht wunder, daß die aktuelle Diskussion sich vornehmlich um eine gesetzgeberische „Neuorientierung des Datenschutzes“¹³, um „Perspektivenwechsel“, „Paradigmawandel“, bessere „Konzepte“ und „Innovation“ ranken¹⁴. Dabei wird oftmals nicht recht erkannt, daß legislative Übermotivation leicht das Ansinnen des Datenschutzes in sein Gegenteil verkehren kann. Gerade im nicht-öffentlichen Bereich muß sich der Sinn und Zweck datenschützender Normen am Gradmesser der Akzeptanz in der Bevölkerung messen lassen. Hier scheint aber eine erhebliche Schwachstelle im bestehenden System zu liegen. So beklagt etwa *Bull*¹⁵, daß die Effizienz bestehender Regelungen in der Praxis zu selten untersucht würden, dessen ungeachtet der Gesetzgeber aber ständig damit beschäftigt sei, „festgestellte oder vermutete Lücken durch neue Vorschriften zu stopfen und Details nachzutragen“.

Das größte Übel sei gegenwärtig die „übertriebene Verrechtlichung, der Gesetzesperfektionismus“. Ohne Gespür für pragmatischen bereichsspezifischen Regelungsbedarf betreibe der Gesetzgeber einen

¹¹ Vgl. nur die teilweise emotionsgeladenen Beiträge von *Nitsch*, ZRP 1995, 361; dagegen *Dronsch*, ZRP 1996, 206.

¹² *Kloepfer*, Gutachen, These C / 18.

¹³ So die Forderung *Kloepfers*, Gutachten, S. D 85 ff.

¹⁴ Vgl. *Pitschas*, DuD 1998, 139 (145); *Lutterbeck*, DuD 1998, S. 129 ff.; *Bull*, ZRP 1998, 310.

¹⁵ *Bull*, ZRP 1998, 310 (312) sowie dort Fn. 18, wo *ders.* im Rahmen einer *Praeteritio* die Sinnhaftigkeit der Einführung geschlechtsneutraler Rechtssprache im Datenschutzrecht des Landes Hamburg karikiert.

umfassenden Regelungsansatz, der die Vielfalt der Entscheidungsformen möglichst vollständig rechtlich zu erfassen suche, dabei aber letztlich ohne weitreichende Generalklauseln nicht auskomme¹⁶. *Gola*¹⁷ schloß sich in einem Beitrag jüngerer Datums dieser Kritik an und wandte sich ebenfalls gegen „die ständig zunehmende Normenüberflutung“ sowie die „Bürokratisierung des Datenschutzes“. Erforderlich seien neue, realistische und nicht bloß symbolische Schutzkonzepte¹⁸.

Noch weiter geht *Nitsch*¹⁹, der im Zusammenhang mit dem verfassungsgerichtlichen Auftrag an hinreichend normierte Eingriffsermächtigungen „blinden Rechtspositivismus“ vor allem in der verwaltungsinternen Praxis beklagt. Er fordert für die Zukunft des Datenschutzes eine Reduktion auf „das Wesentliche“.

Solche Kritik bleibt bisher eher vereinzelt und vermag, so ist zu vermuten, die künftige Entwicklung hin zu weiterer Ausdifferenzierung der Normen, zu perfektionistischem Streben des Gesetzgebers, nicht zu verhindern. Zu beobachten ist insbesondere die vehemente Neigung vor allem der „institutionalisierten“ Datenschützer, Forderungen nach Vereinfachung und Deregulierung des positiven Rechts als rechtsmethodischen Griff ins Antiquariat abzutun²⁰. Gleichwohl soll die Kritik zum Anlaß genommen werden zu beleuchten, warum die ständige legislative Fortentwicklung des Datenschutzrechtes in eine Sackgasse zu führen droht. Es ist dies - um es vorwegzunehmen - die bis heute herrschende Unklarheit über die Zielsetzungen des Datenschutzes. Sicher kann die vorliegende Arbeit nicht die Diskussionen der letzten 25 Jahre aufarbeiten, jedoch soll versucht werden, anhand des klassischen Instrumentariums des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes die im Privatrechtsverkehr tangierten Interessen und Gefährdungslagen herauszuarbeiten. Schließlich vermag man bisweilen auch in der Rückbesinnung einen Fortschritt zu erkennen.

II. Das personenbezogene Datum als Ausgangspunkt von Schutzüberlegungen

Schon oft wurde auf die terminologische Unschärfe des Begriffs „Datenschutz“ hingewiesen²¹, doch hat er sich rechtlich und umgangssprachlich über die

¹⁶ *Bull*, ZRP 1998, 310 (313), der den „radikalsten Vorschlag zur Neubesinnung“, eine verordnete „mehrjährige Gesetzespause“, angedenkt.

¹⁷ *Gola*, NJW 1999, 3753 (3754).

¹⁸ *Gola*, aaO.; *Hoffmann-Riem*, DuD 1998, 684.

¹⁹ *Nitsch*, ZRP 1995, 361 (364).

²⁰ Besonders anschaulich hierfür der ideologisierende Beitrag des niedersächsischen Datenschutzbeauftragten *Dronsch*, ZRP 1996, 206 (207 f.).

²¹ Der Begriff entstammt, soweit ersichtlich, den Vorarbeiten zum 1. Hessischen Datenschutzgesetz (HDSG) 1970; vgl. die Nachweise bei *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 2; *ders.* NJW 1971, 676.

Grenzen der Bundesrepublik hinaus²² in einer Weise verfestigt, daß es als müßig erscheint, einer Verbalkorrektur das Wort zu reden. Allerdings erscheint es ratsam, zu Beginn der weiteren Überlegungen die in mehrerlei Hinsicht bestehende Ungenauigkeit dieser Wortschöpfung kurz aufzudecken.

1. Das Datum - keine Verkörperung eines rechtlichen Interesses

Dazu gehört zunächst die immens wichtige Feststellung, daß das Datum *als solches* keinen tauglichen Schutzaspekt der menschlichen Persönlichkeit darstellt. Anliegen des Datenschutzes ist der Schutz der Menschen, nicht der Schutz von Daten²³. Davon zu unterscheiden ist allerdings die Frage, welche Wirkungen der Umgang mit Daten auf die verschiedenen, teils anerkannten, teils vielleicht noch nicht klar erkennbaren Schutzaspekte der Persönlichkeit haben kann. Daten können daher durchaus als Schutzgegenstände, z.B. von rechtlichen Normen, erscheinen, nicht aber als Schutzgüter²⁴. Als Schutzgut, genauer als Persönlichkeitsgut, kommt vielmehr nur ein rechtlich anerkannter und schutzwürdiger Aspekt der Persönlichkeit eines von einer Datenverarbeitung Betroffenen in Betracht.

2. Information und Datum - Ausgangspunkte für Begriffsverwirrung

Hinzu kommt eine weitere begriffliche Unsicherheit, die in der nicht immer klaren und gerade im Datenschutzrecht bisweilen verwischten Differenzierung der Begriffe „Datum“ und „Information“ ihre Ursache hat. Der Begriff „Information“ läßt sich - bei einer Vielzahl von Definitionsversuchen²⁵ - auf pragmatischer Ebene²⁶ definieren als die „Kenntnis eines bestimmten Empfängers über Sachverhalte und Vorgänge“²⁷. Dagegen versteht man in der

²² Im englischen Rechtskreis lautet das Pendant „data protection“, vgl. nur Council of Europe, Legislation and Data Protection, Proceedings of the Rome Conference on problems relating to the development and legislation on data protection, 1983 (zitiert nach *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 2).

²³ *Ehmann*, RDV 1988, 169 (178); allerdings halten sich begriffliche Unschärfen bis in die neuere Literatur, so etwa bei *Nitsch*, ZRP 1995, 361 (362), der von Information als „Schutzgut des Datenschutzes“ spricht. Zutreffend dagegen *Sieber*, NJW 1989, 2569 (2580), der den rein „instrumentalen Charakter des Informationsrechts als Dienst am Menschen und an der Gerechtigkeit“ hervorhebt.

²⁴ Die Begriffe „Schutzgegenstand“ und „Schutzgut“ werden oftmals synonym gebraucht, obgleich gerade die Problemlage im Bereich des „Datenschutzes“ veranschaulicht, daß hier eine Differenzierung angebracht ist.

²⁵ Vgl. bereits *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 42 f.; *Werckmeister*, DVR 7 (1978), 225 ff.

²⁶ Zur syntaktischen und semantischen Ebene des Informationsbegriffs *Sieber*, NJW 1989, 2569 (2572); *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 42 f.

²⁷ *Sieber*, NJW 1989, 2569 (2572 f.) mit weiteren funktionalen Definitionsnachweisen.

Fachsprache²⁸ der Datenverarbeitung unter einem „Datum“ eine auf einem Datenträger (z.B. Blatt Papier, Speicherchip, Diskette, Magnetband usw.) erfaßte²⁹, d.h. eine zumindest in Form von elektronischen Impulsen gegebene und der sinnlichen Wahrnehmung wenigstens nach einem Transformationsakt zugängliche Information. *Steinmüller und Mitarbeiter*³⁰ wiederum definieren Daten als „durch Zeichen(folgen) fixierte oder zur Fixierung bestimmte Informationen“.

Nach diesen Definitionsversuchen besitzt jedes Datum auch einen Informationsgehalt. Dies erscheint jedoch fragwürdig für den Fall, daß man dem Datum nicht - zumindest aus Sicht des verständigen Empfängers - eine Zuordnungsfunktion beizumessen vermag. Das „singuläre“ Datum, etwa ein beliebiger Name, eine Ziffer, eine Adresse, die Titelbezeichnung eines Buchs oder eine Ortsangabe usw. gibt dem Betrachter in der Regel keinerlei Kenntnis von einem Sachverhalt oder einem Vorgang im Sinne der Informationsdefinition. Anders gewendet könnte man die Frage aufwerfen, ob ein Datum Information sein kann, wenn sich der Informationsgehalt in der bloßen Kenntnis der Existenz des Datums - als zumindest nach einem Transformationsakt sinnlich wahrnehmbare Darstellung - erschöpft. Durch die Fragestellung werden Aspekte der Sigmantik, der Hinweisfunktion auf das Benannte oder Abgebildete, ebenso angesprochen wie solche der Semantik, der inhaltlichen Bedeutung eines Datums. Jedoch erscheint es wohl nicht sinnvoll, das Problem in diesem Rahmen weiter zu vertiefen, zumindest, wenn man - richtigerweise - unterstellt, daß das Datum jedenfalls (irgend)eine sigmatische und eine semantische Komponente besitzen muß³¹. Demnach scheiden völlig irrationale, chaotische, nicht nachvollziehbare Darstellungen jedenfalls aus der Analyse aus. Das Problem entschärft sich weiter für den hier zu betrachtenden Teil des Datenschutzes - als Teilmenge des Datenrechts und des Informationsrechts³² - wegen seiner persönlichkeitsrechtlichen Ausrichtung, die den Personenbezug als primäres Moment zur Auslösung eines Schutzbedürfnisses voraussetzt. Damit wird von vornherein eine sigmatische Komponente des „Datenschutzes“ offenbar.

Nur so läßt sich auch die formelhafte Ausführung des BVerfG in seinem Volkszählungsurteil recht einordnen, wonach es „*insoweit* unter den

²⁸ Die Fachsprache gibt es nicht; unter Naturwissenschaftlichern wird der Datenbegriff oftmals auf rein syntaktischer Ebene sehr weit definiert als Element aus einer endlichen Menge von Elementen zur Darstellung von Information (z.B. Zeichen und Signale); vgl. andererseits im strafrechtlichen Bereich die sehr engen Definitionsansätze, etwa von *Haft*, NStZ 1987, 6 (8), oder auch die gesetzgeberische Begriffslimitierung in § 202 a Abs. 2 StGB.

²⁹ *Bull*, NJW 1979, 1177 (1178).

³⁰ Gutachten, S. 43.

³¹ So bezüglich des Begriffs der „Angabe“ iSd. BDSG *Simitis-Dammann*, BDSG, § 3 Rn. 6.

³² Vgl. *Kloepfer*, Gutachten, S. D 85 f.; *Steinmüller und Mitarbeiter*, Gutachten, S. 43.

Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein belangloses Datum mehr³³ gebe. Diese - isoliert betrachtet - in mehrerlei Hinsicht unglücklich wirkende Ausführung bedarf der Ergänzung: Das BVerfG setzt die Äußerung u.a. ausdrücklich in den Kontext des Umgangs mit *personenbezogenen Daten*³⁴. An der Sigmantik des demzufolge betroffenen Informationskreises besteht damit kein Zweifel.

3. Personenbezug - Das Datum als Darstellung eines Persönlichkeitspartikels

Wenn nun das Datum als solches nicht als Ausgangspunkt von Schutzüberlegungen in Betracht kommt, so ergibt sich ein Schutzbedürfnis nach der herkömmlichen datenschutzrechtlichen Diktion aus seinem „Personenbezug“. In § 1 Abs. 1 BDSG 1990 wird die Schutzrichtung des Gesetzes in der Weise bestimmt, daß der einzelne vor Beeinträchtigungen seines Persönlichkeitsrechtes durch den „Umgang mit seinen personenbezogenen Daten“ zu schützen sei. Es stellt sich damit unweigerlich die Frage, welche Aspekte der Persönlichkeit gerade durch die Personenbezogenheit von Informationen berührt werden. Diese Frage soll aber zunächst noch zurück gestellt werden. Zuvor soll geklärt werden, welche Besonderheiten das Kriterium des Personenbezugs für die weitere Betrachtung als solches mit sich bringt, wofür wiederum das positive Recht Hinweise bieten kann.

a) Der individualistische Ansatz des Personenbezugs im BDSG

In § 3 Abs. 1 BDSG 1990 werden personenbezogene Daten als „Einzelangaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (Betroffener)“ definiert. Dieser gesetzgeberischen Eingrenzung ging jedoch eine Kontroverse um die Reichweite des gesetzlichen Datenschutzes voraus. Hierzu sind zunächst die verschiedenen inhaltlichen Erscheinungsformen von Information zu beleuchten. *Steinmüller und Mitarbeiter*³⁵ unterteilten Informationen im wesentlichen in Personen- und Sachinformationen, welche ihrerseits wiederum in Gestalt von individueller und statistischer Information anzutreffen seien. Gegenstand des Datenschutzes seien alle Personeninformationen, alle personenbezogenen Informationen, alle individualisierbaren Informationen sowie alle gruppenbezogenen Informationen. Vom Schutzgehalt des Datenschutzes ausgeschlossen mochten *Steinmüller und Mitarbeiter* lediglich die reinen

³³ BVerfGE 65, 1 (45) - Hervorhebung durch den Verfasser.

³⁴ BVerfGE 65, 1 (45 oben); daneben wird eingrenzend auf die Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeit verwiesen.

³⁵ *Steinmüller und Mitarbeiter*, Gutachten, S. 54 ff.

Sachinformationen und die rein statistischen Informationen sehen, letztere freilich auch nur mit Einschränkungen³⁶.

Der Gesetzgeber hat diesen sehr weit gespannten Bogen betroffener Informationen nicht vollständig in seine Schutzüberlegungen aufgenommen. So wurden etwa, wie sich aus § 3 BDSG 1990 ergibt, die sog. „Gruppeninformationen“, also solche Information, deren Gehalt sich lediglich auf eine Mehrheit von Personen, etwa einen Verein oder eine ethnische Gruppe beziehen, nicht berücksichtigt. Dies erscheint angesichts der persönlichkeitsrechtlichen Ausrichtung des BDSG auf den ersten Blick konsequent. Die Verletzung eines Persönlichkeitsgutes bedingt eine konkrete Eingriffshandlung bei seinem Träger. Aufgrund des naturgemäß individualistischen Ansatzes von rechtlichem Persönlichkeitsschutz scheint es sich zu verbieten, über mehrere Rechtssubjekte hinweg eine Art „Gruppenpersönlichkeitsrecht“ erstrecken zu wollen³⁷.

Allerdings gelten auch hier Einschränkungen. Zum einen kann im Einzelfall eine Gruppeninformation, d.h. eine Angabe über eine Personengruppe, auch auf den einzelnen „durchschlagen“ und ihn als Mitglied dieser Gruppe in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt erscheinen lassen. Dann besteht aber regelmäßig die Einzelangabe zumindest darin, daß der Betroffene einer bestimmten Gruppe zugerechnet wird³⁸, so daß hier keine reine Gruppeninformation gegeben ist. In Wahrheit liegt die Betroffenheit des einzelnen dann in der Verknüpfung der Gruppeninformation mit dem Datum seiner Zugehörigkeit zur Gruppe. Zum anderen blendet das geltende BDSG ein weites Feld des Informationsschutzrechtes aus: die datenschutzrechtlichen Interessen von Personenzusammenschlüssen bzw. juristischen Personen.

b) Personenbezug bei juristischen Personen und Personenzusammenschlüssen

Soweit es Personenzusammenschlüsse, etwa Handelsgesellschaften, und insbesondere auch juristische Personen betrifft, findet das Gesetz keine Anwendung. Gesteht man aber im Rahmen des zivilrechtlichen Schutzinstrumentariums auch Unternehmen ein Persönlichkeitsrecht zu³⁹, so erscheint es auf den ersten Blick nur folgerichtig, daß auch im Hinblick auf den

³⁶ *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 55, sprechen sich für eine Einbeziehung bestimmter statistischer Gruppeninformationen (zB. bei Diffamierungen) aus, auch wenn sie ohne Zusatzinformation keine Rückschlüsse auf eine Einzelperson erlauben.

³⁷ Anders *Steinmüller* und Mitarbeiter, Gutachten, S. 44, die für eine Ausweitung der Rechtsmaterie „Datenschutz“ plädieren.

³⁸ Vgl. BAG RDV 1986, 138; *Ordemann/Schomerus*, § 3 Rn. 2.2.

³⁹ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 333 ff; differenzierend *Larenz/Wolf*, AT, § 9 Rn. 17; *Eneccerus/Nipperdey*, I § 101 IV; ausführlich *Kau*, aaO.; aus der Rspr. z.B. OLG Koblenz, NJW 1986, 3093.

Umgang mit unternehmens- oder verbandsbezogener Information ein rechtlicher Schutz unter Berufung auf das Persönlichkeitsrecht zum Tragen kommt.

Die Problematik kann hier allerdings nur angedeutet werden. Es gilt jedenfalls zu bedenken, daß Unternehmen im Unterschied zu Einzelpersonen nicht jenes sozialtypische Schutzbedürfnis aufweisen, was den Menschen etwa in Form seiner Menschenwürde kennzeichnet⁴⁰. Es ist zu berücksichtigen, daß ein so vielgestaltiges Recht wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf juristische Personen und Personenzusammenschlüsse nicht in seiner Ganzheit anwendbar sein kann, da deren Interessenkreis regelmäßig hinter dem eines Einzelnen zurück bleibt. Eng mit der Menschennatur zusammenhängende Güter wie das Leben, die Gesundheit, das Bildnis, das Charakterbild usw. können nicht auf einen Personenzusammenschluß bzw. eine juristische Person als solche übertragen werden⁴¹. Mangels Schutzgut scheidet ein persönlichkeitsrechtlicher Schutz insoweit aus. Betrachtet man weiter den Schutz der Privatheit als einen Grundpfeiler persönlichkeitsrechtlicher Interessen gerade auch im Bereich des Datenschutzes⁴², so wird man bezüglich juristischer Personen konstatieren müssen, daß sie kraft Natur der Sache kein „Privatleben“ führen können und sich somit jene Abstufungen, die menschliche Privatheit ausmachen, nicht ohne weiteres auf ein Unternehmen übertragen lassen. All dies folgt aus dem Umstand, daß es juristischen Personen in vielerlei Hinsicht an menschlichen Eigenschaften ermangelt. So kommen beispielsweise die inneren Aspekte verschiedener Persönlichkeitsgüter, wie etwa die Freiheit des Gedanken- und Seelenlebens, der Gefühlswelt, des Ehrgefühls usw. für „unkörperliche Personen“ gar nicht erst in Betracht. Natürliche und juristische Personen sind wesensverschieden.

Für den „Privatheitsschutz“ von Unternehmensdaten gelangt man daher wohl nur bei Zugrundelegung einer funktionalen Betrachtungsweise⁴³ zu einem brauchbaren Interessenansatz. Je nach Ausrichtung des Personenzusammenschlusses bzw. der juristischen Person - erwerbswirtschaftlich, gemeinnützig, religiös, karitativ usw. - grenzt sich der Kreis schutzwürdiger und schutzbedürftiger Information unterschiedlich ab. Daß die Variationsbreite der denkbaren Schutzinteressen demnach - im Vergleich zum einzelnen Individuum - sogar zunimmt und infolgedessen eine abstrakte inhaltsbezogene Kategorisierung z.B. von „sensitiven Daten“ oder „belanglosen Daten“ bezogen auf die Gesamtheit aller Personenzusammenschlüsse wohl

⁴⁰ Ausführlich *Druey*, S. 89 ff.

⁴¹ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 335.

⁴² Statt vieler etwa *Mallmann*, Zielfunktionen, S. 16 ff.

⁴³ Dazu ausführlich *Kau*, S. 102 ff.; vgl. auch BGHZ 98, 94 (97); BGH NJW 1994, 1281.

ausscheiden dürfte, mag man um so leichter in Kauf zu nehmen bereit sein, als durch Art. 19 Abs. 3 GG eine am Wesen der juristischen Person ausgerichtete sinngemäße Anwendung von Grundrechten bereits verfassungsrechtlich postuliert wird. Den Verbänden stehen damit nur jene Persönlichkeitsrechte zu, die auf ihre spezifische Tätigkeit, ihre Beziehungen und besonderen Interessen ausgerichtet sind⁴⁴.

4. Zwischenergebnis

Es läßt sich festhalten, daß im Personenbezug einer Information stets der erste Ansatz für ein persönlichkeitsrechtliches Interesse des Betroffenen zu erblicken ist. Das einzelne persönliche Datum spiegelt die Persönlichkeit in ihrem geringsten Detail wider und ist der Ausgangspunkt für Schutzüberlegungen.

⁴⁴ So bereits *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 335. Die spezifischen Interessen wiederum lassen sich nur im Einzelfall abschließend ermitteln.

B. Persönlichkeitsgut versus Selbstbestimmungsrecht - Versuch einer dogmatischen Erfassung des deliktsrechtlichen Datenschutzes

Im ersten Teil der Arbeit wurde bereits herausgearbeitet, daß das Recht auf informationelle Selbstbestimmung insbesondere wegen seiner Unbestimmtheit für den Bereich des Zivilrechts als Rechtsgut bzw. Persönlichkeitsgut nur schwerlich in Betracht kommen kann. Hinter dieser Feststellung verbirgt sich jedoch - unausgesprochen - die These, daß aus Gründen der zivilrechtlichen Dogmatik des Persönlichkeitsrechts eine Abgrenzung durch Herausarbeitung von Gütern und Interessen gefordert sei. Diese These entspricht der klassischen Persönlichkeitsrechtsdoktrin⁴⁵, die jedoch in der neueren wissenschaftlichen Diskussion verschiedentlich unter Druck gerät. Gegen eine an den Schutzgütern der Persönlichkeit ausgerichtete Betrachtungsweise streitet vor allem jenes Modell, das das Selbstbestimmungsrecht der Person, zum Teil wiederum beschränkt auf die „eigenen Angelegenheiten“⁴⁶, zum Ausgangspunkt und Inhalt des rechtlichen Schutzes erhebt, wobei teilweise wiederum begriffliche Vermengungen vorkommen⁴⁷.

I. Die dogmatische Verortung des Persönlichkeitsrechts im Deliktsrecht

Um diesen konzeptionellen Streit aufzulösen, kommt man nicht umhin, eine dogmatische Standortbestimmung des Persönlichkeitsschutzes im BGB vorzunehmen. Im Anspruchssystem des bürgerlichen Rechts begegnet man dem Persönlichkeitsrecht vor allem an drei zentralen Stellen, allen voran im Deliktsrecht, wo es seine Wurzeln hat, daneben im Bereicherungsrecht⁴⁸ sowie zunehmend im vertragsrechtlichen Bereich⁴⁹. Im folgenden soll sich die Untersuchung auf die deliktsrechtliche Stellung des Persönlichkeitsrechts beschränken, wobei die Betrachtung vornehmlich den Tatbestand im dreistufigen Deliktsaufbau⁵⁰ näher beleuchtet. Als eine datenschutzrechtlich relevante Eingriffsweise wird in der Folge weiter einschränkend und

⁴⁵ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 67 ff.

⁴⁶ So *Baston-Vogt*, S. 214 ff.; vgl. auch *Kau*, S. 80 f. (86 ff.); *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69 (85); anders *Meister*, DuD 1983, 163 (170 ff), der auf die eigentumsähnliche Beziehung zur personenbezogenen Information abhebt.

⁴⁷ *Helle*, S. 47 bezeichnet - wenig konsequent - das „Selbstbestimmungsrecht“ als „Schutzobjekt“, die „Freiheit der Selbstbestimmung“ als „Schutzgut“ (Hervorhebungen d. Verf.).

⁴⁸ Zur praktischen Bedeutung der Eingriffskondition, die eine persönlichkeitsrechtliche Position mit dem Zuweisungsgehalt eines absoluten Rechts voraussetzt, *Helle*, S. 18, 20; *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 65 (68); *Hüffer*, JuS 1981, 263 (265); *Reuter/Martinek*, S. 249 ff. (269 ff.).

⁴⁹ *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 80 ff., 130 ff.

⁵⁰ Dazu *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 75 II 2.

exemplarisch die Phase der Datenerhebung betrachtet. Es mag hierbei als Prämisse unterstellt werden, daß die Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes - auch im Datenschutz - nur dann erfolgreich und praxisgerecht sein kann, wenn sie sich in die Dogmatik unseres Rechts einfügt.

1. Der traditionelle deliktsrechtliche Ansatz

Die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als sonstiges Recht im Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB wird bisweilen als die wichtigste Wandlung im Deliktsrecht seit Erlass des BGB bezeichnet⁵¹. Tatsache ist, daß das Persönlichkeitsrecht von Schrifttum und Rechtsprechung im Deliktsrecht entwickelt wurde und dort in der Praxis bis heute am häufigsten Anwendung findet⁵². Andererseits hält sich in weiten Teilen der Literatur beharrlich der Vorwurf, das Persönlichkeitsrecht füge sich weder systematisch noch teleologisch in die ursprüngliche Konzeption des Gesetzes⁵³. Die Entwicklung dieser Streitfrage in Rechtsprechung und Literatur soll an dieser Stelle nicht ausführlich wiedergegeben werden. Allerdings erscheint es hilfreich, die Grundkonzeption des Deliktsrechtsschutzes kurz zu beleuchten, um die Integrationsfähigkeit des persönlichkeitsrechtlichen Ansatzes im Datenschutz überprüfen zu können.

a) Zuweisungsgehalt und Ausschlußfunktion als Grundlagen des Deliktsschutzes

Die in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich benannten Rechte und Güter wie das Leben, die Gesundheit, die Freiheit bzw. das Eigentum werden in funktionaler Hinsicht durch zwei Hauptcharakteristika gekennzeichnet. Sie weisen sowohl einen Zuweisungsgehalt als auch eine Ausschlußfunktion auf⁵⁴. Betrachtet man etwa das Eigentumsrecht, dessen Inhalt gemäß § 903 BGB definiert wird, so umfaßt dieses Recht sowohl die Befugnis, mit einer Sache „nach Belieben zu verfahren“ als auch „andere von jeder Einwirkung auszuschließen“. Mit der ersten Alternative wird dem Rechtsinhaber das Gut zu seiner Verfügung zugewiesen, letztere schließt Dritte von einer Einwirkung auf diese Rechtsbeziehung aus. Ähnlich liegt es bei den anderen benannten Rechtsgütern⁵⁵. Die rechtsgutsspezifische Differenzierung im Tatbestand des §

⁵¹ *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 80 I 1.

⁵² Zu Beispielen für den deliktsrechtlichen Datenschutz siehe oben im zweiten Teil.

⁵³ Z.B. *Larenz/Canaris*, aaO.

⁵⁴ Hierin liegen nach herkömmlicher Ansicht zugleich zwei notwendige Bedingungen für die Annahme eines subjektiven absoluten Rechts.

⁵⁵ Allerdings mit dem Unterschied, daß ihnen kein Herrschaftsrecht über einen gegenüber dem Rechtsträger selbst „äußerlichen Gegenstand“ zugeordnet werden kann, weswegen man sie

823 BGB bietet den Vorteil, daß die Rechtsordnung dem Rechtsinhaber eine fest umrissene Schutzzone zuweist und ihm innerhalb dieses Schutzbereichs grundsätzlich vor Verletzungen Dritter Schutz gewährt⁵⁶. Konzeptionell geht dieser Ansatz auf den historischen Gesetzgeber zurück, der die Aufgabe des Deliktsrechts darin erblickte, „die Rechtskreise des Einzelnen, innerhalb derer sie ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen verfolgen dürfen, voneinander abzugrenzen“⁵⁷.

Auf den ersten Blick wird deutlich, daß die Persönlichkeit als Bündel vorwiegend ideeller Interessen sich schwerlich in dieses dogmatische Gefüge einpassen läßt. Die Schwierigkeit liegt zum einen darin, daß nicht alle der so bezeichneten Persönlichkeitsgüter bzw. -interessen⁵⁸ jene besondere Ranghöhe aufweisen - sie teilweise noch nicht aufweisen -, die den Schutz der benannten Rechtsgüter wie etwa von Leben und Gesundheit angesichts des Standes der Rechtsentwicklung als rechtsethische Selbstverständlichkeit erscheinen lassen⁵⁹. Zu unterschiedlich und verschieden gewichtig sind die Interessen und Belange der Person im Einzelfall. Zum anderen bereitet die Abgrenzung der rechtlich schutzwürdigen Interessen und die Markierung ihrer Grenzen besondere Schwierigkeiten. Einige Vorreiter⁶⁰ des Persönlichkeitsschutzes versuchten, „die Persönlichkeit“ in ihre einzelnen Lebensgüter zu zerlegen, ihr einen in abgestuften Sphären oder abgegrenzten Bereichen umrissenen Schutzraum zuteil werden zu lassen, in der sie sich entfalten und andere von Eingriffen abhalten kann. Gleichwohl war lange Zeit umstritten, ob dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht die typischen Merkmale des subjektiven und des absoluten Rechts, Zuweisungsgehalt und Ausschlußfunktion, beizumessen sind oder nicht⁶¹. Zu sehr steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht des einen in stetigem Konflikt mit dem anderer Menschen. Oft kennzeichnet sich die Ausbildung der eigenen Persönlichkeit zugleich durch die - häufig legitime - Einwirkung auf fremde Persönlichkeitssphären. Rechtlich wird daraus gefolgert, daß bereits die Frage nach einer tatbestandsmäßigen Persönlichkeitsverletzung nur im Wege einer

als Rechtsgut bezeichnet; dazu *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 76 I 1; kritisch zu den klassischen Theorien des subjektiven Rechts *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 113 ff, 116 ff.

⁵⁶ Die dieser Betrachtungsweise zugrunde liegende Erfolgsunrechtslehre, die von der grundsätzlichen unrechtsindizierenden Tatbestandswirkung ausgeht, sowie der konzeptionelle Disput mit den Handlungslehren sollen hier nicht vertieft werden.

⁵⁷ *Mugdan*, S. 1073.

⁵⁸ Zur Unterscheidung *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 125.

⁵⁹ Vgl. *Löffler*, NJW 1959, S. 3; *Larenz*, NJW 1955, 521 (525); zur Lehre von der sozialtypischen Offenkundigkeit *Fabricius*, AcP 160 (1961), 271 (290 ff.).

⁶⁰ Allen voran *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht.

⁶¹ Vgl. die ausführliche und scharfsinnige Auseinandersetzung bei *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 107 ff., 140 ff. m.w.N.; *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 65 (68).

Güter- und Interessenabwägung vonstatten gehen kann⁶². Hierin scheint ein gewisser Unterschied zu den klassischen Rechten bzw. Rechtsgütern Leben, Gesundheit, Eigentum usw. zu liegen, deren Rechtskreise sich auf den ersten Blick nicht von vornherein mit den Interessen anderer schneiden⁶³. Der Unterschied relativiert sich, wenn man bedenkt, daß auch andere subjektive Rechte den Grundsatz der Interessenabwägung als immanente Beschränkung in sich tragen. Als Beispiel mag das Eigentumsrecht dienen, das bereits von Gesetzes wegen⁶⁴ erheblichen Beschränkungen unter dem Aspekt der Sozialadäquanz ausgesetzt ist, deren Grenzen wiederum nur im Wege des Interessenausgleichs zwischen den kollidierenden Gütern markiert werden können⁶⁵.

b) Gegenständliche Verkörperung als Grundbedingung des Persönlichkeitsschutzes?

Wie bereits im ersten Teil der Arbeit angesprochen, tat sich die Rechtsprechung lange Zeit schwer, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht anzuerkennen, da seine Nähe zur allgemeinen Willensfreiheit die Gefahr einer Verwässerung des Deliktsschutzes heraufzubeschwören schien. Bereits im Jahr 1904 hatte sich das RG darauf festgelegt, daß die „allgemeine Willensfreiheit“ nicht vom Begriff der Freiheit in § 823 Abs. 1 BGB umfaßt ist⁶⁶. Auf der anderen Seite hob das Gericht in derselben Entscheidung hervor, daß die Willensbetätigung eines Gewerbetreibenden in seinem selbständig bestehenden Gewerbebetrieb eine „gegenständliche Verkörperung“ erfahren könne, die als „feste Grundlage für ein subjektives Recht an diesem Betrieb“ dienen könne⁶⁷.

Wie ein roter Faden zieht sich nach Ansicht *Ehmanns*⁶⁸ der Topos der Vergegenständlichung auch als Voraussetzung für die Anerkennung rechtlichen Schutzes für Persönlichkeitsgüter durch die spätere BGH-Rechtsprechung⁶⁹. Zwar betone der BGH stets auch den Gedanken der Selbstbestimmung,

⁶² So zumindest für das allgemeine Persönlichkeitsrecht; anders liegt es bei den besonderen Persönlichkeitsrechten, die typischerweise klar abgrenzbare Schutzräume aufweisen.

⁶³ *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 I 1.

⁶⁴ Vgl. den Beschränkungsvorbehalt in § 903 BGB bzw. Art. 14 GG.

⁶⁵ So etwa in den Vorschriften des § 904 BGB (unverhältnismäßig großer Schaden) oder des privaten Nachbarrechtes, §§ 906 ff (Zumutbarkeitsgedanke); weitere Beispiele bei *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 147

⁶⁶ In diesem Sinne stellte das RG, RGZ 58, 24 (28 ff.) - Juteplüscher -, zunächst fest, daß der Begriff der Freiheit in § 823 Abs. 1 BGB nicht „ganz allgemein die freie Betätigung des Willens“ umfasse.

⁶⁷ RGZ 58, 24 (28 ff.) - Juteplüscher-.

⁶⁸ *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (250 ff., 304 ff.).

⁶⁹ BGHZ 13, 334 (338 ff.) - Schachtbrief -; 26, 349 (354) - Herrenreiter -; 27, 284 (286) - Tonbandaufnahme I-.

allerdings jeweils beschränkt auf gewisse Segmente der Persönlichkeit, die er vor der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkennt, etwa das Recht am eigenen Bild, das Privatleben, das Recht am eigenen Wort usw. *Ehmann* beklagt insofern die vom BVerfG in den Entscheidungen *Mikrozensus*⁷⁰ und *Eppler*⁷¹ sowie im *Volkszählungsurteil*⁷² vollzogene Entkörperung und damit Verkürzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, das im Privatrecht damit in seinem Wesensgehalt beeinträchtigt werde. Ein konturenloses Selbstbestimmungsrecht könne nicht akzeptiert werden, jedenfalls im Privatrechtsverkehr bedürfe es einer objektiven Abgrenzung, da allein der freie, nicht gegenständlich verkörperte Wille des einzelnen keine freiheitsbeschränkende Wirkung auf den anderen haben könne⁷³.

c) Sozialtypische Offenkundigkeit als Wesensmerkmal des Rechtsgüterschutzes ?

Ein von *Fabricius*⁷⁴ entwickelter Ansatz in der Literatur stellt dagegen auf die „sozialtypische Offenkundigkeit“ als haftungsbegründendes Merkmal im Tatbestand des § 823 BGB ab, wodurch die sonstigen Rechte eine starke Einschränkung erfahren sollen. Die Lehre macht den Schutz von Rechtsgütern zum Ausgangspunkt des deliktsrechtlichen Ansatzes. Dabei sollen die Interessen einer Person an einem Gegenstand sich zum Rechtsgut verfestigen, wenn sie sozialtypisch erkennbar sind. Maßgeblich sei die aufgrund unserer Sozial- und Kulturanschauung selbstverständliche Erkennbarkeit des Rechtsgutes als solches, die vorhanden sei, wenn man durch einfache, überwiegend auf Gewohnheit und Erfahrung beruhende Gedankenreflexion von einem allgemein sinnlich wahrnehmbaren Gegenstand auf das Vorhandensein eines Rechtsguts zu schließen vermag⁷⁵. Im einzelnen bejaht *Fabricius* die sozialtypische Offenkundigkeit der Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, aber auch des Besitzes, der Aneignungsrechte des Jagd- und Fischereiberechtigten, der Pfand- und Nießbrauchsrechte usw. Im Unterschied zu oben genannter Ansicht kommt es nach dieser Lehre nicht darauf an, daß der Interessengegenstand sich in irgend einer Form vergegenständlicht oder verdinglicht hat. Weder die Ehre noch die Freiheit seien in diesem Sinne gegenständlich zu greifen, und doch erfahren diese Güter eine allgemeine Wertschätzung und Achtung unter den Rechtsgenossen. Der Begriff der

⁷⁰ BVerfGE 27, 1.

⁷¹ BVerfGE 54, 148.

⁷² BVerfG 65, 1.

⁷³ *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (306 f.); *ders.*, JuS 1997, 193 (196); ähnlich *Breitfeld*, S. 37 ff., 115 ff.; *Götting*, S. 30; *Brossette*, S. 118 ff.; *Langer*, S. 56 ff.

⁷⁴ *Fabricius*, AcP 160 (1961), 271 (290 ff.).

⁷⁵ *Fabricius*, aaO.

sozialtypischen Offenkundigkeit sei nicht „real-naturwissenschaftlich“, sondern „geistig-soziologisch“ zu begreifen⁷⁶.

d) *Stellungnahme*

Der Streit um die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes als sonstiges Recht im Tatbestand des § 823 BGB soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Der Strauß ist ausgefochten. Durchaus bedeutsam erscheint jedoch die umstrittene Frage, in welcher Weise die Grenzen des Persönlichkeitsschutzes zu bestimmen sind.

In dieser Hinsicht sprechen gewichtige Argumente gegen die These vom Erfordernis der Vergegenständlichung bzw. Verdinglichung eines Persönlichkeitsgutes. Es gereicht einer aufgeklärten Rechtsordnung nicht zur Ehre, wenn sie bloß solchen Interessen der Persönlichkeit Schutz einzuräumen bereit ist, die sich in einem sinnlich wahrnehmbaren, womöglich greifbaren und jedenfalls im wesentlichen rein äußerlichen Lebensvorgang materialisiert haben. Durch diesen Ansatz wird der Blick auf das Wesentliche verstellt. Es geht beim Schutz der Persönlichkeit nicht um den Schutz vordergründiger Verkörperungen der Person⁷⁷, sondern um den Schutz solcher - vorwiegend ideeller - Interessen, denen die Rechtsgemeinschaft eine besondere Ranghöhe einräumt⁷⁸, die gemeinhin als schutzwürdig und schutzbedürftig angesehen werden.

Derlei schutzwürdige Interessen werden dem Rechtsadressaten aber nicht allein dann offenbar, wenn sie sich in einer bestimmten Darstellungsform nach außen hin der Umwelt präsentieren. An dieser Stelle krankt die These von der Verkörperung der Persönlichkeitsgüter besonders: Sie impliziert, gleich wie man die Begriffe „Vergegenständlichung“ bzw. „Verdinglichung“ im einzelnen auffaßt, zumindest die Vorstellung, daß sich das Gut in einem jeweils spezifischen Aspekt der Umwelt sinnlich wahrnehmbar darstellt. So verkörpere sich das Selbstbestimmungsrecht des Briefautors beispielsweise in der sprachlichen Festlegung im Brief, das des Abgebildeten in seinem Abbild, das des Sprechenden in der Vertraulichkeit des persönlichen Gesprächs usw.⁷⁹ Derlei Interpretationen gipfeln bisweilen in überaus ungelenkten Behelfskonstruktionen.

⁷⁶ *Enneccerus/Nipperdey*, S. 434 f, 582; *Fabricius*, aaO, S. 294; ähnlich *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 220.

⁷⁷ Ähnlich *Kau*, S. 77, 86 ff; *Baston-Vogt*, S. 216

⁷⁸ Zu den theoretischen Grundlagen der Interessenjurisprudenz und ihrer Fortbildung in einer teleologisch-normativen Interessenabwägung *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85 (89 f.; 93 f.).

⁷⁹ Beispiele nach *Ehmann*, JuS 1997, 193 (196) mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

So habe sich etwa nach der Interpretation *Ehmanns*⁸⁰ in der *Soraya*-Entscheidung des BGH⁸¹ die freie Willensbetätigung „im eigenen Mund“ (der Prinzessin) verkörpert, „in den nichts hineingelegt werden darf, was der Betroffene selbst nicht gesagt (hat)“.

Auch an anderer Stelle verliert die Prämisse von der Verdinglichung der Person ihre Stringenz. Die Erkenntnis, für den Ehrenschatz bilde der „Begriff der Ehre“ den zur normativen Leitung der Rechtsprechung verkörperten Schutzraum⁸², erscheint eher als nichtssagende Worthülse denn als Beschreibung eines vergegenständlichten Schutzgutes. Nicht anders die These, die Privatsphäre verkörpere sich in einem durch den „moralisch und rechtlich anerkennenswerten Vertrauensbereich“ abgegrenzten Raum⁸³ - sie wirkt auf den unbefangenen Betrachter außerordentlich gekünstelt.

Beleuchtet man die vorgenannten Beispiele nämlich etwas näher, so fällt auf, daß eine *Vergegenständlichung* der betroffenen Persönlichkeitsgüter bzw. Persönlichkeitsbereiche in den meisten Fällen rein begrifflich gar nicht stattgefunden hat, weswegen sich die Ausgangsthese bereits als unbrauchbar erweist. Allein das Beispiel des Rechts an der persönlichen Ehre verdeutlicht, daß es nicht um den Schutz eines greifbar gewordenen Substrates der Persönlichkeit geht, wenn der Ehrträger vor Eingriffen durch Mißachtung der Person geschützt wird⁸⁴. „Die“ Ehre materialisiert sich weder in einer bestimmten äußeren Darstellungsform noch in einem bestimmten Bereich oder einer Sphäre um die Person⁸⁵. In gleicher Weise bildet die „Vertraulichkeit eines Gesprächs“ keine *Vergegenständlichung* für das Recht am gesprochenen Wort. Im Gegenteil weist gerade eine vertrauliche Gesprächssituation typischerweise einen Grad an Flüchtigkeit und Vergänglichkeit auf, der eine Qualifizierung als „verdinglichtes“ Persönlichkeitsgut beim besten Willen nicht mehr zuläßt. Die Darlegung der Ungereimtheiten ließe sich fortsetzen⁸⁶, was aber wohl ohne Gewinn bliebe.

⁸⁰ *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (306 f.); *ders.*, JuS 1997, 193 (196); kritisch dazu *Bastion-Vogt*, S. 217 Fn. 44.

⁸¹ BGH NJW 1965, 685 (686) - *Soraya* -.

⁸² Vgl. *Ehmann*, JuS 1997, 193 (196).

⁸³ Vgl. *Ehmann*, aaO.

⁸⁴ Zurecht betont *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (99), daß das Recht der Ehre vielmehr in seiner ganzen Breite durch eine spezifische Eingriffshandlung geprägt wird.

⁸⁵ Eine Ehrverletzung kommt in den unterschiedlichsten persönlichen Belangen in Betracht: Vgl. zur Geschlechtsehre die §§ 174 ff. StGB, ferner § 825 BGB; zur beruflichen Ehre siehe die umstrittene Entscheidung BVerfG NJW 1995, 3303 - *Soldaten sind Mörder* -.

⁸⁶ So wird etwa auch die bloße Modellvorstellung, die dem Sphärenkonzept zugrunde liegt, verkannt, wenn die Privatsphäre ausschließlich als „vergegenständlichter“ Bereich der Vertraulichkeit bezeichnet wird. Bloße Informationen zum Beispiel, die intime Vorgänge aus dem Privatleben beinhalten, entziehen sich dem räumlich-gegenständlichen Vorstellungsbild einer abgegrenzten Schutzzone um die Person. Sie können unabhängig davon existieren und weitergegeben werden, doch gleichwohl kann ihre Verwendung eine Verletzung des Persönlichkeitsgutes „Privatleben“ bedeuten - der These von der Vergegenständlichung

Wichtig erscheint vielmehr die Einsicht, daß der Begriff der Vergegenständlichung als *allgemeingültiger* Topos für die Markierung der Grenzlinien von Persönlichkeitsgütern ungeeignet ist⁸⁷. Es entspricht vielmehr der Typik immaterieller Güter und Interessen, daß sie auch ohne Verfestigung in einem Gegenstand des Schutzes bedürfen⁸⁸. Hinter dem Bemühen, die Persönlichkeit am Grad der Verdinglichung ihrer Interessen messen zu wollen, versteckt sich letztlich das durchaus begrüßenswerte Ansinnen, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als für den Rechtsadressaten erkennbare und vorhersehbare Rechtsposition einzugrenzen, mithin dem Gebot der Bestimmtheit nachzukommen und damit einen Beitrag zur Rechtssicherheit zu liefern.

Damit rückt jedoch ein anderer Begriff ins Blickfeld, der die Problematik wesentlich treffender erfaßt: die *Erkennbarkeit*. Ob ein Aspekt der Persönlichkeit rechtlichen Schutz erfahren kann - womit zugleich ausgesagt wird, daß andere sich eines Eingriffs enthalten müssen -, entscheidet sich nach richtiger Auffassung zunächst allein danach, ob es dem anderen - als Rechtsadressaten - typischerweise und regelmäßig möglich ist, das betroffene Persönlichkeitsinteresse als solches kraft seiner Natur zu erkennen⁸⁹. Dieser in der Lehre von der sozialtypischen Offenkundigkeit verfestigte Ansatz spiegelt bei Licht besehen eine Selbstverständlichkeit wider: Ein Interesse kann außerhalb des normierten Rechts Schutz stets nur dann erfahren, wenn es vom Durchschnittstypus der Rechtsgenossen als prinzipiell schutzwürdig erkannt wird. Das ist beim Persönlichkeitsrecht im allgemeinen der Fall. Bezüglich des hinter den persönlichkeitsrechtlichen Interessen stehenden Wertes der Persönlichkeit hat die abendländische Kultur ein allgemeines Bewußtsein entwickelt, das die Achtung der Persönlichkeit auch in rechtlicher Hinsicht gebietet⁹⁰.

ermangelt es angesichts zahlreicher anerkannter Ausnahmen *in praxi* an hinreichender Stringenz.

⁸⁷ Es ist zuzugeben, daß die Vergegenständlichung bisweilen zur Kenntlichmachung eines Rechtsguts durchaus geeignet ist, so im Falle von Leben, Leib, Eigentum, deren besondere Achtung durch die Rechtsgemeinschaft sicher zum Teil ihrer Verdinglichung zuzuschreiben sind. Das Rechtsgut Gesundheit läßt sich hier bereits nicht vollständig zuordnen. Die psychische Gesundheit tritt oftmals nicht körperlich hervor.

⁸⁸ Vgl. etwa § 2 UrhG. Zutreffend bemerken - in anderem Kontext - *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 75 I 3 b), daß sich Beeinträchtigungen immaterieller Interessen oftmals über einen Eingriffstypus definieren.

⁸⁹ Davon zu unterscheiden ist einerseits die Erkennbarkeit des Rechtsguts im konkreten Einzelfall, welche dem Problemkreis der sozialadäquaten Beschränkung des Kreises der Eingriffshandlungen zugehört, andererseits das Erfordernis der subjektiven Vorhersehbarkeit der Rechtsgutsverletzung, was eine Frage der Schuld darstellt; so zutreffend *Fabricius*, AcP 160 (1961), 271 (292, insbesondere Fn. 74).

⁹⁰ Ausführlich *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 7 ff, 141 f.

Gerade der Bereich des Schutzes persönlicher Daten veranschaulicht, wie sehr schutzwürdige Belange der Persönlichkeit beeinträchtigt werden können, ohne daß hierbei ein in irgend einer Weise verkörperter Aspekt der Person betroffen wäre. Information begreift sich ihrer Natur nach nicht notwendig als verkörperter Gegenstand, wenn sie auch im Einzelfall eine Verdinglichung erfahren kann⁹¹. Dann kann aber erst recht das durch den Umgang mit Information inhaltlich betroffene Persönlichkeitsinteresse nicht in jedem Fall materialisiert sein. Es wird durch die Information als Medium für Empfängerkenntnis lediglich „transparent“, das heißt wahrnehmbar, ohne selbst Gestalt angenommen zu haben⁹².

Andererseits kann nicht jedes in dieser Weise dem Rechtsadressaten offenbar gewordene Interesse der Person für sich den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Anspruch nehmen. Gerade für die bloß ideell existenten und sinnlich nicht wahrnehmbaren Interessen der Person bietet es sich an, die Frage der Erkennbarkeit für den Empfänger zunächst am Merkmal der „sozialtypischen Offenkundigkeit“ festzumachen. Gleichwohl wäre es verfehlt, in der sozialtypischen Erkennbarkeit eines rechtlichen Interesses ein Patentrezept für die bei den Bemühungen um die Konturierungen im Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB auftretenden Probleme zu erblicken. Die Anwendung dieser Theorie in der Praxis führt nämlich sehr bald zur Erkenntnis, daß hiermit wohl eine grobe Richtschnur vorgegeben wird, nicht aber der im Detail problematische Einzelfall zu lösen ist. Dazu folgendes Beispiel: Speichert eine Privatperson die Namen und Adressdaten seiner Bekannten in seinen PC ein, um ein stets abrufbares Adressverzeichnis für verschiedenste Formen der Kommunikation zu besitzen, so vermag der Datenverwender - es soll sich um einen „Durchschnittstypus unter den Rechtsgenossen“⁹³ handeln - sicher kein als solches erkennbares rechtlich schutzwürdiges Interesse seiner Bekannten an ihren Adressdaten auszumachen, geschweige denn, daß er im konkreten Falle die Speicherung als verwerfliches Unrecht begreifen würde. Von einem sozialtypisch offenkundigen Interesse kann hier keine Rede sein. Anders liegt der Fall, wenn ein Rechtsanwalt die im Mandatengespräch gewonnen Informationen zum Nachteil des Mandanten an die Staatsanwaltschaft oder Steuerfahndung weiterleitet. Das Interesse des Mandanten an der Vertraulichkeit der Unterredung mit dem Anwalt liegt auf der Hand. Es ist „sozialtypisch offenkundig“.

⁹¹ Zur Bedeutung der Fixierung für die Schutzniveaubestimmung siehe unten C V 2 b).

⁹² Nimmt der Schutzgegenstand Gestalt an, so erleichtert dies dem Adressaten die Achtung der fremden Rechtskreises, notwendige Bedingung hierfür ist es nicht, wie *Baston-Vogt*, S. 217, zutreffend bemerkt.

⁹³ *Fabricius*, AcP 160 (1961), 271 (292) stellt auf die „objektive Erkennbarkeit“ ab.

Wie aber wäre es zu beurteilen, wenn einem Patienten im Rahmen eines operativen Eingriffs Gewebe entnommen wird, mit dessen Hilfe später zu Forschungszwecken DNA-Analysen betrieben werden und hierbei persönliche Daten in Form eines „genetischen Fingerabdruckes“ anfallen. Es stellt sich die Frage, ob der Betroffene ein „sozialtypisch offenkundiges“ Interesse daran besitzt, daß entnommenes Gewebe nicht zu Forschungszwecken weiter verwendet wird, wenigstens insoweit nicht, als dabei unweigerlich als Nebenfolge Daten über den genetischen Zustand des Patienten anfallen. Die Frage wird sicherlich in der gesellschaftlichen Diskussion ein geteiltes Echo erfahren. Jedenfalls fällt es schwer, mit der Brille des „Durchschnittsbürgers“ zu einer eindeutigen Antwort zu gelangen. Wie so oft ist es das normative Element, das die Rechtsanwendung so schwierig gestaltet und den Begriff der Rechtssicherheit in ein diffuses Licht taucht⁹⁴. Kurzum, die Lehre von der sozialtypischen Offenkundigkeit gelangt dort an ihre Grenzen, wo sich gesellschaftlicher Konsens in der Bewertung rechtlicher Schutzwürdigkeit nicht oder noch nicht gebildet hat. Es bleibt damit festzuhalten, daß weder die These von der Vergegenständlichung der Persönlichkeitsgüter noch die Lehre von der sozialtypischen Offenkundigkeit umfassend und durchgängig geeignet sind, rechtliche Persönlichkeitsinteressen stets treffend zu erkennen bzw. zu charakterisieren.

Angesichts des Dilemmas dieser Ausgangssituation drängt sich die Frage nach der Beschreitung neuer Wege auf. Ein Ansatz könnte darin bestehen, den Persönlichkeitswert rechtlich nicht in einzelne Lebensgütern fassen zu wollen, sondern konzeptionell an dem Gedanken der Selbstbestimmung anzugreifen. Diesem - angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben gerade im Datenschutz sehr naheliegenden - Ansatz soll im folgenden für das zivile Deliktsrecht nachgegangen werden.

2. Die Selbstbestimmung in eigenen Angelegenheiten als zivilrechtliche Position ?

Die große Zurückhaltung, die das Privatrecht gegenüber dem Schutz der freien Selbstbestimmung hegt, dürfte sich aus der Nähe zur allgemeinen Handlungs- und Willensfreiheit⁹⁵ erklären. Unlimitierte freie Selbstbestimmung läßt die

⁹⁴ Wenn dem Richter die Aufgabe aufgebürdet wird, „objektive Bewertungen“ vorzunehmen, etwa im Rahmen einer Interessenabwägung, wird man *Rechtssicherheit* eher im Sinne von Vorhersehbarkeit bzw. Kalkulierbarkeit eines bestimmten Ergebnisses interpretieren müssen; ähnlich die herrschende Anschauung zum sog. Bestimmtheitsgebot im Strafrecht; vgl. die - allerdings nicht stringente - Sitzblockadenentscheidung BVerfGE 92, 1 - Sitzblockade II - dazu krit. Krey, JR 1995, 221 ff.

⁹⁵ Benda, FS Geiger, S. 23 (34) sieht sogar einen Bedeutungsgleichlauf; ähnlich Breitfeld, S. 37 ff; Brossette, S. 118 ff, 276 ff; Langer, S. 185 ff; Ehmann, AcP 188 (1988), 230 (247 ff, insbesondere 307).

Grenzen des Rechtsstaates zur Anarchie verschwimmen und läuft dem Vorstellungsbild einer Rechtsordnung zuwider.

Andererseits nehmen die Stimmen in der juristischen Diskussion zu, die einen stärkeren Schutz der Selbstbestimmung des einzelnen auch im deliktsrechtlichen Tatbestand verwirklicht wissen möchten⁹⁶, ohne freilich einem grenzenlosen Selbstbestimmungsrecht das Wort zu reden. In dogmatischer Hinsicht wirft dies die Frage auf, ob sich eine Wendung vom Rechtsgüterschutz im Tatbestandsgefüge des § 823 BGB hin zu einem Selbstbestimmungsschutz überhaupt rechtfertigen läßt. Da jedenfalls insoweit ein Minimalkonsens besteht, als es um die Erkenntnis geht, daß auch dem Selbstbestimmungsrecht irgendwie geartete Grenzen beigemessen werden müssen, bietet es sich an, die Problematik an der Wurzel zu greifen und sich zunächst noch einmal kurz der Begriffsschöpfung „Selbstbestimmung“ zuzuwenden.

a) Der Begriff der Selbstbestimmung

In diesem Zusammenhang wies unlängst *Baston-Vogt*⁹⁷ darauf hin, daß Selbstbestimmung entgegen landläufigem Sprachverständnis nicht im Sinne von „ich bestimme selbst“, sondern „ich bestimme über mich selbst“ zu verstehen sei, was eine Gleichsetzung mit einem generellen Schutz der Willensfreiheit verbiete⁹⁸. Diese Auffassung impliziert eine wesensimmanente Beschränkung jeglicher Selbstbestimmungskompetenz als Bestimmungskompetenz über das eigene Selbst, über die eigene Persönlichkeit⁹⁹. Die Fähigkeit zur Selbstbestimmung stelle sich als „konstitutives Element der Würde des Menschen“ dar; das Selbstbestimmungsinteresse sei neben dem Existenzinteresse das „wohl bedeutendste Persönlichkeitsinteresse“¹⁰⁰.

Solch hehre Worte sind geeignet, im hier maßgeblichen deliktsrechtlichen Kontext den Blick auf das Wesentliche zu verstellen. Der Begriff „Selbstbestimmung“ zerfällt bei genauerer Betrachtung in verschiedene Bedeutungskategorien.

Zum einen kann man Selbstbestimmung in einem grundsätzlichen Sinn verstehen als Fähigkeit zu und Gewährleistung von eigenverantwortlicher

⁹⁶ Vor allem *Baston-Vogt*, S. 214 ff.; *Kau*, S. 80 ff. (87); vgl. auch *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69 (85); ähnlich trotz terminologischer Bedenken *Wiese*, Genetische Analysen, S. 22; abl. *Drexl*, S. 393 ff., hinsichtlich des von ihm entwickelten „wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Verbrauchers“.

⁹⁷ *Baston-Vogt*, S. 219 f.

⁹⁸ Siehe dazu oben Fn. 95.

⁹⁹ *Baston-Vogt*, S. 220 ff., folgert hieraus die Notwendigkeit, die Selbstbestimmung auf die „eigenen Angelegenheiten“ zu beschränken.

¹⁰⁰ *Baston-Vogt*, S. 214 m.w.N.

Entscheidungsfreiheit¹⁰¹. Von einem im letzteren Sinne grundlegenden Postulat an die Gestaltung der gesamten Rechtsordnung muß jedoch das jeweilige individualrechtliche Interesse unterschieden werden, das bezogen auf die Persönlichkeit in ihren jeweiligen Belangen dem einzelnen Schutz und selbstverantwortliche Entscheidungsfreiheit verleiht. Diese rechtlichen Interessen wiederum unterfüttern die jedem Individuum von Natur aus mit auf den Weg gegebene grundsätzliche Fähigkeit und Freiheit zu selbstbestimmtem Handeln¹⁰² und bilden insofern den Boden für eine auf das störungsfreie Miteinander der Rechtssubjekte ausgerichtete Privatrechtsordnung. Da die Selbstbestimmung somit aber - über ihre grundsätzliche Garantie aus dem Menschenwürdegehalt hinaus - kein eigenständiges Interesse darstellt¹⁰³, sondern erst durch den Gegenstand oder das besondere menschliche Interesse, auf das sie sich bezieht, Gehalt erfährt, kann sie *als solche*, d.h. ohne objektive Konkretion auf einen bestimmten Belang der Person, auch niemals Schutz gegenüber anderen beanspruchen¹⁰⁴. Selbstbestimmung definiert sich immer über ihren Gegenstand, das „Selbst“, die Person bzw. deren Interessen, ohne die die objektive Zielrichtung einer „Bestimmungskompetenz“ auch gar nicht verständlich wäre.

Ein weiterer begrifflicher Einwand gegen den Terminus der Selbstbestimmung gründet in der Nähe dieses Begriffs zur Entschließungsfreiheit¹⁰⁵, deren Blickwinkel für den Persönlichkeitsschutz in einigen Fällen zu kurz zu greifen scheint. Vorangestellt sei die These, daß derjenige, der über seine Angelegenheit selbst bestimmt, dies nur tun kann, wenn ihm diesbezüglich ein Entscheidungsfreiraum, d.h. eine alternative Entschließungsmöglichkeit eingeräumt wird. Gerade im Bereich des Datenschutzes fällt es aber beispielsweise schwer, die Verwendung von persönlichen Daten eines anderen ohne Wissen des Betroffenen begrifflich als Verstoß gegen dessen

¹⁰¹ So beruht beispielsweise nach der Rspr. des BVerfG die Privatautonomie im Zivilrecht auf dem Prinzip der Selbstbestimmung - es dürfte sich um eine Tautologie handeln; vgl. *Schmidt*, JZ 1974, 241 (244 f.). Das BVerfG betont dabei das Merkmal der Freiheit und der Eigenverantwortlichkeit, BVerfG NJW 1990, 1469 (1470); vgl. zur Ableitung des Begriffs der Autonomie aus der Kantschen Moralphilosophie *Schapp*, AcP 192 (1992); 355 (356 f.).

¹⁰² Sie unterfällt nach Art. 1 GG dem Schutzbereich der Menschenwürde. So auch *Baston-Vogt*, S. 32 ff., 214.

¹⁰³ A.A. offenbar *Baston-Vogt*, S. 219.

¹⁰⁴ Die praktischen Konsequenzen einer Annäherung der - schrankenlosen - Selbstbestimmung an die Willens- und Handlungsfreiheit wurden bereits aufgezeigt. Ein womöglich absolutes Selbstbestimmungsrecht in diesem Sinne würde den Rahmen des Integritätsschutzes des § 823 BGB weit sprengen und jeglichen Interessenausgleich unter den Rechtssubjekten unmöglich machen.

¹⁰⁵ Vgl. *Breitfeld*, S. 37; *Ehmann*, AcP 1988 (188), 230, 247 ff.; *Brossette*, S. 118 ff., 276; *Benda*, FS Geiger, S. 23 (34).

Selbstbestimmungsrecht zu erkennen¹⁰⁶. Eine Entschließung des unwissenden Betroffenen wurde hier weder veranlaßt noch beeinflußt. Es liegt gar keine Entschließung vor. Stützt sich der Betroffene hier nunmehr auf sein „informationelles *Selbstbestimmungsrecht*“, um die Datenverwendung zu verhindern, so übt er in Wahrheit *Fremdbestimmung*, indem er die Handlungsfreiheit des Dritten - beim Umgang mit den Daten - zu beschränken sucht.

Dagegen wird man nun womöglich einzuwenden versuchen, die Negierung bzw. Verletzung der Bestimmungskompetenz des Betroffenen über seine Daten gründe sich gerade auf den Umstand, daß diesem im konkreten Einzelfall überhaupt keine Bestimmungsmöglichkeit eröffnet worden sei, wie mit seinen Daten zu verfahren sei. Verfolgt man diesen Einwand weiter, so sollte man sich allerdings vergewärtigen, daß mit einer so verstandenen *Selbstbestimmungsbefugnis*¹⁰⁷ nur allzu leicht die Brücke zum subjektiven und ggf. absoluten privaten Recht geschlagen wird. Wenn A bei B Informationen über C einholt, so kann darin die Verletzung eines *Selbstbestimmungsrechts* nur dann gesehen werden, wenn C ein ausschließliches Recht innehat darüber zu bestimmen, wer „wann was und bei welcher Gelegenheit“ über ihn weiß¹⁰⁸. Wenn weiter die *Selbstbestimmung* dem Wortsinn nach sich nur auf das eigene „Selbst“ zu beziehen vermag, so müßte das persönliche Datum nach dieser Auslegung - gleich wer es innehat bzw. an welchem Ort man damit umgeht - zum originären Persönlichkeitsbestandteil des Betroffenen zu rechnen sein. Bezogen auf das System der Persönlichkeitsrechte käme eine solche Auslegung der *Selbstbestimmung* weiter nur dann in Betracht, wenn man die persönlichen Daten *als solche* dem Betroffenen zur Wahrnehmung subjektiver Herrschaftsrechte zuordnen würde. Nur unter dieser Prämisse käme dann die Drittverwendung persönlicher Daten als Verletzung eines „*Selbstbestimmungsrechts*“¹⁰⁹ überhaupt in Betracht. Soweit ersichtlich, wollen nun aber weder das BVerfG noch die sich anschließende bzw. fügende Zivilgerichtsbarkeit ein absolutes Recht an personenbezogener Information kreiert wissen¹¹⁰. Ein von vornherein nur „relatives *Selbstbestimmungsrecht*“

¹⁰⁶ Aedeutungsweise ähnlich *Meister*, Datenschutz im Zivilrecht, S. 117 f. Es wird unterstellt, daß die Weitergabe von persönlichen Daten die Persönlichkeit beschädigen oder zumindest gefährden kann, besonders gravierend im Fall der Veröffentlichung; vgl. etwa den Fall BVerfGE 35, 202 - Lebach -; siehe auch *Hubmann*, GS Schmidt, S. 161 (163); krit. *Druey*, S. 32.

¹⁰⁷ Eine solche Begriffsinterpretation hat sich von der Entschließungsfreiheit im engeren Sinne, die zunächst eine Entschließungsmöglichkeit voraussetzt, gelöst. Zur Veranschaulichung sei darauf hingewiesen, daß niemand den im Beispielsfall Betroffenen seiner Entschlußfähigkeit bzw. seiner (eigenen!) Entscheidungsfreiheit beraubt hat.

¹⁰⁸ Vgl. zur Wendung BVerfGE 65, 1 (43 ff.) - Volkszählungsurteil - und oben erster Teil.

¹⁰⁹ Zur Figur eines „Rechts am eigenen Datum“ siehe *Meister*, aaO., m.w.N.

¹¹⁰ So aber *Meister*, aaO.

dagegen versteht sich jedoch bereits begrifflich als unklare Wortschöpfung¹¹¹. Unklar bleibt, ob dies die Möglichkeit zuließe, Datenverwendungen etc. ohne jedwede Beteiligung des Betroffenen zuzulassen, wie es im Bereich der Trivialkommunikation üblich ist. Die vermeintliche Herrschaftsbefugnis über alle seine persönlichen Daten bringt dem einzelnen keinen Gewinn, wenn sie, um sich nicht - was ansonsten drohte - hoffnungslos von einer auf Kommunikation ausgerichteten sozialen Realität zu entfernen, *a priori* mit dem nebulösen Makel der Relativität bzw. der Beschränktheit behaftet ist.

b) Relative Selbstbestimmung und immanente Informationstransparenz

Wie relativ eine informationsbezogene Selbstbestimmung im Privatrecht typischerweise ausfallen muß, wird durch die Grundform der zivilrechtlichen Rechtsbeziehung einmal mehr bestätigt. Jedes Schuldverhältnis kennzeichnet sich naturgemäß durch eine - wenn auch limitierte - Informationstransparenz zwischen den Beteiligten. Regelmäßig fallen zwischen den Parteien persönliche Daten an, deren Kenntnis typischerweise nicht allein einer Seite vorbehalten bleibt. Allen voran sei hier das Wissen um die Identität von Gläubiger und Schuldner genannt, das den Beteiligten in vertraglichen wie auch in sonstigen Rechtsbeziehungen gewährt werden muß.

aa) Datentransparenz in der vertraglichen Beziehung

Besonders wird man im Bereich vertragsrechtlicher Beziehungen naturgemäß den Austausch persönlicher Daten feststellen können, etwa wenn der Kreditnehmer im Vorfeld des Abschlusses eines Darlehensvertrages Informationen zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen preiszugeben hat oder der Patient vor der Behandlung über seine Gesundheitsgeschichte befragt wird. Wer ein Kraftfahrzeug anmietet, offenbart spätestens mit Vorlage seines Führerscheins persönliche Daten. Ebenso liegt es bei dem Inhaber einer Kreditkarte, der sich am „Electronic cash“-Verfahren beteiligt. Die Liste ganz alltäglicher Beispiele ließe sich unendlich fortsetzen.

Der Austausch personenbezogener Information begreift sich nicht bloß als Grundbedingung für eine kommunikationsorientierte Gesellschaft, sondern im besonderen auch als Grundbedingung für eine funktionierende Rechts- und Wirtschaftsordnung. Nun wird man datenschutzrechtlich einwenden können, die regelgerechte Preisgabe von persönlichen Daten erfolge stets auf der Grundlage eines freien Willensentschlusses¹¹² oder aber einer gesetzlichen

¹¹¹ Kritisch auch *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (95 Rn. 10; 108/109 Rn. 65).

¹¹² Bereits an der „Freiwilligkeit“ der Informationspreisgabe bestehen allerdings wohl oftmals berechtigte Zweifel, z.B. bei Selbstauskünften im Kredit- oder Immobiliengewerbe.

Anordnung¹¹³, so daß Inhalt und Grenzen der informationellen Selbstbestimmung nicht tangiert werden bzw. klar definiert erscheinen. Dies ändert jedoch nichts daran, daß - je nach Vertragstypus - ein Kreis bestimmter persönlicher Daten naturgemäß einer Mehrfachzuordnung unterliegt und damit der ausschließlichen Selbstbestimmungsbefugnis einer Partei entzogen ist¹¹⁴. Abgesehen vielleicht vom Bargeschäft des täglichen Lebens werden die Parteien regelmäßig Name und Anschrift ihrer Vertragspartner festhalten. Wer einen Kinofilm mit Altersbeschränkung anschauen möchte, muß ggf. sein Alter nachweisen. Der Entleiher eines Buches muß seinen Bibliotheksausweis vorlegen usw. Die das Rechtsgeschäft typischerweise betreffenden Daten stehen beiden Parteien gleichermaßen zu, ihre Verwendung wird allenfalls durch den Vertragszweck begrenzt. Aber auch weitergehende vertragsimmanente Offenbarungspflichten¹¹⁵ kann man allerorten antreffen. Kein Bewerber um einen Arbeitsplatz kommt umhin, dem Arbeitgeber seine berufliche Qualifikation aufzuzeigen. Wird die Leistungsfähigkeit durch gesundheitliche Schwierigkeiten erheblich beeinträchtigt, ist der Arbeitnehmer zur Aufklärung verpflichtet¹¹⁶. Aus Treu und Glauben leitet die Rechtsprechung die Pflicht des Verkäufers ab, über einen Unfallschaden des Pkw aufzuklären¹¹⁷. Beinahe regelmäßig werden hierbei eigene oder fremde persönliche Daten weitergegeben.

Damit bleibt festzuhalten, daß der Begriff „informationelle Selbstbestimmung“ im rechtsgeschäftlichen Alltag allenfalls eine - vermeintlich ideale - Zielfunktion darzustellen geeignet, nicht aber die Realität zu beschreiben imstande ist. In der vertraglichen Beziehung herrscht von vornherein, wenn auch in beschränktem Umfang, Datentransparenz. Ein Verfügungsrecht über die jeweilige Information zugunsten nur einer Partei erscheint damit unvereinbar¹¹⁸.

bb) Datentransparenz in und außerhalb von gesetzlichen Schuldverhältnissen

Entschließungsfreiheit wird hier in den Grenzen legitimer oder illegitimer privatautonomer Interessen schlicht durch soziale Faktizität bestimmt.

¹¹³ Vgl. aus dem Kreis gesetzlich normierter Auskunft- und Mitteilungspflichten etwa §§ 259 f, 402, 444, 666, 2027, 2314 BGB - regelmäßig sind derlei Ansprüche mit der Preisgabe persönlicher Daten verbunden.

¹¹⁴ So auch *Zöllner*, RDV 1985, 3 (12 f.)

¹¹⁵ Vgl. *Zöllner*, aaO, m.w.N.

¹¹⁶ BAG DB 1986, 2238.

¹¹⁷ BGHZ 29, 150; 63, 386; NJW 1982, 1386.

¹¹⁸ Die von *Zöllner*, aaO, angesprochene Frage, ob eine Mehrfachzuerkennung der Selbstbestimmungsbefugnis an die Parteien in Betracht käme, entlarvt sich bereits im Ansatz als persönlichkeitsrechtlich problematisch: Der Bezugsgegenstand eines Selbstbestimmungsrechts kann nicht außerhalb des eigenen Selbst erblickt werden.

Noch weit anschaulicher werden die Unzulänglichkeiten der vermeintlichen privatautonomen Darstellungsbefugnis im Verhältnis unverbundener Rechtssubjekte oder solcher, die mehr oder minder zufällig durch ein gesetzliches Schuldverhältnis in Rechtsbeziehung zueinander treten. Es wäre ganz offensichtlich nicht einsichtig, wenn der Schuldner würde verhindern können, daß der potentielle Neugläubiger im Vorfeld einer stillen Zession sich beim Zedenten - über § 402 BGB hinaus - über die Werthaltigkeit der Forderung, insbesondere Verität und Bonität sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners, informiert und der Zedent die entsprechende personenbezogene Information abgibt¹¹⁹. Man stelle sich weiter vor, daß der Unfallschädiger, auf sein Selbstbestimmungsrecht rekurrierend, dem Unfallgegner die Offenbarung seiner Identität und der das Unfallgeschehen betreffenden persönlichen Angaben verweigert. Spätestens durch die Grundsätze von Treu und Glauben wird die informationelle Selbstbestimmung zivilrechtlich beschnitten¹²⁰. Vielfach entspricht es schlichtweg den Erfordernissen des menschlichen Zusammenlebens, daß persönliche Daten anderen offenbar werden. Wer ein Schwimmbad besucht, muß die Kenntnisnahme seiner körperlichen Erscheinung durch andere in Kauf nehmen. Wer eine flammende Rede hält, kann sich nicht der kritischen Auseinandersetzung mit seiner Person und seinen Äußerungen entziehen usw. Die informationelle Selbstbestimmung erscheint daher als Modellvorstellung aufgrund sozialer Faktizität ebenso relativ wie jene von den Persönlichkeitssphären, die die Person umgeben¹²¹, nur mit dem Unterschied, daß dieser Umstand ihr bis heute in der wissenschaftlichen Diskussion noch nicht entscheidend zum Nachteil gereicht hätte. Nimmt man hier jedoch keine Eingrenzung auf die Kerninteressen der Persönlichkeit vor, so werden etliche sozialadäquate Verhaltensweisen vom Sog dieses Rechts erfaßt. Letzteres erscheint nicht akzeptabel, wenn man - was insbesondere im Deliktsrecht, das gesetzgebungstechnisch keine „große Generalklausel“ im Sinne eines „*ne alterum laedere*“¹²² kennt, geboten ist - einer Ausuferung des Persönlichkeitsschutzes begeben will.

¹¹⁹ Beispiel nach *Zöllner*, aaO.

¹²⁰ Einen Sonderfall markiert die umstrittene Frage nach einem „Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung“ des nichtehelichen Kindes, das mit dem Geheimhaltungsinteresse der Mutter bezüglich der Identität ihres Geschlechtspartners und damit bezüglich intimer Informationen aus dem Sexualbereich in Kollision tritt. Hier prallen persönlichkeitsrechtliche Interessen derart aufeinander, daß eine Auflösung des Interessenkonflikts von vornherein nur im Wege der Abwägung erfolgen kann. Vgl. dazu BVerfG NJW 1997, 1769, das von einem „Recht auf Achtung der Privat- und Intimsphäre“ der Mutter spricht.

¹²¹ Vgl. ausführlich im ersten Teil.

¹²² Vgl. dazu *Schiemann*, JuS 1989, 345.

c) *Der Eingrenzungsversuch auf die „vernünftige Selbstbestimmung“ ?*

Die Crux des Begriffes der Selbstbestimmung verschärft sich angesichts des traditionellen deliktsrechtlichen Konzeptes, das als Anknüpfungspunkt stets Rechte, Güter bzw. schutzwürdige Interessen zum Gegenstand hat. Da, wie aufgezeigt wurde, *die* Selbstbestimmung für sich genommen kein hinreichend bestimmtes Persönlichkeitsinteresse darstellt, kommt man um eine Eingrenzung persönlichkeitsrechtlich relevanter Selbstbestimmung nicht umhin. Bisweilen wird insofern diskutiert oder zumindest angedeutet, daß dem Begriff der Selbstbestimmung als rechtlicher Topos gewissermaßen eine objektive Schranke immanent sei, da lediglich die objektiv nachvollziehbare und billigungswerte bzw. „vernünftige“ Selbstbestimmung den Schutz der Rechtsordnung erfahren könne¹²³. Die gemein- oder eigenschädliche Ausübung von Selbstbestimmungsbefugnissen, die aus Sicht eines verständigen oder vernünftigen Durchschnittsbürgers nicht opportune Durchsetzung des eigenen Willens wäre sonach als rechtlich mißbilligt einzustufen und unterfiele nicht mehr dem Schutz des Persönlichkeitsrechts.

Gegen eine derartige „Verobjektivierung“ des rechtlichen Selbstbestimmungsschutzes wird - auf den ersten Blick einleuchtend - eingewandt, sie trage der Schutzfunktion des Persönlichkeitsrechtes hinsichtlich der individuellen Eigenart der Persönlichkeit nicht hinreichend Rechnung¹²⁴. Wenn das Recht die Aufgabe hat, die Persönlichkeit in ihrem höchstpersönlichen Wertstreben und Wertschaffen zu unterstützen und jegliche Form von Fremdregie ihres Lebens zu unterbinden¹²⁵, so verbietet sich in der Tat die Aufoktroierung herrschender Werte und „objektiver“ Vernunft im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes. Der dem einzelnen bezüglich seiner „höchstpersönlichen Angelegenheiten“ einzuräumende Entscheidungsspielraum darf nicht durch Maßstäbe „richtigen“ oder „vernünftigen“ Handelns beschränkt werden, da hierdurch die Entwicklung von Persönlichkeit in origineller Eigenart behindert wird, wie *Baston-Vogt*¹²⁶ zutreffend bemerkt.

Gleichwohl greifen die vorgebrachten Einwände in mehrererlei Hinsicht zu kurz. Es wird verkannt, daß eine an objektiven Maßstäben des gesellschaftlichen Zusammenlebens ausgerichtete Komponente des Persönlichkeitsschutzes bereits in der Wertentscheidung des Gesetzgebers bzw. des Richters liegt, ein Interesse überhaupt als schutzwürdig anzuerkennen oder nicht. Die

¹²³ So etwa *Erman-Ehmann*, § 12 Rn. 28 ff (73) m.w.N.

¹²⁴ Zum ganzen *Baston-Vogt*, S. 218 ff.

¹²⁵ Die Prämisse wird von *Baston-Vogt*, S. 218, unterstellt. Vgl. dazu *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 268 (275); *Luhmann*, S. 73; *Kau*, S. 80; *Stern*, FS Scupin, S. 627 ff (642).

¹²⁶ *Baston-Vogt*, S. 218.

„Verobjektivierung“ des Selbstbestimmungsschutzes erscheint damit eine Stufe höher angesiedelt zu sein. Dies gilt namentlich auch für jene Güter und Interessen, die *Hubmann*¹²⁷ dem Recht auf Individualität zugeordnet hat, weil sie die Einzigartigkeit des Menschen in seinem Wertstreben zu kennzeichnen versuchen. In der Anerkennung einzelner, präzise benannter und die Individualität des Menschen prägender Interessen als Schutzgüter des Deliktsrechts liegt eine „Vernunftentscheidung“. Daß der Interessenträger sodann weitgehend¹²⁸ selbstbestimmt in dem ihm rechtlich anerkanntermaßen zugewiesenen Bereich - womöglich auch „unvernünftig“¹²⁹ - agieren kann, begreift sich lediglich als notwendige Folge einer vorherigen von objektiven Gesichtspunkten getragenen Wertentscheidung.

d) Bestimmungskompetenz oder Persönlichkeitsinteresse als deliktsrechtliches Schutzgut ?

Der Kreis schließt sich, wenn mit dem Begriff der „eigenen Angelegenheiten“ der zivilrechtliche Selbstbestimmungsschutz auf ein adäquates Maß beschränkt werden soll. Nach verschiedentlich in der Literatur vertretener Ansicht gilt der persönlichkeitsrechtliche Schutz nicht der Integrität einzelner Lebensgüter, sondern der Bestimmungskompetenz der Betroffenen über diese Güter¹³⁰. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze nicht das Wort, das Bild oder die Körperbestandteile seines Trägers, sondern die Bestimmung über das in den jeweiligen Gütern konkretisierte „eigene Selbst“¹³¹. Auch die Rechtsprechung nimmt häufig Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit dem Hinweis auf einen Verstoß gegen das „Recht auf Selbstbestimmung“ an¹³². Dem gegenüber steht die vielzitierte These *Hubmanns*, wonach das Selbstbestimmungsrecht nicht als (besonderes) Persönlichkeitsrecht betrachtet werden könne, da es mit dem jeweiligen Persönlichkeitsgut verbunden sei und seinen Inhalt erst aus dem Gut empfangen¹³³. Die Reichweite der persönlichen Bestimmungsbefugnis hängt nach dieser Auffassung von der Natur und dem

¹²⁷ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 268 ff.

¹²⁸ Selbstbestimmung kann auch über anerkannte Schutzgüter nicht schrankenlos ausgeübt werden - das leuchtet für das Rechtsgut Leben angesichts der durch § 138 BGB, §§ 216, 228 StGB gezogenen Grenzen rechtlich zulässiger Selbstschädigung unmittelbar ein.

¹²⁹ Der - grundsätzliche - Schutz subjektiver Anschauungen ist in der Tat Voraussetzung für den Schutz individueller Eigenart.

¹³⁰ *Baston-Vogt*, S. 220 f. m.w.N; zur Figur des objektsbezogenen Verfügungsrechts siehe auch *Druey*, S. 32 f.

¹³¹ *Kau*, S. 84 f.; *Baston-Vogt*, S. 220; *Helle*, S. 47 bezeichnet das Selbstbestimmungsrecht gar als „Schutzobjekt“ bzw. „Schutzgut“.

¹³² Vgl. nur BGH NJW 1965, 685 - Soraya -.

¹³³ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 273; *Deutsch*, NJW 1965, 1985 (1989); zustimmend *Rogall*, Informationseingriff, S. 45.

Wert der Persönlichkeitsgüter ab, ohne daß die Selbstbestimmung selbst den Charakter eines Rechtsguts aufweisen würde¹³⁴.

Die Streitfrage erscheint dem unbefangenen Betrachter womöglich rein akademischer Natur: Folgt das Selbstbestimmungsrecht nun aus einem rechtlich anerkannten Persönlichkeitsinteresse oder stellt es die Grundlage und den Inhalt des rechtlichen Persönlichkeitsschutzes dar, der sich wiederum lediglich in verschiedenen Persönlichkeitsbelangen konkretisiert? Dahinter verbirgt sich jedoch für das Deliktsrecht die dogmatisch durchaus interessante Frage, ob die Selbstbestimmungsbefugnis eines Rechtssubjekts sich überhaupt als „sonstiges Recht“ in den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB fügen lassen würde¹³⁵. Angesichts der bereits getroffenen Überlegungen muß die Fragestellung allerdings präzisiert werden. Es wurde bereits ausgeführt, daß Selbstbestimmung als solche kein schutzwürdiges Interesse darstellt und erst über eine objektive Zielfunktion, über einen bestimmten Schutzgegenstand oder Schutzbereich, kurz über ein bestimmtes Schutzinteresse inhaltlich faßbar wird. Damit wäre folglich nur zu klären, ob eine in diesem Sinn eingegrenzte „interessenbezogene Selbstbestimmung“ den Charakter eines sonstigen Rechts im deliktsrechtlichen Sinn einnehmen könnte. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung läge das Interesse womöglich in den persönlichen Daten, genauer: in dem durch sie verkörperten Darstellungsausschnitt aus der menschlichen Persönlichkeit¹³⁶, begründet. Die Selbstbestimmung - ein privates Recht ?

Eine Auflösung des Problems erscheint nur möglich, wenn man die Struktur der benannten Rechte und Rechtsgüter im Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB beleuchtet. Allein hieraus können brauchbare Schlußfolgerungen für die Anforderungen an ein sonstiges Recht gezogen werden. Zweckmäßigerweise sei die These voran gestellt, daß Rechtsgüterschutz letztlich stets auch die Persönlichkeit im Visier hat und zu deren Schutz beiträgt. Betrachtet man etwa das Eigentumsrecht, so wird man feststellen, daß dieses Recht zugleich die Befugnis des Inhabers umfaßt, über sein Eigentum frei zu verfügen. Ähnlich liegt es bei den Rechtsgütern Körper oder Gesundheit, die ebenfalls zur Disposition des Rechtsgutträgers stehen. Daraus folgt, daß die

¹³⁴ Hubmann, GS Schmidt (1966), S. 163.

¹³⁵ Hierfür scheint zu sprechen, daß in der Literatur bisweilen unbesehen ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ im deliktsrechtlichen Persönlichkeitsschutz erörtert wird; Larenz/Canaris, aaO, § 80 II 4, 5, unterteilt gar in „informationelle Selbstbestimmung I“ und „informationelle Selbstbestimmung II“, wobei er sich aber, aaO, Fn. 34, im Ergebnis gegen die vom BGH in BGHZ 91, 233, 238 f. erwogene selbständige Einordnung als „sonstiges Recht“ im § 823 BGB stellt.

¹³⁶ Mit Recht weist z.B. Meister, DuD 1983, 163 (170) darauf hin, daß das Datum selbst kein Schutzgut sein kann.

Dispositionsfreiheit nach der Konzeption des BGB, das ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zunächst nicht kannte, als ein Teil des spezifischen Rechtsgüterschutzes zu begreifen ist, den § 823 Abs. 1 BGB bewirkt¹³⁷. *Mertens*¹³⁸ mahnt infolgedessen mit Blick auf die vergegenständlichten Güter des § 823 BGB an, man dürfe die Grenzen des rechtsgutspezifischen Persönlichkeitsschutzes nicht in einer Weise ziehen, die auf einem materialistischen Ansatz gründet bzw. die Substanz des Gutes im Verhältnis zu seiner Funktion überbewertet. Die Gewährleistung sozialer Integrität und individueller Freiheit dürfe aus dem Deliktsrecht nicht ausgeklammert werden. Übertragen auf immaterielle Schutzgüter kann dem insofern zugestimmt werden, als sich die Grenzen von Persönlichkeitsgütern oftmals nicht allein aus dem Bestand bzw. der Akzeptanz eines immateriellen Interesses, sondern nur aus einem funktionalen Zusammenhang heraus klären lassen. Daraus folgt jedoch nicht, daß bloße Teilaspekte des rechtlichen Schutzes wie Entscheidungsfreiheit und Selbstbestimmung zum zentralen Schutzzinhalt aufsteigen würden. Gerade der öffentlich-rechtlich entwickelte Begriff der „informationellen Selbstbestimmung“ verdeutlicht dies anschaulich. Vor allem jener die soziale Teilhabe bzw. die Selbstdarstellung sichernde Aspekt, den man verfassungsrechtlich unter dem *status activus* des Grundrechts zu fassen sucht und der im öffentlichen Recht einige Bedeutung erlangt hat¹³⁹, findet im auf den Schutz von Integritätsinteressen ausgerichteten Deliktsrecht naturgemäß nur am Rande Platz¹⁴⁰. Soziale Selbstdarstellung vermag nicht autonom definiert zu werden¹⁴¹, geschweige denn, daß es die Aufgabe des zivilen Deliktsrechts wäre, womöglich affektive autonome Darstellungsinteressen in freiheitsbeschneidender Weise gegen Dritte zur Durchsetzung zu verhelfen. Indem das Recht der unerlaubten Handlung auf der Rechtsfolgenseite Schadensersatzansprüche gewährt, liegt dessen Zielrichtung primär im Schutz von anerkannten Integritätsinteressen. Im Vordergrund der Gewährleistung steht damit der Anspruch auf Achtung gewisser Persönlichkeitsgüter bzw. -interessen. Nur mittelbar faktisch kann über den Integritätsschutz Teilhabe gewährleistet werden¹⁴². Gleiches trifft für quasi-negatorische Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 1004 BGB zu.

¹³⁷ MüKo-Mertens, § 823 Rn. 71.

¹³⁸ MüKo-Mertens, aaO.

¹³⁹ Siehe dazu ausführlich bereits oben im ersten Teil.

¹⁴⁰ Anders für die allgemein privatrechtliche Bedeutung der informationellen Selbstbestimmung *Zöllner*, RDV 1985, 3 (12).

¹⁴¹ Es wurde bereits im ersten Teil dargelegt, daß der Einzelne seine Darstellung in der Umwelt allenfalls beeinflussen, nicht aber selbst bestimmen kann.

¹⁴² *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 96, anerkennt eine zweite Stütze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im sog. „Teilhabeanspruch“, welchen er mit der Privatautonomie gleichsetzt. Diese Säule des Persönlichkeitsschutzes berührt jedoch primär die vertragrechtlichen Problemstellungen und hat mit dem Deliktsrechtsschutz unmittelbar nichts gemein. Dazu mit gesellschafts- und rechtspolitisch fragwürdigen Thesen *ders.*, S. 125 ff.

Diese Überlegungen gelten auch für den deliktischen Schutz rein ideeller Interessen. Da es hierbei schwerlich zu Substanzverletzungen kommen kann¹⁴³, läßt sich eine Verletzung des § 823 BGB konstruktiv nur in zweierlei Weise festmachen. Entweder es läßt sich ein Eingriff in ein rechtlich geschütztes Interesse ausmachen oder aber die konkrete Verhaltensweise erscheint als mißbilligenswerter Verstoß gegen rechtliche Konventionen, gegebenenfalls sogar, ohne daß sich präzise ein betroffenes Schutzinteresse benennen ließe¹⁴⁴. Im Einzelfall mag auch beides zugleich gegeben sein. Verfehlt erscheint es jedoch, bereits den Ausgangspunkt einer tatbestandlichen Prüfung in der Frage nach der Verletzung einer - womöglich interessenbezogenen - Selbstbestimmung zu wählen. Dieser Ansatz verkehrt Ursache und Wirkung von deliktsrechtlichem Persönlichkeitsschutz. Die Selbstbestimmung ist bloße Nebenfolge aus einem anerkannten Schutzgut und für das Deliktsrecht nur von nachrangiger Bedeutung.

3. Zwischenergebnis

Die weitere Betrachtung des Datenschutzes im Deliktsrecht wird auf Grund der vorgenannten Überlegungen ihren Fortgang in einer Analyse der betroffenen Schutzgüter, d.h. der rechtlich anzuerkennenden Persönlichkeitsinteressen am Datenschutz finden. Es wurde herausgearbeitet, daß die Schutzwürdigkeit solcher immaterieller Interessen nicht notwendig mit einer bestimmten Darstellungsform oder der Existenz eines körperlichen Darstellungssubstrats verknüpft sind. Gewichtiger für die grundsätzliche Einstufung als Persönlichkeitsgut erscheint die „sozialtypische Offenkundigkeit“, die normativ zu erwartende Erkennbarkeit und Akzeptanz des Interesses für andere. Im Rahmen dieser schutzgutorientierten Betrachtung soll zweckmäßigerweise zunächst das kleinste Element, das persönliche Datum, auf seine Eigenschaften und seine Bedeutung für die Persönlichkeit untersucht werden.

¹⁴³ Wird auch das Eigentum an einem Datenträger verletzt, z.B. durch substanzenziehenden „Datendiebstahl“ oder durch substanzeinwirkende „Datenvernichtung“, so ist hiervon die datenschutzrechtliche Problematik des unbefugten Umgangs mit persönlichen Daten streng zu unterscheiden.

¹⁴⁴ Zur alternativen Konstituierung der Persönlichkeitsrechte nach dem betroffenen Rechtsgut bzw. der konkreten Eingriffsform *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (96 ff.); anders *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 II, der sich zur Schutzbereichsanalyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts primär an den Eingriffshandlungen orientiert.

II. Das persönlichkeitsrechtliche Interesse am einzelnen „persönlichen Datum“ - Schutzgutorientierte Betrachtungsweise zur Bestimmung des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Betrachtet man die gesetzliche Ausgangslage nach dem BDSG, so läßt sich nicht verkennen, daß der Ansatzpunkt für ein Schutzbedürfnis des einzelnen stets dort gewählt wird, wo es um solche Daten geht, die eine Hinweisfunktion auf das Individuum in sich tragen. Immer wenn ein Datum auf einen zumindest bestimmbar Menschen hindeutet, enthält es zugleich eine wie auch immer geartete Information über diese Person. Der Mensch wird durch jedes persönliche Datum gewissermaßen ein Stück weit erfaßt und je nach Darstellung und Verbreitungsgrad dieser Information für seine Umgebung in der inhaltlich vom Informationsgehalt jeweilig erfaßten Beziehung transparent. Das singuläre persönliche Datum fungiert damit als Medium zur partiellen Beschreibung der Person aus dem Kreis all ihrer unerschöpflichen Details.

Damit stellt sich die weitere Frage, ob dies allein ausreicht, eine aus dem Persönlichkeitsrecht folgende besondere rechtliche Beziehung des einzelnen zu all jenen Informationen annehmen zu können, die einen sigmatischen Bezug zu seiner Person aufweisen. Es liegt nahe, zur Klärung dieser Frage die Besonderheiten traditionell anerkannter Persönlichkeitsgüter zu beleuchten, da sich hierdurch womöglich weitere Anhaltspunkte ergeben könnten. Dabei wird man sicherlich in Anbetracht der Vielzahl der Konzepte zur Erfassung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁴⁵ im Einzelfall Vorsicht walten lassen müssen bei der Einschätzung dessen, was in der juristischen Literatur als „anerkannt“ angesehen werden kann und was nicht. Gerade im Bezug auf die Herausarbeitung konkret benennbarer Güter der Persönlichkeit verdient jedoch allen voran die Arbeit *Hubmanns*¹⁴⁶ besondere Beachtung, weswegen sie der folgenden Analyse als Leitfaden zugrunde gelegt werden soll.

Nach *Hubmann*¹⁴⁷ zerfällt das Persönlichkeitsrecht in drei große Hauptgruppen, das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit, das Recht an der Persönlichkeit sowie das Recht auf Individualität. Diese Dreiteilung folgt aus der Überlegung, daß die jeweils umfaßten Persönlichkeitsgüter und -interessen eine im wesentlichen gleiche oder doch ähnliche Schutzrichtung verfolgen. Im folgenden sollen diese Hauptgruppen von Persönlichkeitsrechten untersucht werden und dabei im besonderen nach Parallelen zum Schutz persönlicher Daten Ausschau gehalten werden.

¹⁴⁵ Vgl. *Reinhardt*, AcP Bd. 153 (1954), 548 (558); *Hubmann*, aaO; *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 89 ff (91 ff.).

¹⁴⁶ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht.

¹⁴⁷ *Hubmann*, aaO., S. 82 f, 175 ff.

1. Parallelen zum Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit ?

Zunächst ist das Recht auf personale Entfaltung zu beleuchten. Diejenigen Rechtspositionen, die man unter dem Topos der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“ zusammenfaßt, gewähren regelmäßig dem einzelnen rechtliche Freiheiten zur Betätigung, zu eigenverantwortlichem individuellem Wertschaffen und Wertstreben. Die Entfaltungsfreiheit schützt damit die „schöpferische Dynamik“ des Menschen¹⁴⁸.

Als Betätigungsfreiheiten in diesem Sinne mag man allen voran die allgemeine Handlungsfreiheit, aber auch die gewerbliche Betätigungsfreiheit, die Berufs-, Meinungs- und Vereinigungsfreiheit usw. begreifen können. Es ist insbesondere das Verdienst *Hubmanns* nachgewiesen zu haben, welche persönlichkeitsrechtlichen Bezüge jene Freiheitsrechte, die auch in unserer Verfassung als Grundrechte verbürgt werden, bereits *per se* aufweisen¹⁴⁹. Die allgemeinen Schnittstellen dieser Freiheitsrechte zum Datenschutz wurden bereits auf öffentlich-rechtlicher Ebene angesprochen, so etwa, daß sich die Verbürgung des Datenschutzes mitunter als Voraussetzung für die Betätigung der Freiheitsrechte darstellen läßt¹⁵⁰.

Darüber hinaus allerdings lassen sich jenen Persönlichkeitsinteressen, die der Entfaltung der Persönlichkeit zuzurechnen sind, keine Hinweise für die Erforschung der besonderen Beziehung des Individuums zu seinen persönlichen Daten entnehmen. Zu unterschiedlich liegen die Schutzrichtungen. Der persönlichkeitsrechtliche Datenschutz kann vor Indiskretionen schützen und gegebenenfalls ermöglichend für die soziale Selbstdarstellung der Person wirken. Er ist jedoch nicht primär auf eine spezifische persönliche Betätigung und deren Sicherung ausgerichtet. Die wie auch immer zu wertende Beziehung des einzelnen zu seinen persönlichen Daten läßt sich daher mit jenen Wertungen, die für das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit maßgeblich sind, nicht näher aufschlüsseln. Umgekehrt läßt sich daraus bereits jetzt folgern, daß eine Zuordnung persönlichkeitsrechtlicher Positionen an Daten zur persönlichen Entfaltungsfreiheit nicht systemgerecht wäre.

2. Parallelen zum Recht an der Persönlichkeit ?

In einer weiteren Hauptgruppe von Persönlichkeitsrechten, dem Recht an der Persönlichkeit, faßt *Hubmann* jene naturgemäß mit dem Menschsein

¹⁴⁸ *Hubmann*, aaO, S. 82.

¹⁴⁹ *Hubmann*, aaO, S. 175 ff.

¹⁵⁰ Vgl. auch oben im ersten Teil.

verbundenen Lebensgüter zusammen, welche als gewisser Bestand an Kräften, Werten und Beziehungen dem Lebenskreis jeder Person qua ihres Menschseins als zugehörig erscheinen¹⁵¹. Hierzu rechnen etwa die Daseinsgüter Leben, Körper und Gesundheit, der Schutz des Geistes und der Willenskraft, des Gefühls- und Seelenlebens, die persönlichen Beziehungen usw.

All diese Persönlichkeitsgüter weisen einen besonders engen Grad der Verbundenheit mit der Person auf. Sie lassen sich regelmäßig entweder gar nicht von der Person abspalten oder aber nur unter Inkaufnahme der Folge, daß es zur Beschädigung oder Zerstörung der geistigen oder körperlichen Integrität des Rechtsträgers kommt. Bereits aus diesem Grunde bedürfen diese Persönlichkeitsgüter, genauer: die Interessen des Rechtssubjekts an deren Erhaltung, des besonderen Schutzes der Rechtsordnung.

Allerdings wird man nicht so weit gehen können, die persönlichen Daten als enge und kraft seines Menschseins mit dem Betroffenen verbundene Persönlichkeitsgüter anzusehen. Es sollte nicht verkannt werden, daß die personenbezogene Information grundsätzlich und geradezu typischerweise unabhängig vom Betroffenen existiert. Bereits die Erzeugung und Perpetuierung von persönlichen Daten verläuft oftmals außerhalb des persönlichen Lebenskreises des Betroffenen, unabhängig von seinem körperlichen Dasein wie auch unabhängig von seinem geistigen Wirken. Dies hat seine Ursache wohl vor allem in einem Charakteristikum von Information als solcher: Information als bloße Kenntnis von Tatsachen und Vorgängen stellt sich nicht schon naturgemäß als Produkt menschlicher Schaffenskraft¹⁵² dar. Hinzu kommt, daß eine Information nicht bereits durch den ihr innewohnenden oder durch Verknüpfung beigegebenen Bezug zu einer bestimmten Person zum Bestandteil des körperlichen oder geistigen Lebenskreises des Betroffenen wird. Ihr Gehalt erschöpft sich zunächst in einem äußerlich-deskriptiven Moment, welches für sich allein noch keine rechtliche Zuordnung zur Person zu begründen vermag.

Auch der Personenbezug von Daten macht daher aus der Information kein der Person kraft ihres Menschseins zuzuordnendes Lebensgut, das von vornherein um seiner selbst oder der Person willen eines rechtlichen Schutzes bedürfte. Daraus kann geschlossen werden, daß die wie auch immer geartete Beziehung des Menschen zu seinen persönlichen Daten nicht mit jenen Rechtsbeziehungen vergleichbar ist, die vom Recht an der Persönlichkeit umfaßt werden.

¹⁵¹ *Hubmann*, aaO, S. 82.

¹⁵² Es wird nicht verkannt, daß natürlich auch „Informationen“, soweit sie beispielsweise zu verkehrsfähigen geistigen Werken ausgebildet und entwickelt worden sind, Schutz erfahren - so etwa im Immaterialgüterrecht.

3. Parallelen zum Recht auf Individualität ?

Weit größere Nähe weist die Beziehung des Menschen zu seinen persönlichen Daten mit jenen Persönlichkeitsgütern auf, die von *Hubmann*¹⁵³ als zum Recht auf Individualität¹⁵⁴ gehörig zusammengefaßt wurden. Mit der Individualität wird der jedem einzelnen persönlich zukommende Wertcharakter umschrieben, jener Eigenwert, der teils als natürliche Anlage dem Menschen mitgegeben, teils erst durch Selbstentfaltung und Selbsterziehung ausgebildet wird^{155 156}. Als geschützte Güter werden hierunter etwa der Name, die Firma, das Privatleben, das Erscheinungsbild, das Lebensbild, das Charakterbild, das gesprochene und geschriebene Wort usw. gefaßt.

Die enge Verbindung zwischen dem Individualdatenschutz¹⁵⁷ und den anerkannten Individualitätsrechten ergibt sich vor allem aus dem Merkmal des Personenbezuges von Daten. Indem persönliche Daten die beschriebene Person in einem bestimmten Aspekt schlaglichtartig beleuchten, kennzeichnen sie die Person zugleich in ihrer ganz spezifischen Eigenart. Dieses deskriptive Moment personenbezogener Information verdeutlicht zugleich eine für die Individualitätsrechte geradezu typische Gefährdungslage: Da Information stets auf die Empfängerkenntnis abstellt, bedeutet personenbezogene Information nichts anderes als die Kenntnis eines Empfängers von individuellen Aspekten einer Person. Anders formuliert: Persönlichkeitsdetails werden offenbar. Personaldatenschutz verfolgt insoweit vereinfacht gesprochen das Ziel, „Empfängerkenntnis“ zu unterbinden. Genau darum geht es ganz wesentlich auch bei den bereits anerkannten Individualitätsrechten: Der Indiskretionsschutz begreift sich als eine zentrale rechtliche Schutzrichtung der Rechtspositionen, die im Recht auf Individualität vereinigt sind¹⁵⁸. Die gemeinsame Schutzrichtung gegen Indiskretionen - ebenso wie gegen die Vergegenständlichung und Verfügbarmachungen der Person - hat einen sehr

¹⁵³ *Hubmann*, aaO., S. 268 ff.

¹⁵⁴ Der Begriff ist vom umfassenderen Terminus „Individualrecht“ zu unterscheiden, der bisweilen - vornehmlich in der früheren Literatur - für das gesamte Feld der Persönlichkeitsrechte verwendet worden ist, vgl. etwa *Kohler*, ArchBürgR X (1895), 241 (246); *Gernhuber*, § 21 I 1; zum Ganzen auch *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (96) m.w.N.

¹⁵⁵ *Hubmann*, aaO., S. 268.

¹⁵⁶ Während *Hubmann* die hierin vereinigten Persönlichkeitsgüter als selbständige Gruppe innerhalb des Persönlichkeitsrechts begreift, vermag *Vogelgesang*, S. 132 f., in der Individualität lediglich eine besondere Ausprägung und damit eine Untergruppe zum Recht an der Persönlichkeit zu erblicken. Die Ansicht *Vogelgesangs* überzeugt nicht, da der Schutzgrund der Individualitätsrechte sich deutlich von jenem unterscheidet, der dem Recht an der Persönlichkeit zugrunde liegt. Während es bei diesem um den Schutz und die Sicherung jedermann allgemein zuteil werdender Güter und Interessen geht, geht es bei jenem um Schutz und Sicherung persönlicher Eigenart - vor allem vor Indiskretionen, Verfälschung und Verunglimpfung. Es erscheint vorzugsweise, aufgrund des eigenständigen Interessenansatzes eine eigene Gruppe an Individualitätsrechten zu führen.

¹⁵⁷ Der Begriff „Individualdatenschutz“ weist bereits auf die persönlichkeitsrechtliche Zuordnung hin.

¹⁵⁸ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 269.

einfachen Grund: Einige Persönlichkeitsgüter, die dem Recht auf Individualität zugehören, kennzeichnen sich vor allem dadurch, daß sie aus einer Summe personenbezogener Information bestehen. Dies soll im folgenden näher aufgezeigt werden.

a) Der besondere Bezug zu den deskriptiven Individualpersönlichkeitsgütern

Vor allem jene Persönlichkeitsgüter, die regelmäßig eine Beschreibung der Person in einem bestimmten schutzwürdigen Aspekt zum Inhalt haben, weisen einen datenschutzrechtlichen Gehalt auf. Dies gilt vornehmlich für das Erscheinungsbild, das Lebensbild und das Charakterbild. Jedes dieser Persönlichkeitsgüter definiert sich über die Zusammenführung bestimmter personenbezogener Informationen oder setzt doch eine Verknüpfung persönlicher Daten regelmäßig voraus.

Die Anfertigung einer Photographie beispielsweise erfaßt den Abgebildeten in seinem physischen Erscheinungsbild. Jenes besteht wiederum typischerweise in Einzelangaben über persönliche Merkmale, so über die Haarfarbe, die Größe, das Geschlecht, die Kleidung usw. - mithin aus persönlichen Daten. Ähnlich verhält es sich mit dem Schutz des Lebensbildnisses, das als das der Umwelt vermittelte Vorstellungsbild über das Lebensschicksal des Betroffenen regelmäßig aus einer Verknüpfung von persönlichen Daten besteht. Auch ein Charakterbild als Darstellung der inneren Persönlichkeitsspezifika weist typischerweise die verschiedensten persönlichen Daten auf, etwa über Geisteshaltung und Geisteszustand, geistige und körperliche Neigungen, Vorzüge, Hemmnisse, Schwächen, Krankheiten usw.

Die charakteristische Ähnlichkeit dieser Rechtspositionen liegt in ihrem rein beschreibenden, deskriptiven Charakter begründet, der bereits aus dem Annex „-bild“ deutlich wird. Als bloße Wiedergabe bzw. Darstellung der Person in einem bestimmten Belang enthalten diese Rechtspositionen keine Ausformung der Person selbst, ihr Gehalt erschöpft sich in der sinnlich wahrnehmbaren Beschreibung der Person in ihrer Eigenart. Es liegt nahe, sie wegen dieser besonderen Eigenschaften als deskriptive Individualpersönlichkeitsgüter zu bezeichnen.

Bereits jetzt läßt sich festhalten - ohne daß die Frage näher geklärt werden müßte, ob über die genannten Rechtsgüter hinaus noch weitere datenschutzspezifische Güter oder Interessen anzuerkennen sind und wo genau deren jeweilige Grenzen liegen -, daß das persönliche Datum als ein Konstitutionsmerkmal und wesentlicher Bestandteil dieser besonderen Gruppe von Persönlichkeitsrechten innerhalb des Rechts auf Individualität anzusehen

ist. Vor dem Hintergrund, daß das Schutzbedürfnis der Person hier jeweils erst mit der Verknüpfung einer Vielzahl von Daten entsteht, verstärkt sich außerdem die bereits oben gewonnene These, daß dem einzelnen persönlichen Datum für sich allein grundsätzlich kein persönlichkeitsrechtlicher Schutz zuteil werden kann.

b) Die Sonderstellung der Kennzeichen

Innerhalb des Kreises der rein deskriptiven Individualpersönlichkeitsgüter sei noch auf eine Besonderheit hingewiesen. Eine Gruppe von Rechtspositionen nimmt hier dadurch eine Sonderstellung ein, daß sie bestimmungsgemäß und typischerweise der Unterscheidung der Persönlichkeit in ihrer Beziehung zur Umwelt dienen: die Kennzeichen. Allen voran ist hier sicherlich der Name zu nennen, aber auch die Firma sowie sonstige Unternehmenskennzeichnungen, früher das Warenzeichen bzw. heute die Marke usw.

All diese Kennzeichnungen weisen einen mehr oder minder starken Bezug zur individuellen Persönlichkeit auf. Während die Verbindung beim Namen als dem „schönsten, lebendigsten Stellvertreter der Person“¹⁵⁹ naturgemäß sehr eng ist, hat sich z.B. die Firma des Kaufmanns im Laufe der Zeit immer stärker von der Person des Inhabers und dessen individuellem Charakter gelöst¹⁶⁰. Unternehmensbezeichnungen werden nach neuerer Lehre gänzlich den Immaterialgüterrechten zugeordnet¹⁶¹.

Die Schnittstelle zu den persönlichen Daten liegt bei den Individualkennzeichen auf der Hand. Zumindest der Name und die Firma stellen *per se* ein persönliches Datum dar, da sie naturgemäß Hinweisfunktion auf einen bestimmten Träger besitzen. Der bürgerliche Name etwa beschreibt den Betroffenen zum Zwecke der Unterscheidbarkeit in seiner Umwelt, ohne daß dieser sich als Ausfluß des Wertstrebens oder Schaffens oder auch nur einer sinnlichen Lebensäußerung des Betroffenen darstellt¹⁶². Am rein deskriptiven Charakter des Kennzeichens „Name“ kann kein Zweifel bestehen¹⁶³.

¹⁵⁹ Goethe, Wilhelm Meisters Wanderjahre, Buch 3, Kap. 13. (zit. nach Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 276).

¹⁶⁰ Dazu Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 282 ff. Noch weiter entfernt von der individuellen Person erscheinen Etablisementbezeichnungen und Marken. Zur Frage, inwieweit vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrechts von dem Rechtsträger abgelöst und ggf. übertragen werden können vgl. BGH NJW 2000, 2195 (2197) - Marlene Dietrich -; BGH LM § 823 (Ah) BGB Nr. 132 - Der blaue Engel - mit Anm. Forkel.

¹⁶¹ MüKo-Schwerdtner, BGB, § 12 Rn. 20.

¹⁶² Anders kann es beim Künstlernamen, einem Adelstitel oder einer Ordensbezeichnung liegen, wenn damit zugleich ein weitergehender Informationsgehalt verbunden ist.

¹⁶³ Bei Firmen- und Unternehmenskennzeichen wie auch bei der Marke verkörpert oder assoziiert das Kennzeichen verstärkt auch materielle Aspekte, am deskriptiven Charakter - bezogen auf die Person oder das Unternehmen - ändert dies jedoch nichts.

Die Kennzeichen dienen stets auch und vor allem der Individualisierung oder der Herkunftsbezeichnung im Rahmen alltäglicher sozialer Interaktion. Genau aus diesem Grund nehmen sie andererseits eine Sonderstellung ein, die sie als aus dem Kreis der sonstigen deskriptiven Individualpersönlichkeitsgüter herausgehoben erscheinen läßt: Schützen beispielsweise das Lebens- oder das Charakterbild - unter anderem - vor unbefugter Kenntnisnahme und Verbreitung durch Dritte, mithin vor verschiedensten Formen von Indiskretion, so läßt sich bezüglich der Kennzeichen feststellen, daß diese gewissermaßen naturgemäß auf Indiskretion ausgelegt sind. Transparenz, Offenkundigkeit, Zugänglichkeit und öffentlicher Gebrauch sind wesensimmanente Merkmale der Kennzeichen¹⁶⁴.

Betrachtet man die Kennzeichen angesichts dieser Erkenntnisse unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes, so läßt sich folgern, daß zumindest in jener Hinsicht, die den Datenschutz als Indiskretions- bzw. Anonymitätsschutz begreift, keinerlei Parallele zum Kennzeichenschutz besteht¹⁶⁵. Am Kennzeichenschutz tritt einerseits ausnahmsweise einmal das Interesse am Schutz eines singulären Datums zutage, andererseits hat diese Form des „Einzeldatenschutzes“ einen gänzlich anderen, mit der typischen datenschutzrechtlichen Problematik nicht vergleichbaren Gehalt.

Es erscheint daher sachgerecht, den rechtlichen Kennzeichenschutz als Sonderfall bei der persönlichkeitsrechtlichen Verortung datenschutzrechtlicher Interessen auszublenden. Im übrigen läßt sich aus dem Ausnahmefall des Kennzeichenschutzes nichts für die - generelle - Annahme herleiten, daß das persönliche Datum als solches persönlichkeitsrechtlichen Schutz genieße. Im Gegenteil, gerade die Kennzeichen verdeutlichen, daß nicht jedes Datum der subjektbezogenen Verfügungsmacht eines einzelnen unterliegen kann, sondern bisweilen vielmehr sozialtypische Informationstransparenz herrscht.

c) Persönliche Daten als individuelle Emanation der Persönlichkeit ?

Da bestimmte Persönlichkeitsgüter als Ausfluß der individuellen Eigenart des Menschen erscheinen, so etwa das Recht am gesprochenen Wort und das Recht am geschriebenen Wort, läßt sich im Rahmen des Rechts auf Individualität, neben den deskriptiven Gütern, eine zweite Untergruppe bilden.

¹⁶⁴ Der Persönlichkeitsschutz an Kennzeichen weist eine andere Schutzrichtung auf. Es geht nicht um den Schutz des Kennzeichens - i.e. der Persönlichkeit in ihrer Kennzeichnung - vor Transparenz, sondern um den Schutz vor mißbräuchlicher Verwendung, z.B. Namensanmaßung oder Namensleugnung.

¹⁶⁵ Es wird nicht verkannt, daß ein Geheimhaltungsinteresse sich auch auf ein Kennzeichen beziehen kann, etwa wenn der Namensträger anonym bleiben möchte. Der rechtliche Schutz der Persönlichkeit folgt dann aber nicht aus dem Schutz der persönlichen Kennzeichen.

Zurecht werden diese Güter als Ausfluß oder Emanation der Persönlichkeit bezeichnet, denn bei ihnen geht es primär um den Schutz der von der Person selbst sinnlich wahrnehmbar veranlaßten individuellen Eigenart ihrer Ausdrucksform¹⁶⁶. Hierin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zum Schutz persönlicher Daten.

aa) Das Verhältnis zum Recht am gesprochenen Wort

So lassen sich konzeptionelle Unterschiede bereits im Interessenansatz zwischen dem Individualdatenschutz und etwa dem „Recht am gesprochenen Wort“ konstatieren. Während das Recht am gesprochenen Wort als besonderes Persönlichkeitsrecht sich vor allem aus der Überlegung ableitet, daß eine individuelle Emanation der Persönlichkeit vor der Verfügbarmachung durch andere zu schützen sei¹⁶⁷, liegt es beim persönlichen Datum gänzlich anders. Das persönliche Datum begreift sich nicht als Ausfluß der Persönlichkeit, sondern als deren Abbild im Detail. Geht es beim Recht am gesprochenen Wort um den Schutz der Originalität der lautlichen Äußerung und darüber hinaus um den Schutz der Unbefangenheit menschlicher Kommunikation vor Beeinträchtigungen¹⁶⁸, so begründet sich das Schutzbedürfnis des einzelnen hinsichtlich seiner Daten jedenfalls nicht aus dem Umstand, daß diese ein „Ausfluß“ seiner Persönlichkeit seien. Von wem die betreffende Information - untechnisch gesprochen - „erzeugt“ worden ist, bleibt ohne Bedeutung. Insbesondere drückt sich die Person in ihren Daten nicht in individueller Weise durch eine bestimmte sinnliche Lebensäußerung aus - wie sie es etwa bei einer Rede oder in einem Gespräch tut.

Andererseits darf nicht verkannt werden, daß es auch erhebliche Überschneidungen zwischen dem Individualdatenschutz und dem genannten Persönlichkeitsrecht gibt. Die Verwertung einer Tonbandaufnahme eines nicht öffentlichen Gesprächs kann in inhaltlicher Hinsicht datenschutzrechtliche Aspekte aufweisen, so etwa, wenn der aufgezeichnete Gedankenaustausch persönliche Daten umfaßt. Insoweit folgt bereits aus dem Recht am gesprochenen Wort, daß sowohl die durch die Vergegenständlichung bewirkte erhöhte Authentizität des fixierten Wortes als auch die damit verbundene Verfügbarmachung des äußeren Erscheinungsbildes des Sprechers einen persönlichkeitsrechtlichen Schutzgrund bilden¹⁶⁹. Unklar erscheint jedoch, wie das Schutzinteresse des in dem festgehaltenen Gespräch durch personenbezogene Information beschriebenen Betroffenen rechtlich zu verorten

¹⁶⁶ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 309 ff., 316 ff.

¹⁶⁷ Ausführlich *Helle*, S. 237 ff.

¹⁶⁸ Vgl. BVerfGE 34, 246 (247).

¹⁶⁹ BGHZ 73, 120 (122 ff.) „Telefongespräch I“-; *Helle*, S. 238; *Klug*, S. 104 f.

ist. Ein allein datenschutzrechtliches Interesse dürfte für den Fall gegeben sein, daß der Betroffene Dritter in dem Sinne ist, daß er nicht selbst an dem Gespräch teilgenommen und damit auch seine Stimme nicht aufgezeichnet worden ist¹⁷⁰.

Komplizierter gestaltet sich der Fall jedoch, wenn der oder die Sprecher selbst persönliche Daten über sich oder den Gesprächspartner austauschen und diese als Gedankeninhalt mit aufgezeichnet werden. Hier stellt sich die Frage, ob der Schutzbereich des gesprochenen Wortes auch den gedanklichen Inhalt in irgend einer Weise schützt. Ausgangspunkt für eine Betrachtung ist dabei die gesetzliche Normierung in § 201 StGB, wonach die unbefugte Aufnahme des nicht öffentlich gesprochenen Wortes eines anderen auf einem Tonträger sowie sein Gebrauch und die Weiterleitung an Dritte unter Strafe stehen. Für den Bereich des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz wird aus diesem Straftatbestand häufig ein besonderes Persönlichkeitsrecht hergeleitet¹⁷¹, was den praktischen Vorteil bietet, im Rahmen der Prüfung eines tatbestandlichen Eingriffs im Sinne von § 823 BGB keine Abwägung vornehmen zu müssen. *Helle*¹⁷² gelangt insoweit zu dem Ergebnis, daß der konkrete Gedankeninhalt der stimmlichen Äußerung für den Schutzbereich des gesprochenen Wortes ohne Bedeutung sei bzw. seine Schutzbedürftigkeit allein in dem Umstand zu begründen sei, daß es sich um eine vertrauliche, nicht öffentliche Gesprächssituation handle. Er bezeichnet diese Ansicht als „einhellige Meinung“ und beruft sich insbesondere auf die dazu ergangene Rechtsprechung¹⁷³. Gerade die zitierten Entscheidungen des BGH ergeben jedoch ein etwas differenzierteres Bild. Bereits in der Entscheidung „Tonbandaufnahme II“¹⁷⁴ führte das Gericht im Rahmen einer Güterabwägung aus, daß „der Schutz des gesprochenen Wortes nicht schrankenlos“ sei, insbesondere „wenn es wie hier nicht der unantastbaren Intimsphäre zuzuordnen“ sei. In dieser Wendung bleibt noch unklar, ob der BGH den konkreten Gedankeninhalt und dessen Nähe zum Persönlichkeitskern in Bezug nimmt oder lediglich die äußere Gesprächssituation anspricht¹⁷⁵. Allein letzteres stünde der Ansicht *Helles* nicht im Wege. Einen weit deutlicheren Anklang an ein sphärenartiges Vorstellungsmodell bezogen auf den Gesprächsinhalt findet

¹⁷⁰ Das Recht am gesprochenen Wort kommt hier selbstverständlich nicht zum Zuge.

¹⁷¹ So *Helle*, S. 232, 234 f.; anders die Rspr. des BGH, die - soweit ersichtlich - vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht her argumentiert, vgl. BGH NJW 1982, 277 - Tonbandaufnahme II -; BGH NJW 1988, 1016 - Tonbandmitschnitt -; vgl. auch BVerfG NJW 2000, 1021 (1022) - Caroline v. Monaco -.

¹⁷² *Helle*, S. 248 m.w.N.; *Neumann-Duesberg*, BB 1957, 865; a.A. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 313.

¹⁷³ *Helle*, S. 248, 247 Fn. 26 mit Verweis auf BGH NJW 1982, 277 - Tonbandaufnahme II -; BGH NJW 1988, 1016 - Tonbandmitschnitt -; OLG Karlsruhe, NJW 1979, 1513; OLG Frankfurt, NJW 1977, 1547;

¹⁷⁴ BGH NJW 1982, 277 - Tonbandaufnahme II -.

¹⁷⁵ Zur Unterscheidung *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 311; *Helle*, S. 248.

sich jedoch in der Entscheidung „Tonbandmitschnitt“¹⁷⁶: Prinzipiell seien auch telefonische Besprechungen über geschäftliche Angelegenheiten von der Individualität der Gesprächsteilnehmer in Gedankenführung und Ausdruck gekennzeichnet, „soweit es nicht um die bloße Übermittlung von Zahlen und Daten, um von der persönlichen Sphäre des Sprechenden völlig losgelöste Erklärungen wie reine Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen oder um ähnliche standardisierte Nachrichten geht“. Mit diesen Ausführungen rekurriert der BGH zur Bestimmung der Individualität der Gedankenäußerung eindeutig *auch* auf deren inhaltlichen Gehalt und deutet nebenbei auf die Sphärenformel zur Abgrenzung und Zuordnung der verbalen Information hin¹⁷⁷. Wie der BGH zutreffend bemerkt, definiert sich die Individualität des gesprochenen Wortes eben mitunter auch über den Äußerungsinhalt. Es macht einen Unterschied, ob der Sprecher eine Bestellliste abliest oder aber ein geistreiches Streitgespräch führt¹⁷⁸.

Wird man demnach *Helles* Auffassung, wonach der Gedankeninhalt für die Eröffnung des Schutzbereiches des Rechts am gesprochenen Wort völlig ohne Belang sei, aufgrund der Vorgaben in der höchstrichterlichen Judikatur durchaus etwas differenzierender betrachten müssen, so fehlt es vorliegend jedoch weiterhin an einer näheren Klärung der Frage, ob und wie der Schutz persönlicher Daten im Schutzbereich des gesprochenen Wortes konkret festzumachen wäre. Es erscheint in diesem Zusammenhang bemerkenswert, daß gerade beim Umgang mit persönlichen Daten ein Gespräch in der Regel einen besonderen individuellen Charakter erhält, indem durch die Mitteilung persönlicher Umstände eine besonders vertrauliche Gesprächsatmosphäre entstehen kann. Die Datenverwendung kann also mitentscheidend wirken für die Beurteilung der Frage, ob ein nicht-öffentliches Gespräch individuellen Charakters vorliegt.

Andererseits gilt es zu bedenken, daß eine möglichst präzise Abgrenzung der verschiedenen Güter und Interessen im Bereich des Persönlichkeitsrechtes gleichermaßen von dogmatischem Interesse wie auch von Bedeutung für das Vertrauen und die Sicherheit im Rechtsverkehr ist.

¹⁷⁶ NJW 1988, 1016 - Tonbandmitschnitt -.

¹⁷⁷ In diesem Sinne auch *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 311, 313, der nach der Qualität der Eingriffshandlung entscheiden will, ob der Inhalt des gesprochenen Wortes zu schützen ist. Gegen die Verbreitung des gesprochenen Wortes sei auch der Inhalt geschützt, soweit er der Privat- oder Geheimsphäre zugehört.

¹⁷⁸ Der BGH führt damit das Recht am gesprochenen Wort auf sein Kerninteresse zurück, welches im Schutz und der Unbefangtheit individueller Verhaltensäußerung der Persönlichkeit zu erblicken ist.

Im Ergebnis wird man daher bei der unbefugten Aufzeichnung und Verwertung des gesprochenen Wortes differenzieren müssen. Soweit es um den Schutz der individuellen Lautäußerung als körperliche Ausdrucksform, dahinter um den Schutz des Sprechenden in seinem Vertrauen auf die Flüchtigkeit des Wortes und seine Wahrnehmbarkeitsgrenzen sowie um den Schutz der Unbefangenheit des Äußernden geht, wird man allein das Recht am gesprochenen Wort zur persönlichkeitsrechtlichen Auseinandersetzung bemühen. Soweit aber darüber hinaus persönliche Daten zum Gesprächsbestandteil geworden sind, sollte man - trotz der Überschneidungen mit dem Schutzbereich des gesprochenen Wortes - jedenfalls insoweit, als es die schutzwürdigen Belange des von der Datenverwendung Betroffenen geht, einen persönlichkeitsrechtlichen Schutz auf der Grundlage jener Güter und Interessen geltend zu machen suchen, die gegen die Datenverwendung im konkreten Einzelfall streiten. Betrachtet man etwa den Fall, daß ein Detektiv eine Privatwohnung mit einer technischen Abhörvorrichtung belauscht und die Gespräche der Bewohner auf einem Tonträger aufzeichnet, so wird dies zwangsläufig zugleich eine Fülle von „Datenerhebungen“ im rechtlichen Sinne mit sich bringen. Werden die aufgezeichneten Gespräche nun lediglich ihrem Inhalt nach ausgewertet und die sonach gesammelte Information weiter verwendet, so wird spätestens an dieser Stelle klar, daß das Schutzbedürfnis der Betroffenen hier nicht mehr vorrangig aus dem Recht am gesprochenen Wort folgt. Es tritt, obgleich es sich ebenfalls als Schutz gegen Indiskretion versteht, wegen seines primär anders gelagerten Schutzgehaltes in diesem Punkte zurück. Das Unrecht kennzeichnet sich vielmehr entscheidend in zweifacher Weise: einmal dadurch, daß der Informationszugriff heimlich und unter Einbruch in die Privatsphäre der Betroffenen erfolgt, zum anderen dadurch, daß die hiernach ermittelten personenbezogenen Informationen in inhaltlicher Hinsicht - zumindest zum Teil - dem Privatleben der Betroffenen zuzuordnen sein werden und deshalb besonderen Schutz genießen¹⁷⁹. Ein Rückgriff auf das Recht am gesprochenen Wort sollte hingegen nur erwogen werden, wenn die unbefugte lautliche Aufzeichnung als solche durch Veröffentlichung, Vervielfältigung oder Verfälschung gegen die Interessen des Sprechers mißbraucht wird.

Als individualschützende Persönlichkeitsgüter, die dem Betroffenen neben dem Recht am gesprochenen Wort bezogen auf den Gesprächsinhalt zur Seite stehen, kommen neben dem bereits genannten Privatleben vor allem die oben erwähnten deskriptiven Individualpersönlichkeitsgüter sowie im Einzelfall das

¹⁷⁹ Bezogen auf die deliktsrechtliche Dogmatik wird hier einmal mehr das Nebeneinander von Erfolgs- und Verhaltensunrecht deutlich. Vgl. dazu näher unten B III und C.

Recht auf Identität¹⁸⁰ in Betracht. Diese Güter werden im datenschutzrechtlichen Kontext noch an späterer Stelle anzusprechen sein.

bb) Das Verhältnis zum Recht am geschriebenen Wort

Recht ähnlich wie beim gesprochenen Wort verlaufen auch die Grenzen und Schnittstellen des Individualdatenschutzes zum Recht am geschriebenen Wort. Anerkanntermaßen muß sich etwa die Kenntnisnahme, Veröffentlichung oder anderweitige Verwertung eines Tagebuchs, eines Briefs oder einer sonstigen schriftlichen Mitteilung primär rechtlich an den Anforderungen des Schutzes des geschriebenen Wortes messen lassen. Zusätzlich erhält die Fallgestaltung jedoch eine „datenschutzrechtliche“ Komponente bereits aus dem Grund, daß z.B. in einem Tagebuch regelmäßig sehr persönliche Aufzeichnungen niedergelegt werden, die sich zu einem großen Teil als „persönliche Daten“ im Rechtssinn begreifen lassen¹⁸¹. Gleiches gilt für den Inhalt von Briefen¹⁸².

Fraglich erscheint angesichts der Überschneidungen allein, ob und gegebenenfalls wie das datenschutzrechtliche Interesse des Betroffenen in einem solchen Fall eingeordnet werden kann. In Rechtsprechung und Literatur wird der hier aufgeworfene Problemkreis meist unter dem übergeordneten Gesichtspunkt erörtert, inwieweit das Interesse des Autors, des Adressaten oder eines Dritten an einem Schriftstück wegen seines inhaltlichen Bezuges zu der jeweiligen Person geschützt werden könne¹⁸³. Datenschutzrechtliche Erwägungen im engeren Sinn können dabei meist nicht ausgemacht werden. Im Vordergrund stehen vielmehr oftmals Fragen des Identitäts- oder Ehrenschatzes, so bei der Veröffentlichung kompromittierender oder verfälschender Aufzeichnungen über einen anderen¹⁸⁴. Dies hat einleuchtende Gründe. Ebenso wie beim Recht am gesprochenen Wort erscheint es in der Tat wenig sinnvoll, persönlichkeitsrechtliche Interessen im Hinblick auf den Datenschutz - und sei es nur in Teilbereichen - dem Recht am geschriebenen Wort zuzuordnen. Betrachtet man die Ausgangsthese, wonach das Recht am geschriebenen Wort vor allem wegen seines Charakters als

¹⁸⁰ Allerdings nach der hier befürworteten Abgrenzung nur für den Fall, daß die aufgezeichneten Gesprächsdaten inhaltlich verfälscht in anderer Form weitergegeben werden, z.B. durch eine gefälschte Abschrift. Greift die Verfälschung durch technische Mittel direkt an der Tonkassette an, z.B. durch Zusammenschnitt kontextverschiedener Einzeläußerungen, so folgt der Schutz des Betroffenen bereits aus dem Recht am gesprochenen Wort; kritisch zur Identität als Persönlichkeitsgut *Seidel*, S. 127 ff.

¹⁸¹ Das Recht am geschriebenen Wort erfaßt aber natürlich auch die niedergeschriebene Sachinformation und geht damit über den individualdatenschutzrechtlichen Aspekt in inhaltlicher Sicht hinaus.

¹⁸² Hierzu ausführlich *Wiese*, FS Herschel, S. 483 ff.

¹⁸³ Vgl. *Helle*, S. 313 f.; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 317 f.; *Wiese*, FS Herschel, S. 483 (496 f.).

¹⁸⁴ So z.B. BGH NJW 1965, 685 - Soraya -.

vergegenständlichter Ausfluß der Persönlichkeit besonderen Schutz erfahren soll, so liegt eine klare Abgrenzung nahe:

Soweit es um die Belange des Autors im Hinblick auf den Inhalt der von ihm verfaßten Schrift geht - einschließlich etwa niedergelegter persönlicher Daten -, wird man schutzgutbezogen eine persönlichkeitsrechtliche Zuordnung zum Recht am geschriebenen Wort ohne weiteres annehmen können. Die Persönlichkeit emaniert in ihrer spezifischen Ausdrucksform, im Schriftbild, im Stil und auch im Inhalt - in der Individualität des geschriebenen Wortes. Entfällt jedoch das Schutzbedürfnis an der Wahrung der Individualität, beispielsweise indem aus einem geschriebenen Text persönliche Daten entnommen und in eine Datensammlung eingestellt werden, die keinerlei Beziehung mehr zu dem ursprünglichen Autor und dessen Gedankengängen erkennen läßt, so kommt das Recht am geschriebenen Wort nicht zum Zuge.

Anders liegt es bei den Belangen des Adressaten eines Briefes oder des von einer schriftlichen Darstellung „Drittbetroffenen“. In der Literatur hat *Wiese*¹⁸⁵ zutreffend darauf hingewiesen, daß sich der Persönlichkeitsschutz des Empfängers nicht in gleicher Weise begründen läßt wie jener des Autors. Schließlich ist ein Brief niemals Ausdruck der Persönlichkeit des Empfängers. Genau so liegt es in den Fällen des Drittbezugs. Wenn etwa ein Personalchef über einen Bewerber ein umfassendes Personalprofil anfertigen läßt, so hat die rechtliche Zuordnung der Interessen des Betroffenen mit dem Recht am geschriebenen Wort nur insofern etwas gemein, als sie in diesem Fall damit in Kollision treten¹⁸⁶: Es stellt sich als ein Problem des allgemeinen¹⁸⁷ oder auch besonderen Persönlichkeitsrechtes¹⁸⁸ dar, ob der in seinen Daten Erfasste sich hiergegen erfolgreich rechtlich zur Wehr setzen kann. Aus der Sicht des Betroffenen hat die „Schriftlichkeit“ des Umgangs mit seinen Daten eine nur beiläufige Bedeutung, die schutzgutbezogen keine Zuordnung zum Recht am geschriebenen Wort zu rechtfertigen vermag¹⁸⁹. Allerdings trägt die Schriftform der Datenverwendung zu einer typischen Erhöhung des Schutzbedürfnisses beim Betroffenen bei: Durch die „Vergegenständlichung“ der ansonsten flüchtigen Information wächst das Gefährdungspotential für seine Person.

¹⁸⁵ *Wiese*, FS Herschel, S. 483 (496).

¹⁸⁶ Der Betroffene selbst kann sich hier selbstverständlich nicht auf „sein“ Recht am geschriebenen Wort berufen; ob er allein aufgrund der inhaltlichen Bezugnahme persönlichkeitsrechtliche Rechte an dem Schriftstück selbst erlangt, ist in der Literatur umstritten; dafür *Hubmann*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 288; dagegen *Helle*, S. 313. Zutreffenderweise dürften wohl nur Lösungs- bzw. Vernichtungsansprüche in Betracht kommen, die - fallabhängig - aus speziell normierten Anspruchsgrundlagen oder aber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgen können.

¹⁸⁷ Je nach Lage des Falles wegen Verletzung anerkannter Persönlichkeitsgüter, z.B. des Lebensbildes, des Privatlebens, der Ehre usw. oder aber wegen anderer unrechter Verhaltensweisen.

¹⁸⁸ Z.B. im Rahmen des kodifizierten einfachen Rechts (Datenschutzgesetz).

¹⁸⁹ So auch *Helle*, S. 313; *Wiese*, FS Herschel, S. 483 (496 f.).

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß beim Umgang mit persönlichen Daten Schnittmengen mit den Schutzbereichen der Rechte am gesprochenen bzw. am geschriebenen Wort entstehen können, was jedoch nicht zu einer Sperrung anderer Persönlichkeitsgüter führt. Je nach der Lage des Einzelfalls wird sich der potentielle Unrechtsschwerpunkt und damit auch der Anknüpfungspunkt für eine Rechtsgutsverletzung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ergeben.

d) Die Bedeutung des Dateninhaltes für die persönlichkeitsrechtliche Güterzuordnung

Es wurde bereits im Rahmen Erörterung von Sinn und Zweck gesetzlich normierter Sensitivitätslisten festgestellt, daß auch der Inhalt persönlicher Daten für die Differenzierung im Schutzniveau des Persönlichkeitsschutzes taugliche Anhaltspunkte liefert. Gerade solche Angaben, die dem engeren Lebensbereich des Betroffenen zugehören, die ihn in nicht jedermann zugänglichen Aspekten seines Personseins kennzeichnen, erscheinen gegen Kenntnisnahme und Verbreitung in der Öffentlichkeit besonders empfindlich. Nicht geklärt wurde im Rahmen der Untersuchung bisher allerdings die Frage, ob der Inhaltsbezug von Daten über die Qualifizierung der *Schutzintensität* hinaus bisweilen auch die Betroffenheit eines bestimmten *Schutzgutes* vermittelt.

aa) Die Differenzierung von Schutzgut und Schutzintensität - Begriffsverwirrungen

Es kann in diesem Zusammenhang beklagt werden, daß in Rechtsprechung und Literatur eine dogmatisch wesentliche Weichenstellung im Persönlichkeitsschutz vielfach unbeachtet bleibt: die Unterscheidung von Schutzgut und Schutzzumfang, von Persönlichkeitsgut und Schutzintensität¹⁹⁰. Während ersteres durch sein Betroffensein überhaupt erst die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bewirkt, betrifft die Schutzintensität lediglich die Frage nach der Reichweite des - dem Grunde nach wegen Betroffenseins eines Gutes denkbaren - Schutzes. Zu trennen ist demnach, vereinfacht gesprochen, zwischen dem „ob“ und dem „wie weit“ des Schutzes. Damit ist der Weg vorgezeichnet, daß die Prüfung einer Verletzung stets in zwei Stufen verlaufen muß. Zunächst gilt es, die

¹⁹⁰ Vgl. *Hubmann*, AcP 155 (1956), S. 85 (97 f.; 114 f.).

Betroffenheit eines Schutzgutes in abstrakt-genereller Hinsicht zu untersuchen. Erst danach kann die konkrete Eingriffshandlung auf ihre Intensität bzw. das betroffene Gut auf seinen Schutzzumfang geprüft werden. Letzteres spielt sich auf der Ebene einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung ab¹⁹¹. Leider veranschaulicht bereits ein kurzer Überblick über die begriffliche Vielfalt der zur Beschreibung des „verletzten Interesses“ verwendeten Termini, wie wenig von solch dogmatischen Erwägungen in der Rechtspraxis übrig bleibt: Privatsphäre, Eigensphäre¹⁹², Geheimsphäre, Geheimnis, Intimsphäre, Privatleben, Privatheit¹⁹³, Geheimbereich, Gensphäre¹⁹⁴, räumlich-gegenständlicher Privatbereich, Individualsphäre, Sozialsphäre¹⁹⁵ usw. sind nur ein Teil der im Rahmen des Indiskretionsschutzes gemeinhin anzutreffenden Bezeichnungen, die zudem oftmals ohne hinreichende Abgrenzung voneinander gebraucht werden und den unbefangenen Betrachter in ein heilloses Chaos begrifflicher Verwirrung zu stürzen geeignet sind. Die Verschiedenartigkeit der dahinter verborgenen Konzepte zur Bezeichnung und Abgrenzung eines abgestuften Schutzes gegen Indiskretionen in Sphären bzw. Persönlichkeitsbereichen tragen überdies nicht gerade zur Festigung eines allgemeinen Rechtsbewußtseins bei. Während etwa *Hubmann*¹⁹⁶ die Schutzkreise um die Person in Geheim-, Privat- und Individualsphäre gliedert, unterscheidet *Nipperdey*¹⁹⁷ zwischen der Geheimsphäre, die besonders Briefe und Aufzeichnungen betreffe, der Privatsphäre, die auch das Lebens- und Charakterbild umfasse, und einem Recht auf Achtung der persönlichen Gefühlswelt. *Jäggi*¹⁹⁸ entwickelt für das Schweizerische Recht eine Unterteilung in Geheim-, Privatbereich, privat-öffentlichen Bereich für das Auftreten in der Öffentlichkeit ohne Kundgabewillen sowie den Gemeinbereich als Öffentlichkeitssphäre im eigentlichen Sinn. *Wenzel*¹⁹⁹ wiederum unterscheidet bei der Betrachtung der natürlichen Lebensbereiche des Menschen neben dem Geheimbereich die Intimsphäre, die Privatsphäre und die Sozialsphäre, an die sich die Öffentlichkeitssphäre anschließe. Die Liste der „Sphären-“ oder „Bereichsschutzkonzepte“ ließe sich ohne weiteres fortsetzen, ohne daß darin ein Fortschritt zu erkennen wäre.

Allen verwendeten abstrakten Kategorien ist jedoch gemein, daß die jeweiligen Begriffe beim Betrachter gewisse Assoziationen erzeugen, wenn man den

¹⁹¹ Wie hier *Baston-Vogt*, S. 156 f.

¹⁹² Wiese, Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 101 (116 f.), benennt das Persönlichkeitsrecht an der Eigensphäre als „Auffangtatbestand“.

¹⁹³ *Rogall*, NSTZ 1983, 1 (4); *Gallas*, ZStW 75 (1963), 16 ff.

¹⁹⁴ Wiese, Genetische Analysen, S. 21 f.

¹⁹⁵ *Wenzel*, Rn. 5.54.

¹⁹⁶ *Hubmann*, Persönlichkeitsschutz, S. 268 f.; *ders.*, JZ 1957, 521.

¹⁹⁷ *Nipperdey*, Ufita 30 (1960), 1 (17).

¹⁹⁸ *Jäggi*, ZSR 79 II (1960), S. 133 (243).

¹⁹⁹ *Wenzel*, Rn. 5.32.

Umgang mit persönlichen Daten aus dem engeren persönlichen Bereich rechtlich zu werten sucht. Je nach Definition bzw. den Umständen des Einzelfalls wird man die Verwendung von Daten über die Gesundheit, die politische und religiöse Anschauung, die finanziellen Verhältnisse, den sozialen Status, die Herkunft usw. dem einen oder anderen Bereich zuordnen können. Bei genauerer Betrachtung stellt sich dann heraus, daß scheinbar identische Begriffe mitunter unterschiedliche Bedeutungen aufweisen können.

bb) Privatleben und Privatsphäre

Als datenschutzrechtlich höchst relevantes Beispiel seien an dieser Stelle die Begriffe „Privatsphäre“ und „Privatleben“ herausgegriffen, die in Rechtsprechung und Literatur - soweit ersichtlich - weitgehend synonym gebraucht werden²⁰⁰.

Das Schlagwort Privatsphäre löst - wie überhaupt die nach der Sphärenformel bezeichneten Schutzräume um die Persönlichkeit - als gegen Indiskretionen geschützter Rückzugsbereich beim Betrachter überwiegend räumliche Vorstellungen hervor²⁰¹. Wie bereits *Hubmann*²⁰² überzeugend darlegte, bezieht sich das Sphärenkonzept auf die Frage der Intensität des Schutzes, den ein Persönlichkeitsgut im Falle einer Beeinträchtigung durch Dritte zugunsten seines Trägers vermittelt, ohne daß die Sphäre als solche den typischen Charakter eines Rechtsguts besäße. Damit nimmt die Sphärentheorie zwar berechtigtermaßen ihren Platz bei der Ermittlung des Schutzniveaus im Rahmen einer einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung ein, für die dogmatische Abgrenzung des abstrakt-generellen Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bleibt sie jedoch, soweit es um die Beeinträchtigung von Persönlichkeitsgütern im engeren Sinne geht, ohne

²⁰⁰ Vgl. *Wenzel*, Rn. 5.29 (5.47 ff.); auch *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 320 (322 f.) m.w.N., unterliegt der begrifflichen Vermengung des Rechtsguts Privatleben und der Privatsphäre; als anschauliches Beispiel aus der Rechtsprechung mag BVerfG NJW 2000, 1021 (1022) dienen - das BVerfG differenziert hier zwischen einer „thematischen“, auf den Informationsinhalt bezogenen, und einer „räumlichen“ Komponente der im allgemeinen Persönlichkeitsrecht wurzelnden „Privatsphäre“. Vgl. andererseits auch Art. 8 Abs. 1 EMRK, der ein Recht der Person auf Achtung ihres „Privat- und Familienlebens“ (Herv. d. Verf.) normiert.

²⁰¹ Vgl. *Brossette*, S. 129; *Vogelgesang*, S. 66, 115; *Baston-Vogt*, S. 185; *Schmidt*, JZ 1974, 241 (243); *Rüpke*, S. 30; *Vogelgesang*, S. 168 f.

²⁰² *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 269 ff., stellt seine „drei Schutzkreise“ Individualsphäre, Privatsphäre und Geheimsphäre den einzelnen zum Recht auf Individualität zugehörigen Persönlichkeitsgütern gewissermaßen als „allgemeiner Teil des Individualitätsschutzes“ voran. Dabei betont er, aaO., S. 271, ausdrücklich, daß lediglich der Schutzzumfang der Güter nach der Zugehörigkeit zur jeweiligen Sphäre im Einzelfall variere. Die begriffliche Unterscheidung von Privatsphäre und Privatleben wird dabei jedoch nicht streng eingehalten.

Bedeutung²⁰³. Dieser Schluß ist freilich nicht zwingend. Durchaus könnte man zur Überzeugung gelangen, einem räumlich-gegenständlichen Bereich der Privatsphäre auch den Charakter eines *per se* geschützten rechtlichen Interesses bzw. Rechtsgutes beimessen zu wollen, z.B. als Recht an der Privatsphäre. Dagegen scheint jedoch jene grundsätzliche Auffassung von einem Schutzgut der Persönlichkeit zu streiten, die im Rahmen des Rechts auf Individualität nur solche Aspekte anzuerkennen vermag, die eine in irgend einer Weise objektiv vorhandene Erscheinungsweise der Persönlichkeit selbst darstellen²⁰⁴. Nun geht es aber bei der Frage eines bereichsmäßigen Schutzes der Privatsphäre primär nicht darum, welcher konkrete Aspekt der Person vor Eingriffen geschützt wird. Die Privatsphäre selbst als Rückzugsraum verkörpert keine besondere Seite, keine Eigenart der Persönlichkeit, sondern vereint eine ganze Reihe von Persönlichkeitsgütern des Rechts auf Individualität in einer ganz bestimmten Schutzrichtung: Aspekte wie das Erscheinungsbild, das gesprochene Wort, die private Lebensgestaltung usw. können durch „Einbrüche“ in die Privatsphäre in unterschiedlicher Weise²⁰⁵ betroffen sein, jeweils geht es aber einhellig um den Schutz vor unbefugter Kenntnisnahme und damit vor Indiskretion.

Betrachtet man weiter die gerade im Datenschutzrecht vielfältigen denkbaren Eingriffsformen, so wird offenkundig, daß das deliktische Unrecht oftmals bei wertender Betrachtung schwerpunktmäßig nicht aus der Beeinträchtigung eines abgrenzbaren Persönlichkeitsbereichs folgt, sondern aus der Negierung anerkannter gesellschaftlicher Verhaltenskonventionen. Dies wird am Beispiel der Eingriffshandlung der „Datenerhebung“ besonders anschaulich. Richtet ein Nachbar sein Teleobjektiv auf die Wohnung im Haus gegenüber, um Einblicke in das private Leben der Bewohner zu gewinnen, so liegt bereits in dem technisch über das normale Maß ermöglichten optischen „Eindringen“ in den räumlichen Rückzugsbereich der Betroffenen ein mißbilligenswerter Verstoß gegen gemeinhin anerkannte Verhaltensregeln. Dabei würde man ohne weiteres ein tatbestandliches Unrecht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB auch dann annehmen, wenn es zu der Gewinnung von persönlichen Daten, die das Privatleben der Beobachteten betreffen, gar nicht gekommen ist, etwa weil die

²⁰³ So zutreffend *Baston-Vogt*, S. 191 f.; unklar *Geis*, JZ 1991, 112 (117), der offenbar eine Prüfung bereits auf der Ebene der Schutzbereichsfeststellung befürwortet. Siehe aber auch unten C V 1 a).

²⁰⁴ Vgl. *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (98).

²⁰⁵ Typisch unrechte Informationseingriffe, die sich über das gesamte Feld der im Recht auf Individualität vereinten Persönlichkeitsgüter erstrecken können, kennzeichnen sich oftmals durch die Art und Weise ihrer Begehung: Heimlichkeit, Arglist oder Zwang kennzeichnen das Unrecht des Tuns; vgl. aber auch BGHZ 54, 188 (191 f.) - Telefonwerbung I -; s.a. BGH ZIP 1989, 1285 f. - Telefonwerbung II -; BGH NJW-RR 1990, 359 f. - Telefonwerbung III -.

Bewohner außer Haus sind oder die Beobachtung durch Vorhänge verhindert wird²⁰⁶.

Auf der anderen Seite beschreibt der seltener gebrauchte Begriff des „Privatlebens“²⁰⁷ für den Bereich des Informations- und Datenschutzrechts wesentlich deutlicher das rechtliche Interesse des Betroffenen an - bezogen auf den *Inhalt*²⁰⁸ - solchen Informationen, die die private Lebensgestaltung betreffen. Die potentiellen Eingriffshandlungen „Speichern“ bzw. „Festhalten“²⁰⁹ von Daten oder auch das „Übermitteln“ bzw. die „Weitergabe“ und „Veröffentlichung“ von Daten sind hierfür typisch. Ein Beispiel: Verbreitet jemand die ihm durch einen Dritten zugespielte Information über ehebrecherische Beziehungen eines anderen per E-Mail in dessen Freundes- und Bekanntenkreis oder macht er sie gar einer nicht überschaubaren Öffentlichkeit zugänglich, so unternimmt er selbst - nach der hier vertretenen Auffassung - keinen Eingriff in die „Privatsphäre“ als räumlich-gegenständlichen Rückzugsbereich des Betroffenen. Durch die Informationsveröffentlichung erscheint vielmehr zumindest das Persönlichkeitsgut Privatleben betroffen, das inhaltlich all jene Informationen umfaßt, die zu den persönlichen Lebensumständen zu rechnen sind²¹⁰. Anders liegt es gegebenenfalls bei dem Informanten, sofern dieser unter Mißachtung der Privatsphäre, durch heimliches Belauschen, Photographieren, heimliches oder arglistiges Eindringen in den häuslichen Bereich, Erschwindeln oder Erzwingen von Auskünften usw. Zugriff auf die betreffende Information genommen hat. In der bloßen Speicherung oder Übermittlung von Informationen, die aus einem rechtswidrigen Zugriff auf die Privatsphäre entstammen, liegt nicht notwendig ein abermaliger Eingriff in die Privatsphäre, auch wenn der vorige Eingriff durch diese Handlungen

²⁰⁶ Nach hier verteilter Auffassung schließt es sich nicht aus, daß z.B. ein Eindringen in die Privatsphäre als tatbestandliches Unrecht nach § 823 BGB zu begreifen ist, selbst wenn kein konkret benennbares Persönlichkeitsgut des Betroffenen verletzt worden ist. Im Ergebnis ähnlich *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (105 ff.); vgl. auch *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 65 (67). Ein weiteres Beispiel: Wenn jemand eine Wohnung mit Wanzen versieht, um vertrauliche Gespräche abzuhören, dieses Vorhaben jedoch fehlschlägt, weil die technischen Einrichtungen nicht funktionieren, so läßt sich auf seiten der Hausbewohner sicher keine Verletzung ihrer Rechte am gesprochenen Wort feststellen. Zu Informationserhebungen aus dem Privatleben ist es ebenfalls nicht gekommen. Das Unrecht folgt dann gleichwohl aus einem Verstoß gegen anerkannte Verhaltensnormen und liegt in dem unbefugten Eindringen in die Privatsphäre der Betroffenen. Vgl. auch *Druey*, S. 74.

²⁰⁷ So aber etwa Art. 8 Abs. 1 EMRK.

²⁰⁸ *Rogall*, NSTZ 1983, 1 (4 f.) spricht von „Privatheit im materiellen Sinn“ und möchte davon die inhaltsunabhängige „Privatheit im formellen Sinn“ unterscheiden, die er mit dem Selbstbestimmungsrecht als „ein Aspekt des Rechtsguts“ gleichsetzt; vgl. auch *Gallas*, ZStW 75 (1963), 16 ff.; wieder anders BVerfG NJW 2000, 1021 (1022).

²⁰⁹ Vgl. zur Terminologie einerseits § 3 Abs. 5 Nr. 1 BDSG 1990; andererseits z.B. *Forkel*, JZ 1997, 43 (44).

²¹⁰ Wenn daher *Wenzel*, aaO., ausführt, „zur Privatsphäre“ gehören „grundsätzlich alle Vorgänge und Lebensäußerungen des privaten Bereichs“, so ist dem zu entgehen, daß er damit an sich das Rechtsgut Privatleben beschreibt.

zugegebenermaßen perpetuiert worden sein mag²¹¹. Vielmehr wird man von neuem nach einem betroffenen Persönlichkeitsgut Ausschau halten müssen, um eine Verletzung zu konstatieren. Nicht jede Informationsweitergabe kommt nämlich hier als weitere Verletzungshandlung in Betracht²¹². Der Spitzel, der beim Durchstöbern der Wohnung eines anderen u.a. dessen Telefonnummer ausfindig macht, verletzt bei der Weitergabe dieser Nummer an einen Dritten nicht nochmals die Privatsphäre des Betroffenen, wenn die Telefonnummer dem Dritten ohne weiteres zugänglich war, etwa durch Nachschlagen im Telefonbuch²¹³.

Der Sphärenbegriff sollte daher in Abgrenzung zu den immanent geschützten Persönlichkeitsgütern in der Modellvorstellung einer situationsabhängig variablen räumlichen Dimension verhaftet bleiben und nicht mit den anderen zum Recht auf Individualität gehörenden Gütern vermengt werden. Kennzeichnend für einen isolierten Zugriff auf diesen räumlichen Rückzugsbereich²¹⁴ der Person ist ein bestimmtes Verhalten, dessen Charakteristik das Unrecht im Einzelfall nahe legt. Nach der hier vertretenen Auffassung fallen Verletzungshandlungen durch Eingriff in die Privatsphäre und in das Privatleben zwar oftmals zusammen, dies ist jedoch - wie aufgezeigt - nicht zwingend. Rechtswidrige Einbrüche in die Privatsphäre können ohne Folgen für das Rechtsgut Privatleben bleiben, andererseits kann das Privatleben des Betroffenen verletzt werden, ohne daß der Verletzer selbst die Privatsphäre tangiert hätte.

²¹¹ A.A. bei teilweise abweichender Terminologie *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 320 (322 f.).

²¹² Anders als beim personenbezogenen Informationszugriff („Datenerhebung“) lassen sich die sonstigen Möglichkeiten von Informationsverwendung nicht ohne weiteres durch die Art der Verletzungshandlung als Unrecht stigmatisieren. Allein die Datenerhebung tangiert den räumlich-gegenständlichen Privatbereich als Eingriffshandlung direkt. Da z.B. die Informationsweitergabe vonstatten geht, ohne daß es auch nur zu einer Berührung der Privatsphäre kommt, des weiteren sich typisches Verhaltensunrecht bei der bloßen Informationsweitergabe oft nicht feststellen lassen wird, wird eine Persönlichkeitsrechtsverletzung meist nur aus der inhaltsbezogenen Verletzung des Rechtsguts Privatleben oder dem Geheimnisschutz folgen. Eine generelle Rechtswidrigkeitsindikation im Sinne eines Verwertungsverbots analog dem Rechtsgedanken der „fruit of the poisonous tree“ erscheint m.E. als zu weitgehend; teilw. a.A. *Ehmann*, JuS 1997, 193 (200).

²¹³ Daß die Information der Privatsphäre entstammt, bedeutet nach der hier vertretenen Ansicht nicht notwendig, daß sie auch inhaltlich dem Persönlichkeitsgut Privatleben zuzuordnen ist, auch wenn dies zumeist der Fall sein wird. Bei einer jedermann zugänglichen Telefonnummer handelt es sich nicht per se um ein schutzwürdiges Datum aus dem privaten Leben; diese Information ist vielmehr der weniger empfindsamen Individualsphäre zuzuordnen und wird im konkreten Fall ersichtlich nicht vom Schutzbereich eines Persönlichkeitsguts gedeckt.

²¹⁴ Der Begriff des räumlichen Rückzugsbereichs ist extensiv auszulegen und erfaßt nicht bloß den häuslichen Bereich; vgl. den anschaulichen Fall BGH JZ 1997, 39 m. Anm. *Forkel*; dort auch zu den Schranken des Persönlichkeitsschutzes für Personen der Zeitgeschichte, §§ 22 f. KUG.

Die Prüfung einer „Verletzung der Privatsphäre“ sollte daher - verhaltensbezogen - lediglich im Rahmen der informationellen Zugriffshandlungen, scil. Datenerhebungen, erfolgen, währenddessen das Rechtsgut Privatleben - inhaltsbezogen - darüber hinaus auch vor dem sonstigen rechtsmißbräuchlichen Umgang mit persönlichen Daten, die die private Lebensgestaltung betreffen, zu schützen vermag. Des weiteren ergibt sich aus diesen Überlegungen, daß wegen des verhaltenstypischen Unrechtsschwerpunktes bei isolierten Anschlägen auf die „Privatsphäre“ - z.B. heimlicher, arglistiger Informationszugriff usw. - besser nicht von einem „Rechtsgut Privatsphäre“ bzw. einem „Recht an der Privatsphäre“ gesprochen werden sollte, sondern die tangierte Sphäre lediglich als Gradmesser zur Bestimmung der Schutzintensität bzw. der Eingriffsreichweite im Rahmen der Güterabwägung Bedeutung gewinnen sollte. Ausgangspunkt der tatbestandlichen Unrechtsprüfung in § 823 Abs. 1 BGB ist in diesem Fall die Eingriffshandlung²¹⁵.

bb) Geheimnis und Geheimsphäre

Eine parallele Betrachtung bietet sich für den Schutz des „Kernbereiches der Persönlichkeit“²¹⁶, des sog. „forum internum“ bzw. von einzelnen Geheimnissen an.

Die Geheimsphäre bzw. der Geheimbereich umfaßt jenen Bereich des menschlichen Lebens, der der Öffentlichkeit bei verständiger Würdigung nicht preisgegeben werden soll²¹⁷. Die Diskussion um Reichweite und Umfang des Geheimnisschutzes kann an dieser Stelle sicher nicht eingehend dargestellt werden. Insbesondere muß das weite Feld des gesetzlich normierten ebenso wie des vertraglich geregelten Geheimnisschutzes unberücksichtigt bleiben²¹⁸. Abseits davon wird man aber auch hier richtigerweise den bereichsspezifischen Schutz der Geheimsphäre von dem Schutz des einzelnen Geheimnisses zu unterscheiden haben²¹⁹.

Unter einem Geheimnis werden nicht offenkundige, nur einem beschränkten Personenkreis bekannte Gedanken, Meinungen, Empfindungen, Zustände,

²¹⁵ Aus ihr kann sich zunächst die Eröffnung des abstrakt-generellen Schutzbereichs ergeben. Im Rahmen der konkreten Güter- und Interessenabwägung wird man aber wohl eine normative Ableitung zum korrespondierenden Schutzinteresse finden müssen, um überhaupt einen Bewertungsfaktor zu gewinnen. Dazu näher unten C.

²¹⁶ Vgl. zur „Kernbereichsdogmatik“ *Geis*, JZ 1991, 112 (115 f.).

²¹⁷ *Wenzel*, Rn. 5.33.

²¹⁸ Vgl. *Ehmann*, JuS 1997, 193 (199); *Rogall*, NSTZ 1983, 1; *Gallas*, ZStW 75 (1963), 16 ff.; für das schweizerische Recht *Druey*, S. 16 ff.

²¹⁹ Grundlegend *Druey*, aaO; anders noch *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 325 ff., der - soweit ersichtlich - nicht zwischen Geheimnis und Geheimbereich differenziert.

Begebenheiten, Handlungen und sonstige Tatsachen - scil. Informationen²²⁰ - verstanden, die der einzelne in einem nach außen hin erkennbaren oder zumindest mutmaßlich gegebenen Geheimhaltungswillen verborgen hält und an denen er bei verständiger Würdigung ein objektiv anzuerkennendes Geheimhaltungsinteresse besitzt²²¹. Die Geheimsphäre markiert dagegen einen Raum bzw. einen sachlichen Bereich, der den Rechtsträger vor der Mehrung fremden Wissens über die diesen Bereich betreffenden Informationen schützen soll. Die Geheimsphäre negiert damit bereits den Vorgang des Informierens²²² und hat nicht den Zustand des Unbekanntseins zum Gegenstand, welcher letztlich entscheidend für die Beurteilung der Frage ist, ob ein Geheimnis noch ein Geheimnis ist oder nicht. Als methodische Konsequenz aus dieser Besonderheit bietet es sich an, - analog der Betrachtung zum Privatsphärenschutz - auch den Geheimsphärenschutz nach der Eingriffshandlung wegen des dort liegenden Unrechtsschwerpunktes zu konturieren, währenddessen sich der Schutz des Einzelgeheimnisses wohl überwiegend aus seiner inhaltlichen Qualifikation und dem dahinter stehenden Geheimhaltungsinteresse des Geheimnisherrn folgern läßt.

Man mag sich vor Augen halten, daß der die Geheimsphäre Verletzende regelmäßig den semantischen und pragmatischen Wert²²³ der erstrebten Information im Zeitpunkt der Eingriffshandlung noch gar nicht oder jedenfalls nicht vollständig abschätzen kann. Wer unbefugt einen Brief öffnet, ein Schlafzimmer mit einem Sender versieht oder persönliche Dateien auf der Festplatte eines paßwortgeschützten fremden Rechners über das Internet ausspioniert, begeht verhaltenstypisches Unrecht wegen des mit seinem Handeln verbundenen Einbruchs in den engsten Bereich persönlicher Diskretion. Deliktsrechtlich gesprochen: Die Frage nach einer Verletzung des § 823 Abs. 1 BGB bedarf hier gerade einer von der inhaltlichen Qualifikation der erstrebten Informationsgewinnung unabhängigen Antwort²²⁴. Ob Geheimnisse offenbart werden oder nicht, bleibt für den bereichsmäßigen Geheimsphärenschutz²²⁵ ohne Belang. Damit kann *Druey*²²⁶ jedoch insoweit nicht zugestimmt werden, als er dem „Recht an der Geheimsphäre“ über die

²²⁰ Vgl. *Rogall*, NStZ 1983, 1 (5).

²²¹ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 326; *Ehmann*, JuS 1997, 193 (199).

²²² So bereits *Druey*, S. 75, 78 f.; die praktische Konsequenz liegt u.a. darin, daß zur Behauptung einer Rechtsverletzung wegen der Verbreitung eines Geheimnisses die Offenlegung des Geheimnisses dem Inhalt nach gehört; anders bei einer Verletzung der Geheimsphäre.

²²³ Zur Terminologie vgl. *Druey*, S. 36 f. m.w.N.

²²⁴ In diese Richtung auch *Druey*, S. 74 f.

²²⁵ Diese eingriffsorientierte Schutzrichtung sollte besser nicht als „Recht an der Geheimsphäre“ im Sinne eines subjektiven Rechts bezeichnet werden. Der Geheimsphäre als solcher sollte auch nicht der Charakter eines Rechtsguts beigemessen werden; a.A. beispielsweise *Druey*, S. 84.

²²⁶ *Druey*, S. 73 ff.

Normierung von Handlungsverboten hinaus einen „Sachgebietsschutz“ zuweist. Soweit man den Umgang mit Geheimnissen, insbesondere deren Offenlegung und Weitergabe, auf die Verletzung des Persönlichkeitsrechts untersucht, wird man vielmehr nach betroffenen Rechts- bzw. Persönlichkeitsgütern Ausschau halten müssen. Nun folgt die Anbindung des Geheimnisschutzes - wie des Indiskretionsschutzes überhaupt - an das Recht auf Individualität vor allem aus der Überlegung, daß die originale Erscheinungsweise des einzelnen gegenüber seiner Umwelt unter anderem auch von dem Grad der Nichtinformation seiner Mitmenschen abhängt. Ausbildung von Individualität und Indiskretionsschutz stehen damit gewissermaßen im Verhältnis einer partiellen Interdependenz²²⁷. Damit ist jedoch noch nichts darüber ausgesagt, welche Persönlichkeitsgüter konkret bei der Weitergabe und Auswertung von Geheimnissen als möglicherweise verletzt in Betracht kommen können. Sicher wird man darüber streiten können, ob das Geheimnis selbst als geschütztes Rechtsgut in Betracht kommt, so wie es bisweilen vertreten wird²²⁸. Vor allem könnte man zweifeln, ob dem Geheimnis bzw. dem daran bestehenden Geheimhaltungsinteresse des Individuums ein sittlicher Wert zueigen ist, der eine Einordnung als Persönlichkeitsrecht rechtfertigt²²⁹. Schließlich käme eine Verteilung des Geheimnisschutzes auf andere Persönlichkeitsrechte. Manche Geheimnisse lassen sich beispielsweise inhaltlich dem Rechtsgut Privatleben zuordnen, welches ausschnittsweise²³⁰ als allgemeinerer Topos den Geheimnisschutz mit abdeckt. Enge Bezüge weist der Geheimnisschutz im Bereich der inneren Verfassung des Menschen etwa mit dem Recht am eigenen Charakterbild auf. Zumindest in der Summe wird man analytische Details über den geistigen und seelischen Zustand eines Menschen auch als natürliche Geheimnisse

²²⁷ Die negative Komponente individueller Erscheinungsweise, i.e. das - rechtlich gesicherte - bewußte „Nicht-in-Erscheinung-treten“ in bestimmten persönlichen Aspekten dient auch der Ausbildung von Individualität - nämlich unter dem Gesichtspunkt individueller Entscheidungsfreiheit - und schafft nicht bloß eine Kluft zwischen selbstdefinierter Erscheinung nach außen und Wirklichkeit. Die dieser Überlegung zugrunde liegenden psychologischen Gesetzmäßigkeiten werden auch im Volkszählungsurteil, BVerfG 65, 1 (42 f.) angedeutet; siehe auch *Rogall*, NStZ 1983, 1 (3 f.).

²²⁸ Z.B. *Ehmann*, JuS 1997, 193 (199): „Geheimnisse aus der Privatsphäre“.

²²⁹ Mit Recht weist *Druey*, S. 21 ff., darauf hin, daß zu Anfang einer persönlichkeitsrechtlichen Betrachtung zunächst eine Wertanalyse stehen muß. Persönlichkeitsrechte dienen der rechtlichen Sicherung von Werten, sie sind „Wertgarantien“. Im Ergebnis versagt *Druey*, S. 33 „der Geheimhaltung“ die Einstufung als Wert. Er verbleibt in dieser These jedoch nicht ganz stringent, wenn er in einem Atemzug die Existenz einer Geheimnisphäre als Garantie autonomer Entscheidungsfreiheit und Gleichheit auffaßt und die Geheimnisphäre an anderer Stelle als aus der Freiheit abgeleiteten Wert bezeichnet (*ders.*, S. 33, 57 f. et passim). Schließlich steht hinter dem Schutzgedanken der Geheimnisphäre nichts anderes als ein bereichsmäßig als schutzwürdig empfundenenes Geheimhaltungsinteresse.

²³⁰ Das Feld der denkbaren Geheimnisse geht in Teilen darüber hinaus, vgl. etwa das Berufs-, Amts-, Betriebs-, Geschäftsgeheimnis usw. Aus diese Grund erweist es sich auch als Fehlschluß, „die“ (!) Geheimnisphäre als enger gestrickte Teilmenge der Privatsphäre aufzufassen; so aber z.B. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 325; zur Loslösung des Geheimnisbegriffs vom Privatheitsschutz siehe auch *Rogall*, NStZ 1983, 1 (5).

verstehen, die regelmäßig - wenn überhaupt - nur einem beschränkten Personenkreis offenbar gemacht werden. Auch das vertraulich gesprochene Wort oder der vertrauliche Brief können Geheimnischarakter besitzen, was zu Überschneidungen mit dem Schutzbereich der diesbezüglich bekannten Persönlichkeitsrechte führt²³¹. Andererseits schneidet sich der Geheimnisschutz mit dem hier zu betrachtenden Individualdatenschutz: Nicht alles, was geheim ist, enthält auch personenbezogene Information²³². Da uns schutzwürdige Geheimnisse sonach in nahezu allen Lebenslagen begegnen, erscheint es aus Verständnisgründen zwar hilfreich zu versuchen, jeweils eine Zuordnung zu einem spezifischen Aspekt der menschlichen Persönlichkeit ausfindig zu machen. Jedoch wird es nicht gelingen, mit dieser Methode den Bereich des Schutzes von Einzelgeheimnissen abstrakt darstellbar einzufangen. Es scheint daher letztlich vorzugswürdig, das generelle Interesse des Einzelnen an der Nichtoffenbarung seiner, d.h. der ihn persönlich betreffenden, schutzwürdigen Geheimnisse als Bestandteil seines originalen Eigenwertes anzuerkennen. Dafür spricht vor allem, daß in der Respektierung von Geheimnissen auch die Achtung des persönlichen und sozialen Geltungsanspruchs der Person manifest wird. Es gehört zur Natur des Menschen, daß er Geheimnisse hat. Will das Recht die Menschennatur schützen, so muß es auch die Geheimnisse des Menschen schützen.

Damit können nach der hier vertretenen Auffassung persönliche Geheimnisse in einer rein formalen Betrachtung als Persönlichkeitsgüter aufgefaßt werden, ohne daß *a priori*, d.h. zur Schutzbereichsbestimmung, eine inhaltsbezogene Zuordnung zu einem bestimmten Persönlichkeitsaspekt vorgenommen zu werden brauchte. Die Inhaltsqualifikation und damit der konkrete Wert des von einer Indiskretion betroffenen Geheimnisses gewinnt dann spätestens im Rahmen der Prüfung der Schutzintensität Bedeutung, so vor allem, sofern zur Feststellung einer Tatbestandsverletzung eine Güterabwägung erforderlich wird²³³.

cc) Sonderstellung „sensitiver Daten“ ?

²³¹ Die Liste der Kreuzungen und Querungen ließe sich fortsetzen.

²³² Auch rein sachbezogene Information kann Geheimnischarakter besitzen. Man denke an Geschäftsgeheimnisse, insbesondere das Interesse an der Geheimhaltung von Neuentwicklungen im technischen Bereich, im Urheber- und Erfinderbereich. Der Geheimnisschutz entfernt sich in diesen Randbereichen vom Persönlichkeitsschutz im engeren Sinne und bekommt bisweilen einen rein materialen Gehalt. Zu eng daher *Druey*, S. 51 f; deutlicher *ders.*, S. 66 ff. (68).

²³³ Für den zum engsten Persönlichkeitsbereich rechnenden Geheimnisschutz - z.B. Geheimnisse des Intim- oder Privatlebens - wird dagegen unterstellt, daß eine nicht von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis gedeckte Eingriffshandlung (Erhebung, Speicherung, Weitergabe, Veröffentlichung usw.) bereits die Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB indiziert.

Bereits an früherer Stelle hat sich die vorliegende Arbeit dem Phänomen der sensitiven Daten zugewandt. Dabei wurde als erstes Ergebnis festgestellt, daß sich die inhaltliche Nähe eines personenbezogenen Datums zum engeren Lebens- und Interessenkreis des Betroffenen als taugliches Kriterium zur Bestimmung des Schutzbedürfnisses im Einzelfall darstellt, wobei jedoch stets im Wege einer Gesamtschau auch auf den konkreten Verarbeitungskontext zu achten ist. Allerdings wird man nicht so weit gehen dürfen, „den“ sensitiven Daten deswegen den Charakter eines Persönlichkeitsguts zuzuweisen. Bedenken bestehen in mehrerlei Hinsicht. Zwar könnte man womöglich noch darüber hinwegsehen, daß eine abstrakte und generelle Erfassung derjenigen Daten, die als in besonderem Maße persönlichkeitsempfindlich angesehen werden können, nur schwerlich möglich sein dürfte²³⁴. Vor allem aber spricht die kontextabhängige Variabilität des Schutzbedürfnisses gegen die Anerkennung eines rechtlich *per se* schutzwürdigen Interesse an „sensitiven Daten“. Da die Entscheidung zur Anerkennung eines Persönlichkeitsguts primär eine Wertentscheidung ist, kann sie hier nur negativ ausfallen. Das Interesse der Person an ihren Gesundheits- und Familiendaten, an Angaben zum sexuellen Leben oder den wirtschaftlichen Verhältnissen, an den eigenen genetischen Daten oder den Informationen über die politische Einstellung usw. verkörpert nicht bereits aus sich heraus einen stets und generell anzuerkennenden Wert der Persönlichkeit, der es erlauben würde, jeden Umgang mit solcherlei Information als Eingriff in den Schutzbereich eines Persönlichkeitsguts zu begreifen. Wenn diesbezüglich in der EG-Datenschutzrichtlinie sowie in der Novelle des BDSG höhere Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verarbeitung gestellt werden, so liegt dies wohl vor allem daran, daß der Umgang mit „sensiblen Daten“ ein abstrakt höheres Gefährdungspotential für die Interessen der Person in sich birgt.

Andererseits sollte man außerhalb des normierten Rechts bedenken, daß sich „sensitive Daten“ inhaltlich oft dem Rechtsgut Privatleben zuordnen lassen werden und im Einzelfall ein Schutz auch unter dem Aspekt des Geheimnisschutzes gegeben sein kann. Gerade zu letzterem scheint eine besondere Querverbindung in der Schutzintention zu bestehen. Der Topos des „sensitiven Datums“ paraphriert letztlich jenes gesteigerte Bedürfnis am Schutz vor Indiskretion, i.e. vor dysfunktionaler Informationsweitergabe, was auch dem Geheimnisschutz zugrunde liegt. Gesetzliche Sensitivitätslisten normieren somit positiv ein prinzipielles, objektiv anzuerkennendes und zumindest mutmaßlich

²³⁴ Zur sehr unterschiedlichen Ausgestaltung sog. „Sensitivitätslisten“ siehe die rechtsvergleichende Betrachtung von *Simitis*, FS Pedrazzini, S. 469 ff.

vorhandenes Geheimhaltungsinteresse im Sinne der Definition des schutzwürdigen persönlichen Geheimnisses²³⁵.

Darüber hinaus bestehen jedoch grundsätzliche Bedenken, bloße Einzelinformationen als „Persönlichkeitsgüter“ zuzulassen, da sich die in der gesellschaftlichen Umgebung äußernde Individualität der Person vornehmlich über die Zusammenführung von Daten zu „Bildern“ oder „Profilen“ der Persönlichkeit definiert²³⁶. Mit der Anerkennung des „sensitiven Datums“ als rechtlich geschütztes Interesse würde man jedoch selbst ein einzelnes Persönlichkeitsdetail zum schutzwürdigen Aspekt der Person erheben und damit einerseits den Kreis der deskriptiv ausgerichteten Persönlichkeitsgüter weit ausdehnen, andererseits die Grenzen zum gesetzlichen und in Rechtsfortbildung formierten Geheimnisschutz verwässern.

Sensitive Daten können nach der hier vertretenen Auffassung inhaltlich über das Schutzgut Privatleben oder in formaler Hinsicht als persönliches Geheimnis Schutz genießen. Auch vermag sich im Bereich der „Privat-“ oder „Geheimsphäre“ die Erhebung von „sensitiven“ Informationen im Einzelfall als verhaltenstypisches deliktisches Unrecht zu begreifen. Darüber hinaus nehmen die „sensitiven Daten“ jedoch keine abstrakte Position als eigenständige, deliktsrechtlich geschützte Rechtsgüter ein²³⁷.

e) Identitätsschutz und Datenverfälschung

Eine weiteres Schutzgut im Rahmen des Rechts auf Individualität gerät ins Blickfeld, wenn persönliche Daten mißbräuchlich verändert werden und damit der Betroffene gegenüber dem Datenempfänger in ein falsches Licht gesetzt wird. In Rechtsprechung und Literatur wird heute allgemein anerkannt²³⁸, daß sich niemand eine verfälschte Darstellung seiner Person gegenüber Dritten gefallen lassen muß. Dabei bleibt die Entscheidung über die Vorgehensweise allein dem Betroffenen vorbehalten, insbesondere da bereits scheinbar „neutrale Unwahrheiten“ zu Beeinträchtigungen persönlicher Interessen führen

²³⁵ Daraus folgt aber nicht, daß jedes „sensitive Datum“ ein Geheimnis darstellen würde. Oftmals wird es an dem nach außen erkennbaren konkreten Geheimhaltungswillen fehlen.

²³⁶ Rogall, NStZ 1983, 1 (4).

²³⁷ Im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts können die gesetzlich als sensitiv bezeichneten Daten jedoch ein gesteigertes Schutzbedürfnis des einzelnen anzeigen, was sich im Rahmen der Güterabwägung durch eine erhöhte Schutzintensität zugunsten des Betroffenen äußert.

²³⁸ So spätestens seit BVerfG NJW 1980, 1270 - Eppler - unter dem Terminus „Verletzung des sozialen Geltungsanspruchs“; vgl. aber noch OLG Stuttgart, AfP 76, 183 - Eppler -; teilweise anders bzw. einschränkend die terminologisch schlingernde ältere Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1954, 1404 - Leserbrief - („persönlichkeitsrechtliche Eigensphäre“); NJW 1958, 459 - Sherlock-Holmes - („Lebensbild“); BGH NJW 1965, 685 (686) - Soraya - („freie Selbstbestimmung“); BVerfG NJW 1973, 1221 - Soraya - („Privatsphäre“); siehe auch BGH NJW 1978, 1797 und BVerfG NJW 1980, 2072 - Böll -; BGH NJW 1995, 861; BGH NJW 1996, 983. *Deegenhart*, JuS 1992, 361 (365) führt den Begriff „Persönlichkeitsbild“ ins Feld.

können²³⁹. *Hubmann*²⁴⁰ hat den Schutz der Persönlichkeit vor Verfälschungen im Rahmen des Persönlichkeitsrechts unter dem rechtlichen Interesse des Schutzes der „Identität“ zusammengefaßt und dabei die zahlreichen Überschneidungen mit dem Ehrenschatz, dem Schutz des Privatlebens oder auch dem Namensrecht ausführlich dargelegt. Auf dem Hintergrund dieser Darstellung erscheint der Begriff der Identität in einem sehr vielfältigen Gewand. Er erstreckt sich über zahlreiche Aspekte der Persönlichkeit und vereint diese in ihrem Schutz gegen eine ganz bestimmte Eingriffshandlung: die Verfälschung²⁴¹. Das Charakteristikum des Unrechts liegt damit nicht in der Verletzung eines ganz bestimmten Schutzgutes der Person²⁴², kennzeichnend wirkt vielmehr auch hier ein typisches Handlungsunrecht, das aus unterschiedlichsten Richtungen auf die verschiedenen Facetten des menschlichen Lebens zugreifen kann. Nun mag es bei der Beurteilung der Intensität des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes auch hier von Bedeutung sein, welcher Aspekt der Persönlichkeit in welcher Weise und in welchem Umfang, etwa im Falle einer Veröffentlichung, verletzt worden ist. Die Frage nach der Unrechtsintensität nimmt aber in der vorliegenden Schutzbereichsbetrachtung beim Identitätsschutz nur eine nebensächliche Rolle ein, da bei dem Verfälschen der Persönlichkeit nach wohl einhelliger Meinung zunächst einmal von einer unrechtsindizierenden Tatbestandswirkung ausgegangen werden kann²⁴³.

²³⁹ Anschaulich *Wenzel*, Rn. 5.68 mit Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG.

²⁴⁰ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 271 ff.

²⁴¹ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 273; deutlicher *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (98f.); *Wenzel*, Rn. 5.63 ff. spricht vom „Schutz vor Unwahrheit“. Das korrespondierende rechtliche Interesse des Betroffenen dürfte sich als Interesse an der Achtung einer wahrheitsgemäßen Darstellung der Person in ihrer Gesamtheit bezeichnen lassen. Dahinter verbirgt sich ganz offenkundig der sittliche Wert der Wahrheit; hierzu ausführlich *Brossette*, aaO.

²⁴² *Forkel*, aaO, S. 93 (98 Fn. 29) weist zurecht darauf hin, daß die Identität bzw. die „Wahrheit der Person“ ein Anliegen der Person ist, dem es im Unterschied zu einigen anderen Schutzgütern wie Leben, Name, Bild, gesprochenem und geschriebenem Wort an Objektivität fehlt; anders offenbar *Wenzel*, Rn. 5.67 f., der in der verfälschenden Wiedergabe von personenbezogenen Tatsachen stets eine Verletzung des Lebensbildes des Betroffenen annimmt. Damit dürfte jedoch - insbesondere bei gefälschten Einzelinformationen - der Schutzbereich des Rechtsguts Lebensbild überstrapaziert werden; vgl. zum Begriff *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 302 ff. und unten III 1 a).

²⁴³ Dabei erscheint es selbstverständlich sinnvoll, ein im Einzelfall verfälschtes und als solches benennbares Persönlichkeitsgut herauszuarbeiten und die Persönlichkeitsrechtsverletzung für diesen Fall aus einer Schutzgutverletzung zu folgern, so etwa bei einer Verfälschung des Erscheinungsbildes durch Anfertigung und Veröffentlichung einer täuschend echten Fotomontage. Die Persönlichkeitsverletzung wegen Identitätsverfälschung umschreibt danach vor allem jene Persönlichkeitsbereiche, die - abseits der gesetzlichen Regelungen der §§ 823 Abs. 2 i.V. §§ 186 ff StGB bzw. des § 824 BGB - nicht von einem bestimmten bzw. benennbaren Schutzgut abgedeckt werden. Das BVerfG, NJW 1980, 2070 - Eppler -, schießt über das Ziel hinaus, wenn es den (selbst definierten) sozialen Geltungsanspruch des Einzelnen ohne Beschränkung auf den Bereich privater Lebensgestaltung, d.h. das Privatleben, zum Inhalt und Grund für den Schutz des verfassungsrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrecht erhebt - eine Übertragung dieser Figur auf das Zivilrecht erscheint weder notwendig noch sinnvoll, da hiergegen begrifflich ähnliche Bedenken wie gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht sprechen.

Soweit also durch eine Einwirkung auf den Inhalt im Rahmen der Datenverwendung die Person des Betroffenen verändert bzw. verfälscht wird, liegt bereits regelmäßig ein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vor.

f) Ehrenschutz und Kundgabe fremder Mißachtung durch Gebrauch persönlicher Daten

Als weiteres anerkanntes Segment des Individualitätsschutzes bildet auch der Ehrenschutz eine Schnittmenge mit datenschutzrechtlichen Fragestellungen insoweit, als Ehrverletzungen häufig unter mißbräuchlicher, rufschädigender oder gar verfälschender Verwendung persönlicher Daten des Betroffenen vonstatten gehen. Ähnlich wie im Rahmen des Identitätsschutzes liegt auch bei der Prüfung einer Ehrverletzung der deliktsrechtliche Anknüpfungspunkt in der schädigenden Handlung, ohne daß es darauf ankäme, ob nun beispielsweise der Körper, das Charakterbild, das Erscheinungsbild oder das Gefühlsleben einer Person betroffen sind. Als verhaltenstypisches Unrecht spricht man von einheitlich von einer Ehrverletzung. Mit Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, daß es ob dieser Umstände wenig dienlich wäre, gleichwohl unter Inkaufnahme einer Zersplitterung des Ehrenschatzes eine schutzgutorientierte Konstituierung des Persönlichkeitsschutzes vorzunehmen²⁴⁴. Dessen ungeachtet steht es dem Rechtsanwender selbstverständlich frei, den betroffenen Sektor menschlichen Lebens durch Weiterungen des Begriffs Ehre exakter zu fassen, etwa durch Begriffe wie „Geschäftsehre“, „Berufsehre“, „Urhebersehre“, „Erfinderehre“ oder „Geschlechtsehre“. Diese Ausformungen des Ehrbegriffs zeigen zunächst die Zielrichtung des Angriffs fremder Mißachtung auf. Sie können aber auch, soweit ihnen selbständige Anknüpfungspunkte für den Ehrenschatz immanent sind²⁴⁵, als gesondert ausgeformte Untergruppen des Rechts an der persönlichen Ehre betrachtet werden.

²⁴⁴ *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (99, 106). § 824 BGB, der persönlichkeitsrechtliche Komponenten aufweist und insoweit auch dem Schutz der Geschäftsehre dient, steht dem einheitlichen Ehrenschatz nach § 823 Abs. 1 BGB nicht entgegen, da die Norm in Anspruchskonkurrenz zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts steht; vgl. BGH NJW 1963, 1871 und RGRK-Dunz, § 823 Anh. I Rn. 45 m.w.N.

²⁴⁵ Nach *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (109 Rn. 67) trifft das auf die Urheber- und Erfinderehre wegen ihrer Schutzanbindung an das Werk bzw. die Erfindung zu. Ähnlich dürfte es für die Geschlechtsehre liegen, insbesondere aufgrund der spezialgesetzlichen Ausgestaltung in §§ 174 ff. StGB.

4. Das persönliche Datum als weitergehendes Schutzgut ?

Wenn sonach auf dem Boden einer an Schutzgütern ausgerichteten Betrachtungsweise festgestellt werden kann, daß der Datenschutz sich persönlichkeitsrechtlich als am ehesten zum Recht auf Individualität zugehörig erweist, so kann aus den bisherigen Feststellungen der Schluß gezogen werden, daß „der Datenschutz“ als zersplitterte Querschnittsmaterie mit den meisten der dort vorzufindenden Persönlichkeitsgütern nur gewisse Teilmengen bildet. Dies mag man als unbefriedigend empfinden. Daher soll letztlich noch untersucht werden, ob den im Datenschutz vereinigten Teilaspekten menschlicher Individualität nicht doch ein einheitlicher Schutz zuteil werden kann. Genauer müßte abschließend geprüft werden, ob nicht doch - trotz der bereits verschiedentlich aufgezeigten Bedenken hiergegen - persönliche Daten bereits aufgrund ihrer Natur als zivilrechtliche Schutzgüter, d.h. Persönlichkeitsgüter, angesehen werden könnten.

a) Individualdatenschutz und Trivialkommunikation

Analysiert man allerdings die vorgenannte Betrachtung zum Recht auf Individualität, so scheint *e contrario* der Schluß naheliegend, daß es zahlreiche Fälle geben muß, in denen der Umgang mit persönlichen Daten anderer keinerlei rechtlich²⁴⁶ schutzwürdiges Interesse des Betroffenen auslöst, mithin von vornherein kein Persönlichkeitsgut verletzt werden kann. Damit wird in erster Linie das weite Feld der sog. Trivialkommunikation angesprochen. In der datenschutzrechtlichen Literatur gehen die Meinungen auseinander, ob es einen prinzipiell erlaubnisfreien Umgang mit belanglosen Daten gibt oder nicht. Die Gegner dieser Annahme verweisen meist auf die vielzitierte Passage des Volkszählungsurteils, wonach es „unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein belangloses Datum“²⁴⁷ gebe²⁴⁸. Andere Stimmen betonen, daß ohne inhaltsbezogene Differenzierung im Schutzniveau eine Zuordnung datenschutzrechtlicher Interessen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht zu gelingen vermag²⁴⁹. Bereits im ersten Teil der Arbeit wurde die Streitfrage ausführlich diskutiert und dazu herausgearbeitet, daß der Inhalt personenbezogener Information als ein Kriterium zur Klärung eines Schutzbedürfnisses des Betroffenen im Einzelfall anzuerkennen ist. Nicht jedes Datum ist gleich schutzwürdig, wie im Umkehrschluß die Betrachtung der

²⁴⁶ Es ist gerade die Aufgabe der Rechtsfortbildung, aus dem Kreis denkbarer menschlicher Interessen diejenigen herauszuschälen, denen die Rechtsordnung Schutz gewährt.

²⁴⁷ BVerfGE 65, 1 (45).

²⁴⁸ Statt vieler *Simitis-Dammann*, BDSG, § 3 Rn. 8; vgl. allgemein *Simitis*, FS Pedrazzini, S. 469 ff.

²⁴⁹ *Vogelgesang*, S. 159 f.; *Rogall*, Informationseingriff, S. 44 ff.; vgl. auch *Kloepfer*, Gutachten, S. D 97.

sog. „sensitiven Daten“ zeigt. Ein Großteil der alltäglichen Kommunikation, die auch den Austausch persönlicher Daten beinhaltet, verläuft außerhalb jener schutzbedürftigen Rechtskreise, die das Persönlichkeitsrecht abzuschirmen sucht.

Hinzu kommt, daß die Frage nach der Bedeutung des Inhaltsbezugs vornehmlich im Kontext mit der Ausgestaltung des gesetzlich normierten Datenschutzes diskutiert wurde. Für den hier zu betrachtenden nicht gesetzlich geregelten Bereich, in dem ergänzend das allgemeine Persönlichkeitsrecht datenschutzrechtliche Interessen abdeckt, kann nun gar kein Zweifel bestehen, daß man um die Einführung einer Bagatellschwelle bei der Frage nach einer Verletzung nicht umhin kommt. Es leuchtet unmittelbar ein, daß der Klatsch der Nachbarn über den Gartenzaun oder die Stammtischdiskussion in der Dorfkneipe niemals wirklich unter dem Aspekt der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen datenschutzrechtlicher Interessen zu fassen sein wird²⁵⁰. Gleiches gilt etwa für den Fall des Schülers, der sich den Musikgeschmack seines Klassenkameraden notiert, um im Plattengeschäft ein passendes Geburtstagsgeschenk ausfindig zu machen usw. Auch die Tatsache, daß jemand sich womöglich ungerne fremder Neugierde ausgesetzt sieht, begründet für sich allein noch kein rechtliches Interesse an einer informationellen Totalabschottung²⁵¹. Selbst wenn jemand in seine EDV ein Verzeichnis privater Adressen von Bekannten einspeist, so liegt darin noch keine nennenswerte Beeinträchtigung deren Rechtssphäre. Soll das Persönlichkeitsrecht nicht zum Gemeinplatz für die gerichtliche Austragung von Lappalien verkommen, so kann dies nur erreicht werden, wenn man akzeptiert, daß das der Umgang mit personenbezogenen Daten vielleicht ein erstes Indiz, nicht aber ein regelmäßiger Indikator für das Vorliegen einer Verletzungshandlung darstellt.

Schwerer zu beantworten ist jedoch die Frage, wo im Einzelfall die Grenzlinien ohne weiteres erlaubter „Triviale Kommunikation“ verlaufen. Dabei erscheint es wegen der Vielfältigkeit des täglichen Lebens wenig aussichtsreich, eine positive Definition für den Umgang mit trivialen Daten abgeben zu wollen. Zur Klärung bieten sich vielmehr methodisch zwei Wege an²⁵². Zunächst gilt es, eine negative Abgrenzung zu den anerkannten Schutzgütern der Persönlichkeit vorzunehmen unter der Fragestellung, ob die im Streit stehende

²⁵⁰ Vgl. *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 324; *Helle*, NJW 1961, 1900.

²⁵¹ Anders offenbar *Bull*, NJW 1979, 1177 (1180).

²⁵² Als methodischer Anknüpfungspunkt wird bewußt auch hier eine Synthese von schutzgut- und eingriffsorientierter Betrachtungsweise zugrunde gelegt. Vgl. auch *Forkel*, FS Hubmann, S. 93, (96 ff., 105 ff.).

Informationshandlung eines dieser Güter berührt. Ist dies nicht der Fall - was, da es sich um eine negative Abgrenzung handelt, nur beurteilt werden kann, wenn die Schutzgüter hinreichend präzise beschrieben und eingegrenzt²⁵³ sind - so wäre in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob womöglich die Informationshandlung ihrer Art nach typischerweise rechtswidrig in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen eingreift. Bestehen auch hierfür keine Anhaltspunkte, so liegt ein Fall persönlichkeitsrechtlich unbeachtlicher bzw. belangloser Datenverwendung vor. Nach der hier vertretenen Ansicht deckt der Bereich der Trivialkommunikation damit all jenes Informations- und Kommunikationsverhalten ab, das den Umgang mit persönlichen Daten beinhaltet, ohne den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu tangieren.

b) Rückschluß aus der Struktur anerkannter Persönlichkeitsgüter im Recht auf Individualität

Ein weiteres bedeutsames Argument gegen die Anerkennung eines Schutzgutes „persönliches Datum“ ergibt sich aus einer Betrachtung anerkannter Persönlichkeitsrechte ihrer Struktur nach. Es wurde bereits erörtert, daß besonders die rein deskriptiven Persönlichkeitsgüter wie das Erscheinungsbild, das Lebensbild, das Charakterbild usw. typischerweise aus einer Verknüpfung persönlicher Information bestehen. Wenn aber nun anerkanntermaßen erst in der zusammenführenden Anhäufung personenbezogener Daten diese Persönlichkeitsgüter als verletzt angesehen werden können, so folgt daraus umgekehrt notwendig, daß das einzelne Datum nicht bereits selbst stets ein persönlichkeitsrechtliches Schutzinteresse auszulösen vermag. Des weiteren ergibt sich - bezogen auf den inhaltlichen Kontext von Daten - aus dem besonderen Schutzbedürfnis von Privatleben und persönlichen Geheimnissen, daß es andererseits auch solche persönlichen Daten gibt, die naturgemäß in der Öffentlichkeit gewonnen und weitergegeben werden. An diesen Daten besteht nicht bereits von vornherein ein rechtlich billigenswertes Schutzinteresse. Die Überlegungen zur verkehrsimmanenten Transparenz von Kennzeichen wie etwa dem Namen runden das Bild ab.

Es bleibt damit allein offen, ob der Katalog der bereits bekannten Persönlichkeitsgüter noch ergänzungsbedürftig und -fähig ist, z.B. durch die Annahme von weiteren „Persönlichkeits-“ oder „Datenprofilen“. Keineswegs

²⁵³ Dabei kommt neben der Abgrenzung des abstrakt-generellen Schutzbereichs in einem weiteren Schritt die Betrachtung der konkreten Eingriffshandlung unter dem Aspekt des sozialadäquaten Verhaltens in Betracht; näher unten D I.

steht der Weg in die umgekehrte Richtung offen: Die Anerkennung des persönlichen Datums als Schutzgut der Persönlichkeit²⁵⁴ würde die bisherigen Abgrenzungsbemühungen in der persönlichkeitsrechtlichen Literatur zunichte machen.

5. Zwischenergebnis

Es läßt sich festhalten, daß das persönlichkeitsrechtliche Interesse am Schutz persönlicher Daten die engsten Bezüge zum Recht auf Individualität aufweist, wobei das einzelne Datum als kleinstes Abbild der Persönlichkeit nicht *per se* ein Schutzbedürfnis auslöst. Insbesondere scheidet es als eigenständiges Schutzgut aus. Die Kernthese besteht darin, daß allein der Umgang mit den persönlichen Daten eines anderen nicht den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eröffnet. Erst wenn sich durch den Gegenstand oder die Umstände der Datenverwendung ein Persönlichkeitsgut als betroffen herausstellt oder die Informationshandlung gegen allgemeine Verhaltensnormen verstößt, kann der Tatbestand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf eine Verletzung, eventuell im Wege der Güterabwägung, überprüft werden. Innerhalb des Rechts auf Individualität überschneidet sich das datenschutzrechtliche Interesse mit zahlreichen bereits benannten Persönlichkeitsgütern. Die engsten Bezüge bestehen zu den deskriptiven Gütern des Lebens-, Charakter- und Erscheinungsbildes. Weniger stark werden das Recht am gesprochenen und geschriebenen Wort überlagert, da es an einer Gemeinsamkeit mit dem Datenschutz fehlt: Die persönlichen Daten sind kein aus der Persönlichkeit fließendes Substrat. Wegen seiner inhaltlichen Betroffenheit deckt auch das Schutzgut Privatleben einen Teilbereich des persönlichkeitsrechtlichen Datenschutzes ab. Weitere Überschneidungen können mit dem Schutz persönlicher Geheimnisse auftreten.

III. Dogmatische Schlußfolgerungen für den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB

Wenn somit auf dem Boden einer an Schutzgütern ausgerichteten Betrachtungsweise festgestellt wurde, daß „der Datenschutz“ sich persönlichkeitsrechtlich als am ehesten zum Recht auf Individualität zugehörig erweist, zugleich aber dort nicht vollständig verortet werden kann, so gilt es im folgenden zu klären, ob über die bereits benannten Schutzgüter hinaus weitere datenschutzrechtliche Interessen als Persönlichkeitsgüter anzuerkennen sind.

²⁵⁴ *Vogelgesang*, S. 39, bezeichnet das persönliche Datum als Persönlichkeitsgut; dagegen zutreffend *Rogall*, GA 1989, 319 (320).

Daneben stellt sich die Frage, ob die rechtlich schutzwürdigen Interessen im Deliktstatbestand damit hinreichend zu erfassen sind.

1. Das Problem der Zersplitterung datenschutzrechtlicher Interessen im Persönlichkeitsrecht

Die bisherige Betrachtung legt den Schluß nahe, daß datenschutzrechtliche Interessen weit über die ganze Bandbreite persönlichkeitsrechtlicher Güter und Interessen verteilt liegen. Dies macht die Frage nach der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung im Einzelfall naturgemäß um so schwieriger. Im besonderen tun sich Schutzlücken im herkömmlichen System einer an Schutzgütern ausgerichteten Persönlichkeitsbeschreibung dort auf, wo die Person durch die Zusammenführung von mehreren Daten in einer Hinsicht erfaßt wird, die noch nicht die Schwelle zur Verletzung eines der anerkannten deskriptiv ausgerichteten Schutzgüter erreicht hat, jedoch eine Interessenverletzung bei normativer Betrachtung gleichwohl anzunehmen ist. Da andererseits nach der hier vertretenen Auffassung in dem einzelnen Datum *per se* kein rechtlich schutzwürdiges Interesse erblickt werden kann, scheint es geradezu zwingend ein Bedürfnis zu geben, den Persönlichkeitsbeeinträchtigungen durch die Kombination von einer Vielzahl von Daten durch die Kreierung neuer Schutzgüter zu begegnen.

a) Die unklaren Grenzen des Persönlichkeitsguts Lebensbild

Gerade nämlich jene die Person in ihren Eigenheiten beschreibenden Güter wie etwa das Lebensbild oder auch das Charakterbild veranschaulichen bei einer auf den konkreten Fall bezogenen Betrachtung, wie schwierig es ist, die Frage nach einer Betroffenheit des Schutzgutes bzw. einer Verletzung zu beantworten. Reicht es für eine Verletzung des Lebensbildes aus, wenn Daten aus einem bestimmten Lebensbereich zusammengetragen bzw. verbreitet werden, etwa aus dem Arbeitsleben, dem Freizeitbereich, dem Familienleben oder der Tätigkeit im heimischen Sportverein? Nach verschiedentlich in der Literatur vertretener Ansicht²⁵⁵ wäre die Frage wohl danach zu beantworten, ob es sich bei den Informationen zumindest um einen „wesentlichen Ausschnitt“ bzw. um „das Lebensbild prägende Sachverhalte“²⁵⁶ aus dem Lebensablauf des Betroffenen handelt. Eine derart normative und zugleich recht grobe Abgrenzung vermag gewiß für den konventionellen Schutz des Lebensbildes im

²⁵⁵ Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 303; Ramelow, S. 31 ff.; MüKo-Schwerdtner, § 12 Rn. 181.

²⁵⁶ Baston-Vogt, S. 374.

Medien- und Presserecht, wo es seinen berechtigten Platz einnimmt²⁵⁷, praxistaugliche Ergebnisse zu liefern, für die mit der Technik der EDV einhergehenden Problemstellungen der heutigen Zeit bietet sie jedoch keinen hinreichenden Interessenschutz. Oftmals besteht ein offenkundiges Schutzbedürfnis des Betroffenen schon dann, wenn nur wenige Daten aus einem bestimmten Bereich oder aus unterschiedlichen Lebensbereichen zusammengeführt werden, ohne daß man dabei - bei aller Schwierigkeit einer Subsumtion - von einer Erfassung der Person in einem „wesentlichen Lebensausschnitt“ sprechen könnte. Einzelne Daten bzw. Einzeltatsachen oder Einzelvorfälle können über den Lebensbildschutz erst recht nicht erfaßt werden²⁵⁸.

Ein anderes Bedenken, das die Unzulänglichkeit des Lebensbildnisschutzes zur Abdeckung datenschutzrechtlicher Problemstellungen weiter vertieft, liegt in seiner auf die *öffentliche* Darstellung der Person ausgelegten Schutzrichtung. Daraus wird bisweilen gefolgert, daß das Lebensbild nicht allgemein der Gewährleistung von Diskretion, sondern der Wahrung von Anonymität im allgemein zugänglichen öffentlichen Leben bzw. vor einer Verbreitung an eine breitere Öffentlichkeit, mithin einen individuell noch unbestimmten und unbestimmbaren Personenkreis, diene²⁵⁹. Damit fallen jedoch gerade die typischen datenschutzrelevanten Verhaltensweisen wie die eigenmächtige, heimliche oder arglistige Datenerhebung, das Speichern und Übermitteln von einzelnen Daten bzw. von Datengruppen an einen konkreten Empfänger usw. weitgehend aus dem Lebensbildschutz heraus. Gerade angesichts des Umstandes, daß auch im herkömmlichen Schutzsegment noch erhebliche Unklarheiten über die Reichweite des Lebensbildes bestehen²⁶⁰, erscheint es im übrigen wenig sinnvoll, den sachlichen Schutzzumfang dieses Persönlichkeitsguts noch weiter - über den natürlichen Wortsinn - auszubauen. Ein unkenntliches Persönlichkeitsgut bringt keinen Gewinn²⁶¹.

²⁵⁷ Vgl. *Wenzel*, Rn. 5.19. m.w.N. Im Presserecht kommt dem Lebensbild besonders die Funktion zu, die urheberrechtliche Schutzlücke der Darstellung „des gelebten Lebens einer Person“ zu schließen, vgl. *Fromm/Nordemann*, § 24 Rn. 1, vor § 12 Rn. 6 ff.

²⁵⁸ Vgl. BGH NJW 1962, 152; *Ramelow*, S. 31.

²⁵⁹ *Baston-Vogt*, S. 374 f.; vgl. OLG Celle, AfP 1989, 575; *Neumann-Duesberg*, JurJb 7 (1966/67), 138 ff.; teilw. a.A. *Ramelow*, S. 63, 66 f.; *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (103 f.).

²⁶⁰ Vgl. zur Problematik des Verfälschungsschutzes einerseits *Baston-Vogt*, S. 374, 441 ff.; andererseits *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 (104); *Ramelow*, S. 61 (69 ff.); siehe auch die vom öffentlichen Recht her entwickelte und nicht ganz geklärte Figur eines „selbst definierten sozialen Geltungsanspruchs“ - BVerfGE 54, 148 (155 f.) - Eppler -, die bisweilen dem Lebensbildnisschutz zugeordnet wird; vgl. *Baston-Vogt*, S. 375 ff.

²⁶¹ Parallel verläuft der durch das Persönlichkeitsgut „Charakterbild“ aufgezeigte Schutzhorizont. So man im Charakterbild überhaupt ein selbständiges Gut erkennt - dafür *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 306 ff.; kritisch *Ramelow*, S. 30 f. -, schützt dieses Persönlichkeitsgut sachlich vor der Erstellung und Verbreitung von Analysen über den Charakter, z.B. durch psychologische Untersuchungen, graphologische Gutachten und sonstige psychoanalytische Tests. Der Begriff „Charakter“ dient jedoch wiederum als Sammelbezeichnung und Inbegriff für die Summe der inneren Eigenschaften, Haltungen und

Es drängt sich damit die Frage auf, ob die Schutzgüter der Persönlichkeit vor dem Phänomen Datenschutz kapitulieren müssen. Ganz offenbar jedenfalls scheint der Datenschutz im Bereich der deskriptiven Persönlichkeitserfassung zumindest nach neuen rechtlichen Kategorien zu verlangen.

b) Das Persönlichkeitsprofil als weiteres Persönlichkeitsgut im Rahmen des Rechts auf Individualität?

Lange Zeit versuchte ein Teil der persönlichkeitsrechtlichen Literatur²⁶² denn auch in Fortentwicklung der bekannten Rechte am eigenen Erscheinungsbild, Lebens- bzw. Charakterbild weitere „Bilder“ bzw. „Profile“ der Persönlichkeit zu entwerfen und sie in die Reihe der Persönlichkeitsgüter einzufügen.

Dahinter steht ein angesichts der oben aufgezeigten Schwierigkeiten ebenso folgerichtiges wie auch in der Sache nachvollziehbares Bemühen. Wie sich bereits aus einer Betrachtung datenschutzrechtlicher Interessen im Rahmen des Rechts auf Individualität herausstellte, nimmt die Gefährdung für die originelle Eigenart der Person in dem Maße zu, wie andere Daten über sie zusammentragen und miteinander verknüpfen. Das BVerfG erkannte bereits im Mikrozensus-Beschluß²⁶³, daß es mit der Menschenwürde unvereinbar wäre, den Menschen - staatlicherseits - in seiner Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren. Persönliche Daten als deskriptive Persönlichkeitsdetails eignen sich hervorragend, den Menschen in all seinen individuellen Aspekten zu beschreiben und zu charakterisieren. Es ist daher nach verbreiteter Auffassung eine zentrale Aufgabe des Datenschutzes, den einzelnen vor einer totalen oder

Neigungen der Person und steht damit als Oberbegriff für eine im Einzelfall sehr unterschiedliche und vielfältige innere Struktur des Menschen. Persönlichkeitsrechtsverletzungen erscheinen in diesem Feld oftmals weit unterhalb des Schulbeispiels der gezielten psychologischen Ausforschung zum Zwecke der Charaktererfassung gegeben. So wird man sicher bezweifeln können, daß die im Rahmen eines „Assessment-Centers“ gewonnenen Erkenntnisse über soziale Verhaltensmuster und Eigenschaften des Stellenbewerbers der unumschränkten Verfügungsmacht des Arbeitgebers unterliegen. Die Speicherung solcher Daten und womöglich gar deren Verbreitung an Dritte können eine erhebliche Gefahr für den einzelnen darstellen, wenn sie auffällige Verhaltensmuster oder negative Eigenschaften dokumentieren. Gleichwohl wird man schwerlich behaupten können, derart auf natürliche, sozialtypische Weise etwa in Rollenspielen gewonnene Informationen stellten bereits eine unzulässige Erfassung des Charakterbildes einer Person dar.

²⁶² Vgl. die Nachweise bei *Steinmüller* und *Mitarbeiter*, Gutachten, S. 97; *Bull*, ÖVD 1979, Heft 11, 3 ff. (6); *Denninger*, KJ 1985, 215 (227); vgl. auch *Ehmann*, RDV 1988, 169 (178); *Seidel*, S. 20 ff.; *Zöllner*, Daten- und Informationsschutz, S. 9; kritisch *Larenz/Canaris*, § 80 II 5 a ff.

²⁶³ BVerfGE 27,1 (6); ebenso BVerfGE 45, 187 (228); 50, 205 (215); 54, 148 (153); 63, 131 (142 f.).

auch nur partiellen Erfassung der Persönlichkeit in sog. „Persönlichkeits(teil)abbildern“ bzw. „Persönlichkeitsprofilen“ zu bewahren. Das Hauptproblem in einer an verschiedenen „Teilabbildern“ oder „Profilen“ orientierten Betrachtungsweise liegt darin, daß man bereits quantitativ die Zahl der denkbaren Profilstrukturen als nahezu ebenso unerschöpflich ansehen muß wie die Fülle der Persönlichkeitsdetails überhaupt. So nimmt es zwar einerseits nicht wunder, daß der Topos des „Persönlichkeitsprofils“ immer wieder an denselben thematischen Brennpunkten diskutiert wird - so im Bereich des Gesundheits- bzw. Gendatenschutzes²⁶⁴ oder des Arbeitnehmerdatenschutzes²⁶⁵. Andererseits wird die Diskussion aber stark verengt am Einzelfall geführt und offenkundig nicht recht bedacht, daß man den *pars pro toto* einer Idee vor Augen hat, die an unüberwindbaren strukturellen Insuffizienzen leidet und jedenfalls die Problematik in ihre ganzen Bandbreite nicht zu erfassen vermag²⁶⁶. Genaugenommen bietet die Persönlichkeit ebenso viele Ansätze für Datenprofile wie sie individuelle Erscheinungsweisen bzw. Lebensbereiche und Verhaltensweisen aufzubieten vermag, mehr noch, Profilbildungen sind ja gerade auch dann besonders persönlichkeitsgefährdend, wenn sie Daten aus unterschiedlichen Lebensbereichen bzw. - soziologisch betrachtet - unterschiedlichen „Rollen“ zum Gegenstand haben. An ganz konkreten einzelnen Verhaltensweisen und -mustern orientierte Persönlichkeitsprofile²⁶⁷ verdeutlichen vollends die Komplexität der Materie und gleichzeitig die Unmöglichkeit einer abstrakten Beschreibung dessen, was letztlich ein Persönlichkeitsprofil ausmacht.

Es wird sich dem Phänomen der sog. Persönlichkeitsprofile wohl nur nähern können, wer sich klarmacht, daß der Auslöser normativer Schutzüberlegungen meist eine mit dem gesellschaftlichen Verständnis von Menschenwürde und

²⁶⁴ *Däubler*, Gläserne Belegschaften, Rn. 161 f.; vgl. auch *Wiese*, Genetische Analysen, S. 19 ff (21 f.); *Deutsch*, AcP 192 (1992), 161 (169 f.; 179 f.), der gar die Annahme eines „Patientenpersönlichkeitsrechts“ in Erwägung zieht.

²⁶⁵ Vgl. *Däubler*, Gläserne Belegschaften, Rn. 160, 173 ff.

²⁶⁶ Siehe *Denninger*, KJ 1985, 215 (226 f.), zum „Persönlichkeitsprofil“ im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

²⁶⁷ Vgl. dazu die aktuelle Diskussion um die Erstellung sog. „Benutzerprofile“ im Bereich Internet, Telefonie und E-Commerce; vgl. F.A.Z. vom 02.09.1999, S. 14 zur Veröffentlichung von Bestell-Listen durch den Internet-Buchhändler Amazon.com; ferner F.A.Z. vom 26.8.1999, S. 6. Auch im Bereich des Marketings und der Konsumforschung gewinnen Verhaltensprofile enorme wirtschaftliche Bedeutung: Eine im August 1999 verteilte Haushaltsbefragung der Claritas Deutschland Data + Services GmbH Neu-Isenburg verlangt dem Haushaltsvorsteher die freiwillige (!) Beantwortung von nicht weniger als 134 Fragen (mit mehreren Hundert Entscheidungsvarianten) aus allen wesentlichen Lebensbereichen - Freizeit- und Einkaufsgewohnheiten, Verdienst, Versicherungsverhältnisse, Bankkontakte, Spendenbereitschaft usw. -, jeweils unter Angabe von Name, Anschrift und Telefondaten ab. Als „Vorteil und kleines Dankeschön für Sie persönlich“ preist es die Gesellschaft dabei an, daß der vertrauensselige Verbraucher „von Zeit zu Zeit Informationen, Muster und Angebote zu Produkten und Dienstleistungen, die Ihren Interessen entsprechen“ erhält und garniert die Verlockung zum Datenexhibitionismus dazu noch mit einem Preisausschreiben ... O tempora, o mores !

Achtung der Person nicht zu vereinbarende, als bloßstellend, verletzend oder gar anstößig empfundene Verhaltensweise des Profilerstellers bzw. Datennutzers ist. Das Verhaltensunrecht der Profilbildung kann stets darin erblickt werden, daß der Ersteller den Betroffenen mittels persönlicher Daten in einer Weise erfaßt, die die Grenzen gegenseitigen Informationsaustausches und natürlicher Neugierde überschreitet, die über das im sozialen Alltag gewöhnliche Maß hinaus Rückschlüsse über den Betroffenen zuläßt und die den Betroffenen - gerade unter Zuhilfenahme der EDV - als jederzeit und allorten verfügbaren, verbreitbaren und auswertbaren Informationsgegenstand verobjektiviert.

Damit nimmt aber das Persönlichkeitsprofil selbst - als bloßes Produkt der Häufung spezifischer Daten - keine Stellung als rechtliches Interesse ein, vielmehr definiert sich das Unrecht hier zunächst primär über eine - unabhängig von dem betroffenen Lebensbereich der Informationserfassung - typischerweise als sozialwidrig empfundene Verhaltensweise. Damit ist nicht gesagt, daß die Zielrichtung der Profilerstellung persönlichkeitsrechtlich irrelevant wäre. Es macht sehr wohl einen großen Unterschied, ob das Datenprofil den Betroffenen in seiner Genstruktur, seinem Intimleben, seinen Leistungsdaten als Arbeitnehmer erfaßt, oder aber seine Telefonbenutzungsdaten, seinen Eßgewohnheiten bzw. seine Ballkontakte in einem Fußballspiel davon umfaßt sind. Der Tatbestand reduziert sich jedoch nicht allein auf das datengegenständliche Interesse. Zu beachten ist, daß die - zusätzliche - Betroffenheit konkret benennbarer Persönlichkeitsgüter wie etwa dem Privatleben die Verletzungshandlung noch deutlicher hervortreten läßt, umgekehrt aus der Nichtbetroffenheit eines anerkannten Gutes jedoch nicht hinreichend geschlossen werden kann, es liege mit Sicherheit keine Persönlichkeitsverletzung vor. Es erscheint vielmehr interessengerecht, auch in diesem Bereich²⁶⁸ des Persönlichkeitsschutzes den Schutzbereich zunächst über die Einhaltung anerkannter Verhaltensnormen zu definieren²⁶⁹

An dieser Stelle mag es bei der Feststellung sein Bewenden haben, daß „das“ Persönlichkeitsprofil kein spezifisches Persönlichkeitsgut darstellt, sondern einen Sammelbegriff für strukturierte Datenhäufungen über eine Person abgibt, an deren Inhalt mehr oder minder stark persönliche Interessen des Betroffenen wie auch des Verwenders anknüpfen. Eine abstrakte, schutzgutorientierte Tatbestandsbeschreibung kommt insofern nicht in Betracht. Vielmehr folgt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Einzelfall vor allem aus einer verhaltenstypisch rechtswidrigen Datenverknüpfung, wobei wiederum Art,

²⁶⁸ Konstruktive Ähnlichkeiten bestehen zum Ehren- bzw. zum Identitätsschutz oder dem Schutz der Privat- und Geheimsphäre vor Informationszugriffen, siehe dazu bereits oben.

²⁶⁹ Zu einigen weiteren Differenzierungskriterien siehe unten C.

Herkunft, Inhalt der Daten, Zugriffsweise und Verwendungszweck usw. mögliche Kriterien für eine Unrechtsbewertung darstellen können.

2. Zwischenergebnis und Hypothese

Die im Rahmen der bisherigen Untersuchung aufgezeigte Zersplitterung solcher Interessen, die man gemeinhin als von „datenschutzrechtlicher“ Natur ansieht, belegt, daß eine allein an Schutzgütern der Persönlichkeit ausgerichtete Betrachtung des Datenschutzes keinen Erfolg verspricht. Ein einheitliches „Persönlichkeitsrecht an den eigenen Daten“ auf der Grundlage eines eigenständigen, hinreichend konkretisierten und werthaltigen Persönlichkeitsinteresses kann somit nicht angenommen werden. Das Phänomen des Datenschutzes als sich entwickelndes Technikfolgenrecht läßt sich, so darf vermutet werden, für den Bereich des zivilen Deliktsrecht - wenn überhaupt -, so vielleicht am ehesten noch aus einer Betrachtung der typischen Eingriffsweisen erfassen²⁷⁰.

²⁷⁰ Die Entstehung des Problemkomplexes Datenschutz hängt sehr eng mit dieser Sichtweise zusammen: Es trägt die Annahme, „datenschutzrechtliche Interessen“ seien mit dem Aufkommen der EDV im gesellschaftlichen Bewußtsein erst „erkannt“ worden. Erkannt bzw. im Bewußtsein existent wurden vielmehr nach und nach eine Vielzahl von möglichen Verhaltensweisen, scil. Datenverarbeitungsmaßnahmen, die man aus den unterschiedlichsten Gründen heraus, scil. aus den verschiedensten Gefährdungsbefürchtungen für die Integrität der Persönlichkeit heraus, als zunächst sozial und sodann rechtlich mißbilligenswert empfand. Vor diesem Hintergrund verwundert nicht, daß das geschriebene Datenschutzrecht durchweg Verhaltenspflichten normiert und nur unvollkommen bzw. lückenhaft die betroffenen Schutzgüter benennt. Vgl. dazu nur § 1 Abs. 1 BDSG in den jeweiligen Fassungen 1977 („schutzwürdige Belange“), 1990 bzw. Regierungsentwurf 2000 („Persönlichkeitsrecht“).

C. Perspektivenwechsel - die eingriffsorientierte Betrachtungsweise zur deliktsrechtlichen Erfassung des Datenschutzes

„Im Persönlichkeitsrecht wird der Mensch nicht als Materie, sondern als Idee genommen“, beschreibt *Becker*²⁷¹ in seiner Betrachtung zum Recht der unerlaubten Handlung einen zentralen Ausgangspunkt für die spannungsgeladene Auseinandersetzung mit dem traditionellen rechtsgüterorientierten Schutzkonzept des § 823 Abs. 1 BGB. Bereits oben wurde die Problematik des Schutzes ideeller Güter unter dem Blickwinkel der Vergegenständlichung und der sozialtypischen Erkennbarkeit erörtert und dazu herausgearbeitet, daß ersteres nicht erforderlich und letzteres allenfalls hilfreich für die Tatbestandsfassung sein kann.

Die Auflösung dieses unbefriedigenden Zustandes weckt zunächst Unbehagen und wetzt Scharfen am traditionellen Konzept: Der Schutz einer in ihrer Gesamtheit erkannten Idee läßt sich auch in der Weise vornehmen, daß man die als verletzend empfundenen Handlungsweisen herauspräpariert und wennmöglich typisiert. Die Erkenntnis dahinter liegt für den Bereich des Persönlichkeitsschutzes irgendwo zwischen den Polen der Unerschöpflichkeit menschlicher Interessen einerseits und der Notwendigkeit eines trotz erkannter oder vermuteter Unzulänglichkeiten möglichst umfassenden Schutzinstrumentariums. Der Mut zur Überwindung dogmatischer Hemmnisse, den diese Sichtweise abverlangt, tritt klar hervor.

I. Zulässigkeit der Schutzbereichskonturierung über den Eingriffsaspekt

Die Prämisse der Hypothese greift damit an die Wurzel des Begriffs des sonstigen Rechts. Nur wenn ein derart beschriebenes Persönlichkeitsrecht noch als subjektives absolutes Recht zu begreifen wäre, fügte es sich dogmatisch problemlos ins Konzept. Im Schrifttum wird die Zulässigkeit einer am Handlungsunrecht ausgerichteten Betrachtung des Persönlichkeitsrechts trotz erheblicher Unterschiede im Detail dem Grunde nach heute überwiegend bejaht, wobei jedoch mögliche Auswirkungen auf die dogmatische Klassifizierung des so beschriebenen Rechts zumeist gar nicht erst erörtert werden²⁷². Letzteres erscheint um so verwunderlicher, als die Herausbildung von Konkretisierungen des *ne alterum laedere* - abseits der Feststellung einer

²⁷¹ *Becker*, S. 353.

²⁷² Vgl. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 76 I 1, II einerseits und *dies.*, aaO, § 80 II, III 3 andererseits; *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 ff.; *Ehmann*, JuS 1997, 193 ff.; *Erman-Schiemann*, § 823 Rn. 6 spricht von einem „Mittelbereich“ im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB, auf den das Modell des Erfolgsunrechts nicht passe; s.a. *Fikentscher*, Rn. 1047 f.; zur Problematik des subjektiven Rechts *Schlechtriem*, DRiZ 1975, 65 (69); grundlegend zum Streit um die Lehre von Handlungs- und Erfolgsunrecht *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 (1989 ff.).

Rechtsgutsverletzung - über die Herausbildung von Verhaltenspflichten bzw. spiegelbildlich über die Typisierung von Eingriffsweisen als augenscheinlicher Verstoß gegen die legislative Fassung der Norm angesehen werden könnte²⁷³. Nur wenige Autoren haben aus einer Analyse der beiden Deliktstatbestände des § 823 BGB den umgekehrten Schluß gezogen, daß der in Abs. 1 normierte Rechtsgüterschutz sich lediglich als Sonderfall der in Abs. 2 normierten Verhaltenspostulate darstelle und hieraus eine strikte Anbindung der in Abs. 1 genannten Güter an bestimmte, *in concreto* herauszuarbeitende Verhaltenspflichten erfolgen müsse²⁷⁴. In diesem Sinne hat insbesondere *Rödig*²⁷⁵ die sehr weitgehende Ansicht vertreten, die Frage nach der Anerkennung der Persönlichkeit als Rechtsgut oder subjektives Recht bleibe im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB ohne jeden Belang, da eine Unrechtstypisierung ohnehin nur im Wege der Herausbildung bestimmter Verhaltensnormen geschehen könne. Aber auch in abgeschwächter Form begegnet die These von der verhaltenstypisierten Betrachtung heute verstärkt. *Fikentscher*²⁷⁶ etwa stuft die subjektiven Rechte des § 823 Abs. 1 BGB zu formulierten Eingriffsobjekten herab, die funktional der besseren Kenntlichmachung des Regelfalls einer Eingriffshandlung dienen, ansonsten jedoch keinen Selbstzweck verfolgten. Mit der Erkenntnis ihres funktionalen Charakters würden die subjektiven Rechte insbesondere ihrer „Höherwertigkeit“ gegenüber den Schutzgesetzgütern entkleidet. Gerade die Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fordere im übrigen erhebliche Abstriche von der „Absolutheit“ eines subjektiven Rechts ein. Als in ein Rahmenrecht gefaßtes Bündel von Verhaltensnormen fehle es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht insbesondere an der sonst typischen Rechtswidrigkeitsindikation einer Tatbestandsverletzung.²⁷⁷

Die Kritik am historisch tradierten, allein an Rechtsgüterschutz und Erfolgsunrecht ausgerichteten Schutzkonzept verdient grundsätzliche Zustimmung, auch wenn sie in Teilen über das Ziel hinausgeht²⁷⁸. In der Rechtsprechung hat sich längst auch an anderer Stelle - abseits des Persönlichkeitsrechtsschutzes - die Erkenntnis durchgesetzt, daß die Normierung von Verhaltensgeboten und -verboten bisweilen unabdingbar

²⁷³ Vgl. *Brügge*, AcP 191 (1991), 33 (50).

²⁷⁴ *Rödig*, S. 48 ff. (67); ähnlich *Brügge*, Deliktsrecht, S. 96 ff.

²⁷⁵ *Rödig*, S. 67.

²⁷⁶ *Fikentscher*, Rn. 1049 a.E.

²⁷⁷ *Fikentscher*, aaO, begrüßt andererseits ausdrücklich die sich ergebende Flexibilität dieses Ansatzes.

²⁷⁸ So trifft es nicht zu, wenn *Rödig* behauptet, den konkretisierten Gütern der Persönlichkeit käme überhaupt keine Bedeutung zu. Diese Annahme erweist sich bereits deshalb als unzutreffend, da sich hinter der Ausbildung von Rechtsgütern eine Wertentscheidung verbirgt, die den Rechtsadressaten zur Achtung verpflichtet. Ein erkannter Wert vermag die Benennung von Verhaltensnormen nun erleichtern, überflüssig wird er hierdurch sicher nicht.

erscheint, sei es zur Begründung, sei es zur Begrenzung deliktischen Unrechts²⁷⁹. Hilfreich erscheint im Rahmen der dogmatischen Auseinandersetzung vor allem die verallgemeinerungsfähige Feststellung, daß auch die benannten Rechte und Lebensgüter nicht qua ihrer Existenz das Unrecht eines potentiellen Eingriffs zu indizieren vermögen, sondern allein die aus einer Gesamtschau von Handlung und Erfolg sich ergebende Verhaltensnorm dazu taugt²⁸⁰. Namentlich beim Eigentumsrecht kommt es oftmals auf die konkrete Art und Weise der Einwirkung auf die Rechtsbeziehung des Rechtsinhabers zur Sache an, so man das Vorliegen einer Verletzung zu beurteilen hat²⁸¹. In der Folge kann es bei den unbenannten Rechten nicht verwehrt sein, neben dem durchaus statthaften Weg über die Schaffung von Schutzgutkonkretionen, etwa durch die Benennung besonderer Persönlichkeitsrechte, auch die umgekehrte Richtung einzuschlagen und Verhaltensnormen zu bilden. Auch die umstrittene Figur des subjektiven absoluten Rechts sperrt dieses Vorgehen nicht. Es gilt zu bedenken, daß die Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit, d.h. unabhängig der modellhaften Vorstellung ideeller Konkretionen in einzelnen Persönlichkeitsgütern, den Schutz der Rechtsordnung bereits von Verfassungs wegen genießt. Ist aber die Persönlichkeit zumindest Schutzgut im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, oder vermittelt sie - wie die weit überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur annimmt - gar dem Rechtsträger ein subjektives Recht²⁸², so steht einer Konstituierung des Schutzbereichs mittels Verhaltensnormen in konstruktiver Hinsicht nichts im Wege²⁸³. Der Wert der Persönlichkeit als solcher erlaubt es, das aus einer diesen schützenden Verhaltensnorm abgeleitete Interesse an der Achtung der Norm dem Betroffenen zur selbständigen Wahrnehmung seiner Rechte zuzuweisen.

Die aufgrund seiner Generalklauselartigkeit unbedingt erforderliche normative Leitung der Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts kann mithin auf zweierlei Weise erfolgen und so zu einer zweigleisigen Tatbestandsbildung führen: Zur Ausbildung und Präzisierung von Gütern ebenso wie zur Formung von Verhaltensnormen bzw. Eingriffsformen²⁸⁴.

²⁷⁹ Vgl. einerseits die Verkehrssicherungspflichten im allgemeinen bzw. speziell die Grundsätze der Produzentenhaftung, andererseits etwa die Lehre vom verkehrsrichtigen Verhalten; s.a. *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 57 ff (71).

²⁸⁰ Ähnlich *Fikentscher*, Rn. 1048; *Rödig*, S. 49 spricht von einem den benannten Gütern immanenten Verhaltenspostulat.

²⁸¹ Vgl. *MüKo-Mertens*, § 823 Rn. 71; *Boecken*, S. 224 ff.; *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 76 II 3.

²⁸² Vgl. die Nachweise bei *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 138.

²⁸³ So auch *Forkel*, FS Hubmann, S. 93 ff.

²⁸⁴ In der Literatur wird bisweilen auch allein die Eingriffsperspektive zur Strukturierung befürwortet; vgl. *Ehmann*, JuS 1997, 193 ff; *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 III 1 a), b); *Canaris*, JuS 1989, 161.

II. Vorzüge einer Synthese aus Schutzgut- und Eingriffsperspektive

Wenn sich nun die beiden genannten Techniken zur strukturellen Erfassung des Persönlichkeitsrechts gewissermaßen antipodisch gegenüber zu stehen scheinen, so täuscht dieser Eindruck darüber hinweg, daß sich mancherlei Rechtsverletzungen wohl erst aus einer Gesamtschau beider Elemente herausarbeiten lassen. Dies mag das Beispiel einer durch handschriftliche Fixierung unterstützten Datenerhebung verdeutlichen. Niemandem wird es zunächst verwehrt sein, Details über ihm bekannte Personen niederzuschreiben und an andere weiterzugeben. Anders kann der Fall liegen, wenn es sich bei der Information um ein Geheimnis des Betroffenen handelt oder Details aus dessen Privatleben weitergegeben werden sollen. Das Verhaltensmuster der Weitergabe handschriftlich fixierter persönlicher Daten vermag als solches noch keine Rechtsverletzung zu begründen. Wird jedoch zudem ein Persönlichkeitsgut tangiert, so kann es bei der dann erforderlichen Gesamtbetrachtung erschwerend wirken, daß der Informationsverwender diese nicht mündlich, sondern schriftlich übermittelt hat, da von diesem Verhalten typischerweise ein gegenüber jenem erhöhtes Gefährdungspotential ausgeht. Unabhängig davon, daß Verstößen gegen gewisse typisierte Verhaltensnormen womöglich generell unrechtsindizierende Wirkung beigemessen werden können²⁸⁵, ergibt sich daher gerade für den sehr schwer faßbaren Bereich „datenschutzrechtlicher Interessen“ ein gehöriger Vorteil aus einer in zweifacher Hinsicht verlaufenden Systematisierung. Zumindest auf der Ebene der Güter- und Interessenabwägung läßt sich so trefflicher beurteilen, ob eine Verhaltensweise die für eine Rechtsverletzung erforderliche Qualität aufweist. Ob dabei der einen oder der anderen Betrachtungsweise im Falle des deliktsrechtlichen Datenschutzes eine Priorität zukommt²⁸⁶, wird sich abschließend wohl erst beurteilen lassen, wenn die Untersuchung anhand eines oder mehrerer Eingriffstypen durchgeführt wurde.

Allerdings scheint einiges für die grundsätzliche Zulässigkeit eines Gleichlaufs der beiden Konzepte zu sprechen. Verläßt man einmal das Recht der unerlaubten Handlungen und wendet sich den vertragsrechtlichen Problemen im Bereich der Verwendung persönlicher Daten zu, so zeichnet sich bereits jetzt ein Argument zugunsten einer Synthese der beiden Konstruktionsweisen ab: Da sich allein über die eingriffsbezogene Schutzbereichsstrukturierung schwerlich eine vertragliche Dispositionsbefugnis des Rechtsinhabers herleiten lassen wird, vermag das Hinzutreten der anerkannten Persönlichkeitsgüter im

²⁸⁵ Hierin erblickt *Canaris*, aaO, § 80 II, einen Hauptvorteil der Eingriffsperspektive; anders *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 207; *Helle*, S. 8 ff.; *Steindorff*, S. 16 ff.

²⁸⁶ *Forkel*, FS Hubmann, S. 93, 108 f., geht davon aus, daß die rechtsgutbezogene Konturierung grundsätzlich vorzugswürdig sei; a.A. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 III 1 a).

Rahmen des Rechts auf Individualität den betreffenden Daten womöglich eine ihnen sonst nicht eigene rechtliche Selbständigkeit - und damit eine zumindest eingeschränkte Verkehrsfähigkeit - zu verleihen²⁸⁷.

III. Leitlinien der Eingriffsanalyse

Bevor nun eine verhaltensbezogene Darstellung versucht werden kann, gilt es vorab zu klären, an welchen Prinzipien sich eine derartige Strukturierung messen lassen muß. In diesem Zusammenhang sei an vorderster Stelle das Gebot der Typisierung²⁸⁸ sowie die Suche nach Handlungsweisen genannt, die die Rechtswidrigkeit indizieren²⁸⁹. Erst nachrangig kann es darum gehen, solche Verhaltensweisen ausfindig zu machen, die zwar die Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bewirken, jedoch erst unter Hinzurechnung weiterer Faktoren, insbesondere von weiteren Intensitätskriterien bzw. Abstufungsmerkmalen, im Rahmen einer positiven Güterabwägung zum Unrechtsurteil führen können.

Auf der Suche nach unrechtsindizierenden Eingriffstypen wird stets darauf zu achten sein, ob nicht aus der im Privatrecht anerkannten Vermutung für die Zulässigkeit im Umgang mit wahrer Information im Einzelfall ein gewichtiges Argument gegen die Annahme einer Unrechtsindikation folgt²⁹⁰. Abgesehen von dem Fall des verfälschenden Umgangs mit fremden persönlichen Daten, der unzweifelhaft eine Persönlichkeitsrechtsverletzung bedeutet, kommt eine generelle Unrechtsindikation bei datenverarbeitenden Handlungen vor allem

²⁸⁷ Die Verwertbarkeit von persönlichkeitsrechtlichen Positionen erscheint allerdings nicht von vornherein auf subjektive absolute Rechte beschränkt, dazu demnächst *Ahrens*, Die Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Positionen - Ansatz einer Systembildung; offenlassend *Deutsch*, Haftungsrecht, Rn. 59; kritisch zum Ausschließlichkeitsbegriff bei immateriellen Gütern *Forkel*, FS Kraft, 1998, 85 (95 f.), der den Aspekt der Ermöglichung von Teilhabe betont. Die vertragsrechtlichen Probleme im Bereich der Verwertung von persönlichen Daten können hier nur angedeutet werden. Denkbar erscheint aber etwa eine - auch dingliche - Übertragung von Nutzungsrechten an konkreten Persönlichkeitsgütern wie dem Erscheinungsbild, dem Lebensbild bzw. der Lebensgeschichte, dem Namen oder auch von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen; vgl. *Forkel*, aaO, S. 100; krit. *Schack*, AcP 195 (1995), 594 ff.; *Seemann*, Ufita 131 (1996), 5 (35 ff.) - im Ergebnis führte dies zu einer partiellen Verwertbarkeit persönlicher Daten, da die betroffenen Güter sich u.a. hieraus zusammensetzen; noch weitergehender *Forkel*, GRUR 1988, 491 (498 f.); Zur Vererblichkeit vermögenswerter Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. jüngst auch BGH NJW 2000, 2195 (2197 ff.) - Marlene Dietrich -; BGH LM § 823 (Ah) BGB, Nr. 132 - Der blaue Engel - mit Anm. *Forkel*. Zum speziellen Themenkreis der Urheberrechte an elektronischen Datenbanken vgl. §§ 87 a ff. UrhG, dazu *Rehbinder*, Rn. 60, 421 f. m. weiteren Differenzierungen.

²⁸⁸ Die Systematisierung wird hierbei denknotwendig im Stadium eines offenen und erweiterungsfähigen Katalogs verbleiben. Typisierungen dienen allein dazu, Leitlinien für den Regelfall zu geben.

²⁸⁹ Auch *Canaris*, JuS 1989, 161 (170) vertritt die Auffassung, es sei „hohe Zeit“, dem Persönlichkeitsrecht durch Bildung von Schutzbereichen wenigstens teilweise eine Indikationswirkung beizumessen.

²⁹⁰ Dazu bereits oben erster Teil. Siehe auch *Canaris*, JuS 1989, 161 (170); eingehend *Brossette*, S. 176 ff.

auch deswegen nicht in Betracht, weil es sich bei dem Schutzgegenstand der sog. „informationellen Selbstbestimmung“ um wahre Information und damit eine Existenzbedingung für Kommunikationsfreiheit und Demokratie handelt²⁹¹. Um daher vom Regelfall des Abwägungszwangs²⁹² bei der konkret-individuellen Tatbestandskonturierung abweichen und ausnahmsweise das Unrecht als indiziert ansehen zu können, bedarf es auf der Ebene einer normativen Betrachtung des Handlungsunrechts schwerwiegender Anhaltspunkte. Gleichwohl verspricht die Herausarbeitung solcher Fälle im Interesse der Rechtssicherheit am ehesten Gewinn.

Weiter wird darauf zu achten sein, ob sich nicht auch aus dem positiven Recht verallgemeinerungsfähige Rechtsgedanken ableiten lassen, die einer Konturierung des Schutzbereichs dienlich sein könnten. Da die Rechtsbeziehungen aufgrund des Umgangs mit persönlichen Daten sehr vielschichtig sind, verbietet es sich aber, hier allein beim sog. Datenschutzrecht stehen zu bleiben. Eine Querschnittsmaterie läßt sich nur fassen, wenn man den Blickwinkel weitet und bereit ist, Parallelen zu verwandten Rechtsbereichen aufzunehmen. Gerade das Strafrecht bietet sich insofern an, da es eine Vielzahl von anerkannten und darüber hinaus sanktionsbewehrten Verhaltensgeboten normiert.

IV. Typenkatalog potentieller Eingriffshandlungen - das gesetzliche Modell

Ihren Ausgangspunkt nimmt die weitere Betrachtung zweckmäßigerweise in den Differenzierungen von Handlungen im Umgang mit persönlichen Daten, die der Gesetzgeber im geltenden Datenschutzrecht vorgezeichnet hat.

Im bundesdeutschen Recht werden tätigkeitsbezogen fünf Phasen der Datenverarbeitung²⁹³ unterschieden: das Speichern, das Verändern, das Übermitteln, das Sperren und Löschen von Daten. Daneben stehen die Begriffe der Datenerhebung und der Datennutzung²⁹⁴. Im einzelnen ist vieles streitig. So wird etwa der Begriff der Datensperrung bisweilen nicht als eigenständige Phase der Datenverarbeitung begriffen, sondern dem Begriff des Speicherns zugeordnet²⁹⁵. Andererseits weist der Begriff der Datenlöschung persönlichkeitsrechtlich eine eigenartige Ambivalenz auf. Das Löschen persönlicher Daten kann sich einmal als Gebot aus einer Verletzung oder Gefährdung des Persönlichkeitsrechts ergeben, das andere Mal kann darin

²⁹¹ Vgl. *Canaris*, aaO.

²⁹² Siehe erster Teil, B IV.

²⁹³ Vgl. die Legaldefinition in § 3 Abs. 5 BDSG 1990.

²⁹⁴ *Simitis-Damann*, BDSG, § 3 Rn. 106 f.; *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht, S. 194 f.; zur abweichenden Terminologie auf EG-Ebene siehe bereits oben erster Teil, C; siehe auch §§ 3 Abs. 4 und Abs. 6 BDSG 1990.

²⁹⁵ *Auernhammer*, § 3 Rn. 39; anders *Simitis-Dammann*, BDSG, § 3 Rn. 170.

selbst eine Persönlichkeitsrechtsverletzung liegen²⁹⁶. Ersteres kann freilich außen vor bleiben, da sich die Datenlöschung insoweit bloß als Handlungspflicht auf Rechtsfolgenseite darstellt.

Es erweist sich, daß die vorgenannten Handlungstypen auf pragmatischer Ebene recht treffend die unterschiedlichen Formen im Umgang mit persönlichen Daten beschreiben. Aber auch eine normative Betrachtung ergibt, daß jede Phase der Datenverwendung typischerweise ein spezifisches Schutzanliegen des Betroffenen zutage fördert, das eine differenzierte Einordnung und Gewichtung im Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB rechtfertigt. In groben Umrissen lassen sich die jeweiligen Gesichtspunkte wie folgt unterscheiden.

Die Phase der *Datenerhebung* kontrastiert typischerweise mit dem Anliegen des Betroffenen, vor Einbrüchen in sein näheres Lebensumfeld gefeit zu sein. Der Gedanke eines strengen Indiskretionsschutzes kommt hier am stärksten zum Tragen. Ein Geheimnis verliert seine Zweckbestimmung, von niemandem in Erfahrung gebracht zu werden, zu allererst durch einen Akt der Datenerhebung²⁹⁷. Anders liegt es bei der *Datenspeicherung*. Das spezifische Schutzanliegen des Betroffenen liegt hier in dem Bedürfnis, gegen eine Fixierung der Persönlichkeit, gegen ihre Vergegenständlichung und Verfügbarmachung auf Dauer geschützt zu sein. Indem die Datenspeicherung typischerweise den Boden für künftige Verarbeitungen oder Nutzungen bildet, weist sie wiederum hierzu enge Bezüge auf. Andererseits kann die Datenspeicherung auch in einer Handlung mit der Datenerhebung zusammenfallen, etwa bei einer elektronischen Aufzeichnung. Sowohl die Datenerhebung wie auch die Datenspeicherung können im Einzelfall die Funktion von Vorbereitungshandlungen für künftige Verarbeitungen bzw. Nutzungen einnehmen. Gegen derlei Eingriffsweisen gerichteter Persönlichkeitsrechtsschutz erhält infolgedessen geradezu typischerweise ein präventives Element: Ein nach § 823 Abs. 1 BGB gegen eine unzulässige Speicherung angestrebter Datenlöschungsanspruch bietet regelmäßig auch einen gewissen Vorfeldschutz gegen weitere rechtswidrige Datenverwendungen.

Andere Interessen geraten ins Blickfeld, wenn man die *Datenübermittlung* für sich betrachtet. Hier geht es dem Betroffenen primär darum, daß seine

²⁹⁶ Zur ambivalenten Zielrichtung der gesetzlichen Lösungsregelungen vgl. §§ 4 Abs. 1, 35 Abs. 2 Satz 1 BDSG 1990 bzw. §§ 6 Abs. 1, 20 Abs. 2, 35 Abs. 2 Satz 2 BDSG 1990; siehe auch *Auernhammer*, aaO., Rn. 41 f.

²⁹⁷ Weitere Verarbeitungsmaßnahmen vermögen die Indiskretion zwar zu vertiefen, den Ursprung bildet hier jedoch stets die Datenerhebung. Nicht ohne Grund wird die Phase der Datenerhebung bisweilen - wenn auch sprachlich schief - als „markanteste und in die informationelle Selbstbestimmung am intensivsten eingreifende Aktivität“ beschrieben; so *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht, S. 196.

persönlichen Daten nicht über das bereits bekannte Maß hinaus verbreitet werden. An dieser Stelle kommt indirekt der gegen Indiskretionen gerichtete Schutzaspekt ein weiteres Mal zum tragen, vor allem in Gestalt des konkreten Interesses, vor zweckwidrigen Datenverwendungen gefeit zu sein. Wieder anders liegt es bei der *Datennutzung*, die regelmäßig mit Verwertungsinteressen des Betroffenen in Kollision zu treten geeignet ist. Das Anliegen besteht insoweit in dem Bedürfnis, gegen die eigen- oder fremdnützige, ideelle oder materielle Auswertung oder Verwertung von persönlichen Daten durch andere geschützt zu sein. Nicht zuletzt vermag eine unzulässige *Datenlöschung* typischerweise mit dem Anliegen in Kollision zu treten, die Existenz von gesammelter persönlicher Information auf einem Datenträger zu bewahren. Hier geht es primär um die Achtung von persönlichkeitsrechtlichen Bestandsschutzinteressen.

Aus diesen Überlegungen zur Schutzrichtung gegen einzelne Formen des Umgangs mit Daten zeichnet sich bereits ab, daß nicht alle im Einzelfall relevanten Verhaltensmerkmale und Umstände verallgemeinerungsfähige Kriterien für jede Form der Datenverwendung abgeben können. Entschließt man sich beispielsweise, den Grad der Fixierung als Abstufungsmerkmal für persönlichkeitsrechtliche Interessen heranzuziehen, so bringt dieses Merkmal für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Speicherung womöglich einen Vorteil, nicht jedoch bei der Datenlöschung. Ähnlich liegt es etwa bei dem Kriterium des „Datenalters“. Die Rechtmäßigkeit einer Speicherung mag davon abhängen, die Rechtmäßigkeit der Übermittlung von Daten erscheint für sich betrachtet davon losgelöst. Man wird daher bei dem Versuch einer Systematisierung nicht umhin kommen, die einzelnen Handlungsphasen einer Datenverwendung gesondert zu betrachten und ihre spezifischen Merkmale zu beleuchten²⁹⁸.

V. Die Eingriffsanalyse am Beispiel der Datenerhebung - Schutz vor Informationszugriff auf den persönlichen Bereich

Im folgenden soll aus dem Kreis der oben benannten Informationshandlung eine wichtige Phase exemplarisch herausgegriffen und unter dem Blickwinkel der Eingriffstypisierung näher analysiert werden: die Datenerhebung²⁹⁹.

²⁹⁸ Daß es hierbei wieder zu Überschneidungen typischer Unrechtsmodalitäten mit mehreren Datenverarbeitungstypen kommt, wird man grundsätzlich hinnehmen müssen. Eine Datenverfälschung beispielsweise kann im Rahmen einer Speicherung, einer Übermittlung oder auch bei der Datenlöschung erfolgen.

²⁹⁹ Die Wahl hat exemplarischen Charakter. Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, alle Phasen der Datenverwendung einer eingriffsorientierten Tatbestandsbetrachtung zu unterziehen.

Hierdurch wird zugleich eine elementare Schutzrichtung des Persönlichkeitsrechts beispielhaft erläutert: der Schutz vor unbefugtem Eindringen bzw. rechtswidriger Kenntnisnahme persönlicher Umstände.

Das BDSG³⁰⁰ definiert die Datenerhebung als das Beschaffen von Daten über den Betroffenen. Vorausgesetzt wird, daß die erhebende Stelle durch eine aktive Handlung entweder Kenntnis von den Daten erhält oder Verfügungsmacht über sie begründet. Subjektiv tritt ein zumindest zurechenbarer Wille der handelnden Person hinzu³⁰¹. Die Datenerhebung beschreibt damit die informationelle Zugriffshandlung, eine in der Praxis typische Vorstufe für die nachfolgende Speicherung, nicht jedoch eine notwendige Bedingung hierfür³⁰². Die technische Vielfalt der denkbaren Erhebungsmethoden ist nahezu unerschöpflich und reicht vom Befragen, Beobachten, Spurenlesen bis hin zum Messen, Wiegen, Fotografieren, Filmen oder dem elektronischen Abruf, z.B. per Internet³⁰³.

Die gesetzlichen Bestimmungen regeln den Komplex nur fragmentarisch. Einzelne Schutzgüter sind gegen Informationsermittlungshandlungen strafrechtlich in den §§ 201 ff StGB geschützt, wobei sich - wie bereits oben herausgearbeitet wurde - mit dem eigentlichen Individualdatenschutz nur Schnittmengen ergeben. Das Wettbewerbsrecht kennt in §§ 17 ff UWG Schutzbestimmungen gegen den Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, wobei die unbefugte Verschaffung der Geheimnisse in § 17 Abs. 2 UWG ausdrücklich unter Strafe gestellt ist. Das BDSG 1990 kommt bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Datenerhebung in § 28 Abs. 1 Satz 2 über eine weitgehend inhaltsleere Formel nicht heraus. Eine interessante Neuerung eröffnet jedoch § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG Regierungsentwurf 2000. Dort heißt es: „Bei der Erhebung personenbezogener Daten sind die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen.“ Im Anwendungsbereich des Gesetzes wird hierdurch künftig das Prinzip der Zweckbindung von Verarbeitungsmaßnahmen bereits in der - oft vorentscheidenden - Phase des Informationszugriffs vorkonkretisiert.

1. Verhaltensspezifische Unrechtsindikationen ?

Abseits des normierten Rechts erhebt sich anhand der oben definierten primären Zielsetzung der Eingriffstypisierung die Frage, in welchen Fällen sich

³⁰⁰ § 3 Abs. 4 BDSG 1990.

³⁰¹ *Simitis-Dammann*, BDSG, § 3 Rn. 108.

³⁰² Arg. e contrario § 14 Abs. 1 Satz 2 BDSG 1990.

³⁰³ Vgl. *Simitis-Dammann*, § 3 Rn. 115 f.

das Beschaffen von persönlichen Daten anderer typischerweise als Unrecht darstellt und ob man hier etwa Fallgruppen bilden kann.

a) Sphärenformel als Komplementärbegriff

Aufgrund der technischen Vielfalt der Ermittlungsmethoden, der ungeheuren inhaltlichen Weite der potentiell betroffenen Daten sowie der starken Relativität von Informationshemmung und -transparenz bezogen auf die jeweilig betroffene Empfängerperson verbietet sich eine Lösung dergestalt, daß jegliche Datenerhebung ein Indiz der Rechtswidrigkeit in sich trage. Es wurde bereits im ersten Teil ausführlich erläutert, daß ein solcher Ansatz zumindest im Rechtsverhältnis unter Privaten gleichermaßen unzulässig wie auch gesellschaftspolitisch verfehlt wäre.

Eine Abgrenzung rechtswidriger von rechtmäßigen Ermittlungshandlungen kann, wie bereits aufgezeigt wurde, unter anderem mit Hilfe der Sphärenformel gelingen. Die Ausbildung der Persönlichkeit in Sphären des geheimen, intimen und privaten Lebens genießt bei Zugrundelegung einer räumlich-funktionalen Betrachtung Schutz gegen sinnliche Wahrnehmungen von außen³⁰⁴. Dabei kommt es nicht zuerst darauf an, ob der Einbruch in die persönlichen Sphären mittels physischer Existenz, durch bloßes Beobachten oder auch durch elektrotechnisch unterstützte Spionagehandlungen erfolgt³⁰⁵. Jedoch kann die konkrete Art und Weise des Eindringens, beispielsweise in die Privatsphäre, im Einzelfall den Unrechtsgehalt verstärken.

Andererseits vermag die Sphärenformel keine umfassende Problemlösung zu bieten. Zwar besteht in der Literatur wohl noch weitgehende Einigkeit darüber, daß die Intimsphäre des Menschen absoluten Schutz genießt und gegen Eingriffe jeder Art zu schützen ist³⁰⁶. Umstritten ist dies jedoch bereits bei der Geheimsphäre³⁰⁷. Einbrüche in die Privatsphäre wiederum vermag der Betroffene nach wohl einhelliger Meinung nicht in jedem Fall und um jeden Preis abzuwehren.

Es ergibt sich, daß die konkret betroffene Sphäre nur im Falle einer Verletzung der Intimsphäre eine Indikation der Rechtswidrigkeit der Zugriffshandlung zuläßt³⁰⁸, während im übrigen weitere Faktoren hinzutreten müssen.

³⁰⁴ Siehe bereits oben B II 3 d bb).

³⁰⁵ Vgl. als aktuelles Beispiel etwa die Problematik um die Abhörtauglichkeit von Mobiltelefonen mit portabler Freisprecheinrichtung.

³⁰⁶ BVerfGE 54, 148 (154); BGHZ 98, 32 (36 f.); *Brossette*, S. 129 ff.; *Geis*, JZ 1991, 112; *Degenhardt*, JuS 1992, 363; *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 325 ff.; vgl. aber auch BVerfGE 80, 367 ff.; BGHSt 31, 296; krit. *Gössel*, JZ 1984, 361 ff. - erschwerend wirkt, daß die Grenzen dieses unbestimmten Rechtsbegriffs unterschiedlich beurteilt werden.

³⁰⁷ Vgl. *Maass*, S. 107 ff.; a.A. *Stoll*, Jura 1979, 576 (579).

³⁰⁸ Insoweit ist dies jedoch rein verhaltensbezogen ohne Rücksicht auf den Inhalt erhobener Information oder dem Mittel der Erlangung zu bejahen.

Maßgeblich erscheint hier insbesondere auch die Art und Weise der Informationsbeschaffung als Anknüpfungspunkt für die Entscheidung über das Vorliegen eines Verhaltensunrechtes³⁰⁹. Gelangt man dabei zu dem Ergebnis, daß sich die Datenerhebung wegen der betroffenen Persönlichkeitssphäre sowie der Art der Begehung als Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt, so erscheint diese Folgerung unabhängig davon statthaft, ob durch die Ermittlungsmaßnahme tatsächlich Empfängerkenntnis vermittelt wurde oder nicht. Da das Sphärenmodell bereits den Vorgang des Informierens negiert, knüpft das Unwerturteil allein an die mißbilligenswerte Zugriffshandlung an³¹⁰. An dieser Stelle relativiert sich zumindest teilweise die häufig geäußerte These, der Schutz des einzelnen vor der Datenerhebung bewege sich im Präventionsstadium vor der eigentlichen Persönlichkeitsrechtsverletzung und stelle sich gewissermaßen als „Vorfeldschutz“ dar³¹¹. Eine bereits verwirklichte Persönlichkeitsrechtsverletzung kann auch dann angenommen werden, wenn der Täter durch Eindringen in die ihm verbotene Persönlichkeitssphäre zu erkennen gegeben hat, daß er diesen höchstpersönlichen Bereich des Betroffenen mißachtet.

Da in der Abschirmung der Intim- und Privatsphäre der vielleicht wichtigste Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu erblicken ist³¹², kommt dem Schutz vor dem Handlungstypus der Datenerhebung eine herausragende Stellung zu. Im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung fungiert die Sphärenformel dabei als komplementäres Element, ohne regelmäßig - vom Fall des Einbruch in die Intimsphäre abgesehen - ein abschließendes Urteil über den Handlungsunwert präjudizieren zu können.

b) Unterscheidung nach der Art der Datenermittlung

Als weiteres handlungsspezifisches Abgrenzungsmerkmal kann eine Datenermittlung neben ihrer Zielrichtung auch ihrer Art nach unterschieden werden. Mit dieser Differenzierungskategorie wird die Begehungsweise zu erfassen versucht, soweit sie Folgen auf das Bewußtsein oder die Willensbildung des Betroffenen zeitigt. Die Datenerlangung kennzeichnet sich durch die spezifische Art der geistigen Einwirkung auf den Betroffenen. Es lassen sich dabei drei Kategorien bilden, die im folgenden näher betrachtet werden sollen: der Datenzugriff mit Nötigungsmitteln, der Datenzugriff unter

³⁰⁹ So zutreffend *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 II 4 a) ff.; die Sphärenverletzung als handlungstypisches Unrecht kann unabhängig hiervon bei Verletzungen konkreter Persönlichkeitsgüter zusätzlich um ein Element des Erfolgsunrechtes ergänzt werden.

³¹⁰ Siehe die Beispiele oben II 3 d bb).

³¹¹ Vgl. *Ehmann*, AcP 188 (1988), 230 (302); siehe auch *Rogall*, Informationseingriff, S. 87 ff.

³¹² *Jarass*, NJW 1989, 857 (859).

Täuschung und der heimliche Datenzugriff. Von der Art der Datenermittlung kann sodann das Mittel der Informationserlangung im engeren Sinne unterschieden werden, womit - bezogen auf das Ermittlungsergebnis - vornehmlich die Technik der Informationsfixierung gemeint ist³¹³.

Wie oft im Rahmen normativer Überlegungen gilt es auch im folgenden, eine zwischen den Polen der Sicherung einer freien Kommunikationsordnung und einem übersteigerten Persönlichkeitsschutz vermittelnde Lösung zu suchen. Hilfreich erscheint es oftmals, Parallelen zu anerkannten Rechtsgrundsätzen zu ziehen.

aa) Der Datenzugriff unter Anwendung von Nötigungsmitteln

Wenn man beispielsweise bedenkt, daß die willensbeugende Einwirkung auf die Entschließungsfreiheit eines anderen als nötigendes Handeln in bestimmten Fällen unzulässig und sogar strafbewehrt ist, bedeutet es auf den ersten Blick nur noch einen kleinen Schritt, den informationellen Zugriff auf persönliche Daten eines anderen unter Anwendung von Nötigungsmitteln als typisches Handlungsunrecht gegen die Persönlichkeit zu begreifen und dem Geschädigten die Sanktionen des § 823 Abs. 1 bzw. des § 1004 BGB zur Seite zu stellen. Allerdings scheidet eine Indikation der Rechtswidrigkeit bei näherer Betrachtung regelmäßig aus, was sich nicht zuletzt den gesetzlichen Wertungen der §§ 123 Abs. 1 BGB, 240 Abs. 2 StGB unschwer entnehmen läßt³¹⁴.

Betrachtet man andererseits das in § 240 StGB geschützte Rechtsgut, so wird augenscheinlich, daß die der Nötigung mitunter anhaftende Verletzung des Persönlichkeitsrechts eine häufige und vom Datenzugriff losgelöste Konsequenz bildet. Eine unzulässige Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit kommt in nahezu allen Bereichen des Persönlichkeitsrechts in Betracht, sei es beim Erscheinungsbild, beim Recht am eigenen Wort, beim Lebens- oder Charakterbild usw. Das Abnötigen von persönlichen Daten stellt sich damit eher als handlungstypisierter Teilaspekt einer in vielfältiger Weise denkbaren Verletzung des Persönlichkeitsrechts mit Nötigungsmitteln dar.

Da die persönlichen Daten als solche keine Rechtsgüter darstellen, führt diese Erkenntnis jedoch zu der Frage, ob der zwingende Schluß vom Vorliegen des strafbewehrten Verstoßes gegen die Bestimmung des Nötigungsparagraphen auf die Verletzung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts statthaft ist. Dabei erscheint zunächst unzweifelhaft, daß § 240 StGB aufgrund

³¹³ Diese Kategorie soll in einer weiteren Fallgruppe - unten 2. - behandelt werden.

³¹⁴ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, § 80 II 4 f).

seines individualschützenden Charakters die Funktion eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB einnimmt³¹⁵. Für die Annahme eines Verstoßes gegen § 823 Abs. 1 BGB trägt diese Feststellung allein jedoch nicht³¹⁶. Nach ganz einhelliger Auffassung dient § 240 StGB dem Schutz des Rechtsguts der Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung³¹⁷, was die Schutzrichtung der Vorschrift mit der grundrechtlich garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit vereint³¹⁸. Bereits im ersten Teil wurde dagegen herausgearbeitet, daß eine Gleichsetzung von allgemeiner Handlungsfreiheit und dem engeren Persönlichkeitsrecht nicht in Betracht kommen kann, so man eine Verwässerung des Persönlichkeitsrechtsschutzes unterbinden will.

Folglich kann der rechtswidrige Angriff auf die Entschließungsfreiheit zwar durchaus ein erstes Anzeichen für die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen abgeben. Eine zwingende Verletzung des Persönlichkeitsrechts wird man dagegen erst annehmen können, wenn ein konkretes Schutzgut durch den Nötigungsakt betroffen wurde - so beispielsweise bei Gewaltanwendung gegen den Körper, erzwungenen Ton- oder Bildaufnahmen usw. - oder aber die willensbeugende Handlung den Weg zum Einbruch in die Intim-, Geheim- oder Privatsphäre eröffnet, z.B. im Falle des gewaltsamen Eindringens in den häuslichen Bereich.

Wenn darüber hinaus festgestellt wurde, daß sich die Nötigung als Verhaltensunrecht potentiell gegen sämtliche Segmente des Persönlichkeitsrechts richtet, so tritt für den engeren Blickwinkel des informationellen Zugriffs auf Daten noch ein Abstufungskriterium für die Güterabwägung zutage: Auch wenn das einzelne persönliche Datum nach der hier vertretenen Ansicht nicht zum Rechtsgut erwächst, so ergibt sich aus dem Personenbezug der betroffenen Information doch persönlichkeitsrechtlich ein gegenüber reiner Sachinformation grundsätzlich gesteigertes Schutzinteresse des Betroffenen³¹⁹. Auch wenn die persönlichen Daten daher keine Rechtsgutsqualität aufweisen, erscheint es gerechtfertigt, das Beschaffen persönlicher Daten mit Nötigungsmitteln eher als Unrecht gegen die Persönlichkeit zu begreifen als im Falle reiner Sachinformation.

bb) Der Datenzugriff unter Täuschung

³¹⁵ So auch die Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1962, 910.

³¹⁶ Im Gegenteil gäbe es - nach der hier vertretenen Auffassung - für die tatbestandliche Unterscheidung der beiden Absätze des § 823 BGB ansonsten keinerlei Rechtfertigung.

³¹⁷ LK-Schäfer, StGB, § 240 Rn. 2 m.w.N.; Tröndle/Fischer, StGB, § 240 Rn. 2.

³¹⁸ Vgl. Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 181.

³¹⁹ Hiefür spricht bereits das erhöhte soziale Interesse des Einzelnen an seinen Daten als „dargestellte Persönlichkeitsdetails“, siehe oben A II.

Ein weiteres Indiz für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts könnte sich dann ergeben, wenn die begehrten personenbezogenen Informationen beim Betroffenen oder einem Dritten erschlichen worden sind. Die mittels Täuschung bewirkte Einflußnahme auf die Willensbildung eines anderen stellt sich z.B. im Rahmen des § 263 StGB oder des 123 BGB als typischerweise rechtswidrig dar. Für den Bereich des Strafrechts verdeutlicht allerdings gerade § 263 StGB nur zu gut, daß nicht die täuschungsbedingte Beeinflussung des Willens eines anderen als solche Anknüpfungspunkt einer Strafbarkeit sein soll, sondern allein jene Irreführung, die im kausalen Ursachenzusammenhang mit einer Vermögensverfügung bzw. -beschädigung des Betroffenen steht³²⁰. § 123 BGB wiederum schützt allein die *rechtsgeschäftliche* Entschließungsfreiheit des Rechtssubjekts vor arglistiger Täuschung, nicht auch die Entschließungsfreiheit als solche³²¹.

Sehr weitgehend gelangt *Canaris*³²² auch abseits dieser gesetzlichen Wertungsvorgaben zu dem Ergebnis, daß jeder durch Täuschung erlangte Informationszugriff sich als rechtswidrig darstelle. Dies gelte für ein erschlichenes Interview gleichermaßen wie für eine unter Täuschung vorgenommene sozialpsychologische Untersuchung³²³. Dem ist zuzugeben, daß nach breitem gesellschaftlichen Konsens in der Täuschung von Mitmenschen ein grundsätzlich sozial mißbilligenswertes Verhalten erblickt werden kann. Zu weitgehend erscheint es jedoch, daß Erschleichen von Information deswegen *per se* als deliktisches Unrecht zu begreifen. Um so mehr muß dies gelten, wenn man den listigen Zugriff auf Informationen gleich welcher Art für Unrecht begreift und damit selbst den Bereich der persönlichkeitsrechtlich meist irrelevanten³²⁴ Sachinformation einschließt. *Canaris* verwischt mit der von ihm vertretenen Regelindikationsthese die Grenze zum Schutz der allgemeinen Willensfreiheit und redet damit einer Ausuferung des Persönlichkeitsschutzes das Wort³²⁵.

Aber selbst beschränkt auf den Bereich des täuschungsunterstützten Individualdatenzugriffs erscheint die Annahme einer generellen Unrechtsindikation bei der Erhebungshandlung fragwürdig. Handelt es sich bei den abgelisteten Daten etwa um allgemein zugängliche oder gar von dem Betroffenen selbst verbreitete Information, so leuchtet nicht unmittelbar ein,

³²⁰ § 263 StGB schützt nicht die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers, sondern das Vermögen; vgl. *Tröndle/Fischer*, § 263 StGB Rn. 1 m.w.N.

³²¹ *Palandt-Heinrichs*, § 123 Rn. 1 m.w.N.; entsprechend auf den rechtsgeschäftlichen Bereich ausgerichtet ist die Anfechtungsmöglichkeit als Rechtsfolge des § 123 BGB.

³²² *Canaris*, JuS 1989, 161 (168 f.); *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 II 4b).

³²³ *Canaris*, aaO.; dazu *Wiese*, FS Duden, S. 719 ff.

³²⁴ Vom Geheimnisschutz einmal abgesehen.

³²⁵ Eine Konsequenz, die *Canaris* selbst an anderer Stelle - JuS 1989, 161 (170) - mit dem zutreffenden Hinweis, daß die allgemeine Handlungsfreiheit bereits tatbestandlich nicht in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fällt, zu vermeiden gedenkt.

warum allein die Handlungsform hier stets deliktisches Unrecht begründen sollte. Wenn das Gesetz die Täuschung nicht als solche pönalisiert oder zumindest *expressis verbis* mit zivilen Rechtsfolgen belegt, kann ein solches Verhalten wohl nur dann als deliktisches Unrecht begriffen werden, wenn ein konkret benennbares Persönlichkeitsgut betroffen ist oder aber - im Falle des Erschleichens sonstiger persönlicher Daten - andere Faktoren hinzutreten, die das Verhalten zum Unrecht erwachsen lassen, so z.B. im Falle eines besonders schweren Vertrauens- oder Vertragsbruchs.

cc) Der heimliche Datenzugriff

Eine weitere Form der Datenerhebung kennzeichnet sich durch die Heimlichkeit ihrer Begehung. Allgemein können hierunter solche Zugriffshandlungen verstanden werden, die ohne Kenntnis des Betroffenen ablaufen. Freilich begegnet man im sozialen Alltag regelmäßig einer ganzen Reihe von in diesem Sinne „heimlichen“ Ermittlungen persönlicher Daten: Manche natürliche Beobachtung von Mitmenschen in der Öffentlichkeit fällt bereits darunter. Nicht anders liegt es auch bei der interessierten Nachfrage über die Verhältnisse eines Dritten. Es liegt auf der Hand, daß dem Handlungsmerkmal „Heimlichkeit“ schon aus diesem Grund keine unrechtypisierende Regelwirkung beigemessen werden kann³²⁶. Aus den gleichen Gründen muß auch der umgekehrte Ansatz einer generellen Aufklärungspflicht - wie er vor allem im Medizinrecht weitgehend anerkannt wird - im Vorfeld von Informationshandlungen verworfen werden³²⁷. Dies mag seine Ursache einmal in der ungleichartigen sozialen Gewichtung der womöglich betroffenen Lebensgüter³²⁸ haben, abseits davon aber vor allem auch in dem Umstand, daß persönliche Daten für sich genommen gar keine Rechtsgüter darstellen, eine generelle und absolute Aufklärungspflicht sich daher als sozialwidrig darstellen würde.

Schwieriger gestaltet sich die Frage, wann einmal die Heimlichkeit der Datenerhebung zu einem typischen Unrecht beitragen kann. Einen gewissen gesetzlichen Leitfadens bilden sicher die Indiskretionsdelikte der §§ 201, 202, und 202 a StGB, bei deren Einschlägigkeit man die Rechtswidrigkeit der Informationsbeschaffung auch zivilrechtlich als indiziert ansehen kann. Die unbefugte Informationsbeschaffung geschieht im Rahmen dieser

³²⁶ Ebenso *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, § 80 II 2 c).

³²⁷ Zur Aufklärungspflicht des Rechtsadressaten, vor allem im medizinischen Bereich, vgl. statt vieler *Baston-Vogt*, S. 242 ff.; aus der Rspr. BGH NJW 1994, 2414 (2415).

³²⁸ Die körperliche Unversehrtheit beispielsweise nimmt in der gesellschaftlichen Anschauung sicher einen unweit höheren Stellenwert ein als ein geistiges Gut wie das Lebens- oder Charakterbild. Bereits *Hubmann*, aaO, S. 162 f., konstatierte, daß die „niederen“ Grundwerte menschlichen Daseins gegenüber den „höheren“ geistigen, sittlichen und religiösen Werten im rechtlichen Schutz bevorzugt werden.

Bestimmungen oftmals heimlich, so daß man erhebliche Überschneidungen zwischen den dort sanktionierten Handlungen und dem hier zu untersuchenden Eingriffstypus konstatieren kann. Weiter ergeben sich aus den gesetzlichen Bestimmungen womöglich verallgemeinerungsfähige Rechtsgedanken.

(aaa) Die Unrechtsindikation im Lichte der Wertungen des § 202 a StGB

Auffälligerweise weitet dabei die noch recht junge Vorschrift des § 202 a StGB die althergebrachten, rechtsgutorientierten Bestimmungen zum Schutz der Vertraulichkeit des Wortes bzw. des Briefgeheimnisses in einer datenschutzrechtlich höchst interessanten Schutzrichtung. Losgelöst vom Individualdatenschutz dient die Norm dem Schutz des Verfügungsberechtigten vor unbefugtem Zugriff und Ausbeutung seiner Datenbestände und steht dabei vornehmlich, wenn auch nicht ausschließlich, im Kontext wirtschaftlicher Interessen³²⁹. Darüber hinaus vermag die Norm für die Unrechtsbewertung von Informationszugriffen einen wertvollen Anhalt zu liefern: Gegenstand der Tathandlung sind allein solche Daten, die „gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert“ sind, § 202 a Abs. 1 StGB. Das Tatbestandsmerkmal der Überwindung einer besonderen Zugangssicherung korrespondiert mit der rechtspolitisch umsichtigen Überlegung, daß wohl oftmals erst die vom Verfügungsberechtigten eingesetzte Schutzmaßnahme dem Täter die Verbotswidrigkeit seines Handelns vor Augen führt³³⁰.

Dieser dem Gebot der Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Sanktion verschriebene Aspekt läßt sich für den zivilrechtlichen Individualdatenschutz durchaus nutzbar machen. Verallgemeinert man den Rechtsgedanken nämlich in dem Sinne, daß eine heimliche Datenerhebung dann unzulässig ist, wenn dem Erhebenden das Diskretionsinteresse des Betroffenen anhand äußerer Umstände erkennbar wird, so fügt sich dieser Ansatz nahtlos in das bereits erörterte Konzept von der sozialtypischen Offenkundigkeit, das als weitgreifender gedanklicher Topos auch die zivilrechtliche Tatbestandsbildung beeinflusst. Allerdings erfährt die recht schillernde Formel von der sozialtypischen Offenkundigkeit hier auch sogleich eine nützliche Konkretisierung dergestalt, daß nur das nach außen manifest gewordene³³¹ Diskretionsinteresse³³² vor Eingriffen geschützt werden soll.

³²⁹ Tröndle/Fischer, StGB, § 202 a, Rn. 1a f.

³³⁰ Vgl. dazu Leicht, iur 1987, S. 45; Bühler, MDR 1987, 448 (453); Schlüchter, S. 65.

³³¹ Der Vorteil ist vor allem praktischer Natur: Die Erkennbarkeit rechtlicher Interessen anhand rein „geistig-soziologischer“ Kriterien wird im Einzelfall schwerer zu beurteilen sein, als wenn das Interesse durch eine - nicht notwendig gegenständliche - „Zugangssicherung“ nach außen hin deutlich gemacht worden ist; vgl. etwa auch für den Bereich der Überlassungs- und Benutzungsverträge an technischen Kenntnissen (Know-How) den im Zuge der Umsetzung der VO (EG) 240/96 v. 31.01.1996 neugefaßten § 18 Nr. 1 GWB. Im Einklang mit Art. 10 Nr. 4 der VO 240/96 setzt § 18 Nr. 1 GWB u.a. voraus, daß ein

Die Verallgemeinerung des Rechtsgedankens fordert freilich eine Loslösung von der EDV-spezifischen Terminologie und einen auf die zivilrechtlichen Verhältnisse ausgerichteten Zuschnitt. Im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB wird es nicht zwingend darauf ankommen können, daß der Betroffene seine persönlichen Daten mit einer technischen Zugangssicherung versehen hat. Allein ausreichend erscheint, daß der Betroffene sein Interesse an Nichtwahrnehmung durch andere in einer nach außen hin erkennbaren Weise deutlich gemacht hat, sei es durch ein bestimmtes Verhalten, sei es durch einen konkret wahrnehmbaren Hinweis³³³. Dies kann auf sehr vielfältige Weise geschehen. Das Prominentenpaar, das sich in die ungestörte Nische eines kleinen Restaurants zurückgezogen hat, gibt allein hierdurch zu erkennen, daß es keine Störungen wünscht³³⁴. Deutlicher noch wird dies bei dem Gast, der die Türklinke seines Hotelzimmers mit einem „*Please do not disturb*“-Schild versieht. Wer seine Daten bei der E-Mail-Kommunikation kryptographiert, verwahrt sich regelmäßig gegen Entschlüsselung und Kenntnisnahme Dritter. Selbst das junge Pärchen, das sich in ein Maisfeld zurückzieht, gibt bereits durch sein Verhalten zu erkennen, daß es gegen heimliches Belauschen oder Beobachten durch Dritte gefeit sein möchte³³⁵.

In all diesen Fällen besteht kein Anlaß, den gleichwohl unternommenen heimlichen Informationszugriff auf den Betroffenen - das heimliche Photographieren des Prominentenpaares, der Blick durchs Schlüsselloch des Hotelgastes, die Entschlüsselung fremder E-Mails, das Nachstellen im Maisfeld usw. - als typischerweise und regelmäßig rechtswidrig zu erachten³³⁶. Das Handlungsunrecht knüpft dabei bereits an die Mißachtung des erkennbaren und

Betriebsgeheimnis - als Gegenstand eines den Lizenznehmer beschränkenden Überlassungs- oder Benutzungsvertrages - „identifiziert“ sein muß, d.h. zum Zwecke der Nachprüfung hinreichend präzise dokumentiert sein muß, so daß sein konkreter Gehalt - vornehmlich zu Beweis Zwecken - klar erkennbar ist; dazu näher *Bechtold*, § 18 Rn. 5 ff. m.w.N.

³³² Wichtig erscheint der Hinweis, daß § 202 a StGB über den engen Bereich des Schutzes von persönlichen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen hinaus einen Ausspähungsschutz bezüglich jedweder Daten bietet; vgl. Tröndle/Fischer, StGB, § 202 a Rn. 2; damit kommt der Norm über § 17 Abs. 2 UWG hinaus eine viel weitgehendere Bedeutung im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung zu.

³³³ Daneben kommt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts selbstverständlich auch in Betracht, wenn ein konkret - wenn auch nur auf geistiger Ebene - erkennbares Persönlichkeitsgut des Rechtsträgers von der Informationshandlung betroffen ist, ohne daß es nach außen hervorgetreten ist. Die hier getroffenen Bewertungen der Handlungsweisen ergänzen nur die bereits oben erarbeiteten Feststellungen zum Rechtsgüterschutz.

³³⁴ Vgl. BGH JZ 1997, 39 m. Anm. *Forkel*, wo zudem die Stellung absoluter und relativer Personen der Zeitgeschichte gegenüber Informationszugriffen und Informationsverwendung, hier bezüglich des Recht am eigenen Bild, problematisiert wurde. Siehe dazu auch BVerfG NJW 2000, 1021 (1022).

³³⁵ Vgl. aber auch BayObLG NJW 1962, 1782.

³³⁶ Daß die Handlungen i.d.R. zugleich einen unbefugten Anschlag auf die Privatsphäre darstellen und/oder das Rechtsgut Privatleben von der Informationsermittlung betroffen ist, vermag die Unrechtsindikation zudem zu stützen.

schutzwürdigen³³⁷ Diskretionsinteresses des Betroffenen ganz unabhängig von dem Informationsgehalt oder der Sensibilität der gefährdeten persönlichen Daten an. Das heimliche Handeln geschieht hier folglich nicht nur ohne die Kenntnis des Betroffenen, sondern auch gegen dessen erkennbar geäußerten oder zu unterstellenden Willen.

(bbb) Rechtswidrigkeitsindikation gemäß §§ 201, 202 StGB

Eine weitere Kreuzung bildet die heimliche Datenermittlung mit dem sog. „Lauschangriff“ auf das gesprochene Wort, den § 201 Abs. 2 StGB unter Strafe stellt³³⁸, sowie mit der Verletzung des Briefgeheimnisses gemäß § 202 Abs. 1 und 2 StGB. Beide Vorschriften schützen einen Ausschnitt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegen verschiedene Formen von Indiskretion. Die einzelnen Tathandlungen kennzeichnen sich dabei oftmals durch die Heimlichkeit ihrer Begehung³³⁹, eine notwendige Bedingung für die Annahme eines Verstoßes gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht liegt hierin aber nicht³⁴⁰. Gleichwohl wird man wegen des persönlichkeitsrechtlichen Gehaltes der beiden Strafnormen im Falle einer tatbestandlichen und rechtswidrigen Begehung regelmäßig auch eine Unrechtsindikation für das zivilrechtliche allgemeine Persönlichkeitsrecht folgern können³⁴¹.

Abseits der genannten gesetzlichen Vorgaben wird das Kriterium der Heimlichkeit jedoch regelmäßig nur als ein Indikator im Wege einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung anzusehen sein, dem je nach den Umständen des Falls ein mehr oder minder starkes Schutzbedürfnis des Betroffenen gegenüber steht.³⁴²

2. Differenzierung nach dem Mittel der Datenerhebung

Bezogen auf die angewandte Informationshandlung können Datenerhebungen auf unterschiedlichste Weise vorstatten gehen. Einmal halten bereits die

³³⁷ Die Mißachtung des fremden Willens kann im Einzelfall legitim sein, wenn sich die Informationshandlung als sozial adäquat darstellt und der Betroffene daher nicht schutzwürdig ist. Zur Tatbestandsreduktion über den Gesichtspunkt der Sozialadäquanz siehe unten D I.

³³⁸ Ausführlich *Helle*, S. 269 ff.

³³⁹ Namentlich bei § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB ist streitig, ob nur das heimliche Abhören tatbestandlich erfaßt ist; dafür *Arzt*, S. 266; dagegen *Tröndle/Fischer*, § 201 Rn. 5, 7.

³⁴⁰ Darauf verweist zutreffend *Helle*, S. 276 ff. mit weiteren Differenzierungen zum Recht am gesprochenen Wort.

³⁴¹ Ebenso *Helle*, S. 269, der eine Unrechtsindikation über das in § 201 StGB normierte „besondere Persönlichkeitsrecht“ annimmt.

³⁴² Vgl. auch das Beispiel bei *Tinnefeld/Ehmann*, Datenschutzrecht, S. 197 - medizinisch indizierte Selbstkonfotation mit Videoaufzeichnung eines Alkoholikers im Delirium.

menschlichen Sinne verschiedenartige Wahrnehmungsmöglichkeiten bereit, zum anderen kann der Einsatz technischer Mittel die Wahrnehmungskapazitäten des Menschen erheblich verstärken. Technisch vermittelte Informationszugriffe bieten gegenüber den rein sinnlichen Erhebungen oft einige entscheidende Vorteile, die sich in erhöhten Wahrnehmungsumfang, höherer Wahrnehmungsgeschwindigkeit und vielem mehr niederschlagen können.

Damit tun sich dem Betrachter zwei in ihren Folgen grundsätzlich sehr unterschiedliche Erhebungsmethoden auf, die nach einer differenzierten Zuordnung im persönlichkeitsrechtlichen Gefüge der Verhaltensgebote verlangen: die Datenerhebung mit technischen Mitteln und die natürliche Datenerhebung.

a) Schnittstelle zur Datenspeicherung

Dabei unterscheidet die technisch vermittelte Datenerhebung von der natürlichen, sinnlichen Wahrnehmung vor allem eine Tatsache, die für die weiteren Stadien der Datenverarbeitung erhebliche Auswirkungen hat. Allein der mit technischen Mitteln vorgenommene Datenzugriff fällt oftmals - wenn auch nicht zwingend - mit einer Datenspeicherung zusammen. Damit entfaltet sich zugleich bereits im Zeitpunkt der Datenerhebung eine weitere Schutzrichtung des Persönlichkeitsschutzes. Fällt eine Erhebung mit der ersten Speicherung *uno actu* zusammen, so stellt sich die Frage, welche Besonderheiten die hierin liegende Verkörperung bzw. Fixierung des persönlichen Datums für die rechtliche Zuordnung mit sich bringt.

b) Die Verkörperung des Datums als Differenzierungskriterium ?

Schon früh in der Datenschutzdiskussion stellte man fest, daß eine begriffliche Unterscheidung zwischen den „Daten“ als solchen und dem „Datenträger“ als Medium zur kontinuierlichen Erfassung von Daten vonnöten ist. Dies gilt um so mehr in rechtlicher Hinsicht, wobei zu beachten ist, daß Rechte am Datenträger nicht notwendig solche am Datum begründen bzw. sich darauf erstrecken. Gleiches gilt - selbstverständlich - für den umgekehrten Fall. Der Grund hierfür liegt im rein immateriellen Charakter von Informationen³⁴³ begründet. Konsequenter finden sich Teilbereiche aus dem unendlichen Kreis denkbarer Information als Schutzgüter im Immaterialgüterrecht wieder³⁴⁴. Abseits davon nimmt aber auch der Persönlichkeitsrechtsschutz gerade die sich aus der

³⁴³ Zu Rechten an Informationen vgl. allgemein Sieber, NJW 1989, 2569 (2574).

³⁴⁴ Ausschließlichkeitsrechte an Information finden sich vor allem im Urheberrecht als Schutz „geistigen Eigentums“, vgl. auch Troller, S. 55 ff.

Verkörperung der Information auf einem Datenträger ergebenden Schutzbelange auf.

aa) Informationsfixierung als Gefahrenpotential in zeitlicher Dimension

Ein nach hiesigem Verständnis bedeutendes Kriterium, das Daten häufig aus dem weiten Kreis der Informationen hervorhebt, liegt in der Tatsache der Fixierung³⁴⁵, wie auch immer sie technisch vollzogen sein mag. Daten vermitteln, wenn sie sich durch eine technische Darstellung verobjektiviert³⁴⁶ bzw. „verdinglicht“³⁴⁷ haben, als perpetuierte Informationen einen gesteigerten Schutz für den Betroffenen und gewähren ein erhöhtes Maß an Verwendungs- und Verwertungsmöglichkeiten³⁴⁸. Viele sonstige Informationen weisen dagegen keine dauerhafte Darstellungsform auf; „flüchtige“ Informationen werden nicht festgehalten und sind damit nicht für jedermann verfügbar gemacht. Dies gilt grundsätzlich für jede kommunikative Äußerung des Menschen durch Gebrauch seiner Sinne. Gesprochene Worte etwa oder ein Kopfnicken als Entäußerung einer Information sind ihrer zeitlichen Konsistenz nach flüchtig - und somit bereits im Augenblick ihrer Übermittlung als solche nicht mehr medial erfaßt. Die Erfassung flüchtiger Informationen bleibt damit den natürlichen Ressourcen des Informationsempfängers, dem menschlichen Gedächtnis vorbehalten.

Hier nun liegt ein aus der Sicht des Schutzbedürfnisses des einzelnen signifikantes Unterscheidungsmerkmal³⁴⁹. Daten sind aufgrund ihrer Fixierung auf einem Datenträger als Speichermedium grundsätzlich längerlebig als die bloß vom menschlichen Gedächtnis biochemisch erfaßte Information, die dem natürlichen Prozeß des Vergessens unterliegt. Zudem sind Daten bei einem elektronischen Speichermedium in der Regel stets abrufbar, beliebig oft reproduzierbar und oft auf Tastendruck sekundenschnell verkehrsfähig. Damit bergen sie auch ein unweit größeres Gefahrenpotential³⁵⁰: Noch nach langer Zeit sind Daten, soweit nicht auf das Speichermedium eingewirkt wird, als

³⁴⁵ Was oft unerkannt bleibt, vgl. *Vogelgesang*, S. 24 f.

³⁴⁶ *Seidel*, S. 4; *Meister*, Datenschutz im Zivilrecht, S. 38.

³⁴⁷ Die Verdinglichung von Persönlichkeitsgütern führt auch an anderer Stelle zu einem gesteigerten Schutzbedürfnis des Betroffenen, vgl. BGH NJW 1982, 277 - Tonbandaufnahme II -.

³⁴⁸ Vgl. *Forkel*, GRUR 1988, 491 (498); weitere Nachweise oben Fn. 285.

³⁴⁹ Zum parallelen Fall des Schutzes des Rechts am gesprochenen Wort vor Fixierung *Helle*, S. 237.

³⁵⁰ Es wird nicht verkannt, daß selbst im Falle der Fixierung der Persönlichkeit in einem ihrer Aspekte - Stimmzeichnung, Photographie, Datenspeicherung usw. - zunächst ein Gefährdungsmoment liegt, das nicht in jedem Fall eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes zwingend bedeutet. Allerdings hat die Rechtsprechung verschiedentlich Persönlichkeitsrechtsverletzungen u.a. argumentativ mit der Mißbrauchsmöglichkeit des Verwenders und damit auch aufgrund des erhöhten Gefährdungspotentials angenommen, vgl. RGZ 45, 170 (173) - Bismarck -; BGHZ 27, 284 (288) - Tonbandaufnahme I -; dazu *Brossette*, S. 226.

unveränderte informationelle Konstante zugänglich und damit auch übermittelbar, während die nur sinnlich erfaßte Information im wahrsten Wortsinne vergänglich ist. Das menschliche Gehirn stellt nicht nur ein beschränkt zuverlässiges Speichermedium dar. Ebenso limitiert sind seine Aufnahmekapazität und - naturgemäß - seine Zugänglichkeit.

Es kann festgehalten werden, daß die Fixierungs- bzw. Flüchtigkeitsintensität in zeitlicher Dimension ein Gradmesser für das von Daten ausgehende Gefahrenpotential darstellt, dem korrespondierend ein entsprechendes gesteigertes oder vermindertes persönlichkeitsrechtliches Schutzinteresse des Betroffenen gegenüber stehen kann³⁵¹.

bb) Relativierung des fixierungsorientierten Ansatzes - der weite Datenbegriff des BDSG und der EG-Datenschutzrichtlinie

Eine demgegenüber recht weite Begriffsbestimmung enthält das BDSG 1990 in § 3 Abs. 1 bereit, wonach „personenbezogene Daten“ als „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person“ bezeichnet werden. Damit kommt es für die Einstufung als Datum nach dem BDSG grundsätzlich nicht darauf an, ob die Information auf einem Datenträger perpetuiert bzw. fixiert oder aber von flüchtiger Natur ist. Ähnliches ergibt sich aus Art. 2 lit. a) EG-Datenschutzrichtlinie, wo grundsätzlich nur von personenbezogener Information die Rede ist. Da selbst das Klatschgespräch unter Nachbarn womöglich „Daten“ in diesem Sinne enthalten kann, wird man gerade bei der Unrechtsbewertung der Datenerhebung besondere Vorsicht walten lassen müssen. Nicht jede Beeinträchtigung des sozialen Wohlbefindens bedeutet bereits eine Persönlichkeitsrechtsverletzung. Gerade die vielen alltäglichen Datenerhebung werden daher oftmals als Ausübung sozialadäquaten Verhaltens aus dem Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts herauszunehmen sein.

Andererseits folgt aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber zunächst einmal alle Erscheinungsformen von Daten in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen hat, selbstverständlich nicht umgekehrt, daß sich eine Abstufung persönlichkeitsrechtlicher Interessen im Rahmen der Rechtsfortbildung nach der Maßgabe des Fixierungsgrades verböte. Gerade zur Feststellung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts bedarf es eingrenzender Kriterien.

cc) Die Fixierung als Zeichen der Machtausübung über den Betroffenen

³⁵¹ Vgl. zur Fixierung von Lebensvorgängen die Ansätze bei *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 304.

Die Frage nach der Bedeutung der Fixierung für die Schutzbelange des Persönlichkeitsrechts begegnet noch an anderen Stellen. *Hubmann*³⁵² diskutierte die Besonderheiten des Festhaltens der Persönlichkeit vornehmlich in seinem am Rechtsgüterschutz ausgerichteten Schutzkonzept. Im Rahmen seiner Beschreibung des Rechts am gesprochenen Wort führt er aus, durch die Tonaufnahme werde das „flüchtig gemeinte, improvisierte Wort für immer fixiert und ein Persönlichkeitsgut in die Gewalt eines anderen gegeben“³⁵³. Unverkennbar leitet *Hubmann* das Gefährdungspotential der Fixierungstechniken aus der damit einhergehenden Macht über die Güter der Persönlichkeit eines anderen ab.

Diese Sichtweise bedarf wohl noch einer vorsichtigen Erweiterung. Wie bereits oben festgestellt wurde, lassen sich wesentliche Interessen der Persönlichkeit im Datenschutz abseits des Schutzbereichs der benannten Persönlichkeitsgüter festmachen. Erachtet man beispielsweise in der Heimlichkeit der Informationsbeschaffung einen gewissen Indikator für mögliches Unrecht, so wird diese Einschätzung entscheidend verstärkt, wenn der heimliche Datenzugriff mit technischer Unterstützung und nachfolgender Speicherung der erhobenen Daten abläuft, so z.B. im Falle des Ausspionierens der Benutzerdaten auf einem fremden Rechner durch das Internet. Die Eingriffsformen in das Persönlichkeitsrecht werden durch die Mittel der modernen Technik so vielfältig, daß eine Beschreibung der Verletzung allein aus der Sicht der betroffenen Persönlichkeitsgüter nicht ausreicht³⁵⁴. Da die Ausübung von Macht stets mit der Gefahr des Mißbrauchs eng verbunden ist, bedarf es notwendig auch einer Differenzierung nach dem Grad der Verfügbarmachung der Persönlichkeit. In diesem Zusammenhang gewinnt die Technik der Fixierung von Persönlichkeitsdetails eine besondere Bedeutung.

c) Die grundsätzliche Erlaubnisfreiheit der rein sinnlichen Datenerhebung

Aus den Überlegungen zum Schutzbedürfnis des Individuums besonders vor der Fixierung seiner Daten folgt in umgekehrter Richtung nahezu zwingend, daß die bloß durch menschliche Sinnesleistung erfolgte Erhebung von Daten anderer als grundsätzlich erlaubnisfrei zu erachten ist. Verhaltensbezogen bestehen keine Bedenken, das Beobachten, Anhören, Riechen, Ertasten usw. als solches mit der regelmäßigen Vermutung zugunsten der grundrechtlich

³⁵² *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 298 f. (312, 315, 323).

³⁵³ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 312.

³⁵⁴ Auch *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 268 ff., erkennt, daß die Verletzung des Persönlichkeitsrechts immer von der konkreten Art der Beeinträchtigung bzw. der Eingriffsform abhängt - genau genommen bewertet auch er im Rahmen seiner Systematisierung jeweils den Unrechtsgehalt von Eingriffshandlungen, jedoch beschränkt auf die von ihm in Gruppen eingeteilten Persönlichkeitsgüter.

verbürgten Informationsfreiheit zu belegen, auch wenn persönliche Daten eines anderen Gegenstand der Wahrnehmung sind. Die Grenzen des zulässigen Verhaltens werden hier durch die benannten Persönlichkeitsgüter ebenso markiert wie durch die Abstufungsmerkmale der Sphärenformel bzw. die anderen oben aufgeführten verhaltensspezifischen Unrechtsindikatoren. Der Grund für das Erlaubtsein der Datenerhebung liegt in der Natürlichkeit des angewandten Mittels. Solange sich der Mensch seiner Sinne zur Ermittlung und Erfahrung in der Umwelt bedient, kann ihm dieser Umstand für sich genommen in rechtlicher Hinsicht niemals zum Nachteil gereichen. Schließlich bewegt er sich innerhalb der durch das stoische Postulat des *secundum naturam vivere* gesteckten Verhaltensnormen. Hier gilt verstärkt zu bedenken, daß die Datenerhebung oftmals allenfalls eine Gefährdung des davon Betroffenen herbeizuführen geeignet ist. Allein in der Tatsache, daß jemand etwas über einen anderen in Erfahrung bringt und dann auch Kenntnis davon besitzt, liegt zumeist noch keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts.

d) Die nicht-automatisierte, technisch unterstützte Datenerhebung

Im Bereich des nicht-automatisierten Informationszugriffs wird man weiter danach unterscheiden können, ob die Datenerhebung technisch unterstützt wird³⁵⁵ und zu einer Fixierung der persönlichen Daten führt oder nicht. Als technische Unterstützung der Datenerhebung kommt beispielsweise die Nutzung eines PCs oder Netzwerks, eines Fotoapparates, einer Videokamera, eines Tonbandes, einer Wanze usw., aber auch das Mitschreiben mit Zettel und Stift in Frage. Fehlt es an jeglicher Technik, liegt eine grundsätzlich erlaubnisfreie rein sinnliche Datenerhebung vor. Darüber hinaus wird man aufgrund der Vielfalt der denkbaren Fälle schwerlich allgemeingültige Aussagen treffen können. Es bleibt die einerseits wertvolle wie andererseits sehr allgemeine Erkenntnis, daß jegliche - auch die manuelle - Unterstützung einer Datenverarbeitungsmaßnahme wegen des erhöhten Mißbrauchspotential bei nachfolgender Verwendung, insbesondere wegen der Vereinfachung von Vervielfältigungen und Verbreitungen, ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Betroffenen auslöst. Das Schutzbedürfnis steigert sich weiter, wenn die Datenabfrage mittels eines PCs oder einer multimedialen Einrichtung erfolgt, da die Verwendungs- und Verbreitungsmöglichkeiten in diesem Fall - technisch bedingt - unweit größer sind als beispielsweise beim bloßen Niederschreiben der Daten. Weitergehende Feststellungen werden sich nur mit Zuschnitt auf den konkreten Einzelfall treffen lassen.

³⁵⁵ Der Rechtsgedanke läßt sich auch § 17 Abs. 2 Nr. 1 a UWG entnehmen; dazu *Baumbach/Hefermehl*, § 17 Rn. 25 ff.

e) *Unrechtsvermutung im Falle automatisierter Datenerhebung ?*

Einen Gegenpol zu den Formen der sinnlichen bzw. der bloß technisch unterstützten Datenerhebung könnte die automatisierte Datenerhebung bilden. Gerade die jüngsten Entwicklungen im Bereich des normierten Datenschutzrechts bestärken in der Annahme, daß die Technik der Fixierung, im besonderen aber auch die Frage nach der Automatisierung der Verarbeitung, eine entscheidende Weichenstellung im Persönlichkeitsrechtsschutz bedeuten. Art. 3 Abs. 1 EG-Datenschutzrichtlinie sowie § 3 Abs. 2 BDSG Regierungsentwurf 2000 knüpfen die Eröffnung des Schutzbereichs der gesetzlichen Regelung gleichermaßen primär an das Vorliegen einer „automatisierten Verarbeitung“³⁵⁶. Bezüglich der Datenerhebung bezieht die Richtlinie auch die manuelle Erhebung für die objektiv zu erwartende automatisierte Verarbeitung mit ein³⁵⁷. Der Richtliniengeber hat hiermit ein Abgrenzungsmerkmal gesetzt, dessen Relevanz für den Datenschutz in der juristischen Literatur zum Teil gänzlich bestritten wurde. *Simitis* etwa hatte noch in seiner Kommentierung zum BDSG 1990 die Auffassung vertreten, es sei für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung völlig ohne Belang, welche Verarbeitungsform oder welches konkrete Verarbeitungsmittel einer Datenverarbeitung zugrunde liege³⁵⁸. Die darin für den Bereich des Persönlichkeitsrechts liegende Fehleinschätzung hat ihre Ursachen in den bereits kritisch aufgearbeiteten theoretischen Grundannahmen der informationellen Selbstbestimmungsbefugnis, vor allem in ihrer überzogenen Subjektivierung und der Nivellierung von notwendigen Differenzierungsmerkmalen³⁵⁹.

Als eines unter vielen Abstufungskriterien ist der Grad der Automatisierung einer Datenerhebung durchaus von Bedeutung. Da die Automatisierung selbst auf der Ebene des Gesetzesrechts zunächst nur zur Eröffnung des Anwendungsbereichs z.B. des BDSG führt, dürfte es jedoch zu weit gehen, hieraus für die außerhalb liegenden Fälle - z.B. im Bereich der rein persönlichen Datenverarbeitung - auf eine Unrechtsvermutung schließen zu wollen. Die Automatisierung der Erhebung oder Verarbeitung von persönlichen Daten erhöht die Gefahr für eine anschließende mißbräuchliche Verwendung zwar ganz erheblich, aus ihr allein läßt sich jedoch nicht schon auf eine Verletzung des

³⁵⁶ Im nicht-öffentlichen Bereich gilt weiter die Einschränkung des § 27 Abs. 2 BDSG Regierungsentwurf 2000.

³⁵⁷ *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 3 Rn. 4.

³⁵⁸ *Simitis-Simitis*, BDSG, § 1 Rn. 184 f.

³⁵⁹ Siehe näher oben im ersten Teil.

Persönlichkeitsrechts schließen³⁶⁰. Kommen jedoch weitere verhaltensspezifische Faktoren hinzu, geschieht die automatisierte Erfassung fremder Daten z.B. heimlich, durch Täuschung oder unter Zwang, so wird man bereits eher auf einen tatbestandsmäßigen Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht rekurrieren können. Typisches Unrecht liegt vor, wenn der automatisierte Informationszugriff auf die Intim- oder Privatsphäre gerichtet ist.

f) Systematischer Standort der Abstufung nach dem Mittel der Datenerhebung

Die vorangegangenen Ausführungen zur Differenzierung des Datenzugriffs nach dem technischen Mittel haben gezeigt, daß es in dieser Hinsicht kaum verallgemeinerungsfähige Verhaltensnormen gibt, um über die Rechtmäßigkeit einer Handlung befinden zu können. Zwar kann die Frage, ob eine Datenerhebung automatisiert, nicht-automatisiert technisch oder rein sinnlich erfolgt, für die weitere Bewertung der Interessen des Betroffenen als durchaus tauglicher Anhaltspunkt Relevanz gewinnen. Zur Schutzbereichseröffnung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht dürfte jedoch als potentieller Eingriffstyp allein die automatisierte Datenerhebung führen. Allgemein formuliert läßt sich insoweit das Verhaltensgebot feststellen, daß eine selbsttätige und der menschlichen Kontrolle nicht unmittelbar unterworfenen Erfassung von Persönlichkeitsdetails eines anderen von dessen Zustimmung abhängig zu machen ist. Im übrigen läßt sich die Abstufung nach dem Mittel der Datenerhebung als Intensitätskriterium über die daraus abgeleiteten Schutzinteressen des Betroffenen in eine umfassende Güter- und Interessenabwägung einstellen.

3. Betroffenheit von Schutzgütern oder Verletzung von Verhaltensnormen - systematische Konsequenzen für die Tatbestandsbeschreibung

Die Prüfung einiger typischer gegen die Persönlichkeit gerichteter oder zumindest deren Gefährdung erhöhender Verhaltensmerkmale³⁶¹ hat ergeben, daß auch hiermit keine überwiegend unrechtsindizierende Tatbestandsbildung verbunden ist. Nur in wenigen Ausnahmefällen läßt sich aus einem typisierten Verhaltensunrecht bei der Datenerhebung auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts schließen³⁶². Es liegt daher die Erkenntnis nahe, daß selbstverständlich auch die Betroffenheit eines der bereits anerkannten

³⁶⁰ Davon abgesehen dürfte die verfahrensmäßig automatisierte Datenerhebung im Bereich rein privatnütziger bzw. familiärer Datenverarbeitung in der Praxis kaum eine Rolle spielen.

³⁶¹ Es handelt sich um einen offenen, erweiterungsfähigen und -bedürftigen Katalog von Beispielen, der allein auf die Phase der Datenerhebung zugeschnitten ist.

³⁶² A.A. zur Unrechtsindikation *Canaris*, SchuldR II/2, § 80 II.

Schutzgüter der Persönlichkeit eine Datenerhebung als tatbestandliches Unrecht erscheinen lassen kann. Damit harrt jedoch weiterhin die eingangs aufgeworfene Frage der Beantwortung, welche Prüfungsfolge sich als zweckmäßiger erweist, eine zunächst an den Persönlichkeitsgütern ausgerichtete oder aber primär eine an typischen Handlungspflichten bzw. Verhaltensnormen angelehnte.

Dann nun im Bereich der Datenerhebung nur recht wenige unrechtsindizierende Verhaltenstypen ausfindig gemacht werden konnten, kann bereits aus praktischen Gründen gar kein Zweifel bestehen, daß es sinnvollerweise zunächst einer an den benannten Persönlichkeitsgütern ausgerichteten Prüfung bedarf, bevor in einem zweiten Schritt, gegebenenfalls ergänzend, eine verhaltensbezogene Untersuchung vorgenommen werden kann.

Als enorm wichtige Konsequenz folgt aus diesem zweigleisigen methodischen Ansatz, daß die der tatbestandlichen Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht meist immanente Güter- und Interessenabwägung³⁶³ bei einer Konturierung des Persönlichkeitsrechts sowohl vom Aspekt des Rechtsgüterschutzes als auch der Eingriffsform her ihr Gepräge empfängt³⁶⁴. Es bedarf dabei möglicherweise eines gewissen Mutes zur Überwindung traditioneller Dogmen, die im Einzelfall hier einzustellenden Interessen des Betroffenen zunächst mit der Benennung einer verletzten Verhaltensnorm zu umschreiben und womöglich ohne die Benennung eines konkret bestimmbar Persönlichkeitsguts eine Verletzung zu konstatieren.

³⁶³ Grundlegend *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 159 ff.; *ders.*, Die Methode der Güter und Interessenabwägung.

³⁶⁴ Wenn - im Kern ähnlich - *Fikentscher*, Rn. 1048 die Unrechtsfeststellung aus der durch Abwägung von Handeln und Erfolg gewonnenen Verhaltensnorm ableitet, so läßt sich dem für den Fall zustimmen, daß ein konkretes Persönlichkeitsgut betroffen ist. Da persönliche Daten jedoch keine Rechtsgutsqualität haben, wird man darüber hinaus teilweise die Persönlichkeitsverletzung aus isolierten Verhaltensverstößen gegen die Persönlichkeit als solche bzw. einen nicht näher bestimmbar Aspekt von ihr annehmen können.

D. Schlußbetrachtung: Auswirkungen auf die tatbestandliche Prüfung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Anhand der Datenerhebung wurde beispielhaft demonstriert, daß weder eine am Rechtsgüterschutz ausgerichtete Betrachtungsweise noch eine verhaltenstypisierende, eingriffsbezogene Sichtweise des Persönlichkeitsschutzes die vielfältigen Schutzaspekte der Persönlichkeit voll zu erfassen vermögen. Der Schlüssel zu einer gewinnbringenden Anwendung beider Methoden scheint daher in der Synthese zu liegen. Werden beide Ansätze - bezogen auf den Einzelfall - in einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung vereinigt, so ergibt sich womöglich ein umfassenderes und vor allem feiner abgestuftes Bild bei der rechtlichen Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung³⁶⁵. Im folgenden soll daher abschließend geklärt werden, welche Auswirkungen diese Sichtweise auf die tatbestandliche Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB, insbesondere die dort vorzunehmende Güter- und Interessenabwägung hat.

1. Deliktsrechtliche Normbegrenzung durch Ausscheidung sozialadäquater Verhaltensweisen sowie die Figuren des Einverständnisses und der Einwilligung

Bevor die Frage nach dem deliktischen Unrecht im Rahmen der Güter- und Interessenabwägung gestellt werden kann, bedarf es jedoch zunächst noch auf Tatbestandsebene eines besonderen Filters: Alltägliche und natürliche, dem sozialen Leben angepaßte Verhaltensweisen müssen ebenso ausgeschieden werden wie geduldete Persönlichkeitsbeeinträchtigungen aufgrund eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses.

1. Die Lehre von der Sozialadäquanz zum Zwecke der Tatbestandsbeschränkung

Bereits *Hubmann*³⁶⁶ hatte in seiner Abhandlung über das Persönlichkeitsrecht herausgearbeitet, daß sich die Persönlichkeit diejenigen Beschränkungen gefallen lassen müsse, die sich aus den „Erfordernissen des menschlichen Zusammenlebens“³⁶⁷ ergeben. Der Tatbestand des Persönlichkeitsrechts

³⁶⁵ Den Preis der Ausdifferenzierung - Mangel an Eindeutigkeit in abstrakter Kategorie - wird man zu zahlen bereit sein, wenn sich der rechtliche Persönlichkeitsschutz hierdurch verfeinern läßt.

³⁶⁶ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 158 f.

³⁶⁷ *Hubmann*, aaO.; *ders.*, JZ 1957, 521 (525) mit Beispielen; grundlegend auch *Welzel*, S. 55 ff.

bedürfe insoweit einer Abgrenzung. *Nipperdey*³⁶⁸ hatte in diesem Zusammenhang den Begriff von der Sozialadäquanz der Eingriffshandlung geprägt und diesen als eine „Breviloquenz für zulässige Verhaltensweisen“³⁶⁹ ins Zivilrecht eingeführt. Als materieller Grund für die stillschweigende Gestattung sozialadäquater Rechtsbeeinträchtigungen wird oftmals die Ermöglichung der Ausübung sozial üblicher Handlungsfreiheit angesehen³⁷⁰. Der Begriff der Sozialadäquanz fungiert seither anerkanntermaßen als notwendiges Korrektiv, das die Ausweitung des subjektiven Rechtsschutzes gegen übliche bzw. gemeinhin zumindest aufgrund gesellschaftlichen Konsenses geduldete Verhaltensweisen verhindert. Die Ausgleichsfunktion der tatbestandlimitierenden Sozialadäquanz³⁷¹ gegenüber einer rechtlichen Pauschalisierung des Persönlichkeitsschutzes, die mit einer abstrakt-generellen, unrechtstypisierenden Tatbestandsfassung nahezu zwingend einhergeht, erscheint unverkennbar³⁷².

Bezogen auf den oben aufgezeigten methodischen Ansatz zur Erfassung des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Privatdatenschutz kommt das Korrektiv der Sozialadäquanz vornehmlich bei jenen Einzelfallanalysen zum Zuge, in denen aufgrund der Eingriffshandlung typischerweise zunächst eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs festgestellt werden kann³⁷³. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht daher stets die konkret im Einzelfall zu untersuchende Verhaltensweise. Bezogen auf den datenschutzrechtlichen Bereich treten neben die anerkannten Faktoren zur

³⁶⁸ *Enneccerus/Nipperdey*, S. 577 ff.

³⁶⁹ *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 (1992).

³⁷⁰ *Baston-Vogt*, S. 158; *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 (1992); *Hubmann*, Ufita 26 (1958), 19 (23); *Reinhardt*, Karlsruher Forum, S. 3 (9).

³⁷¹ *Hotz*, S. 37 f. prägte den Begriff der Sozialadäquanz als eine Art „Relevanzfilter“. M.E. handelt es sich bei der Ausscheidung sozialadäquater Verhaltensweisen um eine Aufgabe des Rechtsanwenders, die bereits auf Tatbestandsebene stattzufinden hat. Ein Verhalten, das der Üblichkeit im sozialen Alltag entspricht, bedarf nicht von Rechts wegen einer besonderen Rechtfertigung. Auch aus Gründen der Darlegungs- und Beweislast erscheint mir die abweichende Position der wohl h.L. *in praxi* weniger interessengerecht; ähnl. die frühere Auffassung von *Nipperdey*, *Zeitungsstreik-Gutachten*, S. 39 ff; *Hubmann*, JZ 1957, 521 (525); vgl. zur a.A. BGHZ 24, 21; dazu zurecht krit. *Ermann-Schiemann*, § 823 Rn. 8; vgl. andererseits *Helle*, S. 282 f.; *Nipperdey*, NJW 1967, 1985 (1992 f.), der weiter differenzierend in der „Sozialadäquanz“ ein positives Unrechtselement erblickt; vgl. aber auch OLG Frankfurt, NJW 1977, 1547 f.; OLG Karlsruhe, NJW 1979, 1513. M.E. wird man in der „Sozialadäquanz“ eines Verhaltens ein negatives Tatbestandsmerkmal zu erblicken haben.

³⁷² *Baston-Vogt*, S. 160 m.w.N.

³⁷³ Zu beachten ist, daß das Prüfkriterium der Sozialadäquanz der Verhaltensweise nicht geeignet ist, den abstrakt-generellen Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verkürzen - so zutreffend *Baston-Vogt*, S. 160. Insoweit käme allenfalls das Kriterium der sozialtypischen Offenkundigkeit des betroffenen Interesses des Rechtsträgers in Betracht (dazu bereits oben). Gleichwohl wirkt auch die Sozialadäquanz nach der hier vertretenen Auffassung auf die Bestimmung der tatbestandlichen Reichweite des Persönlichkeitsrechts im konkreten Einzelfall ein: Abstrakt-genereller Schutzbereich und tatbestandliche Schutzbereich können hier im Einzelfall einmal auseinanderlaufen.

Ermittlung der Sozialadäquanz einer Beeinträchtigung wie etwa Geringfügigkeit, Üblichkeit, Unvermeidbarkeit, Häufigkeit und soziale Akzeptanz³⁷⁴ noch weitere, konkretisierende Kriterien hinzu. Insbesondere korreliert die rechtliche Relevanz eines Verhaltens oftmals mit dem Grad der sozialen (Un-)Verbundenheit der Interaktionspartner. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Wenn A durch Kontrolle der auf dem Kühlschrank deponierten Einkaufsbelege die Kosten, die das Einkaufsverhalten von B für die Haushaltsführung verursacht, ermittelt, so kann eine derartige „Datenerhebung“ je nach Lage des Falls sehr unterschiedlich zu beurteilen sein. Handelt es sich bei A um den Ehemann der Hausfrau B, so wird man selbst bei Zugrundelegung modernster emanzipatorischer Vorstellungen von einem noch der Üblichkeit entsprechenden, sozialadäquaten Verhaltensmuster sprechen können. Anders liegt der Fall, wenn A sich als Inkassobeauftragter des hartnäckigen Gläubigers C bei B einlädt, um nebenbei das Finanzgebaren der Schuldnerin B auszuschnüffeln. Die betreffenden Daten, so würde der Volksmund urteilen, gehen den A in diesem Fall nichts an. Die Relativität des persönlichkeitsrechtlichen Schutzbedürfnisses je nach persönlicher Stellung zum Informationsempfänger tritt hervor.

Das Beispiel verdeutlicht ferner, daß das Modell von der Sozialadäquanz im Rahmen des oben aufgezeigten janusköpfigen methodischen Konzeptes zur Schutzbereichsbeschreibung des Persönlichkeitsrechts stets erst auf der zweiten Prüfungsstufe ansetzt. Die den Schutzbereich eröffnende Betroffenheit eines konkret benennbaren Persönlichkeitsguts geht dem als Vorstufe voraus. Im Fall könnte man etwa das Privatleben der B als betroffen ansehen. Selbst wenn A die Daten tatsächlich nur zu erspähen gedachte, jedoch die entsprechenden Belege in der Wohnung der B nicht aufzufinden vermochte, so stellt sich sein Verhalten - als Eingriff in die Privatsphäre und damit aufgrund seiner Intensität - typischerweise ebenfalls grundsätzlich als Beeinträchtigung des abstrakt-generellen Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.

Davon zu unterscheiden ist jedoch wiederum die einzelfallbezogene Konturierung der tatbestandlichen Reichweite des Persönlichkeitsschutzes. In der ersten Fallvariante folgte A den Regeln sozialadäquater Verhaltensweisen, in der letzteren nicht³⁷⁵. An diesem Ergebnis wäre die konkrete Tatbestandsbildung auszurichten.

³⁷⁴ Auflistung nach *Baston-Vogt*, S. 162.

³⁷⁵ Der Tatbestand des allgemeinen Persönlichkeitsrechts formt sich daher oftmals erst nach einem eigentümlichen zweistufigem Prüfungsprozeß - nach abstrakt-genereller sowie nachfolgend auf den Einzelfall zugeschnittener Betrachtung - vollends aus.

Letztlich relativiert sich der nur individuell im konkreten Einzelfall bestimmbare Maßstab zur Beurteilung der Sozialüblichkeit einer Beeinträchtigung an einem weiteren Punkt: Das Vorverhalten des Betroffenen bestimmt oftmals entscheidend die Grenze dessen, was dieser sich im Gegenzug gefallen lassen muß. Wer in einer „Talk-Show“ sein Innerstes nach außen kehrt, wird sich nicht dagegen wehren können, daß die Inhalte seiner seelischen Prostitution Gegenstand der öffentlichen Darstellung und des öffentlichen Meinungsaustausches werden³⁷⁶. Der Begriff Sozialadäquanz erscheint auch hier nicht als abstrakte Konstante, sondern eher als in Maßen selbstbestimmte Variable und erfährt damit eine nicht unbeachtliche Subjektivierung³⁷⁷.

2. Das Zweckbindungsgebot als materielle Konkretisierung der Sozialadäquanz

Für den Bereich des privaten Datenschutzes sei zudem noch auf eine spezielle Ausformung der tatbestandlimitierenden Sozialadäquanz hingewiesen. Das in Datenschutzkreisen - zumeist auf der Ebene des positiven Rechts - vieldiskutierte Prinzip der „Zweckbindung“³⁷⁸ läßt sich für die persönlichkeitsrechtliche Schutzbereichsanalyse vortrefflich nutzen. Als materielle Konkretisierung des Begriffs der Sozialadäquanz beschreibt die Achtung des Verhaltensgebots der Zweckbindung einer Datenverwendung exakt jene Verhaltensanforderung, die man als im Verkehr übliche Erwartung an den Umgang mit persönlichen Daten bezeichnen würde. In Ausführung von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) sowie Art. 10 der EG-Datenschutzrichtlinie sieht § 28 Abs. 1 Satz 2 BDSG Regierungsentwurf 2000 vor, daß bereits in der Phase der Datenerhebung die Verarbeitungs- und Nutzungszwecke konkret festzulegen sind. Nach § 28 Abs. 2 BDSG Regierungsentwurf 2000 sind über die Zweckfestlegung hinausgehende Verwendungen nur unter den weiteren Voraussetzungen der § 28 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BDSG Regierungsentwurf 2000 zulässig. Eine Nutzung dieser Grundsätze für die Ausformung des Begriffs der Sozialadäquanz sollte mit der gebotenen Vorsicht erfolgen. Besonders ist darauf zu achten, daß der Datenschutz außerhalb des gesetzlich normierten Bereichs nicht persönlichkeitsrechtlich überhöht wird. Nicht bereits jede zweckgemäße Datenverwendung stellt sich als rechtmäßig dar³⁷⁹, ebenso wird

³⁷⁶ Vgl. BGH NJW 1964, 1471 (1472) - Sittenrichter -; zum ganzen *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 324 f. m.w. N.

³⁷⁷ Nicht allein, wer die eigenen Güter und Interessen durch sein Verhalten zurücksetzt, erfährt vor der Rechtsordnung eine Minderung seines Schutzniveaus. *Hubmann* benannte das dahinter stehende Ver-anlasserprinzip auch im kommunikativen Actio-reactio-Gefüge und wies darauf hin, daß die schuldhaftige Mißachtung fremder Werte nach der Rechtsprechung zu einer spürbaren Einschränkung der eigenen Rechtsposition führt.

³⁷⁸ Z.B. *Simitis*, NJW 1984, 398 (402); *Zöllner*, RDV 1985, 3 (13 f.).

³⁷⁹ Man bedenke, daß gar der Erhebungszweck selbst auf eine Rechtsverletzung hindeuten kann; z.B. im Falle der Erhebung von intimer Information zum Zwecke der anschließenden

man nicht jede zwecküberschreitende Weiterverwendung von persönlichen Daten im privaten Datenschutz als Unrecht auffassen können³⁸⁰. Die Bedeutung des Zweckbindungsgrundsatzes liegt - etwas weniger gewichtig - eher in einer vorgeschalteten Weichenstellung zur Beurteilung der Frage nach der Sozialadäquanz eines potentiellen Eingriffsverhaltens. Mißachtet jemand den zuvor festgelegten Zweck für eine Datenverarbeitungsmaßnahme, so dürfte sein Verhalten nicht mehr als sozialadäquat³⁸¹ anzusehen sein. Der Weg zur einzelfallbezogenen Güter- und Interessenabwägung, zur erschöpfenden Erfassung der tangierten Rechtsgüter und der womöglich verletzte Verhaltensnormen steht dem Rechtsanwender dann offen. Liegt eine besonders krasse Abweichung vom vorgesehenen Verwendungszweck vor, so wird man hierin wiederum ein Intensitätsmerkmal bei der Gewichtung der verletzte Verhaltensnorm erblicken können³⁸². Die Achtung des Zweckbindungsgebots fügt sich damit zumindest als Kriterium zur materiellen Konkretisierung in die Sozialadäquanzanalyse, ohne weitere Beurteilungsfaktoren im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu verdrängen. Umgekehrt ließe sich formulieren, daß die Mißachtung des Zweckbindungsgebots als ein Negativindiz im Rahmen der Sozialadäquanzprüfung erscheint³⁸³.

3. Einverständnis, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung

Eng verwandt und doch strikt von der Tatbestandsbegrenzung unter dem Aspekt der Sozialadäquanz zu trennen sind die auf der Ebene der Rechtswidrigkeit anzusiedelnden Figuren der tatsächlichen und der mutmaßlichen Einwilligung. Gerade der oben angesprochene Beispielsfall

Verbreitung. Andererseits stehen dem Verwender oftmals berechnete Interessen für eine abweichende Datenverwendung zur Seite, so daß eine Gesamtbetrachtung das Verhalten nicht als sozialwidrig erscheinen läßt. Vgl. auch die Beispiele bei *Zöllner*, RDV 1985, 3 (13 f.).

³⁸⁰ Ebenso *Zöllner*, RDV 1985, 3 (13 f.); dies ergibt sich im Grundsatz auch e contrario aus § 28 Abs. 1 Nr. 2, 3 BDSG Regierungsentwurf 2000.

³⁸¹ Regelmäßig wird auch keine Einwilligung anzunehmen sein.

³⁸² Die Mißachtung der Zweckbindung wurde als verhaltenstypisches Merkmal im Rahmen der eingriffs-typisierenden Betrachtung oben bewußt ausgespart, da es speziell in der Phase der Datenerhebung meist nicht zu Zweckverstößen kommt: Wird der Erhebungs- und Verarbeitungszweck typischerweise erst bei der Erhebung festgelegt, so kollidieren in der Regel erst nachfolgende Datenverwendungen mit dem Zweckbindungsgebot.

³⁸³ Die Einhaltung des Gebotes der Zweckbindung nimmt damit zwei Funktionen im Tatbestandsgefüge ein: Einmal kann sie als typisierte Verhaltensnorm den Schutzbereich eröffnen, zum anderen besitzt ein Verstoß Indizwirkung im Rahmen der sich anschließenden konkreten Einzelfallbetrachtung. Dabei ist es sicherlich nicht zwingend, das Zweckbindungsgebot unter dem Oberbegriff der Sozialadäquanz zu fassen. Dies soll hier nur exemplarisch geschehen. M.E. haftet wohl allen Eingriffstypen zunächst ein Indiz für die Sozialwidrigkeit der Handlung an.

verdeutlicht, wie fließend hier oft die Übergänge sind. So könnte man den das Einkaufsverhalten der Frau überprüfenden Ehegatten durchaus, je nach Lage des Einzelfalls, auch durch eine tatsächliche oder doch zumindest eine mutmaßliche Einwilligung gedeckt sehen.

Die Rechtsfigur der Einwilligung wird in der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur ebenso lebhaft wie kontrovers diskutiert³⁸⁴. Insbesondere aus Gründen der Darlegungs- und Beweislastverteilung, aber auch aus grundlegenden dogmatischen Erwägungen heraus³⁸⁵, ist hier wiederum zwischen der Figur der Einwilligung auf Tatbestandsebene und der rechtfertigenden Einwilligung streng zu unterscheiden. Erstere bezeichnet man daher auch als Einverständnis³⁸⁶.

Nimmt man einmal die *rechtfertigende* Einwilligung ins Blickfeld, so ergeben sich aufgrund des mit der vorliegenden Arbeit verfolgten zweigleisigen methodischen Ansatzes zur Erfassung des Persönlichkeitsrechts keine gravierenden Besonderheiten. Allein, man wird sich vor Augen führen müssen, daß sich die Einwilligung im Einzelfall auch in der Gestattung³⁸⁷ einer sozialwidrigen, den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - da als typisierte Verhaltensunrecht gegen allgemeine gesellschaftliche Konvention verstoßend - verletzenden Handlung äußern kann. Die Persönlichkeit definiert die Grenzen ihrer eigene Integrität mitunter über das rechtliche Vehikel der Einwilligung, indem sie autonom über die Wahrung oder Mißachtung von Verhaltensgeboten durch Dritte entscheidet. Die klassischen Fallgestaltungen der Verletzung eines benannten Persönlichkeitsguts weisen dagegen im vorliegenden Kontext keine Besonderheiten auf³⁸⁸. Stets wird die Darlegungs-

³⁸⁴ Ausführlich *Kohte*, AcP 184 (1984), 105 ff. (110 f.) m.w.N.; siehe auch *Helle*, S. 101 ff.

³⁸⁵ *Helle*, S. 102 f., m.w.N., beleuchtet die zweifelhaften Konsequenzen der These von der Einwilligung als bloßer Gestattung einer Rechtsverletzung.

³⁸⁶ Dies erscheint in Anlehnung an die strafrechtliche Terminologie sinnvoll; vgl. *Kohte*, aaO., S. 111 (dort Fn. 32 m.w.N.); eine einheitliche Begriffsbildung hat sich jedoch noch nicht durchgesetzt, worauf *Baston-Vogt*, S. 226 (Fn. 78) hinweist.

³⁸⁷ Ob die Einwilligung *abseits* der deliktsrechtlichen Betrachtung als Willenserklärung oder zumindest geschäftsähnliche Handlung angesehen werden kann, soll hier nicht abschließend erörtert werden - die Möglichkeit einer privatautonomen Kommerzialisierung persönlichkeitsrechtlicher Interessen auf rechtsgeschäftlicher Ebene sollte jedenfalls auch dort gewahrt bleiben, wo man deliktsrechtlich von einer gerechtfertigten Rechtsverletzung spricht; dazu im Hinblick auf das Recht am eigenen Bild *Helle*, S. 103; allgemein *Forkel*, FS Neumayer, 1985, S. 229 (234 ff.); zur Bedeutung der „Ablösung“ bzw. Verselbständigung von Persönlichkeitsdetails in diesem Zusammenhang *ders.*, GRUR 1988, 491 (498); wohl etwas zu kurz greifend *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 170 (171).

³⁸⁸ Auch im Rahmen des rechtsgüterorientierten Persönlichkeitsschutz knüpft die Einwilligung stets an ein konkretes Verhalten des Gegenübers an: Die Zustimmung bezieht sich üblicherweise nicht auf die - abstrakt-generelle - Gefährdung, Verletzung oder Verwertung eines bestimmten Persönlichkeitsguts, sondern zumeist nur auf ganz bestimmte Eingriffs- bzw. Nutzungs- und Verwertungsformen. Freilich erscheint ersteres gerade im Bereich der Verwertung von Persönlichkeitsrechten - in den Grenzen der Sittenordnung - nicht völlig ausgeschlossen; vgl. den Fall BGH JZ 1987, 158 - Nena -; dazu *Helle*, S.51 m.w.N.; siehe im weiteren auch *Forkel*, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 105 (114 f.) und bereits oben Fn. 285.

und Beweislast für eine rechtfertigende Einwilligung in ein sozialinadäquates Eingriffsverhalten dem Verletzer zuzuweisen sein.

Der Anwendungsbereich des tatbestandsbeschränkenden bzw. tatbestandsausschließenden Einverständnisses ist dagegen enger gefaßt. Konstruktiv handelt es sich bei dieser Figur um ein negatives Tatbestandsmerkmal³⁸⁹, womit prozessual bereits die Behauptungslast beim potentiell Verletzten liegt. Nach *Hubmann*³⁹⁰ kennzeichnet sich die tatbestandsbegrenzende „Einwilligung“ durch eine im sozialen Alltag übliche Ausübung der Persönlichkeitsrechte, während die rechtfertigende Einwilligung für „Ausnahmefälle“ bereit stehe. Bereits die Diktion dieser Ansicht läßt erahnen, wie schwierig im Einzelfall die Abgrenzung der beiden Rechtsfiguren ausfällt. Trotzdem erscheint die Unterscheidung aus den genannten praktischen Gründen überaus sinnvoll. *Hubmanns* Definition verdeutlicht für den Bereich des tatbestandsausschließenden Einverständnisses die enge Verflechtung insbesondere mit den Grundsätzen der Lehre von der Sozialadäquanz. Beispielsweise würde es im konkreten Fall schwerlich feststellbar sein, ob sich eine Eingriffshandlung noch im Bereich des verkehrsüblichen hält oder umgekehrt sie gerade deshalb von einer mutmaßlichen und daher zu unterstellenden Zustimmung des Betroffenen gedeckt erscheint, weil sich hierin wiederum ein verkehrsüblicher Umgang mit dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen widerspiegeln würde. Konsequenterweise wird man die Figur eines „mutmaßlichen Einverständnisses“ auf Tatbestandsebene schon deshalb verwerfen können, da derselbe Regelungsbereich bereits vom Sog der Tatbestandslimitierung über die Formel von der Sozialadäquanz erfaßt ist. Eigenständige Bedeutung erlangt das tatbestandsausschließende Einverständnis somit allein dann, wenn es in Kenntnis der Folgen vom Betroffenen tatsächlich erklärt worden ist. In diesem Fall überlagert das erklärte Einverständnis die Prüfung der Sozialadäquanz der Eingriffshandlung und macht sie bezogen auf ihre Rechtswirkungen insoweit entbehrlich, als die Beschränkung der konkreten Reichweite des Schutzbereichs bereits aus der Einverständniserklärung selbst folgt. Dennoch gewinnt die Frage nach der Verkehrsüblichkeit, besser nach der Alltäglichkeit, Folgen- und Risikolosigkeit einer Persönlichkeitsrechtsverwertung oder -nutzung im Vorfeld Bedeutung. Ihr läßt sich die Weichenstellung dafür entnehmen, ob die Einwilligung auf Tatbestands- oder erst auf Rechtfertigungsebene greift. Damit gerät die Lehre von der Sozialadäquanz unter perspektivischer Verschiebung ein weiteres Mal

³⁸⁹ So im Hinblick auf § 22 KUG Helle, S. 102 f. Gleiches gilt m.E. analog für den in Rechtsfortbildung geformten Persönlichkeitsschutz; unklar *Bastion-Vogt*, S. 225 f.

³⁹⁰ *Hubmann*, Persönlichkeitsrecht, S. 170 f.

ins Blickfeld: Erscheint die Preisgabe des von der Einwilligung erfaßten Persönlichkeitsgutes bzw. die gestattete Beeinträchtigungshandlung als solche typischerweise sozialnormal und alltäglich, so läßt sich die entsprechende Einwilligungserklärung des Rechtsinhabers dogmatisch dem Tatbestand zuordnen.

Hat demnach im oben erwähnten Beispielsfall die K zum Informationszugriff durch A ihre Zustimmung erklärt, so entscheidet wiederum die einzelfallbezogene Verkehrsüblichkeit dieser Entscheidung über die Einstufung im Deliktstatbestand. Gegenüber dem neugierigen Ehemann A tritt die Zustimmung der K als tatbestandsausschließendes Einverständnis zur ohnehin gegebenen Sozialüblichkeit des Informationszugriffs hinzu. Aufgrund der ersichtlichen Sozialwidrigkeit der Eingriffshandlung des listigen Inkassobeauftragten A würde man in der Fallabwandlung die ausnahmsweise und keinesfalls alltägliche Gestattung der Einsichtnahme in die Belege dagegen als rechtfertigende Einwilligung auffassen müssen. Wollte folglich A im Beispiel - rein hypothetisch - gegen ihren Ehemann eine vorbeugende Unterlassungsklage führen, müßte sie u.a. ihr fehlendes Einverständnis zumindest erst einmal behaupten und darüber hinaus die Fakten für die normative Beurteilung der Sozialwidrigkeit des Verhaltens ihres Mannes darlegen³⁹¹.

III. Aufbau und Anforderungen an die Güter- und Interessenabwägung

Die Bestimmung der tatbestandlichen Reichweite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts steht nach ganz einhelliger Auffassung in Rechtsprechung³⁹² und Literatur³⁹³ unter dem Vorbehalt einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung. Allerdings setzt die Prüfung der fallbezogenen Interessenabwägung voraus, daß zunächst in einem ersten Schritt die Betroffenheit des abstrakt-generellen Schutzbereichs des Persönlichkeitsrechts festgestellt worden ist. Genau genommen vollzieht sich damit die tatbestandliche Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - ähnlich wie in der verfassungsgerichtlichen Grundrechtsprüfung - auf zwei Stufen. Während die Frage nach der Betroffenheit des sachlichen Schutzbereichs Auskunft darüber gibt, welche abstrakt benennbaren Interessen³⁹⁴ des Rechtsträgers

³⁹¹ Letzteres dürfte bei verständiger Betrachtung nicht gelingen.

³⁹² BGHZ 13, 334 (337); 24, 72 (80); 30, 7 (11); 31, 308 (312); 45, 296 (306 ff.); 84, 237 (238 f.); BGH NJW 1995, 1955 (1957); vgl. auch BVerfGE 7, 198 (208 ff.); 30, 173 (195); 34, 269 (282); 50, 234 (241); 54, 208 (219); 73, 120 (124); 85, 1 (16).

³⁹³ Statt vieler *Baston-Vogt*, S. 155 m.w.N. Zur Methodik siehe auch ausführlich *Howe*, Zivilrechtlicher Eingriff und Interessenabwägung.

³⁹⁴ Der Begriff des Interesses ist hier bewußt weit gewählt. Aufgrund der zweigleisigen Tatbestandsbildung kann das Interesse auch in der Einhaltung eines berechtigten Verhaltensgebots liegen.

durch ein Verhalten beeinträchtigt worden sind, entscheidet erst die einzelfallbezogene Interessenabwägung, ob sich das Verhalten bei einer Gesamtschau der relevanten Gesichtspunkte nach normativer Betrachtung als Unrecht darstellt. Es ist demnach zwischen der *Beeinträchtigung* und der *Verletzung* des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu unterscheiden³⁹⁵.

Soweit daher oben³⁹⁶ die einzelnen von datenschutzrechtlichen Handlungen betroffenen Lebensgüter bzw. die typischerweise persönlichkeitsrechtsrelevanten Handlungsweisen im Datenschutz beschrieben worden sind, dient dies nur vorläufig zur Klärung der Frage nach der Eröffnung des sachlichen Schutzbereichs. Der Schwerpunkt der Unrechtsprüfung bleibt der konkreten, einzelfallbezogenen Interessenabwägung vorbehalten. Nach der Ansicht *Hubmanns*³⁹⁷ vollzieht sich die Abwägung in drei gedanklichen Schritten: erstens das Auffinden der einschlägigen Gesichtspunkte, zweitens deren Bewertung und schließlich ihre Abwägung.

1. Die Inventio - das Auffinden von Persönlichkeitsgütern sowie von Interessen an der Achtung persönlichkeitsschützender Verhaltensnormen

Bereits die Eingangsphase der Interessenabwägung entscheidet oftmals über deren Verlauf und die Vertretbarkeit des Ergebnisses. Werden die relevanten Umstände des Einzelfalls schon nicht hinreichend genau ausfindig gemacht und entsprechend benannt, kann ein Abgleich ihrer Wertigkeit nicht gelingen. Ausgangspunkt jeder Interessenabwägung ist daher die eingehende Sachverhaltsanalyse unter Benennung der einschlägigen und Ausscheidung der irrelevanten Gesichtspunkte³⁹⁸.

Nach den oben gefundenen Erkenntnissen wäre demnach bei einer datenschutzrechtlichen Fragestellung zunächst zu untersuchen, ob im konkreten Fall eine Beeinträchtigung eines anerkannten Persönlichkeitsguts zu verzeichnen ist oder nicht. Zunächst unabhängig vom Ergebnis dieser Prüfung wäre weiter zu untersuchen, ob sich aus der Beeinträchtigungshandlung bei normativer Betrachtung ein hier als rechtlich relevant einzustellendes Interesse folgern läßt. Dies wird sich *in praxi* stets aus einer negativen Prüfung nach Maßgabe der Fragestellung ergeben, ob das konkrete Verhalten typischerweise eine Mißachtung des Persönlichkeitsrechts darstellt. Man könnte den so ausfindig gemachten Gesichtspunkt daher auch als Interesse an der Achtung persönlichkeitsschützender Verhaltensnormen bezeichnen³⁹⁹. Die Besonderheit

³⁹⁵ Zutreffend *Baston-Vogt*, S. 156 f.

³⁹⁶ Siehe insbesondere B II, III; C V.

³⁹⁷ *Hubmann*, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 173 (177 ff.).

³⁹⁸ *Hubmann*, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 173 (177).

³⁹⁹ Allgemein zum persönlichkeitsrechtlichen Achtungsanspruch bereits *Schwerdtner*, Persönlichkeitsrecht, S. 97 f.

kann nun darin liegen, daß diesem Achtungsinteresse kein benanntes Persönlichkeitsgut gegenüber steht, etwa, weil die beeinträchtigende Handlung die Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit erfaßt, sie ganz allgemein in ihrer Werthaftigkeit herabstuft, erniedrigt, verobjektiviert usw.⁴⁰⁰ Dies trifft für den Bereich der Datenverarbeitungsmaßnahmen beispielsweise auf die Datenfälschung oder die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen zu⁴⁰¹.

Gerade im persönlichkeitsrechtlichen Datenschutz wird man, wie die vorstehenden Erwägungen zur eingriffsorientierten Beschreibung des Tatbestandes belegen, recht häufig die Sammlung der betroffenen Aspekte im Eingang zur Güter- und Interessenabwägung um Achtungsinteressen erweitern müssen. Es handelt sich um Gesichtspunkte, die sich erst aus einer Analyse pflichtwidrigen Verhaltens ergeben und bei normativer Betrachtung ein korrespondierendes Schutzbedürfnis für den Betroffenen auslösen.

Dies kann sich im Bereich der Datenerhebung beispielsweise aus dem Umstand ergeben, daß jemand ohne Kenntnis des Betroffenen Daten über ihn zusammenträgt. Der „Makel der Heimlichkeit“⁴⁰² kann dabei zunächst wegen der immanenten Mißachtung jener Verhaltensnorm, wonach eine Datenerhebung im Einverständnis mit dem Betroffenen erfolgen muß, mittelbar, nämlich korrespondierend im Wege eines Achtungsinteresses in die Güter- und Interessenabwägung einfließen. Dieses Interesse könnte man auch allgemeiner als Interesse an der Kenntnis vom Umgang mit den eigenen Daten⁴⁰³ bezeichnen. Ob und mit welchem Gewicht⁴⁰⁴ das aufgefundene und zunächst einmal so konkret als möglich bezeichnete Interesse in die abschließende Abwägung mit den kollidierenden Interessen des Anspruchsgegners eingeht,

⁴⁰⁰ In diesen Fällen könnte man auch untechnisch von einem „unbenannten Achtungsinteresse“ sprechen, das dem Schutz der Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit dient.

⁴⁰¹ Kennzeichnend ist in beiden Fällen, daß die Eingriffshandlung ganz unterschiedliche Segmente der Persönlichkeit oder auch die Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit betreffen können. Deshalb empfiehlt es sich, sogleich über die Eingriffstypisierung vorzugehen. Gerade im Fall der Profilbildung stellt die Prüfung eines schutzwürdigen Interesses des Betroffenen allerdings einen hochnormativen Vorgang dar. Siehe bereits oben B III 1 b).

⁴⁰² Siehe zu einigen denkbaren Abstufungen bereits oben C V 1 b cc).

⁴⁰³ Vgl. *Ganßauge*, S. 114. Ein solches Interesse wäre aber nicht generell schutzwürdig. Hubmann, AcP 155 (1956), 85 (95 f.), beschreibt den Begriff des Interesses zutreffend als „Streben nach Gütern und Werten und die Sorge um deren Erhaltung“ und unterscheidet davon das bloße Bedürfnis, das eine „innere Leere“ aufweise. Demgemäß ist zu bedenken, daß nicht jede Kenntnis vom Umgang mit den eigenen Daten ein Wertstreben bedeutet: So wie nur in manchen Fällen der heimliche Umgang mit den Daten anderer als Mißachtung deren Persönlichkeitswerts aufzufassen ist, weist umgekehrt nur in eben jenen Fällen das Interesse an der Kenntnis vom Umgang mit den eigenen Daten ein Wertstreben auf, nämlich das Streben um den Schutz des eigenen Persönlichkeitswerts, der Güter der Persönlichkeit oder generell ihrer geistig-seelischen Integrität.

⁴⁰⁴ Von der ersten Stufe des bloßen Auffindens der betroffenen Belange ist zumindest theoretisch die normative Bewertung zu unterscheiden, wenn auch die Übergänge oft weitgehend im Fluß sind. Es wird nicht verkannt, daß bereits das Auffinden eines Gesichtspunktes einen hochnormativen Vorgang darstellt. Vgl. auch *Hubmann*, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 173 (178).

bedarf jedoch zuvor noch der Klärung in einer weiteren vorgeschalteten gedanklichen Stufe.

2. Die Wertung der erkannten Güter und Interessen

Sind erst einmal alle relevanten Gesichtspunkte aufgefunden und benannt worden, so empfiehlt es sich im weiteren, noch vor der eigentlichen Bewertung die Interessen zu sortieren und den jeweiligen Streitparteien zuzuordnen. Die Gewichtung der gegenläufigen Interessen vollzieht sich sodann im wesentlichen wieder in zwei Schritten.

Zunächst kann in einer abstrakten, fallunabhängigen Betrachtung ermittelt werden, welcher Wert hinter einem der aufgeführten Interessen zu erblicken ist. Bei den als solchen erkannten Rechtsgütern wird es bisweilen weniger schwer fallen, eine gewisse Rangordnung der dahinter stehenden Werte in abstrakter Kategorie zu konstatieren. Das Gesetz sowie die Verkehrsanschauung bieten hierfür in der Regel einigen Anhalt⁴⁰⁵. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wie die aus der Verletzung von Verhaltensnormen abgeleiteten persönlichkeitsrechtlichen Achtungsinteressen zu gewichten sind. Hier wird eine abstrakte Bemessung der Schutzwürdigkeit eines Interesses in der Regel unmöglich sein. Während sich nämlich durchaus noch feststellen läßt, daß das Rechtsgut Leben vor dem Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit wertmäßig höher rangiert, lassen sich Bedeutung und Gewicht beispielsweise des Interesses, nicht Gegenstand eines arglistigen Datenzugriffs zu sein, allein mit Blick auf den konkreten Einzelfall ermessen.

Soll hier die konkrete Schutzwürdigkeit des Betroffenen ermittelt werden, bedarf es des Blicks auf weitere Faktoren, die den konkreten Schweregehalt einer Beeinträchtigungshandlung, i.e. deren Handlungsunwert⁴⁰⁶, beeinflussen und bestimmen. In umgekehrter Betrachtung steigert oder vermindert der Grad der Intensität der Eingriffshandlung das Schutzbedürfnis des Betroffenen und damit das Gewicht, das das abgeleitete Achtungsinteresse in der Interessenabwägung einnimmt. Im Laufe der Untersuchung wurden bereits einige Intensitätsmerkmale, die zur abstufenden Gewichtung der abgeleiteten Schutzinteressen taugen, herausgearbeitet. Aus dem offenen und erweiterungsfähigen Katalog seien an dieser Stelle genannt: die Betroffenheit

⁴⁰⁵ Vgl. *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85 (101).

⁴⁰⁶ Allgemein zu den Bewertungsprinzipien menschlichen Verhaltens *Hubmann*, AcP 155 (1956), 85 (115 ff.). Auch die Rechtsprechung stellt handlungsspezifische Unrechtsindikatoren bisweilen in die Abwägung ein, allerdings meist in unscharfer Formulierung: Nach BGHZ 73, 120 (125) - Telefongespräch I - kann das Recht der Presse zur Publikation von Informationen auch durch den Weg, auf dem der Informant diese erlangt hat, begrenzt werden. Vgl. bereits BGH JZ 1957, 751.

einer konkreten Lebenssphäre (Sphärenformel), das Mittel der Datenerhebung oder -verarbeitung (Fixierungs- bzw. Automatisierungsgrad), die etwaige Vernachlässigung oder Preisgabe eigener Interessen (Vorverhalten) usw. Als weitere, nicht verhaltensgebundene Abstufungsmerkmale können beispielsweise die Sensitivität, der Verbreitungsgrad der Daten oder das Datenalter genannt werden.

Wichtig erscheint die Feststellung, daß die genannten Abstufungsmerkmale auf das Schutzinteresse im Einzelfall auch dann normativ einwirken, wenn die Beeinträchtigung eines konkreten Persönlichkeitsguts in Rede steht. Wie bereits festgestellt wurde, verschärft sich beispielsweise die Eingriffsintensität einer Datenverwendung, die Details aus dem privaten Leben eines anderen zum Gegenstand hat, wenn die Gewinnung der Information mit einem Zugriff auf die Privatsphäre verknüpft ist oder automatisiert mittels einer selbsttätigen Datenverarbeitungsanlage erfolgt. Andererseits erfährt das aus dem Privatleben konkret folgende Schutzinteresse des Betroffenen eine Abschwächung, wenn dieser die betreffenden Daten selbst offengelegt hat oder es sich um eine Datenverwendung durch nächste Angehörige oder Freunde handelt. Abstufungs- und Intensitätskriterien fungieren insofern als qualitative bzw. - zur besseren Veranschaulichung - quantitative Parameter⁴⁰⁷ zur Bestimmung der Reichweite des konkreten Schutzinteresses. Die abstrakt-qualitative Bedeutung eines Interesses ist hiervon sauber zu trennen. Sie legt nur den Ausgangspunkt für eine wertende Betrachtung fest. Das konkrete Gewicht eines Interesses folgt erst aus einer Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls.

Der weite Kreis denkbarer Abstufungsmerkmale überlagert damit gewissermaßen als allgemeiner normativer Fundus die gesamte Interessenbewertung auf seiten des von einer Datenverwendung Betroffenen, unbeschadet der Tatsache, ob das zu gewichtende Interesse aus einem Rechtsgut folgt oder aus der Mißachtung einer persönlichkeitschützenden Verhaltensnorm gewonnen wurde. Sind die relevanten Interessen des Betroffenen in dieser Weise einzelfallbezogen gewertet worden, sind sie in einem abschließenden Schritt den gegenläufigen Interessen des Datenverwenders gegenüber zu stellen.

⁴⁰⁷ Zur Abwägung mittels quantitativer Vorstellungsgrößen *Hubmann*, FS Schnorr v. Carolsfeld, S. 173 (178).

3. Die Abwägung im engeren Sinn

Bei dieser Abwägung im engeren Sinne wird das Ergebnis dann vorgezeichnet sein, wenn auf der Wertungsstufe bereits eine Transformation der relevanten werthaltigen Aspekte in quantitative Größen stattgefunden hat. Dabei muß jedoch bedacht werden, daß eine isolierte Quantifizierung eines konkreten Schutzinteresses, etwa durch Zahlengrößen, nicht möglich sein wird. Nimmt man aber beispielsweise eine grundsätzliche Gleichrangigkeit der Ausgangsinteressen an, so z.B. zwischen dem Rechtsgut Privatleben und der Pressefreiheit, so wird die auf der Bewertungsstufe in vergleichender Betrachtung durch Einstellung der relevanten Abstufungsmerkmale gewonnene quantitative Relation der entgegengesetzten Interessen zueinander eine Entscheidung darüber ermöglichen, ob das eine Interesse das andere im konkreten Einzelfall überwiegt oder nicht. Mathematische Grundsätze müssen dabei nur bemüht werden, soweit sie erforderlich sind, um eine solche Interessen(un)gleichung zu veranschaulichen⁴⁰⁸. Für die Entscheidung über das Vorliegen einer Tatbestandsverletzung reicht es als Ergebnis völlig aus, wenn auf einer Seite der Gleichung ein Interessenübergewicht festgestellt werden kann⁴⁰⁹.

IV. Schlußwort

Als ein Ergebnis der vorliegenden Untersuchung kann festgehalten werden, daß der Personaldatenschutz die Überlegungen zur Rechtsfortbildung im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor neue Herausforderungen stellt. Die Feststellung tatbestandlichen Unrechts gegen die Persönlichkeit kann im deliktsrechtlichen Datenschutz nur aus einer Betrachtung heraus gewonnen werden, die in einer Synthese die rechtlichen Interessen der Persönlichkeit sowohl aus benennbaren Gütern wie auch aus erkannten Verhaltensnormen ableitet. Gerade in der Ausbildung und Typisierung von Eingriffsformen bzw. von dahinter stehenden Verhaltensnormen, die ihrerseits wiederum oftmals nur als Reflexe technischer Entwicklungen in das gesellschaftliche Bewußtsein treten, liegt eine effiziente Möglichkeit zur Fortentwicklung eines praxisgerechten Schutzes der Persönlichkeit.

Die Schwierigkeiten, die im Rahmen des Schutzes der Persönlichkeit vor dem Zugriff und der Verwendung ihrer Daten begegnen, zeigen auf, wie wichtig es ist, sich von den dogmatischen Fesseln einer rein rechts- bzw.

⁴⁰⁸ Näher *Hubmann*, aaO, S. 173 (180 ff.).

⁴⁰⁹ Da § 823 Abs. 1 BGB dem Anspruchssteller die Darlegungs- und Beweislast für die Tatbestandsmäßigkeit einer Verletzungshandlung zuweist, könnte bei völliger Gleichrangigkeit der Interessen keine Tatbestandsverletzung angenommen werden.

rechtsgutorientierten Ausformung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB zu lösen.

In beiden Fällen steht jedoch hinter jeglicher Methodik die Wertung - eine Einsicht, die oftmals, vor allem im Rahmen theoretischer Abhandlungen, unterschätzt wird, jedoch der Rechtsfortbildung in der Praxis wesensimmanent ist. Die Persönlichkeit läßt sich nicht erschöpfend in schematischen Begriffskategorien fassen. Die Vielfalt des Lebens definiert sie treffender.

E. Thesen

1. Das normierte Datenschutzrecht weist Tendenzen zur Überregulierung, zu übertriebener Verrechtlichung und zum Gesetzesperfektionismus auf. Eine Gefahr besteht insbesondere darin, daß die Schere zwischen Regelungsumfang und Effizienz des positiven Rechts weiter auseinander zu laufen droht. Mit zunehmender Regulierung und wachsender Unübersichtlichkeit der Rechtsmaterie wird die gesellschaftliche Akzeptanz datenschutzrechtlicher Normen und im Gefolge die Achtung der dahinter stehenden Individualinteressen sicher nicht zunehmen. Deregulierung tut not.
2. Die noch heute bestehenden Unklarheiten über die Schutzziele des Datenschutzes sind ein Grund dafür, warum reiner Gesetzesaktionismus nicht als probates Mittel zur Bewältigung der persönlichkeitsrechtlichen Problemstellungen angesehen werden kann. Die Fortentwicklung des gesetzlichen Datenschutzes sollte stärker an grundlegenden persönlichkeitsrechtlichen Interessen ausgerichtet werden.
3. Eine Betrachtung der zivilrechtlichen Schutzinteressen im Datenschutz nimmt - getreu dem individualistischen Ansatz im normierten Recht - bei der personenbezogenen Information ihren Ausgang. Das einzelne persönliche Datum begreift sich als kleinstes Abbild der Persönlichkeit, als dargestelltes Persönlichkeitsdetail.
4. Der Personenbezug des Datums gewinnt bei Personenmehrheiten und juristischen Personen eine andere Qualität. Die Schutzinteressen des Unternehmensdatenschutzes lassen sich nur aus einer funktionalen Betrachtungsweise des Mediums Information für die spezifischen Interessen des betroffenen Rechtsträgers lösen. Eine unbesehene Übertragung des individualpersönlichkeitsrechtlichen Schutzkonzeptes verbietet sich wegen wesensimmanenter Interessensdifferenzen.
5. Eine Implementierung datenschutzrechtlicher Interessen in das Deliktsrecht des BGB hat ihren Ausgangspunkt in den Schutzgütern des Persönlichkeitsrechts, die teilweise erst durch Rechtsfortbildung geschaffen wurden. Dabei kommt dem Erfordernis einer Vergegenständlichung bzw. Verdinglichung des Schutzgutes keine entscheidende Bedeutung zu. Gewichtiger erscheint die sozialtypische Erkennbarkeit des rechtlichen Interesses für den Datenverwender.
6. Das Selbstbestimmungsrecht ist kein Recht im Sinne des § 823 BGB. Eine interessen- oder gegenstandsbezogene Selbstbestimmung kann

nicht Ausgangspunkt des deliktsrechtlichen Tatbestandsaufbaus sein. Gerade die informationelle Selbstbestimmung wirkt in Teilen bereits a priori als Form einer reinen Fremdbestimmung. Eine Selbstbestimmung über die persönlichen Daten käme nur dann in Betracht, wenn die persönlichen Daten dem Betroffenen zur autonomen Wahrnehmung seiner Interessen zugewiesen wären, wenn sie Bestandteil seiner selbst wären. Das ist nicht der Fall. Eine informationsbezogene Selbstbestimmung kollidiert mit der soziologischen Realität. Darüber hinaus kennzeichnen sich in rechtlicher Hinsicht vertragliche wie gesetzliche Schuldverhältnisse durch immanente Datentransparenz.

7. Die Figur der „informationellen Selbstbestimmung“ erscheint als Modellvorstellung aufgrund sozialer Faktizität ebenso relativ wie jene von den Persönlichkeitssphären, die den einzelnen umgeben.
8. Im Zusammenhang mit der verfassungsrechtlichen Genese des Begriffs ist weiter zu bedenken, daß der ihm immanente Darstellungs- bzw. Teilhabegedanke im auf Integritätsschutz ausgerichteten Deliktsrecht keine Entsprechung findet.
9. Eine Eingrenzung der Selbstbestimmung nach Vernunftmaßstäben („vernünftige Selbstbestimmung“) verstellt den Blick auf die dahinter stehenden rechtlichen Interessen, denen aufgrund verfassungslegislativer Wertentscheidung und nach entsprechender Transformation im Wege der Rechtsfortbildung über das allgemeine Persönlichkeitsrecht Schutz zuteil werden.
10. Die Bestimmungskompetenz der Persönlichkeit folgt aus der Wertentscheidung zugunsten eines Persönlichkeitsguts, nicht umgekehrt.
11. Eine an den Schutzgütern der Persönlichkeit ausgerichtete Betrachtung ergibt, daß datenschutzrechtliche Interessen vornehmlich beim Recht auf Individualität anzusiedeln sind. Das deskriptive Moment personenbezogener Information vereint die anerkannten Güter im Rahmen des Rechts auf Individualität in der Schutzrichtung gegen Indiskretion.
 - a) Eine Sonderstellung nehmen hierbei die Kennzeichen ein, da sie ihrem Wesen nach zunächst der Unterscheidung dienen und damit immanent auf Transparenz ausgelegt sind. Ihr Schutz erfolgt vornehmlich spezialgesetzlich. Da der Indiskretionsschutz nicht im Vordergrund steht, bleiben sie bei einer datenschutzrechtlichen Betrachtung weitgehend außen vor.
 - b) Persönliche Daten weisen die engsten Bezüge zu den rein deskriptiven Persönlichkeitsgütern im Rahmen des Rechts auf Individualität auf, so etwa zum Recht am eigenen Bild, zum Recht

am Lebens- und am Charakterbild. Das personenbezogene Datum fungiert als das kleinste Element innerhalb dieser Güter.

- c) Weniger stark kreuzen sich datenschutzrechtliche Interessen mit jenen Rechtsgütern, die eine individuelle Emanation der Persönlichkeit darstellen. Auch im Verhältnis zum Recht am geschriebenen bzw. am gesprochenen Wort kommt es aber zu Überschneidungen, vor allem dann, wenn es um den Gedankeninhalt einer Äußerung geht. Ein Rückgriff auf die inhaltsbezogenen Schutzgüter im Rahmen des Rechts auf Individualität erscheint dann zwingend, wenn die mündlichen oder schriftlichen Äußerungen personenbezogene Informationen über den Äußerungsempfänger oder über Dritte enthalten.
- d) Der Inhalt persönlicher Daten gewinnt über die Frage nach der Schutzintensität hinaus auch Bedeutung für die Betroffenheit von konkreten Schutzgütern. Die Unterscheidung von deliktsrechtlichem Schutzgut und Schutzintensität wird in Rechtsprechung und Literatur allerdings nicht mit der erforderlichen Sorgfalt betrieben. Zutreffend wird man zwischen dem Persönlichkeitsgut „Privatleben“ und dem bereichsmäßigen Schutz der „Privatsphäre“ ebenso zu unterscheiden haben wie zwischen dem Schutz von einem „Geheimnis“ bzw. dem „Geheimbereich“.
- e) Der Sphärenbegriff sollte in Abgrenzung zu den immanent geschützten Persönlichkeitsgütern in der Modellvorstellung einer situationsabhängig variablen räumlichen Dimension verhaftet bleiben und nicht mit den anderen zum Recht auf Individualität gehörenden Gütern vermengt werden. Kennzeichnend für einen isolierten Zugriff auf diesen räumlichen Rückzugsbereich der Person ist ein bestimmtes Verhalten, dessen Charakteristik das Unrecht im Einzelfall nahe legt.
- f) Der nach dem Sphärenmodell ausgebildete bereichsmäßige Schutz gewinnt im handlungstypischen Kontext der informationellen Zugriffshandlung besondere Bedeutung. Die Begriffe „Geheimsphäre“ und „Privatsphäre“ negieren bereits den Vorgang des Informierens. Der persönlichkeitsrechtliche Schutzbereich sucht daher insoweit nach einer von der inhaltlichen Qualifikation der erstrebten Informationsgewinnung unabhängigen Antwort. Die Sphärenbetroffenheit stellt sich lediglich als Gradmesser für die Intensität der persönlichkeitsrechtlichen Beeinträchtigung einer Datenerhebung dar. Anknüpfungspunkt für die deliktsrechtliche Tatbestandsverwirklichung ist hierbei das als mißbilligenswert

empfundene Verhalten, ohne daß es bereits zu einer Verletzung eines Persönlichkeitsguts gekommen sein muß. Im Bereich der Datenerhebung bildet sich der Datenschutz teilweise zum abstrakten Vorfeldschutz vor Gefährdungen der Persönlichkeit aus. Deliktisches Unrecht vermag hier bisweilen allein handlungstypisierend erkannt zu werden.

- g) Auch im Bereich des Ehren- sowie des Identitätsschutzes kennzeichnet sich die Persönlichkeitsrechtsverletzung schwerpunktmäßig durch einen Verstoß gegen anerkannte Verhaltensanforderungen im menschlichen Zusammenleben. Die Benennung eines konkret betroffenen Aspektes der individuellen Persönlichkeit, der den Rang eines Persönlichkeitsguts innehat, ist für die Feststellung einer Verletzung des Deliktstatbestandes hier nicht zwingend erforderlich.
- h) Sog. „sensitive Daten“ nehmen keine Sonderstellung im Rahmen des Rechts auf Individualität ein. Vor allem die kontextabhängige Variabilität des Schutzbedürfnisses spricht gegen die Anerkennung eines rechtlich per se schutzwürdigen Interesse an „sensitiven Daten“. Die entsprechenden gesetzgeberischen Wertungen finden jedoch im Rahmen einer Schutzniveauabstufung auf der Ebene der Interessenabwägung Eingang.
- i) Das persönliche Datum stellt kein Persönlichkeitsgut dar, was sich außer den bereits im ersten Teil angestellten Erwägungen zudem e contrario aus der Struktur anerkannter Güter im Rahmen des Rechts auf Individualität ergibt.
- j) Die Schutzlücken und Unschärfen, die die Persönlichkeitsgüter „Lebensbild“ und „Charakterbild“ hinterlassen, können nicht durch die Kreierung weiterer „Bilder“ der Persönlichkeit kompensiert werden. Die Ausbildung weiterer Persönlichkeitsprofile scheitert aus strukturellen Gründen. Angesichts der Vielfalt des Lebens kommt eine erschöpfende Aufzählung denkbarer Profile nicht in Betracht. Die abstrakte Definition eines Persönlichkeitsprofils kann nicht gelingen.
- k) Der Auslöser normativer Schutzüberlegungen im Bereich der Profilbildungen liegt meist in einer mit dem gesellschaftlichen Verständnis von Menschenwürde und Achtung der Person nicht zu vereinbarenden, als bloßstellend, verletzend oder gar anstößig empfundenen Verhaltensweise des Profilerstellers bzw. Datennutzers. Das Verhaltensunrecht der Profilbildung kann stets darin erblickt werden, daß der Ersteller den Betroffenen mittels

persönlicher Daten in einer Weise erfaßt, die die Grenzen gegenseitigen Informationsaustausches und natürlicher Neugierde überschreitet, die über das im sozialen Alltag gewöhnliche Maß hinaus Rückschlüsse über den Betroffenen zuläßt und die den Betroffenen - gerade unter Zuhilfenahme der EDV - als jederzeit und allerorten verfügbaren, verbreitbaren und auswertbaren Informationsgegenstand verobjektiviert. Damit läßt sich auch dieses Unrecht nur über eine verhaltenstypisierende Betrachtungsweise einigermaßen sicher einfangen.

12. Insbesondere wegen der Zersplitterung „datenschutzrechtlicher“ Interessen über die gesamte Bandbreite des Rechts auf Individualität kann auf dem Boden einer Wertentscheidung ein einheitliches datenschutzrechtliches Interesse, das beispielsweise ein umfassendes „Persönlichkeitsrecht an den persönlichen Daten“ tragen würde, nicht angenommen werden.
13. Um den Datenschutz auf der Ebene des Tatbestandes persönlichkeitsrechtlich zu fassen, bedarf es einer ergänzenden Betrachtung typisch persönlichkeitsrechtlicher Verhaltensnormen. Die Dogmatik des § 823 Abs. 1 BGB steht einer Konturierung des Persönlichkeitsschutzes über den Eingriffsaspekt nicht im Wege. Auch bei den dort benannten Rechtsgütern bestimmt sich die Frage nach dem Vorliegen einer Verletzung oft erst im Wege einer konkreten Bewertung der Eingriffshandlung.
14. Diese methodische Perspektive zur Erfassung des Persönlichkeitsrechts im Datenschutz hängt sehr eng mit der Entstehung dieser Rechtsmaterie zusammen. Es trägt die Annahme, „datenschutzrechtliche Interessen“ seien mit dem Aufkommen der EDV im gesellschaftlichen Bewußtsein erst „erkannt“ worden. Erkannt bzw. im Bewußtsein existent wurden vielmehr nach und nach eine Vielzahl von möglichen Verhaltensweisen, scil. Datenverarbeitungsmaßnahmen, die man aus den unterschiedlichsten Gründen heraus, scil. aus den verschiedensten Gefährdungsbefürchtungen für die Integrität der Persönlichkeit heraus, als zunächst sozial und sodann rechtlich mißbilligenswert empfand. Vor diesem Hintergrund verwundert nicht, daß das geschriebene Datenschutzrecht durchweg Verhaltenspflichten normiert und nur unvollkommen bzw. lückenhaft die betroffenen Schutzgüter benennt. Der in Rechtsfortbildung entwickelte Persönlichkeitsschutz kann sich dieser in der Genese des positiven Rechts liegenden konstruktiven Besonderheit nicht verschließen.

15. Die Tatbestandsbeschreibung kann somit zweigleisig sowohl über den herkömmlichen Rechtsgüterschutz als auch über die Eingriffsperspektive erfolgen. Eine Verletzung kann im Einzelfall auch allein aus der Verletzung einer Verhaltensnorm gefolgert werden, ohne daß dem ein konkret benennbares Persönlichkeitsgut gegenüber stünde. Die Persönlichkeit definiert sich in Teilen nicht mehr über mehr oder minder konkretisierte Schutzgüter oder Schutzsegmente, sie residiert vielmehr daneben in unbenannten Schutzräumen, die als Refugium vor illegitimen Handlungsweisen der Außenwelt dienen.
16. Eine Synthese beider Methoden ergibt spätestens auf der Ebene der Interessenabwägung ein feiner abgestuftes Bild der persönlichkeitsrechtlichen Interessen.
17. Eine Analyse typischer Eingriffshandlungen, die vornehmlich aus gesetzlichen Wertungen wie auch allgemeinen gesellschaftlichen Verhaltenskonventionen abgeleitet werden können, ergibt am Beispiel der Datenerhebung, daß nur recht wenige typischerweise unrechtsindizierende Verhaltensweisen herauspräpariert werden können.
18. Speziell bei der Datenerhebung fungiert die Sphärenformel als Komplementärbegriff zur Veranschaulichung der Eingriffsintensität bzw. umgekehrt des Schutzinteresses bei dem Betroffenen.
19. Datenerhebungen können handlungstypisch weiter ihrer Art nach sowie nach dem Mittel der Datenerhebung unterschieden werden.
 - a) Nach der Art lassen sich Datenzugriffe unter Anwendung von Nötigungsmitteln, unter Täuschung sowie heimliche Datenerhebungen unterscheiden. Eine Regelindikation des Unrechts scheidet aber auch hier grundsätzlich aus. Wesentliche Wertungen lassen sich jedoch bezüglich des heimlichen Datenzugriffs den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 201, 202 a StGB entnehmen.
 - b) Nach dem Erhebungsmittel lassen sich rein sinnliche, nicht-automatisierte sowie automatisierte Datenerhebungen unterscheiden. Oft fällt die Datenerhebung hier bereits mit der ersten Speicherung zusammen. Der Grad der Fixierung bestimmt in erheblichem Maße das Schutzbedürfnis des Betroffenen. Während die rein sinnliche Datenerhebung grundsätzlich erlaubnisfrei ist, steigert sich das Schutzbedürfnis des Betroffenen analog der Fixierungsintensität. Im Falle der automatisierten Datenerhebung erscheint das Schutzinteresse wegen der verbundenen Mißbrauchsgefahren am größten. Eine Regelindikation des Unrechts kommt aber auch hier nicht in Betracht.

20. Der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfährt durch die Lehre von der Sozialadäquanz erhebliche Einschränkungen. Das im Datenschutzrecht verankerte Zweckbindungsgebot kann dabei als eine denkbare materielle Konkretisierung sozialadäquaten Handelns bei Datenverarbeitungsmaßnahmen angesehen werden. Weitere Tatbestandsbeschränkungen erfolgen durch die Figur des tatbestandsausschließenden Einverständnisses, das wiederum strikt von der rechtfertigenden Einwilligung bzw. der mutmaßlichen rechtfertigenden Einwilligung zu trennen ist.
21. Die zweigleisige Tatbestandsbildung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Datenschutz führt auf der Ebene einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung zu einigen Modifikationen. In einem ersten Schritt sind die betroffenen Interessen zu ermitteln und zu benennen. Dies geschieht entweder durch Benennen eines anerkannten Persönlichkeitsgutes oder aber durch Ableitung eines Achtungsinteresses aus dem festgestellten Verstoß gegen eine persönlichkeitschützende Verhaltensnorm. Die Interessenbewertung erfolgt sodann konkret mit Zuschnitt auf den Einzelfall. Dabei fungieren zahlreiche Abstufungsmerkmale zur Bestimmung der Intensität einer Eingriffshandlung bzw. umgekehrt zur Ermittlung des entsprechenden Schutzinteresses des Betroffenen.
22. Die Feststellung einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts erfolgt sodann abschließend durch Gegenüberstellung der zuvor bewerteten gegenläufigen Interessen.

F. Anhang: Aufbauvorschlag für die Prüfung einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB

Auf der Grundlage der Erkenntnisse der vorliegenden Untersuchung könnte die Prüfung des § 823 Abs. 1 BGB sich bei datenschutzrechtlichen Fragestellungen an folgenden Gliederungspunkten orientieren:

I. Tatbestand

1. Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abstrakt-generell eröffnet ?

- a) Anerkanntes Persönlichkeitsgut tangiert ?
- b) Verstoß gegen anerkannte persönlichkeitschützende Verhaltensnorm?
- c) Persönlichkeitsgut oder Interesse an der Achtung der Verhaltensnorm sozialtypisch erkennbar ?

2. Konkret-individuelle Betrachtung anhand der Umstände des Einzelfalls

a) Sozialadäquanz als Relevanzfilter

- Mißachtung der Zweckbindung als Negativindiz
- Relativität des Schutzbedürfnisses je nach Stellung zum Datenverwender
- Vorverhalten des Betroffenen

b) Tatbestandsausschließendes Einverständnis ?

c) Güter- und Interessenabwägung

aa) Benennen der betroffenen Güter und schutzwürdigen Interessen

- Persönlichkeitsgüter
- abgeleitete Interessen an der Achtung persönlichkeitschützender Verhaltensnormen
- gegenläufige Güter und Interessen des Datenverwenders

bb) Bewertung der Güter und Interessen

- Persönlichkeitsgüter
- Achtungsinteressen
- Maßstab: Intensitäts- bzw. Abstufungsmerkmale
 - Sphärenformel zur Bestimmung von Eingriffsintensität bzw. Achtungsinteresse
 - Fixierungs- bzw. Automatisierungsgrad
 - Vernachlässigung eigener Interessen
 - Verbreitungsgrad der Daten
 - Sensitivität der betroffenen Daten
 - Datenalter
 - ...
- gegenläufige Güter und Interessen des Datenverwenders

cc) Abwägung auf der Grundlage der Bewertung

II. Rechtswidrigkeit

1. Rechtfertigende Einwilligung
2. Mutmaßliche Einwilligung
3. Sonstige Rechtfertigungsgründe

III. Verschulden

Lebenslauf

Name: Ruppel

Vorname: Karl-Ludwig

Geburtsdatum: 11. April 1972

Geburtsort: Fulda

Eltern: Karl und Anita Ruppel

Ausbildung:

1991	Abitur an der Rabanus Maurus-Schule (Domgymnasium) Fulda
1991 - 1996	Studium der Rechtswissenschaften in Marburg a.d. Lahn und Würzburg
1996	Erstes Juristisches Staatsexamen in Würzburg
1997	Zweites Juristisches Staatsexamen in Würzburg

Beruflicher Werdegang:

1996 – 1998	Tätigkeit als Repetitor
1998 - 2000	Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Würzburg Promotion an der Universität Würzburg
1999 - 2000	Tätigkeit als Rechtsanwalt in Erfurt und Würzburg
seit 2000	Tätigkeit als Rechtsanwalt in Frankfurt a.M. mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht

Sprachkenntnisse: Englisch, Latein, Altgriechisch

Frankfurt a.M., im Juli 2001