

**INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG IM
PRIVATRECHT UND DEREN HINWEISE FÜR DEN
CHINESISCHEN SCHUTZ DER PERSONENBEZOGENEN
INFORMATION**

Dissertation zur Erlangung der Würde des Doktors
an der Fakultät Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von
Yuanyang, Xie
aus: Peking (China)

Hamburg 2017

Erstgutachter: Prof. Dr. Reinhard Bork

Zweitgutachter: Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute

Datum des Kolloquiums: 30. 08. 2017.

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	A
------------------------------------	----------

EINLEITUNG.....	1
------------------------	----------

A. Problemaufriss.....	1
-------------------------------	----------

B. Einführung in die zentrale Fragestellung	2
--	----------

I. Information und deren Funktion	3
---	---

II. Analyse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.....	4
--	---

III. Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht.....	6
---	---

IV. Informationelle Selbstbestimmung im chinesischen Zivilrecht	9
---	---

C. Gang der Untersuchung	10
---------------------------------------	-----------

KAPITAL 1: INFORMATION UND DEREN FUNKTION.....	11
---	-----------

A. Der Begriff der personenbezogenen Information.....	11
--	-----------

I. Information.....	11
---------------------	----

II. Definition der personenbezogenen Information.....	14
---	----

B. Schutzgrund der personenbezogenen Information.....	18
--	-----------

I. Entwicklung der Privatsphäre in den USA	18
--	----

II. Theoretische Entwicklung in Deutschland.....	23
--	----

1. Sphärentheorie.....	24
------------------------	----

2. Selbstdarstellungstheorie.....	28
-----------------------------------	----

III. Zwischenergebnis	34
-----------------------------	----

C. Schutzbedürfnis der personenbezogenen Information.....	35
--	-----------

I. Verwirklichung der Funktion der personenbezogenen Information	35
--	----

1. Selbstbestimmung vor der Veröffentlichung.....	36
---	----

2. Selbstbestimmung nach der Veröffentlichung	38
---	----

3. Selbstbestimmung in der Verwendung	40
---	----

II. Bedürfnis nach dem Schutz der Selbstbestimmung	41
--	----

D. Zwischenergebnis	43
----------------------------------	-----------

KAPITEL 2: INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG

ALS GRUNDRECHT 45

A. Entstehung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	45
I. Volkszählungsurteil	45
II. Die Entwicklung bis zum Volkszählungsurteil	49
1. Die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG als Schutznorm für die allgemeine Handlungsfreiheit.....	51
2. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre	54
3. Die Umstellung auf das Persönlichkeitsrecht	61
III. Zwischenergebnis	65
B. Dogmatische Struktur des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	66
I. Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	67
II. Grundrechtseingriff	71
III. Schranken des Grundrechts.....	74
1. Die Art der Schranke.....	75
2. Voraussetzung der Schranken	77
IV. Zwischenergebnis.....	80
C. Weiterentwicklungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach dem	
Volkszählungsurteil	80
I. Körperbezogene Identifikationsinformation	81
II. Videoüberwachung	84
III. Vorratsspeicherung	87
IV. Online-Durchsuchung	88
1. Schutzlücke der vorhandenen Grundrechte.....	89
2. Schutzzinhalt eines „Computer-Grundrechts“	92
V. Zwischenergebnis	94
D. Kritik des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	95
I. Kritik zum Schutzbereich	95
II. Konflikte mit anderen Grundrechten	97
III. Zweifelhafte der informationellen Selbstbestimmung	100
IV. Bewertung der Kritik.....	102
E. Zwischenergebnis.....	103

KAPITAL 3: AUSWIRKUNG DER INFORMATIONELLEN SELBSTBESTIMMUNG IM PRIVATRECHT106

A. Funktion des Grundrechts.....	106
I. Schutzpflichtfunktion der objektiven Werteordnung.....	106
II. Mittelbare Drittwirkung des Grundrechts	109
B. Auswirkungen der informationellen Selbstbestimmung.....	110
I. Objektive Schutzpflicht der informationellen Selbstbestimmung.....	110
1. Zivilrechtliche Eigenschaft des Rechts an eigener Information.....	111
2. Zivilrechtlicher Schutz vor unzulässiger und unrichtiger Datenverarbeitung.....	114
II. Mittelbare Drittwirkung der informationellen Selbstbestimmung.....	163
1. Verfassungsrechtliche Privatautonomie.....	163
2. Einwilligung	165
3. Geschäftsfähigkeit	166
4. Schuldvertragliche Selbstbestimmung	171
5. Vertragliche Haftungen	179
C. Zwischenergebnis.....	180

KAPITAL 4: SCHUTZ DER PERSONENBEZOGENEN INFORMATION IM CHINESISCHEN ZIVILRECHT184

A. Rechtspraxis des Schutzes eigener Information	184
I. Gewährleistung durch das Recht auf Privatsphäre.....	185
1. Das Recht auf Privatsphäre und der Schutz personenbezogener Information.....	185
2. Rechtspraxis des Rechts auf Privatsphäre	188
3. Kommentar zum Schutz des Rechts auf Privatsphäre	193
II. Gewährleistung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht	197
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in China	197
2. Die Möglichkeit des Schutzes der eigenen Information durch das APR	201
3. Rechtspraxis des APR.....	203
III. Kommentar zur chinesischen Rechtspraxis in Bezug auf den Schutz der eigenen Information ..	207
B. Recht auf personenbezogene Information in der Persönlichkeitsgesetzgebung.....	209
I. Notwendigkeit und Möglichkeit eines Rechts auf personenbezogene Information im chinesischen Rechtssystem.....	209

1. Notwendigkeit des Rechts auf personenbezogene Information	210
2. Möglichkeit eines Rechts auf personenbezogene Information	214
II. Struktur eines Rechts auf personenbezogene Information im chinesischen Rechtssystem	215
1. Der Schutzgehalt des Rechts	216
2. Beziehung zu anderen Persönlichkeitsrechten	222
C. Zwischenergebnis.....	223
KAPITAL 5: FAZIT	224
LITERATURVERZEICHNIS	228

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGZ	Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts der VR China
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
APR	Allgemeines Persönlichkeitsrecht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
d.h.	das heißt
DHG	Delikthaftungsgesetzes der VR China
ders.	derselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DSRL	Datenschutzrechtlinie
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl	Deutsche Verwaltungsblätter
DVR	Datenverarbeitung im Recht
EU-DSGVO	Europäischen Union Datenschutz-Grundverordnung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaft
EG	Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HdbPR	Handbuch des Persönlichkeitsrechts
HdbDSR	Handbuch des Datenschutzrechts
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
i.d.S.	in diesem Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	Im Sinne von
Jura	Juristische Ausbildung
juris PR-ITR	juris PraxisReport IT-Recht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KUG	Kunsturhebergesetz
LG	Landesgericht
MMR	Multimedia und Recht
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
o.S.	ohne Seiten
OstVG	Oberster Volksgerichtshof
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiS	Recht auf informationelle Selbstbestimmung
RPS	Recht auf Privatsphäre
RPI	Recht auf personenbezogene Information
Rn.	Randnummer
TKG	Telekommunikationsgesetz
u.a.	und andere
UrhG	Urheberrechtsgesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	vergleiche
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Einleitung

A. Problemaufriss

Mit der enormen Verbreitung der Internetanwendungen hat sich auch die Bedrohung für personenbezogene Information erheblich erhöht, womit ein dringendes Bedürfnis nach Informationssicherheit einhergeht. Anders als in Deutschland gibt es in China derzeit kein systematisches Datenschutzrecht, darum ist diese Bedrohung noch deutlich ernster. Angesichts des bevorstehenden Gesetzgebungsverfahrens zum BGB in China und der Dringlichkeit des Schutzbedürfnisses personenbezogener Information ist es nötig, die fortgeschrittenen Erfahrungen anderer Länder in diesem Bereich zu berücksichtigen. Ziel der Rechtsvergleichung ist in erster Linie, durch einen Blick ins Ausland Erkenntnis zu gewinnen über die Abläufe, Ursachen und Regelmäßigkeiten der Rechtswirklichkeit. Das durch Rechtsvergleichung erarbeitete Material ist zu einem wichtigen Arbeitsinstrument des Gesetzgebers geworden. Diese Methode ist für den Bereich des Zivilrechts von besonderer Bedeutung. Dabei geht es nicht nur um die Erfassung der konkreten Vorschriften, sondern auch um das Verständnis der Grundlagen der Rechtsnormen. Letzteres ist noch wichtiger, weil aufgrund der unterschiedlichen Umstände jedes Landes die Vorschriften variieren können, während die Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze meistens länderübergreifend gleich sind. Die informationelle Selbstbestimmung ist einer der Grundsätze, die nicht nur die freie Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen, sondern auch das Gemeinwohl wahren.¹ Obwohl die informationelle Selbstbestimmung in keinem Gesetzestext steht, sondern aus der Rechtsprechung des BVerfG abgeleitet wird, bildet sie dennoch die wesentliche Grundlage des Datenschutzes.² Statt der traditionellen Sphärentheorie fungiert die informationelle Selbstbestimmung als eine

¹ Gola/Schomerus, BDSG, § 1, Rn. 9.

² Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 56.

wichtige Rechtsmaßnahme, den Gefährdungen der modernen Datenverarbeitung zu begegnen.³ Deshalb muss man vor allem die informationelle Selbstbestimmung begreifen, wenn man den Schutz personenbezogener Information erfassen möchte.⁴

Außerdem gilt die informationelle Selbstbestimmung als eine Ausprägung des verfassungsrechtlichen APR⁵ als Verfassungsgrundlage des Datenschutzrechtes. Damit bildet das deutsche Datenschutzrecht anders als in den USA ein einheitliches System⁶, das nicht nur die privatrechtlichen Beziehungen, sondern auch die öffentlich-rechtlichen Beziehungen regelt.⁷ Dazu umfasst der Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung sowohl öffentliche als auch private Datenverarbeitungen.⁸ Weil in China das Grundrecht in der Rechtspraxis nicht angewendet werden kann, muss der Schutz der personenbezogenen Information in der jeweiligen Rechtsabteilung durchgeführt werden. Deshalb ist die Auswirkung der informationellen Selbstbestimmung im Privatrecht für den chinesischen Datenschutz von erheblicher Bedeutung. Um die informationelle Selbstbestimmung in China auch in vollem Umfang zu verwirklichen, müssen die deutschen Theorien und die deutsche Rechtspraxis sorgfältig untersucht werden, wie der Ursprung der informationellen Selbstbestimmung, ihre dogmatische Struktur, ihre Auswirkungen und ihre Übereinstimmung mit anderen Zivilrechten. Diese Dissertation ist darauf fokussiert und möchte ein Modell zur Anwendung der informationellen Selbstbestimmung im chinesischen Recht entwickeln.

B. Einführung in die zentrale Fragestellung

Die Dissertation nähert sich der informationellen Selbstbestimmung in vier verschiedenen Teilen. Zunächst werden das Konzept und die Funktionen der

³ Hufen Staatsrecht II, S. 195.

⁴ Kloepfer, Informationsrecht, S. 79.

⁵ Kühling (Hrsg.), Datenschutzrecht, S. 51 ff.

⁶ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, S. 41.

⁷ Simitis, in ders., BDSG, § 1, Rn. 48.

⁸ Hufen Staatsrecht II, S. 202.

personenbezogenen Information untersucht. Anschließend stehen die Entstehung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, dessen Inhalt und seine Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung des BVerfG im Mittelpunkt. Der dritte Teil betrifft die Auswirkung des Rechts in privatrechtlichen Beziehungen, das mit den bestehenden Grundsätzen und Vorschriften im Zivilrecht übereinstimmen muss, insbesondere in Hinsicht auf die Privatautonomie und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Schließlich wird die Möglichkeit der Anwendung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in der chinesischen privatrechtlichen Gesetzgebung beleuchtet.

I. Information und deren Funktion

Um das Prinzip der informationellen Selbstbestimmung zu erfassen, muss zuerst der Begriff der „Information“ erläutert werden. Obgleich es keinen vorgegebenen oder allgemeinverbindlich normierten Informationsbegriff gibt, haben entsprechende Versuche und Vorschläge die Merkmale des Begriffs aus verschiedenen Perspektiven beschrieben.⁹ Information ist anders als die sie manifestierenden Träger, wie Texte, Bilder, Stimmen, Video usw.,¹⁰ nicht eine konkrete und statische Sache, sondern ist geprägt durch sich verändernde Inhalte. Durch ihre Kommunikation kann Information das Bewusstsein des Empfängers beeinflussen.¹¹ Diese Inhalte und die Erkenntnis des Empfängers sind vom Einzelfall und dem Zustand des Empfängers abhängig. Sie können sich als geldwertes Wirtschaftsgut, Machtfaktor, Kulturgut und Erkenntnisgut darstellen.¹² Die personenbezogene Information ist eine Art der Information, die sich auf „bestimmte oder bestimmbar“ natürliche Personen bezieht.¹³ Aber wie diese Beziehung beurteilt werden kann, muss ebenfalls ausführlich erläutert werden.

⁹ Kloepfer, Informationsrecht, S. 24.

¹⁰ Kloepfer, Informationsrecht, S. 24.

¹¹ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 87.

¹² Kloepfer, Informationsrecht, S. 25.

¹³ Opinion 4/2007 on the concept of personal data.

Nach der Selbstdarstellungstheorie ist die personenbezogene Information als Medium des sozialen Umgangs für die Persönlichkeitsentfaltung von Belang. In der Interaktion zwischen dem Handelnden und der Umwelt ist personenbezogene Information einerseits ein wesentlicher Teil der Umwelt, die der Handelnde so viel wie möglich sammeln soll, um die Umwelt zu erkennen; andererseits dient sie durch Veröffentlichung und andere Verwendungen der eigenen Darstellung oder auch der Teilhabe am Gesellschaftsleben, um so zur Entfaltung der eigenen Persönlichkeit zu gelangen.¹⁴ Diese Funktion ist so wichtig, dass sie geschützt werden muss. Fraglich ist, was das Schutzbedürfnis ist und wie dieses Bedürfnis erfüllt werden kann. Damit kann ein entsprechendes Rechtssystem aufgestellt werden.

II. Analyse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Allerdings erfolgt die informationelle Selbstbestimmung oder das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“, so das Bundesverfassungsgericht¹⁵, nicht auf Grundlage irgendeines Gesetzes; es ist vielmehr durch die Rechtsprechung des BVerfG entwickelt worden. Den Anfang machte das viel beachtete Volkszählungsurteil¹⁶, das auch eine Abkehr von der Sphärentheorie des BVerfG bedeutete.¹⁷ Damit erkannte das BVerfG auf der Grundlage des in Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und Handlungsfreiheit eine „Befugnis des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen“, an.¹⁸ Die Aufstellung des Rechts basiert auf dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts über die Darstellung eigener Persönlichkeit¹⁹, wobei es sich nicht um ein neues Grundrecht, sondern um die Konkretisierung einer Ausprägung des APR handelt.²⁰

¹⁴ Steinmüller u.a., BT-Drs VI/3826, S. 86 f.

¹⁵ Ipsen, Staatsrecht II, S. 89.

¹⁶ BVerfGE 65, 1; NJW 1984, 419 – Volkszählungsurteil.

¹⁷ Weichert, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes, Rn. 4.

¹⁸ NJW 1984, 419 (421).

¹⁹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 2, Rn. 166.

²⁰ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rn. 173.

Damit kann man die Erhebung und andere Verarbeitungen personenbezogener Daten grundsätzlich abwehren²¹ und selbst über seine Privatsphäre und die damit verbundenen Daten verfügen²², um Einschüchterungseffekte zu verhindern.²³ Dabei formuliert das BVerfG weiter, dass es kein an sich „belangloses“ Datum mehr gibt und Datenverarbeitung den Grundsätzen von Zweckbestimmung und Verhältnismäßigkeit unterliegen muss.²⁴ Deshalb stellt das Recht eine unmittelbare informations- und datenorientierte Verbürgung dar.²⁵ In der Folge wurde der Schutzbereich des Rechts durch weitere Entscheidungen weiterentwickelt, besonders durch das Online-Durchsuchungsurteil, demzufolge sich der Schutzbereich auf die „Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ erstreckt.²⁶ Außerdem wurde aufgrund der Rechtsprechung der EU, gemäß Art. 12 Richtlinie 95/46/EG und Art. 17 EU-DSGVO, jetzt ein neues „Recht auf Vergessenwerden“ anerkannt.²⁷ Damit können Betroffene die Löschung oder Sperrung unerwünschter Suchergebnisse beantragen.

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist keine plötzliche Erfindung des BVerfG. Vor dem Volkszählungsurteil wurde, angesichts der Gefährlichkeit der modernen Datenverarbeitung, bereits heftig über das Thema des Datenschutzes debattiert.²⁸ Diese Diskussionen, zusammen mit der Gesetzgebung des BDSG im Jahr 1977, beeinflussten den Gedanken des Persönlichkeitsschutzes des BVerfG. Deshalb verboten einige wichtige Entscheidungen die zwangsweise Verarbeitung der Persönlichkeit des Betroffenen.²⁹ Bis zum Volkszählungsurteil stellte das BVerfG eine umfassende Gewährleistung auf, die nicht nur die Informationen der Privat- oder

²¹ Ipsen, Staatsrecht II, 16. Auflage, S. 91.

²² Hufen, Staatsrecht II, 4. Auflage, S. 197.

²³ Kühling, Datenschutzrecht, S. 52.

²⁴ Kühling, Datenschutzrecht, S. 52.

²⁵ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 609.

²⁶ BVerfG NJW 2008, 822.

²⁷ Urteil des EuGHs in der Rechtssache C-131/12.

²⁸ Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 22 f.

²⁹ BVerfGE 27, 1 (6) – Mikrozensus.

Intimsphäre, sondern auch normale Informationen betraf.³⁰ Daher versteht das BVerfG das RiS als Weiterentwicklung des APR und eine Abkehr der Sphärentheorie vom Eppler-Urteil.³¹ In diesen Entscheidungen setzt das BVerfG den Schutz der Freiheit und der Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen fort, der mit dem Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre begonnen hat und zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht führte.³²

III. Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht

Nach der grundrechtlichen Schutzpflicht müssen alle Rechtsnormen gemäß dem RiS der informationellen Selbstbestimmung unterliegen. Dazu schützen viele private Rechtsnormen die informationelle Selbstbestimmung, und das RiS gilt nicht nur in öffentlichen Beziehungen, sondern ebenso durch die „mittelbare Drittwirkung“³³ im privatrechtlichen Bereich,³⁴ z.B. im Falle von DNA-Tests³⁵, Videoüberwachung³⁶, Internetnutzung³⁷, usw., darin fungiert das RiS als Auslegungsmaßstab.³⁸ In diesen Fällen bedeutet das Recht die Freiheit zur Datenpreisgabe und zur Kommerzialisierung der eigenen Daten. Damit kann der Betroffene selbst nach der Privatautonomie über Zulässigkeit und Grenzen privater Datenverarbeitung eigenverantwortlich entscheiden. Jedoch besteht hier ein Konflikt zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit, was sich auch als Konflikt zwischen Sicherheit und Freiheit darstellen kann.³⁹ Daher muss die Interessenabwägung in sowohl der Gesetzgebung als auch der Rechtspraxis in Betracht gezogen werden, um einen

³⁰ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rn. 167.

³¹ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 178.

³² Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 234.

³³ Hufen, Staatsrecht II, 4. Auflage, S. 205.

³⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 2, Rn. 189.

³⁵ VGH Baden-Württemberg NJW 2001, 1082 – Kaffeetassenfall.

³⁶ OLG Köln NJW 2009, 1827; BAG NJW 2012, 3594.

³⁷ LG Berlin 27 O 632/12 – Technoviking; BGHZ 181, 328 = NJW 2009, 2888 – Spickmich.

³⁸ BVerfGE 84, 192 (194 ff.), und BGHZ 35, 363 (367 f.).

³⁹ Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 15.

privatautonomem und fairem Interessenausgleich zwischen den Betroffenen zu schaffen.⁴⁰

Ähnlich wie das APR gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 GG⁴¹ beinhaltet das zivilrechtliche APR gemäß Art. 823 Abs. 1 BGB auch ein Selbstbestimmungsrecht über personenbezogene Informationen.⁴² Deswegen kann man dieses „absolute Herrschafts- und Verfügungsrecht“ über die eigenen Daten⁴³ als ein sonstiges Recht im Sinne des Art. 823 Abs. 1 BGB betrachten.⁴⁴ Dieses Verfügungsrecht über eigene Daten kann nicht einfach zum Immaterialgüter- oder Eigentumsrecht geordnet werden, weil sein Schutzgegenstand bzw. die personenbezogene Information sowohl materielle als auch immaterielle Interessen beinhaltet.⁴⁵ Immaterielle Interessen verbinden sich eng mit der Privatsphäre, der Menschenwürde und der Geheimhaltung, materielle Interessen betreffen die Veröffentlichung und die Verwertung. Dazu verlangt jedes Interesse unterschiedliche Schutzmaßnahmen.

Für die Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts steht die Einwilligung des Betroffenen im Zentrum des Erlaubnistatbestands. Das wird bereits von § 4a BDSG anerkannt. Damit können nicht nur eigene Daten angewendet werden, sondern auch Eingriffe in das RiS legalisiert werden.⁴⁶ Deswegen muss die Entscheidung des Betroffenen ausreichende Informiertheit voraussetzen⁴⁷ und „freiwillig“ getroffen worden sein.⁴⁸ Als eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung⁴⁹ muss die Einwilligung im Zivilrecht noch einige Bedingungen erfüllen, z.B. die Geschäftsfähigkeit, Treu und Glauben sowie gute Sitten, um einen fairen und

⁴⁰ Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 20.

⁴¹ Epping, Grundrechte, S. 280.

⁴² Rixecker, in: MünchKomm, BGB, Anhang zu § 12 Allg. PersönlR, Rn. 109 ff.

⁴³ Vogelsang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung? S. 141 ff.

⁴⁴ Meister, Datenschutz im Zivilrecht, S. 185.

⁴⁵ Kannowski, in: Staudinger, BGB, Vorbemerkungen zu § 1, Rn. 26.

⁴⁶ Tinnefeld/Ebmann/Gerling, Einführung in das Datenschutzrecht, S. 312.

⁴⁷ Rixecker, in: MünchKomm, BGB, Anhang zu § 12 Allg. PersönlR, Rn. 117.

⁴⁸ Gola/Schomerus, BDSG, § 4 a, Rn. 6.

⁴⁹ LG Bremen, Urt. v. 27.2.2001 = VuR 2002, 380; auch Kloepfer, Informationsrecht, § 8 Rn. 75; Simitis, in: ders., BDSG, § 4a, Rn. 23; Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 201 ff.; im Gegenteil, vgl. Tinnefeld/Ebmann/Gerling, Einführung in das Datenschutzrecht, S. 318; Gola/Schomerus § 4 a BDSG Rn. 10.

selbstbestimmten Interessenausgleich zwischen den Betroffenen zu gewährleisten.⁵⁰ Außerdem erkennt das BDSG und zukünftig EU-DSGVO dem Betroffenen einige Rechte und Rechtsmaßnahmen zu, wie Benachrichtigungsrecht, Auskunftsrecht, Recht auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Umkehr der Beweislast. Damit kann die Ungleichheit zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen beseitigt werden, um die informationelle Selbstbestimmung wirksam zu schützen. Außerdem kann die informationelle Selbstbestimmung auch durch besondere Persönlichkeitsrechte wie Namensrecht, Urheberpersönlichkeitsrecht und Recht am eigenen Bild als Konkretisierung des APR in bestimmten Fällen geschützt werden.

Die Anspruchsgrundlage für die Haftung aufgrund von Verletzungen der informationellen Selbstbestimmung in nicht-öffentlichen Bereichen wegen unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitungen findet sich grundsätzlich in Art. 7 BDSG und § 823 Abs. 1 BGB.⁵¹ Art. 7 BDSG wird als Anspruchsgrundlage für den Ersatz materieller Schäden und § 823 Abs. 1 BGB für den Ersatz immaterieller Schäden angewendet.⁵² Wenn eine vertragliche Beziehung besteht, kann der Betroffene seinen Anspruch auf §§ 280 Abs. 1, 249 ff. sowie 824 BGB stützen, z.B. als eine falsche Einstufung der Kreditwürdigkeit⁵³ oder eine Kreditkündigung infolge einer Fehlauskunft.⁵⁴ Der Ersatz immaterieller Schäden gemäß § 823 Abs. 1 BGB setzt eine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung voraus, die vom Datenschutzverstoß ausgelöst wird, wie etwa eine soziale Diskriminierung, psychische Belastung, Manipulation, Angst und Einschüchterung.⁵⁵ In diesen Fällen liegt die Bestimmung der konkreten Schadenshöhe bei der dreifachen Schadensberechnung, wie die Marlene-Dietrich-Entscheidung des BGH zeigt.⁵⁶ Angesichts der Schwierigkeit des

⁵⁰ Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 141 ff.; sowie Buchner, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, S. 253 ff.

⁵¹ Simitis, in: ders., BDSG, § 7, Rn. 4 f.; Gola/Schomerus BDSG § 7, Rn. 1.

⁵² Brüggemeier, Haftungsrecht, S. 327.

⁵³ LG Paderborn MDR 1981, 581.

⁵⁴ BGH NJW 1978, 581.

⁵⁵ Weichert, NJW 2001, 1463 (1466).

⁵⁶ BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich.

Nachweises der Verletzung und der Präventionsfunktion des Zivilrechts sind die Schadensersatzmethoden wie Bezahlung der Lizenzgebühr und Herausgabe des erzielten Gewinns von erheblicher Bedeutung, insbesondere im Fall der Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeitsmerkmale.⁵⁷

IV. Informationelle Selbstbestimmung im chinesischen Zivilrecht

Obwohl das Thema Datenschutz in China bereits seit mehr als 20 Jahren diskutiert wird, gibt es bisher weder ein selbstständiges Datenschutzgesetz noch ein umfassendes Recht, das Informationsinteressen des Betroffenen völlig schützen kann. Derzeit kann die personenbezogene Information im Privatrecht vom Recht auf Privatsphäre und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützt werden. Theoretisch sollten diese Rechte über einen Schutzbereich in Bezug auf die Herrschaft über die eigene Information verfügen. Jedoch sind ihre Beschränkungen in der Rechtspraxis sehr deutlich spürbar, sodass die Sorge der Öffentlichkeit nicht ganz beruhigt werden kann. Dazu müssen zunächst die Gründe dieser Beschränkungen geklärt werden. Auch fehlt es in China an den zusätzlichen Rechten wie §§ 33 ff. BDSG und Art. 12 ff. EU-DSGVO, deshalb existieren systematische Datenschutzrechte nicht, die etwaige Ungleichheiten ausgleichen könnten. Weil die Aufstellung eines umfassenden Schutzes personenbezogener Information in der kommenden Persönlichkeitsgesetzgebung erforderlich ist, müssen die deutschen und europäischen Rechte in vollem Umfang in Betracht gezogen werden. Hinsichtlich der Tatsachen der chinesischen Rechtspraxis könnte nur durch ein selbstständiges Informationsrecht zusammen mit zusätzlichen Rechten die informationelle Selbstbestimmung wirksam geschützt werden.

⁵⁷ Bergmann, in: Staudinger, BGB, § 687, Rn. 69.

C. Gang der Untersuchung

Zu Beginn der Arbeit sollen in einem einführenden Teil die Grundlagen für die Untersuchung gelegt werden. Dazu gilt es zunächst, die wesentlichen Begriffe „Information“ und „personenbezogene Information“ genau zu beschreiben. Anschließend soll auf die Entwicklung der Wertgrundlage der Information in den USA und in Deutschland zurückgeblickt werden. Danach werden die Schutzbedürfnisse der Information hinsichtlich ihrer Eigenarten und Funktionen erläutert. In diesem Teil möchte ich die für die Untersuchung wesentlichen Fragen beantworten, warum die Kontrolle eigener Information geschützt werden muss und was das Ziel des Schutzes ist.

In zweiten Teil sollen die Entstehung und die weitere Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung beleuchtet werden. Dazu sind das Volkszählungsurteil und die weiteren Urteile des BVerfG zu untersuchen, um die wesentlichen Inhalte und Beschränkungen des Rechts zu erfassen.

Der dritte Teil der Arbeit wird der Anwendung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Zivilrecht gewidmet. Hier gilt es zunächst, als Hintergrund zur Diskussion, zu untersuchen, wie die Beziehungen zwischen dem Datenschutz und der Informationsfreiheit sowie der Privatautonomie im Kontext des Zivilrechts abgewogen werden. Anschließend werden die Details der Anwendungen des Rechts betrachtet, die dessen Beziehung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, seine Anwendung durch die Schutzpflicht und die Drittwirkung des Grundrechts sowie die Haftung der Rechtswidrigkeit enthalten.

Im letzten Teil wird sich die Dissertation mit der Frage befassen, wie die Erfahrungen des deutschen Rechts für die chinesische zivilrechtliche Persönlichkeitsgesetzgebung nutzbar gemacht werden können. Hier werden zunächst die chinesische Datenschutztheorie und Datenschutzpraxis berücksichtigt, um Beschränkungen der

heutigen Rechtspraxis aufzuzeigen. Aus diesen Überlegungen heraus kann ein systematisches datenschutzrechtliches Modell für die kommende Gesetzgebung aufgestellt werden.

Kapital 1: Information und deren Funktion

Im sog. Informationszeitalter spielt Information eine immer wesentlichere Rolle.⁵⁸ Mit der Entwicklung der elektronischen Datenverarbeitung, insbesondere der Internettechnologie, ist Information ein bestimmendes Element innerhalb der Gesellschaft geworden. Einerseits wird unser soziales Leben von verschiedenen Arten der Information beeinflusst, andererseits sind Informationen über Personen für alle Mitglieder der Gesellschaft von Belang, sodass die systematische Gewährleistung der personenbezogenen Information von erheblicher Bedeutung ist. Um die Wichtigkeit von Information zu erkennen, müssen zunächst der Begriff und seine Bedeutung erfasst werden. Nur auf diese Weise kann man das Ziel des Schutzes von Information formulieren und diesbezüglich systematisch Forderungen erheben.

A. Der Begriff der personenbezogenen Information

I. Information

Wenn man die Funktion personenbezogener Information diskutieren will, stellt sich zunächst die Frage, was personenbezogene Information genau ist und welche Eigenschaften sie hat.

Das Wort „Information“ bedeutet Unterrichtung, Auskunft oder Benachrichtigung. In der Umgangssprache wird das Wort allerdings oft mit einer gehörten oder gelesenen

⁵⁸ Weidner-Braun, Der Schutz der Privatsphäre, S. 29.

Mitteilung und manchmal mit der Kenntnis bestimmter Sachverhalte bzw. Vorgänge verbunden.⁵⁹ Es leitet sich vom lateinischen Wort „informatio“ ab, das in seiner unmittelbaren Bedeutung „in Form bringen“ heißt und in der übertragenen Bedeutung „durch Unterweisung bilden“ oder „unterrichten“. Es handelt sich also ursprünglich um eine Belehrung, Unterrichtung oder Anweisung, genauer darum, jemandem oder etwas eine Gestalt zu geben, etwas zu formen oder zu bilden.⁶⁰ Manche sind der Meinung, dass mit Informationen Signale und Nachrichten gemeint sind, die die Bewegungen, Entwicklungen, Veränderungen und Regelmäßigkeiten der Welt widerspiegeln; andere betonen, dass der Bedeutungsgehalt von Informationen in Verbindung mit Kommunikation steht, so wie bei der modernen Datenverarbeitung in sozialen Systemen.⁶¹ Eine einheitliche Definition fehlt⁶², weshalb man ihren Begriff nur aus verschiedenen Perspektiven beschreiben kann.

Steinbuch definiert die Information als ein Signal, das die Wahrnehmung des Empfängers verändert.⁶³ Watzlawick vergleicht die Information mit einer „Kraft“, um den Effekt von Wirkung und Gegenwirkung zwischen Absender und Empfänger zu beschreiben, d. h. wenn die Information den Empfänger erreicht, beeinflusst sie diesen ebenso wie die Reaktion des Empfängers den Absender.⁶⁴ Ähnlich betrachtet Cherry die Information als Veränderung des Bewusstseins des Empfängers.⁶⁵ Weidner-Braun betont, dass das Verstehen der Information mit dem Begriff der „Gesellschaft“ verbunden werden sollte, so könne der wesentliche Charakter der Information, der auf sozialem Umgang beruht, deutlicher werden.⁶⁶ Diese Definitionen weisen darauf hin, dass die Information die Wahrnehmungen des Empfängers tatsächlich beeinflussen und positiv verändern kann, d. h., das Erfassen

⁵⁹ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 86.

⁶⁰ Hillmann, Wörterbuch der Soziologie, Begriff „Information“, S. 366.

⁶¹ Weidner-Braun, Der Schutz der Privatsphäre, S. 30.

⁶² Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 3.

⁶³ Steinbuch, Maßlos informiert, S. 55.

⁶⁴ Watzlawick/Beavin/Jackson, Menschliche Kommunikation, S. 30 f.

⁶⁵ Cherry, Kommunikationsforschung, S. 314.

⁶⁶ Weidner-Braun, Der Schutz der Privatsphäre, S. 31.

der Information beschreibt nicht nur die Existenz der Information als Signal, sondern auch ihren Einfluss auf die Bewusstseinslage des Empfängers. Außerdem muss die Information als abstrakter Begriff verstanden werden, trotz ihrer Darstellung als Signal. Es werden nicht Wörter, Bilder oder Töne durch die Information ausgedrückt und übertragen (diese sind nur das Medium der Information), sondern die darin enthaltenen Inhalte. Dabei sind diese abstrakten Inhalte nicht selbstständig, sondern eine Widerspiegelung der materiellen Welt des Empfängers.⁶⁷ In diesem Sinne basiert der Einfluss der Information auf den jeweiligen Lebensumständen des Empfängers, da dessen Verständnis und Auslegung von seiner „Vorstruktur“⁶⁸ und die Entwicklung dieser Vorstruktur wiederum von den eigenen Lebensumständen abhängig ist. In der Informationstheorie findet ein Modell Verwendung, bei dem ein Absender mit einem Empfänger durch einen Kanal verbunden ist, der zur Übermittlung von Signalen benutzt wird.⁶⁹ Wenn der Absender Zeichen oder Signale gesendet hat, kann die Information über den Kanal beim Empfänger eintreffen. Die Auswirkung des Vorgangs hängt nicht nur von den Signalen selbst, sondern auch vom Empfänger ab oder genauer von der Wahrnehmung des Empfängers.⁷⁰ Diese Wahrnehmung ist auch ein Vorgang des persönlichen Verständnisses und der Auslegung, deswegen ist die Auswirkung auch von den Lebensumständen des Empfängers abhängig. Außerdem würde sie sich gemäß den unterschiedlichen Umständen des Verstehens verändern.

Druey fasst alle Auffassungen zusammen und zeigt vier wesentliche Elemente des Begriffs der Information auf⁷¹: 1) Information ist teilbar. Sie bildet keine Einheit, sondern setzt sich aus kleinen Teilen bzw. Details zusammen. Diese Details sind ebenfalls Informationen, einschließlich z. B. des Hintergrunds, des Orts, der Zeit usw.

⁶⁷ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 91.

⁶⁸ Die Vorstruktur besteht aus Vorhaben, Vorsicht und Vorgriff, sie ist die notwendige Voraussetzung für das Verständnis und die Auslegung. Vgl. Heidegger, Sein und Zeit, S. 152 ff.

⁶⁹ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 87.

⁷⁰ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 89 f.

⁷¹ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 10 ff.

2) Information muss einen Inhalt haben, sie darf nicht sinnlos sein. Wenn einige Signale oder Zeichen als Informationen betrachtet werden, müssen die Signale bestimmte Inhalte enthalten. Wie diese Inhalte verstanden oder ausgelegt werden, hängt wiederum vom Verständnis des Empfängers sowie vom jeweiligen Umstand ab.⁷² Deshalb können die Inhalte von Information unsicher, unvollständig, nicht schlüssig und sogar unwahr sein und sich mit der Situation des Empfängers verändern. 3) Information kann auch als Vorgang betrachtet werden, der nicht nur die Informationsübertragung vom Sender zum Empfänger beschreibt, sondern auch die weitere Verarbeitung der Information durch Auslegung, Speicherung, Übertragung usw., was zu einem Zuwachs an Wissen führt.⁷³ Die Information stellt sich als Inhalt dar, und der Inhalt erfordert eine Bearbeitung (Auslegung und Verständnis des Empfängers), anderenfalls gibt es aber nur Signale, wenn sie keinen Inhalt haben. 4) Information ist der Zustand des Wissens, der Grad der Kenntnis. Auf diese Weise kann sie als Ergebnis der Informiertheit dargestellt oder als „Stand der Information“⁷⁴ betrachtet werden. Tatsächlich beschreiben die letzten zwei Elemente in gewissem Sinne auch die Beeinflussung des Bewusstseins des Empfängers, weil sie sich einerseits auf den Prozess der Wahrnehmung und andererseits auf die Ergebnisse des Begreifens der Informationen beziehen.

II. Definition der personenbezogenen Information

Im Bereich des Privatrechts sind nicht alle Arten von Informationen gleich wichtig. Zum Beispiel sind im Zivilrecht manche Informationen über öffentliche Institutionen von geringer Bedeutung, weil sie zum öffentlichen Recht (z. B. IFG, VwVfG) gehören. Dagegen ist hier die Information über Privatgegenstände (z. B. über natürliche oder

⁷² Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 92.

⁷³ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 5, 12.

⁷⁴ Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 5 f.

juristische Personen) von besondere Bedeutung.⁷⁵ Die personenbezogene Information gehört dazu.

Nach der Klärung des Begriffs der Information soll die nächste Frage sein, was eine personenbezogene Information ist. Die Antwort scheint einfach. Sogenannte personenbezogene Informationen sind Informationen, die sich auf eine natürliche Person beziehen, so eine Auffassung.⁷⁶ Diese Antwort ist allerdings unvollständig. Sie zeigt nur, dass die Informationen mit einer einzelnen Person zusammenhängen. Der Schwerpunkt des Begriffs „personenbezogene Information“ findet sich allerdings tatsächlich im Verständnis dieses Zusammenhangs.

In Art. 4 EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO 2016) werden „personenbezogene Daten“ als „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen“ definiert. Im Vergleich zu Art. 2 Richtlinie 95/46/EC (definiert als „alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person“) ersetzt die neue Definition „bestimmt“ durch „identifiziert“ und „über“ durch „beziehen“. Diese Veränderungen folgen der Auffassung der „Data Protection Working Party“ (nachfolgend „Datenschutzgruppe“).

Die Datenschutzgruppe hat in einer Stellungnahme zum Begriff „personenbezogene Daten“ bestätigt, dass gemäß dem Zweck der Richtlinie vier wesentliche Elemente des Begriffs aufgeführt werden.⁷⁷ Da es geringfügige Unterschiede zwischen Informationen und Daten gibt⁷⁸ und die Stellungnahme noch als Verweis auf die Verordnung gelten würde⁷⁹, ist die Auffassung der Datenschutzgruppe noch lesenswert.

⁷⁵ Weidner-Braun, Der Schutz der Privatsphäre, S. 29.

⁷⁶ Podlech, DVR (1) 1972/1973, 149, 157.

⁷⁷ Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 4.

⁷⁸ Datum kann als „informationelles Atom“ oder als die Grundeinheit der Information verstanden werden. Vgl. Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 92; Druey, Information als Gegenstand des Rechts, S. 23. Albers beschreibt die Unterschiede als verschiedene Beschreibungsaspekte eines gleichen Dings. Der Begriff des Datums spricht die Zeichenebene und die Information die soziale Ebene an. Vgl. Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 89.

⁷⁹ Vgl. Art. 94 (2) EU-DSGVO.

Zunächst wird „alle Informationen“ so umfassend wie möglich verstanden. Deshalb soll der Begriff alle Arten von Beschreibungen einer Person enthalten, einschließlich objektiver Informationen (objektive Tatsache) und subjektiver Informationen (subjektive Beurteilung), richtiger und falscher Informationen sowie sensitiver und normaler Informationen. Informationen über private Gewohnheiten, die Aufnahme von Stimmen und Fotos, sogar von Kindern gemalte Bilder sollen dazugehören.⁸⁰

Der zweite Punkt betrifft das Verständnis des Ausdrucks „beziehen“. Die Gruppe meint, die Beziehung bzw. Verbindung stelle sich nicht immer gleich dar, sondern sei relativ.⁸¹ In vielen Situationen lassen sich diese Beziehungen auf einfache Weise herstellen, allerdings sind sie häufig nicht eindeutig. Gemäß der Auffassung der Datenschutzgruppe besteht eine solche Verbindung, wenn Beziehungen zu dem Inhaltselement⁸², dem Zweckelement⁸³ oder dem Ergebniselement⁸⁴ einer bestimmten Person vorhanden sind. Dabei ist anzumerken, dass diese Elemente als alternative, nicht als kumulative Bedingungen anzusehen sind.⁸⁵ Deswegen könnte etwa auch der Wert von Immobilien, die Aufnahme von Gesprächen oder sogar Überwachungsaufnahmen als personenbezogene Informationen betrachtet werden.⁸⁶

Der dritte Punkt betrifft den Ausdruck „identifiziert oder identifizierbar“; „identifiziert“ bedeutet, dass die Identität der Person, an die die Information gerichtet ist, bereits bestimmt ist, und in „identifizierbar“ drückt sich aus, dass, auch

⁸⁰ Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 6 ff.

⁸¹ Simits, in: ders., BDSG, § 3, Rn. 32; Haase, Datenschutzrechtliche Fragen, S. 240 ff.

⁸² In diesem Fall ist die Beziehung zwischen den Informationen und einer Person normalerweise unmittelbar und zwar unabhängig vom Zweck aufseiten der für die Verarbeitung Verantwortlichen oder eines Dritten oder von den Auswirkungen dieser Information auf die betroffene Person. Bspw. beziehen sich die Ergebnisse einer ärztlichen Untersuchung eindeutig auf den Patienten oder der Strichcode im Personalausweis auf eine bestimmte Person.

⁸³ Ein solches „Zweckelement“ gilt als gegeben, wenn die Daten unter Berücksichtigung aller Begleitumstände mit dem Zweck verwendet werden bzw. verwendet werden könnten, eine Person zu beurteilen, in einer bestimmten Weise zu handeln oder ihre Stellung bzw. ihr Verhalten zu beeinflussen.

⁸⁴ Auch wenn kein „Inhaltselement“ oder „Zweckelement“ vorhanden ist, können Daten als „personenbezogen“ angesehen werden, weil sich ihre Verwendung unter Berücksichtigung aller jeweiligen Begleitumstände auf die Rechte und Interessen einer bestimmten Person auswirken könnte.

⁸⁵ Insbesondere bei Vorhandensein des inhaltlichen Elements ist das Bestehen der anderen Elemente nicht notwendig, damit die Daten als personenbezogen angesehen werden.

⁸⁶ Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 10 ff.

wenn die betroffene Person noch nicht identifiziert wurde, die Möglichkeit besteht, die Identität dieser Person in der Zukunft festzustellen. Außerdem können die direkte (durch den Namen) und die indirekte Identifizierung (durch Telefonnummer, ID-Nummer, Versicherungsnummer usw., d. h. in Kombination mit anderen Informationen) unterschieden werden.⁸⁷ Die Methode der Identifizierung muss „alle Mittel, die vernünftigerweise eingesetzt werden können“, umfassen⁸⁸ und insbesondere alle relevanten Kontextfaktoren berücksichtigen.⁸⁹ Vernünftig eingesetzt werden können Identifizierungsmethoden, deren Kosten für den Identifizierenden erträglich sind.⁹⁰ Deshalb können Nachrichten, das Röntgenbild, medizinische Forschungsdaten, dynamische IP-Adressen usw. ebenfalls personenbezogene Informationen sein. Somit kann eine bestimmte Information für einen bestimmten Betroffenen eine personenbezogene Information sein, aber für einen anderen Betroffenen aufgrund der Unterschiede seines Leistungsvermögens nicht. Bspw. kann ein Haar von der Polizei und Forschungsinstitutionen als personenbezogene Information betrachtet werden, indem die enthaltenen DNA-Informationen analysiert werden, um die betroffene Person identifizieren zu können. Für Nichtfachleute dagegen ist die Information im Haar unzugänglich.⁹¹

Der letzte Punkt betrifft die „natürliche Person“. Die natürliche Person oder der Mensch als Geltungsgegenstand deutet darauf hin, dass der Schutz einerseits nicht auf die Staatsangehörigen oder Bewohner eines bestimmten Landes beschränkt wird, weil das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten ein allgemeines Recht ist; andererseits wird er aufgrund der Definition des Begriffes der „natürlichen Person“ in

⁸⁷ Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 14 ff.

⁸⁸ Klar, Datenschutzrecht und die Visualisierung des öffentlichen Raums, S. 145.

⁸⁹ Die Faktoren enthalten z. B. die Kosten der Identifizierung, den beabsichtigten Zweck, die Strukturierung der Verarbeitung, der von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen erwartete Vorteil, die auf dem Spiel stehenden Interessen für die Personen sowie die Gefahr organisatorischer Dysfunktionen und technischer Fehler. Gleichwohl handelt es sich um eine dynamische Prüfung, die den Stand der Technik zum Zeitpunkt der Verarbeitung und die Entwicklungsmöglichkeiten in dem Zeitraum berücksichtigen sollte, für den die Daten verarbeitet werden.

⁹⁰ Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 15 ff.

⁹¹ Wenn die Verarbeitung der Information nicht zur Identifizierung einer Person führt, soll der Verarbeiter verpflichtet sein, die erforderlichen und angemessenen Maßnahmen anzuwenden, um zu vermeiden, dass Dritte die betroffene Person identifizieren. Vgl. Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 20 ff.

den zivilrechtlichen Gesetzbüchern aller Länder auf „lebende Personen“ beschränkt.⁹² Hinsichtlich der Verwendung des Begriffs im Text scheint es so, als ob personenbezogene Informationen sich grundsätzlich nicht auf verstorbene Personen, ungeborene Personen oder juristische Personen beziehen. In vielen Fällen allerdings sollte der Verarbeitende die Informationen über diese Personen beachten, weil sie sich unter bestimmten Umständen auch auf lebende Personen beziehen können.⁹³ Obwohl die Stellungnahme den Inhalt des Begriffs verdeutlicht, kann der Gesetzgeber nicht ex ante auf alle denkbaren Situationen eine Antwort geben.⁹⁴ Es ist auch möglich, dass einige Informationen, die nicht im Begriff eingeschlossen sind, ebenfalls schützenswert sind. In diesen Fällen muss man die Gewährleistung außerhalb dieser Richtlinie suchen, z. B. in den innerstaatlichen Datenschutzgesetzen oder den Persönlichkeitsrechten gemäß Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Doch ist dies nicht eine Frage des Begriffs, sondern der Praxis des Datenschutzes.

B. Schutzgrund der personenbezogenen Information

I. Entwicklung der Privatsphäre in den USA

In den USA gehört der Schutz der personenbezogenen Information zum Bereich der Privatsphäre. Der Inhalt der Privatsphäre jedoch ist bis heute noch so unklar wie ein „Kaleidoskop“⁹⁵ und daher schwer zu erfassen.⁹⁶ Die Vielfalt der Auffassungen der US-amerikanischen Juristen⁹⁷ kann als Grundlage für die Weiterentwicklungen von

⁹² Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, S. 25.

⁹³ Z. B. für Daten über verstorbene Personen: Erstens kann der Verantwortliche eventuell nicht feststellen, ob die Person, auf die sich die Daten beziehen, noch lebt oder bereits verstorben ist. Zweitens könnten sich die Informationen über verstorbene Personen auch auf lebenden Personen beziehen. Drittens können Informationen über verstorbene Personen einem speziellen Schutz unterliegen, der durch andere Rechtsnormen als Datenschutzinteresse gewährt wird und der die Grenze bei „personalitas praeterita“ zieht. Viertens wird ein EU-Mitgliedstaat durch nichts daran gehindert, den Geltungsbereich der die Richtlinie 95/46/EG umsetzenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften auf vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie nicht erfasste Bereiche auszudehnen.

⁹⁴ Bull, RDV 1999, 148 (149).

⁹⁵ Miller, The Right of Privacy: A Look Through the Kaleidoscope, 46 SMU L. Rev. 37 (1992).

⁹⁶ Beaney, The Right to Privacy and American Law, 31 L. & Contemp. Probs. 253, 255 (1966).

⁹⁷ Inness, Privacy, Intimacy, and Isolation, S. 3.

Theorie und Rechtspraxis dienen, um neuen Bedürfnissen der Gesellschaft gerecht zu werden.

Auf der Grundlage des „Rechtes, in Ruhe gelassen zu werden (right to be let alone)“, das zuerst von Thomas Cooley aufgestellt wurde und dessen wesentlicher Inhalt die persönliche Immunität ist⁹⁸, erläutern Warren und Brandeis die Vernünftigkeit der Privatsphäre, um dadurch den Schutz der Ruhe des privaten Lebens und das Recht der Abgeschlossenheit sowie Einsamkeit („seclusion and solitude“) zu wahren.⁹⁹ Vierzig Jahre später wies Justice Brandeis in *Olmstead v. United States* darauf hin, dass das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, „the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men“ sei.¹⁰⁰ In *Doe v. Bolton* betont Justice Douglas, dass das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, die Befugnis einschlieÙe, eigene Angelegenheiten zu verwalten und die Beeinflussung durch andere auszuschließen.¹⁰¹ Die Theorie definiert die Privatsphäre als die eigene Einsamkeit, abseits von der Gesellschaft, und gemäß dieser Theorie konnte die Privatsphäre damals auch in vielen Fällen geschützt werden.¹⁰² Aber für die Gewährleistung der personenbezogenen Information fehlt der Theorie die Richtung¹⁰³, weil sie im Bereich eigener Angelegenheiten nicht detailliert, sondern nur mehrdeutig ausdrückt, dass dieser auf das wesentliche Prinzip der „unberührten Persönlichkeit (inviolable personality)“ beschränkt werden muss.¹⁰⁴

Daraus leiten viele Rechtswissenschaftler die Theorie eines „begrenzten Zugangs zum Selbst (limited access to the self)“¹⁰⁵ ab, damit kann der Inhalt der Privatsphäre weiter ausgelegt werden. Der „begrenzte Zugang zum Selbst“ ist nur ein anderer Ausdruck für das „Recht, in Ruhe gelassen werden“. Wenn jemand allein sein möchte,

⁹⁸ Cooley, A Treatise on the Law of Torts, S. 33.

⁹⁹ Warren & Brandeis, The right to Privacy, Harv. L. Rev., 193 (1890).

¹⁰⁰ *Olmstead v. United States* 277 U.S. 438 (1928) (Brandeis, J., Dissenting).

¹⁰¹ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

¹⁰² Vgl. Prosser, Privacy, S. 383, worin viele relative Rechtsprechungen aufgeführt werden.

¹⁰³ Z. B. kann die Theorie nicht die Gewährleistung der personenbezogenen Information im Informationsumlauf erklären.

¹⁰⁴ Warren & Brandeis, The Right to Privacy, Harv. L. Rev., 193 (1890).

¹⁰⁵ Gavison, Privacy and Limits of Law, 89 Yale L. J. 421 (1980).

muss er selbstverständlich die Annäherung der anderen begrenzen, um die Kenntnis der anderen über sich selbst möglichst gering zu halten. Bok meint, dass die Privatsphäre die unerwartete Annäherung der anderen verhindern soll.¹⁰⁶ Gross ist der Auffassung, dass die Privatsphäre ein Bereich ist, der das Wissen der anderen über das eigene private Leben beschränken soll.¹⁰⁷ Haag betrachtet Privatsphäre als eine Befugnis, die die Beobachtung, Benutzung und Beeinträchtigung von privatem Leben begrenzt.¹⁰⁸ O'Brien nennt zwei Aspekte der „begrenzten Annäherung“: einerseits ist sie zu verstehen als Entscheidung des Betroffenen, ob eine bestimmte Person sich annähern kann; andererseits als Bereich, der den begrenzten Annäherungszustand beschreibt.¹⁰⁹ Mit einer repräsentativen Ansicht meint Gavison, dass die Privatsphäre nicht ein Anspruch, ein Geisteszustand, ein unberührter Bereich oder eine Form der Kontrolle ist¹¹⁰, sondern dass sie mit „the extent to which we are known to others, the extent to which others have physical access to us, and the extent to which we are the subject of others' attention“, verbunden sei, um die Beeinträchtigungen der Privatsphäre zu identifizieren.¹¹¹ Deswegen fasst er die Eigenschaft der Privatsphäre in drei Aspekten zusammen: Geheimhaltung, Anonymität und Einsamkeit.¹¹² Jedes Element sei in seiner eigenen Bedeutung unabhängig, d. h. die Verletzung eines Elements kann ohne Beeinträchtigung der anderen zwei erfolgen. Dennoch seien die drei Elemente auch einheitlich, weil alle zu demselben Begriff der Zugänglichkeit gehörten und eng miteinander verbunden seien.¹¹³

¹⁰⁶ Bok, *On the Ethics of Concealment and Revelation*, S. 10–11.

¹⁰⁷ Gross, *The Concept of Privacy*, 42 N.Y.U. L. Rev. 34 (1967), S. 35–36.

¹⁰⁸ Haag, *On Privacy*, S. 149.

¹⁰⁹ O'Brien, *Privacy, law, and public policy*, S. 15.

¹¹⁰ Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 Yale L. J. 421 (1980), S. 426.

¹¹¹ Gavison, a.a.O., S. 423.

¹¹² Gavison, a.a.O., S. 433. Diese drei Elemente sind ausführlich: 1. Informationen, die über eine einzelne Person bekannt sind („information known about an individual“); 2. Aufmerksamkeit, die auf eine einzelne Person gerichtet ist („attention paid to an individual“); 3. physikalischer Zugang zu einer einzelnen Person („physical access to an individual“). Gavison, a.a.O., S. 426 ff.

¹¹³ Gavison, a.a.O., S. 435.

Eine wichtige Entwicklung der Theorie des „begrenzten Zugangs“ ist, Privatsphäre aufgrund des Aspektes der zwischenmenschlichen Beziehungen als Intimität (Intimacy) zu definieren. Wer in der Gesellschaft lebt, wird unvermeidlich Umgang mit anderen Menschen haben und mit verschiedenen Personen unterschiedliche Beziehungen eingehen. Gemäß diesen spezifischen Beziehungen verlangt man verschiedene Grade der Enthüllung der personenbezogenen Informationen, um die sozialen Beziehungen zu wahren. Die Privatsphäre muss diese unterschiedlichen Grade der Enthüllung gewährleisten. Laut der Ansicht von Rosen ist die Intimität normalerweise der Grund für die Kenntnis der personenbezogenen Informationen über andere, weil vertrauliche personenbezogene Informationen meist nur unter den Mitgliedern einer kleinen Gruppe verbreitet werden und Personen außerhalb dieser Gruppe oft nur einen übermäßig vereinfachten oder verzerrten Eindruck davon erhalten.¹¹⁴ Inness definiert Intimität als alle Angelegenheiten, die als Privatsphäre betrachtet werden können. Die Privatsphäre ist für ihn ein Bereich, der die Kontrolle der Betroffenen über alle Entscheidungen, die die Auswahl des Zugangs zum Selbst, die Veröffentlichung der eigenen Informationen und eigene Aktionen einschließen, beschreibt.¹¹⁵

Diese Definition der Privatsphäre als Intimität ist allerdings zu beschränkt. Trotz deren Funktion der Wahrung des Vertrauens, der Liebe sowie anderer vertraulicher Beziehungen kann Vertraulichkeit nicht alle Aspekte der Privatsphäre enthalten. Bspw. sind finanzielle Informationen über den Betroffenen Bestandteil der Privatsphäre, aber nicht ein so intimer Bestandteil. Die Bedrohung, die aus der Anwendung der Datenbanken für die Privatsphäre der Einzelnen entsteht, richtet sich nicht hauptsächlich gegen Freundschaft, Liebe oder Vertrauen, so betont Regan.¹¹⁶ Dabei können sowohl „die Intimität“ als auch „der begrenzte Zugang“ nicht als Grundlage einer allgemeinen Gewährleistung personenbezogener Informationen betrachtet

¹¹⁴ Rosen, *The Unwanted Gaze*, S. 8–9.

¹¹⁵ Inness, *Privacy, Intimacy, and Isolation*, S. 56 ff.

¹¹⁶ Regan, *Legislating Privacy*, S. 213.

werden. Die Sammlung, Speicherung und Computerisierung der personenbezogenen Information soll zur Privatsphäre gehören, aber manchmal sei das Ziel dieser Datenverarbeitungen nicht, die eigenen Geheimnisse zu enthüllen, die Anonymität zu vernichten oder die Einsamkeit zu beeinträchtigen.¹¹⁷ In vielen Fällen betreffen die personenbezogenen Informationen, die von den Regierungen und Unternehmen bearbeitet werden, nicht rein private Angelegenheiten, und viele von ihnen entstehen im Umgang zwischen Einzelnem und öffentlicher Stelle, sie werden von beiden Seiten mitbesessen und können kaum nur der Intimität zugeordnet werden. Diese Theorien erklären die Gültigkeit der Privatsphäre nur in traditionellen, rein privaten Angelegenheiten, deshalb können sie nicht die Herausforderungen der modernen Datenverarbeitung bewältigen.

Die Definition der Privatsphäre als Kontrolle über eigene Angelegenheiten hat eine lange Geschichte. Warren und Brandeis vertreten die Auffassung, dass das Gewohnheitsrecht als Befugnis für jeden garantiert sei, wobei die Beteiligten über das Ausmaß der Verbreitung eigener Meinungen, Gefühle und Emotionen selbst entscheiden müssten.¹¹⁸ Ruebhausen und Brim glauben ebenfalls, dass der Wesensgehalt der Privatsphäre die Entscheidung der Einzelnen sei, wann, wie und inwieweit sie die eigenen Einstellungen, Gedanken, das eigene Benehmen und die eigene Meinung anderen mitteilen wollen.¹¹⁹ So hieß es auch in einem Bericht der US-Regierung¹²⁰, aber diese Ansicht war damals nicht die herrschende Meinung, stattdessen befürwortete die Rechtsprechung noch die traditionelle Abgrenzung der Privatsphäre.¹²¹

Angesichts der Computerisierung und der automatischen Verarbeitung personenbezogener Information veränderten sich die Ansichten der

¹¹⁷ Gavison, *Privacy and the Limits of Law*, 89 *Yale L. J.* 421 (1980), S. 436 ff.

¹¹⁸ Warren & Brandeis, *The Right to Privacy*, *Harv. L. Rev.*, 193 (1890), S. 198.

¹¹⁹ Ruebhausen & Brim, *Privacy and behavioral research*, 65 *Colum. L. Rev.* 1184 (1965), S. 1189.

¹²⁰ U.S., Executive Office of the President, Office of Science and Technology, *Privacy and Behavioral Research* 8, Washington, D.C., G.P.O., 1967.

¹²¹ Vgl. Fußnoten 43 und 44 oben.

US-amerikanischen Rechtswissenschaftler in den späten 1960er und frühen 1970er Jahren allmählich hin zu einer Privatsphäre, die auf der Kontrolle über die eigenen Informationen gründet. Fried verbindet die Wahrung der sozialen Beziehungen mit der Kontrolle über personenbezogene Informationen. Er meint, dass die Privatsphäre sehr eng mit Würde, Freundschaft und Vertrauen in sozialen Beziehungen verbunden sei und in der Kontrolle über unsere eigenen Informationen bestehe. Sie bedeute, dass man zulassen oder ablehnen könne, dass andere die eigene personenbezogene Information erhalten.¹²² Nach diesem Verständnis besteht die Wahrung der sozialen Umgangsbeziehungen tatsächlich in der Entscheidung, wann und wie man die eigene Information mit anderen teilen will. Deswegen gilt als Kern der Privatsphäre nicht mehr die Bewahrung der Einsamkeit des Einzelnen oder die Beschränkung des Eingriffs in das Privatleben, sondern die Gewährleistung der eigenen Kontrolle über personenbezogene Informationen, so die Meinungen von Westin¹²³, Miller¹²⁴, Goldberg¹²⁵ und Benzanson.¹²⁶ Diese Ansicht wurde in Gesetzesentwürfen¹²⁷ und die Rechtsprechung des Supreme Court¹²⁸ übernommen. Danach besteht für die Privatsphäre nicht nur ein passives Abwehrrecht, sondern auch ein positives Herrschaftsrecht, das die Verbreitung eigener Informationen kontrollieren kann. In der Gewährleistung dieser Kontrolle besteht der Schutz der eigenen Privatsphäre.

II. Theoretische Entwicklung in Deutschland

Wie in den USA wird auch im deutschen Rechtskreis die Theorie der Privatsphäre diskutiert, allerdings kommt man auf der Grundlage des deutschen Rechts zu einer neuen Grundlage für den Schutz personenbezogener Information.

¹²² Fried, Privacy, 77 Yale L. J. 475 (1968), S. 482.

¹²³ Westin, Privacy and Freedom, S. 7.

¹²⁴ Miller, The Assault on Privacy, S. 25.

¹²⁵ Goldberg, Trust, Ethics, and Privacy, 81 B.U.L. Rev. (2001), S. 418.

¹²⁶ Benzanson, The Right to Privacy Revisited, 80 Cali. L. Rev. 1133 (1992), S. 1135.

¹²⁷ Bspw. British Younger Committee Report, See Privacy: Younger Committee's Report, HL Deb 06. June 1973, Vol. 343 cc 104–178, S. 116 ff., discussion data protection in the protection of privacy. U.S., President Clinton's Information Infrastructure Task Force: Principles for Providing and Using Personal Information, Washington D.C., 1995, S. 5.

¹²⁸ Vgl. U.S. Department of Justice v. Reporters Comm. For Freedom of the Press, 489 U.S. 749 (1989), S. 763.

1. Sphärentheorie

Das Thema des Informationsschutzes (Datenschutz) ist nicht neu in Deutschland.¹²⁹ In den 1960er und 1970er Jahren kam es mit den Fortschritten der Computertechnik zu einer stark zunehmenden automatischen Datenverarbeitung, die die Arbeitseffizienz steigerte, aber allmählich zur Gefahr wurde, weil personenbezogene Informationen dabei sehr einfach zu enthüllen waren. Deshalb zog das Thema die Aufmerksamkeit der deutschen Rechtswissenschaftler an.¹³⁰ Zunächst ging man dabei von der US-amerikanischen Privatsphäre aus.¹³¹ Deutsche Juristen übernahmen den Begriff von Warren und Brandeis und betrachteten die Privatsphäre als einen übergeordneten Grundgedanken, ein allgemeines Rechtsprinzip, dem die Persönlichkeitsrechte entspringen.¹³² Sie sahen das Recht auf Privatsphäre als eine Art der Freiheit des Einzelnen, einen Bereich auszuwählen, in der er seine persönlichen Informationen mitteilt oder eben zurückhält. Daher könne man das Recht auf Privatsphäre auch als Selbstbestimmungsrecht ansehen.¹³³ Für den Schutz der Privatsphäre diene die Sphärentheorie, welche den Bereich des Privatlebens in drei konzentrische Kreise gliedert. Kernelement ist der Schutz der Freiheit. Entsprechend dem unterschiedlichen Ausmaß des Schutzes wird die Privatsphäre dann in Intim- oder Geheimsphäre, Privatsphäre und schließlich Öffentlichkeits- oder Sozialsphäre aufgeteilt.¹³⁴ Es besteht hier ein Gegensatz zwischen Privatsphäre und öffentliche Sphäre.¹³⁵ Angelegenheiten des Einzelnen, die zur Intim- oder Geheimsphäre gehören, erfahren eine gesteigerte Gewährleistung. Fast jeder Eingriff in diesen Bereich wird als Beeinträchtigung der Menschenwürde betrachtet, weil die Intim- oder Geheimsphäre einen Kernbereich der Privatsphäre bildet, einschließlich

¹²⁹ Manche glauben, dass die Verwaltungsgeschichte des Datenschutzes mit der Erfindung des Computers beginnt und seit der Entstehung der Datenbanken diese Bedeutung besitzt. Vgl. Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 22.

¹³⁰ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 22.

¹³¹ O. Mallmann, Zielfunktionen des Datenschutzes, S. 16.

¹³² Kamlah, Right of privacy, S. 58.

¹³³ Kamlah, Right of privacy, S. 97–98.

¹³⁴ Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, S. 66.

¹³⁵ Evers, Privatsphäre und Ämter, S. 44.

der personenbezogenen Informationen, die niemand oder nur ein begrenzter Kreis von Vertrauten kennt.¹³⁶ Jedoch ist nicht die gesamte Privatsphäre in jedem Fall geschützt, vielmehr enthält sie auch einen ungeschützten und einen nur relativ geschützten Bereich. Daher können der Gesetzesvorbehalt, das Allgemeininteresse und die Interessenabwägung als Gründe für die Begrenzung des Schutzes der Privatsphären angewendet werden.¹³⁷ Wenn nur das Informationsinteresse die anderen Interessen überwäge, würde sie geschützt.¹³⁸ Deswegen könne der Datenschutz aufgrund der Privatsphäre auch keinen vollständigen Schutz bieten.¹³⁹

Deshalb begann die deutsche Rechtswissenschaft, die Sphärentheorie zu überdenken. Manche meinten, dass die Begriffe Privatsphäre und Öffentlichkeit nur scheinbar gegensätzlich seien¹⁴⁰ und die Gegenüberstellung der beiden zu viele Ungereimtheiten enthalte.¹⁴¹ Beispielsweise sei es sehr schwierig, eine deutliche Grenze zwischen Privatsphäre und Öffentlichkeit zu ziehen, weil die sogenannte Privatsphäre eigentlich relativ sei (eigene intime Angelegenheiten berührten gleichzeitig die Privatsphäre eines anderen oder könnten sogar zum Bereich der Öffentlichkeit gehören).¹⁴² Daher begegnete man hier dem Dilemma, dass einerseits die Privatsphäre (Einsamkeit) geschützt wurde, andererseits diese unvermeidlich mit anderen Personen verbunden war, weil eine Privatsphäre nur im sozialen Umgang bestehen kann.¹⁴³ Deshalb wurde immer wieder bezweifelt, ob ein unantastbarer Kernbereich der Angelegenheiten des Einzelnen bestehen könne.¹⁴⁴ Einer eher pessimistischen Ansicht zufolge ist es unmöglich, den Inhalt der Privatsphäre zu beschreiben.¹⁴⁵ Trotz dieser Bedenken wenden die Gerichte (BGH und BVerfG) die

¹³⁶ Evers, a.a.O., S. 9, 54 ff.

¹³⁷ Evers, a.a.O., S. 43 ff.

¹³⁸ Evers, a.a.O., S. 8–9.

¹³⁹ O. Mallmann, Zielfunktionen des Datenschutzes, S. 26.

¹⁴⁰ Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, S. 44; Rohlf, Privatsphäre, S. 25.

¹⁴¹ Vgl. Rohlf, Privatsphäre, S. 41 ff.; U. Amelung, Der Schutz der Privatsphäre, S. 20 ff.

¹⁴² Evers, Privatsphäre und Ämter, S. 44; Steinmüller u.a. BT-Drucksache VI/3826, S. 51.

¹⁴³ Fried, Privacy, 77 Yale L. J. 475 (1968). Auch Podlech, Recht auf Privatsphäre, S. 51.

¹⁴⁴ K. Amelung, NJW 1990, 1753 (1755).

¹⁴⁵ U. Amelung, Schutz der Privatsphäre, S. 22.

Sphärentheorie noch in vielen Entscheidungen an, um die Privatsphäre sowie die Informationsinteressen des Einzelnen zu schützen.¹⁴⁶

Angesichts dieser Zweifel meinen manche, dass Geheimsphäre und Privatsphäre nur beschränkte Öffentlichkeiten sind und andere sogar, dass sie Teile der Öffentlichkeit darstellen.¹⁴⁷ Deshalb verfügt jeder über eine beschränkte Privatsphäre sowie eine beschränkte Möglichkeit zur Kenntnisnahme personenbezogener Informationen anderer. Rohlf verbindet den Schutz der Privatsphäre mit der Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁴⁸ Daraus folgert er, dass das GG einen konkreten Schutzbereich außerhalb der Öffentlichkeit für die Privatsphäre anerkennt.¹⁴⁹ Wegen der Notwendigkeit der Selbstbestimmung für das Persönlichkeitsbild und die Autonomievorstellung erachtet er auch die Wahrung einer Beobachtungsdistanz als erforderlich, um die Möglichkeit der Kenntnisnahme durch andere und deren Einflüsse auf die Selbstbestimmung einzuschränken.¹⁵⁰ Er kritisiert allerdings die Erstarrung dieses Grundrechts, d.h. dass es keine völlige Gewährleistung, sondern nur seine Anwendung in einzelnen Fällen gebe.¹⁵¹ Angesichts der Mängel der Sphärentheorie erwartete man eine neue Theorie, die diese Beschränkungen überwinden würde.¹⁵²

Für eine Alternative zum verfassungsrechtlichen Schutz der Privatsphäre kann auch auf die soziologische Rollentheorie zurückgegriffen werden. Danach nimmt jede Person unterschiedliche Rollen in ihrem sozialen Umfeld ein, in denen sie jeweils unterschiedliche Sozialprofile darstellt. Deswegen stellt die Privatsphäre in der jeweiligen Rolle hier kein „right to be let alone“ dar, sondern die „unterschiedliche

¹⁴⁶ Z. B. RGZ 11, 416; BVerfGE 27, 1 ff., 344 ff.; BVerfG NJW 2000, 2189; BVerfGE 89, 69; BGHZ 24, 72; BGHZ 27, 284; BGHZ 26, 349; BGHZ 24, 200; BGHZ 36, 77 usw. Trotzdem unternimmt der BGH keine systematische Abgrenzung der unterschiedlichen Sphären. Vgl. U. Amelung, a.a.O., S. 20 ff., S. 25.

¹⁴⁷ Schmidt, JZ 1974, 241 (241); Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, S. 42.

¹⁴⁸ Rohlf, a.a.O., S. 132 f.

¹⁴⁹ Rohlf, a.a.O., S. 195 f.

¹⁵⁰ Rohlf, a.a.O., S. 199.

¹⁵¹ Rohlf, a.a.O., S. 133.

¹⁵² Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 48 ff.

Sichtbarkeit von Individuen“.¹⁵³ Auf diese Weise kann die Privatsphäre als ein Recht auf rollenspezifische Steuerung des personenbezogenen Informationsflusses betrachtet werden.¹⁵⁴ Das heißt, jede Person sollte über das Recht der Steuerung ihrer eigenen Informationen verfügen, um ihre verschiedenen Rollen im sozialen Umgang zu bewahren. Ähnlich betrachtet die Kommunikationstheorie die Kommunikation als Grundbedingung der Persönlichkeitsbildung. Deshalb werde die Persönlichkeitsentfaltung verletzt, wenn ein Dritter so in die Kommunikationsbeziehung eingreife, dass das vertrauliche Verhältnis der Betroffenen zerstört werde.¹⁵⁵ Jedoch weisen beide Auffassungen Fehler auf. Erstens kann man wegen der Vielfältigkeit der Rollen nur schwer feststellen, ob die Übertragung der Informationen eine Rolle bzw. das APR tatsächlich verletzen würde. Zweitens ist es schwierig, eine gesetzlich geschützte soziale Rolle und die für sie relevanten Informationen zu bestimmen.¹⁵⁶ Dadurch ist die Anwendung der Rollentheorie nur sehr beschränkt möglich. Die Kommunikationstheorie betont zwar nur die Schutzwürdigkeit menschlicher bzw. mündlicher Kommunikation. Ob diese Kommunikation im Prozess der Persönlichkeitsentfaltung eine wesentliche Rolle spielt, ist unbestimmt. Da außerdem Umstände und Auswirkung der Kommunikation auch die Persönlichkeitsentfaltung beeinflussen können, ist es zu begrenzt, dass nur der Eingriff in Inhalte der mündlichen Kommunikation als Voraussetzung der Verletzung des APR in Betracht gezogen wird.¹⁵⁷ Deshalb kann die Kommunikationsbeziehung allein nicht als Grundlage des Schutzes der Privatsphäre fungieren, sondern muss mit der Interessenabwägung zusammengebracht werden, um zu bestimmen, ob das vertrauliche Verhältnis verletzt wird.

¹⁵³ O. Mallmann, Zielfunktionen des Datenschutzes, S. 36 ff.

¹⁵⁴ Müller, Die Gefährdung der Privatsphäre, S. 84.

¹⁵⁵ Rüpke, Privatsphäre, S. 85 ff.

¹⁵⁶ Rohlf, Privatsphäre, S. 57.

¹⁵⁷ Rohlf, a.a.O., S. 63 ff.

2. Selbstdarstellungstheorie

Trotz aller Kritik stimmen die deutschen Rechtswissenschaftler jedoch darin überein, dass die Diskussion über den Schutz der Privatsphäre nicht den sozialen Umgang beiseitelassen kann.¹⁵⁸ Ausgehend davon hat man zum Schutz des Persönlichkeitsrechts eine Theorie der Selbstdarstellung verwandt, um vom konturenlosen Begriff der Privatsphäre loszukommen.¹⁵⁹ Denn die Selbstdarstellung ist mit sozialer Interaktion verbunden, sie wird von Goffman in einer seiner sozialpsychologischen Studien als „Presentation of Self in Everyday Life“ beschrieben. Danach ist Kommunikation ein Austausch personenbezogener Informationen, der zur Kenntnis der Umstände der Interaktion beiträgt.¹⁶⁰ Der Effekt der Interaktion ist auch von den Umständen abhängig, d.h. je besser die Umstände bekannt sind, desto umfangreicher sind die Auswirkungen der Interaktionen. Goffman stellt fest, dass es dringend notwendig sei, so viele Informationen wie möglich über die Umstände zu erhalten, um das eigene Verhalten zu planen.¹⁶¹ Als Fazit formuliert er, dass es zum Vorteil der Einzelnen sei, das Verhalten von anderen, insbesondere das des Gegenübers, zu beeinflussen, damit es eine Übereinstimmung zwischen dem Ergebnis des sozialen Umgangs und den diesbezüglichen Erwartungen geben könne.¹⁶² Dabei könne die Enthüllung personenbezogener Informationen den Fremdeinfluss auf das eigene Verhalten sowie Verletzungen der Privatsphäre auslösen.¹⁶³ Deshalb weist Goffman auf die Wichtigkeit der Sammlung von Informationen über andere Personen im sozialen Umgang hin, weil man auf diese Weise das Verhalten von anderen beeinflussen kann, um sich einen eigenen Vorteil zu verschaffen.

¹⁵⁸ U. Amelung, Schutz der Privatheit, S. 29.

¹⁵⁹ Steinmüller u.a., BT-Drs VI/3826, S. 48 ff.

¹⁶⁰ Goffman, Wir alle spielen Theater, S. 5. Ähnlich wie Weidner-Braun, Der Schutz der Privatsphäre, S. 30.

¹⁶¹ Goffman, a.a.O., S. 5.

¹⁶² Goffman, a.a.O., S. 7 f.

¹⁶³ Goffman, a.a.O., S. 12.

Luhmann verbindet die Selbstdarstellungstheorie mit den Funktionen des grundrechtlichen Persönlichkeitsrechts. Grundlage hierfür ist, dass in der modernen Zeit jeder eine soziale Stellung besitze, die von der eigenen Kompetenz abhängig und mit verschiedenen sozialen Bezeichnungen verknüpft sei.¹⁶⁴ Diese Bezeichnungen würden eine „durchgehende persönliche Linie“ bilden und zu den sozialen Beurteilungen führen, die von Luhmann als „Generalisierung der Darstellung“ bezeichnet werden.¹⁶⁵ Die Persönlichkeit müsse sich durch eigenes Verhalten¹⁶⁶ und im sozialen Umgang darstellen.¹⁶⁷ Darum zeige sich die Persönlichkeit in Verbindung mit den verschiedenen sozialen Rollen in unterschiedlichen sozialen Umständen.¹⁶⁸ Schließlich bezeichnet Luhmann die Selbstdarstellung als den Kern der Persönlichkeitsentfaltung¹⁶⁹, denn wenn es keine Selbstdarstellung (Austausch der personenbezogenen Informationen) gäbe, könnte man nicht am sozialen Umgang teilnehmen, und ohne diese Teilnahme könnte sich die Persönlichkeit nicht entfalten.

Im Jahre 1971 haben Steinmüller u. a. ein wichtiges Gutachten für das Bundesministerium des Innern erarbeitet, das ein kybernetisches Modell zu „Grundfragen des Datenschutzes“ enthielt, um die Entfaltung der Persönlichkeit, die Selbstdarstellung und die Selbstbestimmung der personenbezogenen Informationen zu verbinden, nach der Grundlage: „Datenschutz ist die Kehrseite der Datenverarbeitung“.¹⁷⁰

Das Modell besteht darin¹⁷¹, dass beim sozialen Umgang der potentiell Handelnde zuerst Informationen aus der Umwelt sammeln müsse, um diese zu verstehen. Aufgrund dieser Kenntnisse könne er eigene Motive und Ziele entwickeln. Unter der

¹⁶⁴ Luhmann, Grundrechte als Institution, S. 53.

¹⁶⁵ Luhmann, a.a.O., S. 56.

¹⁶⁶ Luhmann, a.a.O., S. 60.

¹⁶⁷ Luhmann, a.a.O., S. 61 f.

¹⁶⁸ Luhmann, a.a.O., S. 64.

¹⁶⁹ Luhmann, a.a.O., S. 69.

¹⁷⁰ Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 34.

¹⁷¹ Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 86 f.

Leitung seiner Motive und Ziele sowie durch Kenntnisse der Umwelt könne der Handelnde seine Aktionen gestalten und darstellen, um durch deren Einfluss auf die Umwelt sowie auf andere Personen seine angestrebten Folgen zu erzielen. Die Umwelt und insbesondere diese Personen reagierten auf diese Aktionen, und diese Reaktionen seien sehr wichtig, da sie die alleinige Grundlage dafür seien, dass der Handelnde seine Aktionen und Ziele beurteilen und regulieren könne. Beim Verfolgen von Zielen seien diese Beurteilungen und Regulierungen fast unverzichtbar. Der Handelnde müsse dann die regulierten Aktionen darstellen und diesen Prozess wiederholen, bis letztlich die Verwirklichung der erwarteten Motive und Ziele eintrete. Diese Selbstoptimierung des Handelnden diene der Entfaltung seiner Persönlichkeit.¹⁷² Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Entfaltung der Persönlichkeit von Reaktionen der Umwelt abhängig ist, weil die Persönlichkeit nur im sozialen Umgang gestaltet werden kann und alle Mitglieder der Gesellschaft zur sozialen Umwelt gehören.¹⁷³ Weil die Kenntnis der Umwelt Voraussetzung für das Verhalten des Handelnden ist und auf Informationen des Einzelnen beruht, sind personenbezogene Informationen anderer Personen für die Persönlichkeitsentfaltung von erheblicher Bedeutung.¹⁷⁴

Ausgehend von diesem Modell und der Rolle der personenbezogenen Information kann man schlussfolgern, dass man aufgrund des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG im sozialen Umgang das Recht haben müsse, Informationen über sich selbst zu kontrollieren, und dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit das Recht fordere, den Umfang der eigenen Informationen zu bestimmen, also zu entscheiden, wie man die eigenen Informationen benutzt.¹⁷⁵ Deshalb benötigt der Schutz des Rechts auf Persönlichkeitsentfaltung nicht nur eine Einschränkung der staatlichen Datenverarbeitung, sondern auch eine Begrenzung der

¹⁷² Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 87.

¹⁷³ Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 87.

¹⁷⁴ Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 87.

¹⁷⁵ Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 87.

privaten Datenerhebung und -verarbeitung, damit die automatischen Datenverarbeitungen die freie Entfaltung der eigenen Persönlichkeit nicht beeinträchtigen, sofern es kein überwiegendes Interesse für die Verarbeitung betrifft.¹⁷⁶

Das Konzept des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (RiS) ist zuerst von Mallmann formuliert worden.¹⁷⁷ Er folgt den Ausführungen von Luhmann und Steinmüller und betont die ausschlaggebende Bedeutung der Information des Einzelnen für die Persönlichkeitsentfaltung. Ausgehend von der Verbindung von Selbstdarstellung und Kommunikation analysiert er die Einwirkung der Kommunikation auf die Selbstdarstellung und zeigt einen informationellen Kreislauf zwischen dem Handelnden und der Umwelt auf. Er betont die Wichtigkeit der sozialen Umwelt für die Entfaltung der Persönlichkeit sowie für die Selbstdarstellung. Deshalb muss der Betroffene über eine Befugnis verfügen, über die Verbreitung eigener Informationen selbst zu bestimmen, weil Informationen das Medium der Selbstdarstellung des Einzelnen seien.¹⁷⁸ Mallmann ist der Ansicht, dass das RiS alle personenbezogenen Informationen umfassen sollte, unabhängig von ihrer Wichtigkeit oder Sensibilität, denn sämtliche Erhebung und Verarbeitung dieser Informationen sei mit der Selbstdarstellung verbunden, und nur so sei eine erfolgreiche Selbstdarstellung sichergestellt.¹⁷⁹ Damit konzentriert er sich auf die Gewährleistung der Selbstdarstellung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁸⁰ Im Vergleich zum Schutz der Privatsphäre bietet die Gewährleistung der Selbstdarstellung einen sehr umfassenden Bereich, der fast alle Informationen des Einzelnen enthält und sich nicht auf den Einzelfall beschränkt.

¹⁷⁶ Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 117 f., 126 f., 143 f.

¹⁷⁷ C. Mallmann, Datenschutz in Verwaltungsinformationssystemen, S. 56.

¹⁷⁸ C. Mallmann, a.a.O., S. 54 f.

¹⁷⁹ C. Mallmann, a.a.O., S. 56 f.

¹⁸⁰ C. Mallmann, a.a.O., S. 62 f.

Das Steinmüller-Modell behandelt auch, wie sich die Ziele sozialen Umgangs herausbilden, in welcher Weise dieser Umgang stattfindet, worauf also Entscheidungen in diesem Umgang beruhen. Dies dient als Grundlage der Entscheidungsfreiheit. Schmidt hat im Zusammenhang mit der Bedeutung der Entscheidungsfreiheit über die Persönlichkeitsentfaltung darauf hingewiesen, dass diese die „Schutzsphären“ mit Leben zu füllen vermag und die Voraussetzung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit sowie die Würde des Menschen sei.¹⁸¹ Aber im sozialen Umgang könne der Einzelne leicht beeinflusst werden und Möglichkeiten der Verhaltenssteuerung erzeugen, wenn die Fremdeinwirkung groß genug sei, denn je öffentlicher die personenbezogenen Informationen seien, desto stärker sei die Beschränkung der Persönlichkeitsentfaltung und der Unabhängigkeit.¹⁸² Deshalb habe der Schutz der personenbezogenen Informationen auch das Ziel, die Entscheidungsfreiheit zu bewahren sowie die freie Persönlichkeitsentfaltung durch die Verhinderung der Enthüllung und Preisgabe der Informationen zu garantieren.

Ausgehend vom Steinmüller-Gutachten entstanden in den 1970er Jahren drei Ansätze, um die Inhalte und die Notwendigkeit des Schutzes der personenbezogenen Information zu erklären.¹⁸³

Der erste Ansatz betrifft die rechtliche Steuerung der Erhebung und Verwendung von Informationen. Er betont, dass zum Schutz von Geheimnissen des Betroffenen bestimmte Daten nicht unzulässig erhoben, gespeichert und in sonstiger Weise genutzt werden sollten. Deswegen müsse die grenzenlose Beschaffung der personenbezogenen Informationen gemäß Art. 2 Abs. 1 GG beschränkt werden.¹⁸⁴ Der Maßstab dieser Beschränkung könne in der begrifflichen Gleichsetzung mit der

¹⁸¹ Schmidt, JZ 1974, 241 (246).

¹⁸² Schmidt, JZ 1974, 241 (245).

¹⁸³ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 113 ff.

¹⁸⁴ Steinmüller u.a., BT-Drs VI/3826, S. 94 f.

Intimsphäre gefunden werden.¹⁸⁵ Danach decke der Wesensgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG nur den innersten Teilbereich der Persönlichkeit ab.¹⁸⁶

Der zweite Ansatz befasst sich mit dem Wissen über den Umgang mit Daten und fordert diesbezüglich eine angemessene Transparenz: die betreffende Person müsse erfahren, wer was über sie weiß und zu welchen Zwecken diese Informationen verwendet werden.¹⁸⁷ Deswegen müssen die Informationserhebungs- und Informationsverarbeitungsvorgänge, die von den Betroffenen losgelöst sind, für den Einzelnen verfügbar sein.¹⁸⁸ Hier geht es also nicht um die Kenntnis von Informationen des Einzelnen, sondern um die Kenntnis der Erfassung solcher Informationen sowie den Ermittlungs- und Verarbeitungsprozess.

Der dritte Ansatz konzentriert sich auf die Einflussmöglichkeit des Einzelnen nach Abschluss der Informationsverarbeitung, um nachteilige Folgen für den Einzelnen zu vermeiden. Denn die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Persönlichkeitsentfaltung betrifft nicht nur die Prozesse, sondern auch die Folgen der Datenverarbeitung. Deshalb wird für den Betroffenen nicht nur die Möglichkeit verlangt, über die Verarbeitungsvorgänge der eigenen Informationen Bescheid zu wissen, sondern er müsse auch über rechtliche Maßnahmen verfügen können, um bei Mängeln im Verfahren einschreiten zu können.¹⁸⁹

Hinsichtlich der vorliegenden Diskussion zeigt das Modell des Steinmüller-Gutachtens die Wichtigkeit der Information für die Betroffenen und die Notwendigkeit der Gewährleistung gemäß allgemeinem Persönlichkeitsrecht, um die Persönlichkeitsentfaltung zu schützen. Außerdem bietet die Theorie einen umfassenden Schutzbereich, der fast alle personenbezogenen Informationen enthalten kann. Das war in den 1970er Jahren revolutionär, Gegengutachten argumentierten sogar, dass

¹⁸⁵ Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 6 389 (435).

¹⁸⁶ Steinmüller u.a., BT-Drs VI/3826, S. 96 f.

¹⁸⁷ Dammann, Transparenz der Datenverarbeitung, S. 81 ff.

¹⁸⁸ Steinmüller u.a., BT-Drs VI/3826, S. 82 ff.

¹⁸⁹ Steinmüller u.a., BT-Drs VI/3826, S. 123.

der Gewährleistungsbereich nicht so weit ausgedehnt werden solle.¹⁹⁰ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wahrte dann auch vorsichtig die Balance zwischen der Gewährleistung aller personenbezogenen Informationen und dem Schutz der traditionellen Privatsphäre.¹⁹¹ Doch die Kritik betraf nur den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich, nicht die Wichtigkeit individueller Informationen im sozialen Umgang.

III. Zwischenergebnis

Die US-amerikanische Rechtswissenschaft erklärt die Wichtigkeit personenbezogener Information mit dem Schutz der Privatsphäre und entwickelt wegen des weitgefassten Schutzgehaltes der Privatsphäre die Kontrolltheorie. Nach dieser Theorie wird die personenbezogene Information als Gegenstand des sozialen Umgangs betrachtet, d. h. der soziale Umgang umfasst eigentlich den Austausch personenbezogener Informationen, und der Schutz der Privatsphäre kann den sozialen Umgang wahren. Gegenstand der Privatsphäre ist also die Kontrolle der personenbezogenen Information beim sozialen Umgang. Aufgrund der Grenzen der Privatsphäre muss allerdings eine bestimmte Voraussetzung für ihren Schutz erfüllt sein, nämlich die Ordnung für den Umgang – wie die Lebensruhe oder die Abgeschiedenheit und Einsamkeit in der traditionellen Privatsphäre – muss verletzt worden sein.

Die deutschen Juristen sind weitergegangen: Mit dem im Steinmüller-Gutachten vorgeschlagenen Modell ist die personenbezogene Information nicht nur Gegenstand der Kommunikation, sondern auch Voraussetzung zur Entfaltung der Persönlichkeit geworden, weil in der Interaktion zwischen dem Handelnden und der Umwelt (bei der sog. Selbstdarstellung) die Information des Betroffenen, der Inhalt der

¹⁹⁰ Vgl. Krause, DVR (9) 1980, 238 f.

¹⁹¹ Vgl. BVerfGE 27, 1; 27, 344; 34, 204; 32, 373; 33, 367; 44, 353. Dabei hat das Gericht den Schutz vor Informationssammlung und Informationsweitergabe beschränkt gewährt. Diese müssen in den Schutzbereich der Privatsphäre eingeordnet werden.

Selbstdarstellung und die Information der anderen die Grundlage für das Verstehen der Umwelt sowie die Beurteilung ihrer Rückmeldungen sind. Diese drei Elemente sind eng auf die Verwirklichung des Ziels der Selbstdarstellung sowie der Persönlichkeitsentfaltung bezogen. Deswegen gehören die Erhebung, Verarbeitung und Verwendung der Informationen des Einzelnen zum Kern der Persönlichkeitsentfaltung. Das Modell dient auch dem Schutz der Entscheidungsfreiheit. Im Konflikt zwischen Veröffentlichung und Autonomie muss unzulässige Enthüllung und unwillkürliche Preisgabe von personenbezogenen Informationen verhindert werden, um die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu garantieren. Diese zwei Punkte sind die beiden Seiten einer Medaille. Um die freie Entfaltung der Persönlichkeit zu verwirklichen, muss einerseits der Handelnde über die Verwendung der eigenen Information selbst bestimmen und er andererseits die unzulässige Verbreitung der Informationen verhindern können. Deshalb liegt die Bedeutung der personenbezogenen Informationen in Kommunikationen und in Bezug auf die Persönlichkeitsentfaltung nicht nur in der Verwendung dieser Informationen, sondern auch in der Selbstbestimmung über ihre Offenlegung.

C. Schutzbedürfnis der personenbezogenen Information

I. Verwirklichung der Funktion der personenbezogenen Information

Im Steinmüller-Modell ist die Funktion der personenbezogenen Information für den Betroffenen im sozialen Umgang dargestellt worden: Sie ist Medium der Selbstdarstellung, und bei ihrer Veröffentlichung kann ein soziales Profil des Betroffenen gestaltet werden. Damit können Betroffene ihre eigene Persönlichkeit entfalten. Deshalb besteht der Wert personenbezogener Informationen für

Betroffene in ihrer Verwendung.¹⁹² Der Betroffene möchte immer, dass diese Verwendung eigene Interessen begünstigen kann, d.h. die Persönlichkeitsentfaltung muss frei sein und am besten vor Fremdeinfluss geschützt werden. Dazu setzt die Verwendung der Informationen die Selbstbestimmung des Betroffenen voraus, denn sonst folgt die Persönlichkeit bei ihrer „Entfaltung“ nicht ihrem eigenen Willen: Der Zweck der Verwendung – die freie Entfaltung der Persönlichkeit – wird so nicht erreicht. In verschiedenen Phasen des sozialen Umgangs mit Daten betrifft die Selbstbestimmung unterschiedliche Aufgaben, und der Schutz der Selbstdarstellung ist von der Wahrung der Selbstbestimmung im Vorgang der Verwendung abhängig.

1. Selbstbestimmung vor der Veröffentlichung

In dieser Phase bedeutet die Selbstbestimmung, dass einerseits der Betroffene über die Veröffentlichung bestimmen kann, andererseits jede unzulässige Enthüllung beschränkt werden muss.

Positiv verlangt die Selbstbestimmung das Recht, über die Verwendung eigener Information, also über Inhalt und Umfang selbst bestimmen zu können. Abgesehen von einigen Grundprinzipien ist dazu allerdings kein Eingreifen des Rechtssystems erforderlich, besonders im Rahmen des Privatrechts, denn nach dem Prinzip der Privatautonomie ist „alles erlaubt, was nicht verboten ist“.¹⁹³ Das ist vergleichbar mit § 903 BGB, der die absoluten Befugnisse des Eigentümers unter dem Aspekt des Eigentumsschutzes definiert.¹⁹⁴

Negativ verlangt der Schutz der Selbstbestimmung über eigene Informationen die Beschränkung der Datenverarbeitung gegen den Willen des Betroffenen.

¹⁹² Das ist ebenso wie bei der Verwendung des Eigentums durch den Eigentümer: Gemäß Art. 14 GG gewährleistet die verfassungsrechtliche Ordnung eine Eigentumsfreiheit, damit kann der Einzelne durch Herrschafts- und Nutzungsbefugnis „einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglichen“. Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 1, 8; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 42, Rn. 2. Für die Verwendung personenbezogener Informationen gilt das gleiche, man sollte sie ebenso behandeln.

¹⁹³ Campbell, Rights, S. 92.

¹⁹⁴ MüKoBGB/Säcker, § 903, Rn. 3.

Datenverarbeitung ist hier ein sehr weiter Begriff, er umfasst jeden Umgang mit Daten, wie etwa Erhebung, Speicherung, Verwendung, Übertragung oder Preisgabe. Denn eine Datenverarbeitung ohne Erlaubnis des Betroffenen kann zu unerwarteten Ergebnissen im sozialen Umgang sowie zu unerwarteten Einflüssen auf die Persönlichkeitsentfaltung führen. In der Praxis sind die Formen der Erlaubnis vielfältig. Sie kann ausdrücklich oder implizit sein oder durch rechtliche Zwangslizenz erfolgen.

Außerdem spielen der Besitz und die Gewinnung von Informationen eine sehr wichtige Rolle im sozialen Umgang bzw. in der Interaktion zwischen dem Einzelnen und seiner Umwelt. Zur Gewährleistung eigener Interessen und um die Umwelt richtig zu beurteilen, sollte man einerseits so viele Informationen wie möglich über andere sammeln können.¹⁹⁵ Andererseits sollte man sein Bestes tun, um die unnötige Veröffentlichung eigener Informationen zu verhindern und damit unerwartete fremde Einflüsse zu minimieren. Man versucht also, einen Informationsvorteil (*Information Advantage*) zu erzielen, um Informationen optimal und systematisch zu nutzen.¹⁹⁶ Dann kann man das Verhalten der anderen voraussagen, beeinflussen und sogar kontrollieren. Wer einen solchen Vorteil besitzt, ist im sozialen Umgang in einer vorteilhaften Position. Wer unter den Einfluss von fremden Meinungen und Verhaltensweisen gerät, ist in der freien Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigt¹⁹⁷, und gleichzeitig sollten auch Dritte Informationen über andere nicht auf unzulässige Weise oder mit falschem Inhalt gewinnen.

Hier besteht ein Interessenskonflikt: Jeder möchte möglichst viel über den anderen wissen, aber über sich selbst vieles möglichst nicht preisgeben. Dieser Konflikt kann nur durch die Einwilligung des jeweils Betroffenen gelöst werden. Damit kann

¹⁹⁵ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 88.

¹⁹⁶ Sienknecht, IA column: Information advantage, S. 38.

¹⁹⁷ Aus ähnlichen Gründen wird in vielen Fachbereichen, wie Jura und Medizin, die Informationspflicht des Fachpersonals und die Auskunftsrechte der Betroffenen betont, um die informationelle Ungleichheit auszugleichen und die Interessen sowie die Autonomie der benachteiligten Betroffenen zu gewährleisten. Vgl. z. B. in Hamburg das Auskunfts- sowie Einsichtsrecht der Patienten nach Art. 13 Abs. 1 des Hamburgischen Krankenhausgesetzes und die allgemeinen Vorschriften in den §§ 630g, 810 BGB und in § 34 BDSG.

fremder Einfluss auf den vom Betroffenen selbst bestimmten Bereich minimiert oder verhindert werden. Personenbezogene Informationen könnten demnach also nur beschafft werden, wenn der Betroffene sie offenlegt oder die Beschaffung erlaubt.¹⁹⁸ Beide Seiten verfolgen dabei die gleichen Ziele: Herrschaft über eigene Informationen und Verwirklichung der erwarteten Persönlichkeitsentfaltung.

2. Selbstbestimmung nach der Veröffentlichung

Personenbezogene Informationen werden meist dann veröffentlicht oder übertragen, wenn man damit das eigene Sozialprofil darstellen will. Deshalb dient die Verwendung eigener Information immer einem bestimmten Zweck, der vom Betroffenen selbst bestimmt wird. Personenbezogene Informationen im sozialen Umgang zeichnen sich nicht nur durch persönlichen Inhalt aus, sondern betreffen darüber hinaus auch monetäre Aspekte.

Dementsprechend kann die Veröffentlichung oder Weitergabe solcher Informationen zwei unterschiedlichen Zwecken dienen, nämlich wirtschaftlichen Interessen und sozialen Bewertungen. Aus dem wirtschaftlichen Interesse ergibt sich der Vermögenswert der Information durch den Personenbezug.¹⁹⁹ Weil dieser Personenbezug einen bestimmten Teil der Umwelt widerspiegelt, kann es eine Nachfrage bestimmter Personen nach dieser Information geben. Informationen über einen Filmstar z.B. betreffen meist private Belange, sind aber für die Medien und oft den Star selbst Gold wert. Darum wird im juristischen Bereich vor allem diese Art der Nutzung behandelt.²⁰⁰

Mit „Bewertungen“ sind hier Prüfungen aller Art gemeint, wie Prüfungen des Wissens, der Gesundheit, des Vermögens. Sie sind manchmal mit wirtschaftlichen

¹⁹⁸ Wenn diese Informationen sich auf Allgemeininteressen oder berechtigte Interessen anderer beziehen, muss die Selbstbestimmung des Betroffenen beschränkt werden.

¹⁹⁹ Haase, Datenschutzrechtliche Fragen, S. 71 f.

²⁰⁰ Vgl. Götting, Persönlichkeitsrecht als Vermögensrechte, S. 134 f.; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 212 f.

Interessen und manchmal mit persönlichen Interessen verbunden. Für den normalen Menschen sind diese Nutzungen viel wichtiger, weil ihre persönlichen Informationen nicht so „wertvoll“ sind, dass sie unmittelbar verkauft werden könnten. Durch die Nutzung solcher Bewertungen kann man allerdings auch im Leben bestehen, sein Leben verbessern. Beispielsweise sind Bewertungen in Form einer Wissensprüfung für die Bewerbung bei Arbeitgebern oft von entscheidender Bedeutung. Die Bewertung der eigenen Gesundheit durch eine ärztliche Prüfung kann lebenswichtig und auch bei Bewerbungen um bestimmte Jobs bedeutsam sein.

Neben wirtschaftlichen oder persönlichen Interessen sind personenbezogene Informationen auch für die Nutzung sozialer Dienste von Bedeutung: Wer etwa ein Bankkonto eröffnen, einen Flug buchen oder ärztlich behandelt werden will, muss der Bank, der Fluggesellschaft, dem Arzt oder der Krankenkasse zahlreiche personenbezogene Informationen anbieten. Wegen der Notwendigkeit der genannten Dienste ist die Veröffentlichung dieser Informationen manchmal unfreiwillig. Infolgedessen sind viele personenbezogene Informationen nicht nur in der Hand des Betroffenen, sondern oft ohne sein Wissen auch im Besitz anderer Personen und Organisationen.

Der Zweck der Veröffentlichung von personenbezogenen Informationen wird oft nicht sofort erreicht, sondern erst nach einiger Zeit²⁰¹, und Inhalte der offengelegten Informationen dienen besonders diesem Zweck. Dazu darf der Inhalt dieser Informationen während dieser Zeit nicht gelöscht oder geändert werden.²⁰² Wenn ihr zutreffender Inhalt verändert wird, verändert sich auch die Wahrnehmung des Informierten. Dadurch kommt die Veröffentlichung abweichend vom erwarteten Zweck zu einem ganz anderen, vielmehr sogar zu einem falschen Ergebnis.²⁰³ Beispielsweise würde der Betroffene die Prüfung nicht bestehen, wenn die

²⁰¹ Z. B. dauert es nach der Teilnahme an einer Prüfung einige Wochen, bis man das Ergebnis erhält; und nach Übergabe des Lebenslaufs wird es wiederum einige Tagen dauern, bis die Antwort des Arbeitgebers eintrifft.

²⁰² Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 90.

²⁰³ Albers, a.a.O. S.90.

übergebenen Prüfungsbögen von Dritten verändert oder vernichtet würden. Außerdem braucht man zur Ausbildung einer gerechten Weltanschauung²⁰⁴ im Allgemeinen und zur Entfaltung der eigenen Persönlichkeit²⁰⁵ im Besonderen auch richtige, vollständige Informationen. Kurz: die Selbstbestimmung nach der Veröffentlichung fordert die Wahrung der Richtigkeit und Vollständigkeit der offengelegten Information.

Diese Wahrung ist besonders wichtig, wenn die Informationen von jemand anderem kontrolliert werden, z.B. vom Arbeitgeber, dem ein Bewerber seinen Lebenslauf übergeben hat, oder vom Krankenhaus, in dem ein Patient behandelt wird. Diese Verantwortlichen haben meist kein unmittelbares Interesse am Schutz der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Informationen und sind daher wenig motiviert, unzulässige Änderungen oder die Vernichtung dieser Informationen zu verhindern. Aus diesen Gründen müssen sie Schutzpflichten übernehmen: So müssen sie für Datenerhebung und -speicherung eine sichere Umgebung anbieten, in der die Veränderung und Vernichtung der Informationen durch Besitzer und Dritte möglichst verhindert werden. Auch muss der Verantwortliche dem Betroffenen assistieren, wenn der Betroffene aus vernünftigen Gründen die Informationen berichtigen will. Diese Pflichten sind besonders dann nötig, wenn der Betroffene gezwungen war, Informationen zu übergeben, um wichtige soziale Dienste zu erhalten.

3. Selbstbestimmung in der Verwendung

Wie vorstehend dargestellt, ist die Selbstbestimmung im gesamten Ablauf der Verwendung zu berücksichtigen. Die Selbstbestimmung vor der Veröffentlichung schützt die Unabhängigkeit der Persönlichkeitsgestaltung und -entfaltung des Betroffenen und bestimmt dazu seine vorteilhafte oder nachteilige Stellung im

²⁰⁴ Brosette, Der Wert der Wahrheit, S. 41.

²⁰⁵ Brosette betont die Beschränkung der Wahrheit aufgrund des Schutzes des Persönlichkeitsrechts, aber er gesteht auch zu, dass die Wahrheit der Information sehr wichtig ist, um die Persönlichkeit zu entwickeln. Brosette, a.a.O., S. 115.

sozialen Umgang. Weil man aufgrund der Manipulierbarkeit von Informationen in dieser hoch informatisierten Welt bzw. der heutigen Internet-Gesellschaft häufig leicht zu beeinflussen ist, ist der Schutz vor Enthüllung eigener Informationen von erheblicher Bedeutung. Die Selbstbestimmung nach der Veröffentlichung dient vor allem der Erreichung der Zwecke der Verwendung. Sie erfolgt mit der Veröffentlichung (gegenüber bestimmten oder unbestimmten Personen) von Informationen des Einzelnen und setzt die Wahrung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen voraus. Erst vollständige und richtige Informationen ermöglichen es dem Betroffenen, den erwarteten Verwendungszweck zu erreichen. Dass Verwendungsbereich und Enthüllung der Informationen von Selbstbestimmung beschränkt werden, führt gleichzeitig zur Knappheit von Informationen. Je knapper die Information ist, desto wertvoller ist sie, wenn sie verwendet wird. Dementsprechend garantiert der Schutz der Vollständigkeit und Richtigkeit der Informationen, den Zweck der Verwendung zu erreichen, um diese Werte zu verwirklichen. Kurzum, die Selbstbestimmung umfasst die Bestimmung des Zwecks der Verwendung und die Erreichung dieses Zwecks.

II. Bedürfnis nach dem Schutz der Selbstbestimmung

Ausgehend von der dargestellten Diskussion ergeben sich folgende Erfordernisse für einen vollständigen Schutz der informationellen Selbstbestimmung.

Zunächst muss die Einwilligung des Betroffenen grundsätzliche Voraussetzung für jede „Verarbeitung“ personenbezogener Information sein, einschließlich ihrer Erhebung, Speicherung, Bearbeitung, Offenlegung, Übertragung und sonstigen Verwendung, um die Selbstbestimmung über die Datenverarbeitung zu schützen.²⁰⁶

Bei dieser Selbstbestimmung ist vor allem auf die Erhebung von Informationen zu achten. Dabei ist der Verantwortliche verpflichtet, dem Betroffenen hinreichende

²⁰⁶ Gola/Schomerus, BDSG, § 4a Rn. 2; Simitis, in: ders., BDSG, § 4a, Rn. 8; Däubler, in: DKWW, BDSG, § 4a, Rn.2; dazu auch Art. 6 EU-DSGVO.

Auskünfte über den Zweck, den Umfang und den Inhalt der Verarbeitung zu erteilen. Außerdem muss die Entscheidung des Betroffenen über die Erhebung freiwillig sein.²⁰⁷ Bei Weiterverarbeitung der Informationen zu einem anderen Zweck, in anderem Umfang oder auf andere Weise, die über die ursprünglich genehmigte „Verarbeitung“ hinausgeht, muss der Betroffene sofort informiert und seine Einwilligung erneut eingeholt werden, (Grundsatz der Transparenz und Zweckbindung).²⁰⁸ Weil die Verantwortlichen meistens große Mengen von personenbezogenen Informationen aus unterschiedlichen Quellen verarbeiten und der Betroffene den Prozess der Verarbeitung normalerweise nicht kontrollieren, nicht einmal erkennen kann, ist es für ihn schwer, Beeinträchtigungen durch die „Verarbeitung“ zu beweisen. Deshalb muss das Recht diese Ungleichheit ausgleichen, z. B. durch eine Auskunftspflicht oder die Umkehr der Beweislast.²⁰⁹ Außerdem muss der Betroffene seine Einwilligung aus vernünftigen Gründen jederzeit widerrufen können.²¹⁰ Wäre der Schutz personenbezogener Information aber grenzenlos, würde er den Umgang mit Informationen und die Entwicklung der Informationsgesellschaft im Allgemeinen über Gebühr einschränken. Der Schutz muss einem vernünftigen Maß entsprechen; als Maßstab könnten die Sensibilität der Information im Verhältnis zu dem Profit der Verantwortlichen und der Zweck der Verwendung im Verhältnis zu den Kosten der Schutzmaßnahmen in Betracht kommen.²¹¹

Zweitens müssen die Verantwortlichen für die „Verarbeitung“ eine sichere Umgebung für die Datenverarbeitung anbieten, um deren Richtigkeit und Vollständigkeit zu sichern. Damit verpflichtet sich der Verantwortliche dazu, nicht nur die eigene unzulässige Verarbeitung der Informationen über den Betroffenen zu

²⁰⁷ Gola/Schomerus, BDSG, § 4a Rn. 19, 25; Däubler, in: DKWW, BDSG, § 4a, Rn. 8, 20; Simitis, in: ders., BDSG, § 4a, Rn. 62, 70; Taeger/Gabel, BDSG, § 4a Rn. 48; dazu auch Art. 7 EU-DSGVO.

²⁰⁸ Vgl. Art. 5 (1) EU-DSGVO.

²⁰⁹ Gola/Schomerus, BDSG, § 7 Rn. 9; Wolff/Brink, BDSG, § 7 Rn. 61; Taeger/Gabel, BDSG, § 7 Rn. 19; Wolff/Brink, BDSG, § 7 Rn. 73; dazu auch § 7 (1) EU-DSGVO.

²¹⁰ Vgl. Art. 21 EU-DSGVO.

²¹¹ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 301; dazu auch Art. 7 (3) EU-DSGVO.

verhindern, sondern auch Eingriffe von Dritten in die Informationen zu begrenzen. Wenn ferner Richtigkeit und Vollständigkeit von Informationen beeinträchtigt sind oder die Gefahr besteht, dass sie beeinträchtigt werden, müssen die Verantwortlichen den Betroffenen rechtzeitig informieren. Außerdem muss der Betroffene falschen Informationen als Ersatzmaßnahme öffentlich widersprechen und sie unter bestimmten Umständen direkt berichtigen oder gar löschen können.²¹²

D. Zwischenergebnis

Vor dem Hintergrund der Darstellung ist der Begriff der Information sehr abstrakt, der den Inhalt der Information, den Umgang mit ihr und dessen Auswirkungen beschreibt. Dabei ist in Bezug auf den Begriff personenbezogene Information der Personenbezug zu betonen, der im Einzelfall den Inhalt, das Ziel und das Ergebnis der Information betrifft. Damit kann sich die Information auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen.

Die US-amerikanischen wie die deutschen Diskussionen über personenbezogene Information zeigen, dass ihre Kontrolle für den Schutz der Privatsphäre sehr wichtig ist. Allerdings hat dieser Schutz nach der Sphärentheorie ihre Beschränkungen, deswegen führt die deutsche Rechtswissenschaft die Selbstdarstellungstheorie ein, um die Privatsphäre völlig zu schützen, und verbindet den Schutz personenbezogener Information mit dem APR. Ausgehend vom Modell des Steinmüller-Gutachtens sehen die deutschen Rechtswissenschaftler in personenbezogener Information einerseits eine Grundlage zur Erfassung der sozialen Umwelt und andererseits ein Mittel der Selbstdarstellung. Deswegen ist personenbezogene Information der Hauptinhalt des sozialen Umgangs und wichtig für die Persönlichkeitsentfaltung. Um die eigene Persönlichkeit frei entfalten zu können, sollte man aber selbst bestimmen können, wie eigene Informationen verwendet werden. Erst dann könnte das Ziel der

²¹² Gola/Schomerus, BDSG, § 35 Rn. 4; Däubler, in: DKWW, BDSG, § 35, Rn. 4; Simitis, BDSG, § 35, Rn. 9; Wolff/Brink, BDSG, § 35 Rn. 10; Taeger/Gabel, BDSG, § 35 Rn. 8; dazu auch Art. 5 (1) EU-DSGVO.

Verwendung von Informationen mit den eigenen Interessen in Einklang gebracht werden.

Gemäß dieser Darstellungstheorie achtet der Schutz personenbezogener Informationen die Selbstbestimmung des Betroffenen. Die Selbstbestimmung offengelegter personenbezogener Informationen dienen im sozialen Umgang der Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung. Die Wahrung der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Informationen ist die Voraussetzung, das Ziel der Verwendung zu erreichen. Um hier die Selbstbestimmung zu schützen, unzulässige Enthüllung oder Änderung solcher Informationen zu verhindern, muss die ohne Zustimmung des Betroffenen erfolgte Datenverarbeitungen beschränkt werden. Nur dann kann das Schutzbedürfnis im sozialen Umgang erfüllt werden.

Kapital 2: Informationelle Selbstbestimmung als Grundrecht

Angesichts der Funktion personenbezogener Informationen für die Persönlichkeitsentfaltung wurden Forderungen nach deren Schutz laut. In den 1970er Jahren wurden diese wegen technischer Entwicklungen so dringend, dass sich auch die Rechtswissenschaft mit der Forderung nach vollständigerem Datenschutz befassen musste. Aber die damals bestehenden Rechte genügten nicht, um die Ängste der Öffentlichkeit vor den Gefahren automatischer Datenverarbeitung zu beruhigen.²¹³ So forderte die Bevölkerung ein „neues“ Recht, das den öffentlichen und privaten Umgang mit Daten betrifft und vollständigen Schutz bieten sollte.²¹⁴ Im Jahr 1984 hatte das Bundesverfassungsgericht sein berühmtes Volkszählungsurteil erlassen, damit gestaltete es ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (RiS). Obwohl dies Grundrecht nicht wörtlich im Grundgesetz steht, hat das BVerfG dieses Recht in vielen Entscheidungen angewendet, um Informationsinteressen des Betroffenen in sowohl öffentlichen als auch privaten Rechtsbeziehungen zu schützen.²¹⁵ Dieser Teil der Untersuchung soll mit der Entstehung des RiS beginnen und dann dessen dogmatische Struktur und dessen weitere Entwicklung behandeln, um seinen verfassungsrechtlichen Schutzzinhalt aufzuzeigen.

A. Entstehung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

I. Volkszählungsurteil

Das Volkszählungsgesetz (1983), das die Volks-, Berufs-, Wohnungs- und Arbeitsstättenzählung regulierte, ermächtigte die Regierung, Daten zur Zahl der Bevölkerung, ihrer räumlichen Verteilung, ihrer Zusammensetzung nach Alter,

²¹³ Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 23; Hohmann-Dennhardt, RDV 2008, 1.

²¹⁴ Bull, a.a.O., S. 25.

²¹⁵ Simitis, in: ders., BDSG, § 1 Rn. 29; Schoch, Jura 2008, 352 (353).

Familienstand und sozialen Merkmalen sowie zu ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu erheben. Insofern waren diese Daten notwendig für die gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Entscheidungen von Bund, Ländern und Gemeinden, d.h. also für die staatliche Planung.²¹⁶ Anders als im Bundestag löste in der Gesellschaft schon das Gesetzesvorhaben starke Zweifel und Kritik aus.²¹⁷ Viele fürchteten, dass die schrankenlose Sammlung und automatisierte Verarbeitung individueller Informationen die Privatsphäre und Selbstständigkeit des Einzelnen verletzen würde.²¹⁸ Deswegen legten die Kläger eine dahingehende Verfassungsbeschwerde ein, dass die Vorschriften des Gesetzes (besonders Art. 9 Abs. 1, 2, 3) die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 13 und Art. 19 Abs. 4 GG verletzen sowie gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen würden.²¹⁹ Das BVerfG erkannte schließlich wegen der Unvereinbarkeit der Übermittlungsregelungen mit verfassungsrechtlichen Prinzipien teilweise die Beschwerden an.²²⁰ Dieses Urteil war die Antwort des BVerfG auf die Forderung der Öffentlichkeit, Daten mit einem umfassenden Datenschutzrecht vor automatischer Datenverarbeitung zu schützen.²²¹ Deshalb wurde es damals heftig diskutiert und von erbitterten Auseinandersetzungen begleitet.

Die Gründe für die Entscheidung finden sich im Schutz der Menschenwürde bzw. im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR) gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.²²² Auf dieser Grundlage schützt das Volkszählungsurteil das Recht auf Handlungsfreiheit und freie Entfaltung der Persönlichkeit. Anders als die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) und die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) hat die Handlungsfreiheit und das APR auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gemäß den vorangegangenen

²¹⁶ BVerfGE 65, 1= NJW 1984, 419.

²¹⁷ Simitis, NJW 1984, 398.

²¹⁸ Simitis, in: ders., BDSG Einl. Rn. 28.

²¹⁹ BVerfGE 65, 1 (16).

²²⁰ BVerfG NJW 1984, 419 (420).

²²¹ Simitis, NJW 1984, 389 (389); in: ders., BDSG Einl. Rn. 28 ff.

²²² Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 152; Frenz, DVBI 2009, 333; Hornung, MMR 2004, 3.

Entscheidungen umfassenden Schutzzinhalt.²²³ Das verfassungsrechtliche Freiheitsrecht hat im Wesentlichen die Funktion, staatliche Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen abzuwehren.²²⁴ Damit baut die Handlungsfreiheit des Einzelnen gemäß Art. 2 Abs. 1 einen Schutzbereich auf, der nicht nur gegen Eingriffe des Staates verteidigt, sondern auch als Ausgangspunkt für alle subjektiven Freiheiten des Bürgers gegenüber dem Staat und anderen Privaten fungiert.²²⁵ Dem Einzelnen wird deshalb die Befugnis erteilt, ohne Beeinträchtigung der Freiheit anderer über eigene Angelegenheiten selbst zu entscheiden.²²⁶ Diese Handlungsfreiheit muss jegliches Handeln des Einzelnen schützen, das der Persönlichkeitsentfaltung dient.²²⁷

Ausgehend von der Verbindung zwischen personenbezogenen Informationen und Persönlichkeitsentfaltung, wie sie im Steinmüller-Gutachten gezeigt wurde (siehe Kap. 1, B, II, 2), erkennt das BVerfG mit der Selbstdarstellungstheorie die Befugnis des Einzelnen an, grundsätzlich selbst zu entscheiden, „wann und innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Lebenssachverhalte offenbart werden“.²²⁸ Damit kann der Einzelne vor automatischer Datenverarbeitung, die individuelle Informationen unbegrenzt speichert, verwendet und weitergeben kann, geschützt werden. Dieses Selbstbestimmungsrecht über die Verarbeitung persönlicher Daten entsprach dem seit langem entwickelten Prinzip des BVerfG, dass der konkrete Inhalt von Grundrechten einerseits der Verfassungsrechtsordnung unterliegen und andererseits mit neuen gesellschaftlichen Erfordernissen übereinstimmen muss.²²⁹

Die Entscheidungsfreiheit über vorzunehmende oder zu unterlassende Handlungen als Voraussetzung der Selbstbestimmung muss nach der Darstellungstheorie mit ausreichenden Informationen über die Umwelt und mit dem Schutz der

²²³ Z.B. BVerfGE 54, 148; 27, 344; 32, 373; 35, 202; 44, 353; 54, 148; 56, 37; 63, 131.

²²⁴ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 29.

²²⁵ BVerfGE 49, 1 (23).

²²⁶ Firtg, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 129.

²²⁷ Zilken, Datenschutz, S. 59.

²²⁸ BVerfGE 65, 1 (42).

²²⁹ BVerfGE 65, 1 (43).

Vollständigkeit der Daten in Einklang gebracht werden.²³⁰ Das BVerfG befand deshalb in Verbindung mit den Funktionen personenbezogener Daten, dass es bei automatischer Datenverarbeitung keine belanglosen Daten mehr gebe.²³¹ Deswegen komme es nicht auf die Intimität der Informationen, sondern auf die persönlichkeitsrechtliche Beziehung von Daten bei ihrer Verwendung an²³², um zu entscheiden, ob das APR verletzt wird.

Darüber hinaus unterschied das BVerfG verschiedene Regelungen für unterschiedliche Erhebungszwecke. Bei Erhebungen für personenbezogene Zwecke sei es notwendig, den Verwendungszweck bereichsspezifisch und präzise zu bestimmen²³³; aber bei der Sammlung für statistische Zwecke forderte das BVerfG wegen ihrer erheblichen allgemeinen Bedeutung keine enge und konkrete Zweckbindung.²³⁴ Dagegen ist gemäß dem BVerfG die Übermittlung nicht anonymisierter personenbezogener Daten zum Zweck des Verwaltungsvollzugs unzulässig. Ebenso ist die Erhebung für kombinierte Zwecke unzulässig, weil die Verknüpfung unterschiedlicher Erhebungsanforderungen die Zuverlässigkeit der Datenverarbeitung gefährden würde.²³⁵ Für jede Zweckänderung ohne Einwilligung des Betroffenen wäre eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsnorm für einen präzisen bereichsspezifischen Verwendungszweck erforderlich.²³⁶ Daher seien Vorschriften des Volkszählungsgesetzes miteinander unvereinbar, und die Zwecke der Datenerhebung seien auch nicht hinreichend klar bestimmt, deshalb seien die Vorschriften inhaltlich unklar und für den Bürger unverständlich.²³⁷ So verstießen sie

²³⁰ BVerfGE 65, 1 (42 f.).

²³¹ BVerfGE 65, 1 (45); ähnlich vgl. Simitis, NJW 1984, 398 (402); Hornung, MMR 2004, 3 (4).

²³² Faber, RDV 2003, 278 (279).

²³³ BVerfGE 65, 1 (46).

²³⁴ BVerfGE 65, 1 (47).

²³⁵ BVerfGE 65, 1 (51).

²³⁶ Zilken, Datenschutz, S. 60.

²³⁷ BVerfGE 65, 1 (64 f.).

wegen Verletzung der Anonymität, der Normenklarheit und mangelhafter Zweckbestimmung gegen das APR bzw. RiS.²³⁸

Das Volkszählungsurteil hat kein neues Grundrecht geschaffen, sondern eine Ausprägung des APR über die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß dem Schutz freier Persönlichkeitsentfaltung konkretisiert.²³⁹ Das widersprach der damals herrschenden Auffassung der Sphärentheorie, die in den vorhergehenden Entscheidungen stets angewendet wurde²⁴⁰, das BVerfG wendet sich damit von dieser Theorie ab.²⁴¹ Da es in automatisierter Datenverarbeitung kein „belangloses Datum“ mehr gibt, ist es sinnlos, hier zwischen einer unantastbaren Intimsphäre privater Lebensgestaltung und einem Verhalten mit Außenweltbezug zu unterscheiden.²⁴² Das Urteil sowie das daraus entnommene Selbstbestimmungsrecht über Preisgabe und Verwendung eigener Daten haben danach zahlreiche Folgerungen und Dispute erzeugt, die weit über die Erwartung des BVerfG hinausgingen.²⁴³

II. Die Entwicklung bis zum Volkszählungsurteil

Das Volkszählungsurteil zeigt, dass das BVerfG die dargelegten Überlegungen zum Schutz der individuellen Selbstdarstellung und Selbstbestimmung beachtete und versuchte, das RiS in der Verfassungsrechtspraxis durchzuführen.²⁴⁴ Das Grundrecht, das aus der freien Entfaltung der Persönlichkeit entnommen wurde, besitzt ein „aktives“ Element und ist, anderes als die traditionellen „passiven“ Abwehrgrundrechte, nicht nur ein „Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs“²⁴⁵, sondern auch eine Verfügung über eigene Daten. Die

²³⁸ Hornung, MMR 2004, 3.

²³⁹ Gallwas, Der Staat 18 (1979), S. 520; ähnlich vgl. Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 23; Simitis, NJW 1984, 398 (399); Faber, RDV 2003, 278 (279); Hornung MMR 2004, 3.

²⁴⁰ Wie BVerfGE 27, 1; 27, 344; 32, 373; 34, 238; 47, 46; 49, 286; 35, 202; 34, 269.

²⁴¹ Simitis, NJW 1984, 398 (402); Geis, JZ 1991, 112 (113); Hornung MMR 2004, 3.

²⁴² Simitis, in: ders., BDSG Einl. Rn.34; Hornung MMR 2004, 3 (4); Faber, RDV 2003, 278 (279).

²⁴³ Simitis, NJW 1984, 398 (398); Hornung MMR 2004, 3 (3); Faber, RDV 2003, 278 (280).

²⁴⁴ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 61.

²⁴⁵ Kornbichler, Verfassungsrecht, S. 87.

Entstehung dieser Änderung ist allerdings wenig überraschend, denn die Wandlung des BVerfG ist durch frühere Entscheidungen zu erklären.

Schon lange zuvor hatte das BVerfG die Handlungsfreiheit sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht als einen Schutzanspruch des Einzelnen gegen staatliche Eingriffe betrachtet, ihre Differenzierung lag nach den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen allerdings weiterhin im Dunkeln.²⁴⁶ Die informationelle Selbstbestimmung wurde damals gemäß Verfassungsrechtsprechung noch nicht als selbständiges Schutzgut festgelegt und bestand als Inhalt des APR.²⁴⁷ Manche zogen in Betracht, dass sich die allgemeine Handlungsfreiheit auf individuelle Handlungen oder Aktionen bezieht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (gemäß der Sphärentheorie) mit einem Zustand verbunden war.²⁴⁸ Andere hoben hervor, dass der Schutzbereich sowohl von Handlungsfreiheit als auch APR eingeeengt und gemäß der Schutzintensität abgestuft werden sollte.²⁴⁹ Diese Vagheit führte zu der Schwierigkeit, die Stellung des RiS einzuordnen und sogar zu der Ansicht, die Anwendung des APR zu beschränken.²⁵⁰ Daraus entstand die Notwendigkeit, relevante Verfassungsentscheidungen aufzuarbeiten, um diese Konfusion zu beseitigen. Obwohl die Geschichte des Schutzes eigener Information bis zum Mittelalter und darüber hinaus sogar bis in die Antike zurückverfolgt werden kann²⁵¹, beginnt die verfassungsrechtliche Beobachtung des Wandels der Ansicht des BVerfG jedoch mit der Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG mit den 1950er Jahren.

²⁴⁶ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 178 f.

²⁴⁷ Kunig, Jura 1993, 595 (595); Erichsen, Handlungsfreiheit, Rn. 54.

²⁴⁸ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 311, 333; Jarass, NJW 1989, 857 (858 f.).

²⁴⁹ Vgl. z.B. Scholz, AöR 100 (1975), 80 (265 ff.); Rohlf, Privatsphäre, S. 70 ff.

²⁵⁰ Vgl. Vogelgesang, Grundrecht, S. 62 ff.

²⁵¹ Lewinski, Geschichte des Datenschutzrecht, S. 201.

1. Die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG als Schutznorm für die allgemeine Handlungsfreiheit

In der Investitionshilfe-Entscheidung²⁵² hat das BVerfG drei unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten zu Art. 2 Abs. 1 GG formuliert.²⁵³ Erstens könne die Vorschrift dahingehend verstanden werden, dass sie die notwendige Freiheit des Einzelnen schützt, damit dieser seine geistig-sittliche Persönlichkeit entfalten kann. Daneben könne man, zweitens, die Vorschrift auch als umfassende Garantie von Handlungsfreiheit verstehen, nur begrenzt von dem Vorbehalt des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG, um Gemeinschaftsbeziehungen und Gemeinschaftspflichten zu bewahren. Schließlich müsse, drittens, die Handlungsfreiheit des Einzelnen nach dieser Rechtsnorm durch jede andere verfassungsmäßige Regelung beschränkt werden. Während die zweite Auslegung als Gemeinschaftsvorbehalt betrachtet werden kann, stellt die dritte Auslegung einen Gesetzesvorbehalt dar.²⁵⁴ Aber diese Formulierungen dieser Auslegungen sind auch vage und beziehen sich nur auf ein bestimmtes Verhalten oder bestimmte Handlungen, keine von ihnen umfasst die „Persönlichkeit“.

Im Elfes-Urteil²⁵⁵ hat das BVerfG dann ausgehend von systematischen und entstehungsgeschichtlichen Argumenten²⁵⁶ den Schutzbereich der Handlungsfreiheit weiter konkretisiert. Die drei Auslegungsmöglichkeiten nach der Investitionshilfe-Entscheidung hat das BVerfG dort, obgleich sie auf unterschiedlichen Ansätzen gründen, kombiniert,²⁵⁷ es beschreibt dort die allgemeine

²⁵² BVerfGE 4, 7 = NJW 1954, 1235.

²⁵³ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 181 f.; Scholz, AöR 100 (1975), 80 (86); Wintrich, Problematik der Grundrechte, S. 25.

²⁵⁴ In der Investitionshilfe-Entscheidung ist der Gesetzesvorbehalt nicht so definiert worden, aber im Elfes-Urteil hat das BVerfG die „verfassungsmäßigen Ordnungen“ als „verfassungsmäßige Rechtsordnungen“ bzw. jede formell und materiell verfassungsmäßige Rechtsnorm fortentwickelt. Vgl. BVerfGE 6, 32 (37 f.); Wintrich, Problematik der Grundrechte, S. 23 f.

²⁵⁵ BVerfGE 6, 32 = NJW 1957, 297.

²⁵⁶ Vgl. Scholz, AöR 100 (1975), 80 (86 f.); sowie BVerfGE 5, 85 (204); 6, 55 (81).

²⁵⁷ Die Rechte anderer sind durch subjektive, private und öffentliche Rechte, Rechtsstellungen und Rechtsgüter der Allgemeinheit begründet. Verfassungsmäßige Ordnungen sollen als Inbegriff der leitenden Grundprinzipien

Handlungsfreiheit einfach als ein allgemeines Grundrecht, im Sinne von „Jedermann ist frei zu tun und zu lassen was er will“²⁵⁸, das die Freiheit menschlicher Betätigung und die Lebensbereiche des Einzelnen wahrt, die nach den geschichtlichen Erfahrungen dem Zugriff durch öffentliche Gewalt ausgesetzt sind.²⁵⁹ Damit richtet das BVerfG das Schutzgut der Handlungsfreiheit auf individuelles Verhalten aus und schließt dort staatliche Eingriffe aus, wobei aber die auf geschichtlichen Erfahrungen beruhende Abgrenzung des Schutzbereichs noch vage ist.²⁶⁰ Jedenfalls aber wurde hier das Grundrecht vom BVerfG als Freiheit vor und Abwehr von staatlichen Eingriffen gestaltet.²⁶¹

Das Elfes-Urteil hatte weitreichenden Einfluss auf die spätere Rechtsprechung des BVerfG. Ein großer Teil der verfassungsrechtlichen Literatur sah in dieser Rechtsprechung den Ausgangspunkt der unter Schrankenvorbehalt gestellten Gewährleistung der Verhaltensfreiheit des Einzelnen.²⁶² Es war allerdings schwer, diese Freiheit präzise zu definieren, weil es keinen rechten Maßstab zur Beurteilung der Zulässigkeit von Freiheitseinschränkungen gab²⁶³, deshalb sprach man von einem „Freiheitsrecht ohne Freiheitstatbestand“²⁶⁴. Folglich berief man sich auf Art. 2 Abs. 1 bei „vielen unbenannten Freiheitsrechten“. Damit wurde es dringend notwendig, Schutzgut und Inhalt der Handlungsfreiheit genauer zu konkretisieren.²⁶⁵

In seinen späteren Entscheidungen hat das BVerfG diese Freiheit, sich so zu verhalten, wie man will, insbesondere in drei Fallgruppen als Schutzgut des Art. 2 Abs. 1 GG behandelt: erstens, Handlungen, die nur Einzelne betreffen²⁶⁶; zweitens, Verhalten

der Verfassung betrachtet werden, besonders die Rechts- und Sozialstaatsprinzipien, die sich auf die Freiheit des Einzelnen beziehen. Vgl. Wintrich, Problematik der Grundrechte, S. 23 f.

²⁵⁸ Scholz, AöR 100 (1975), 80 (87); ähnlich auch Wintrich, Problematik der Grundrechte, S. 21. Ausführlich ist diese Formulierung „Jedermann hat die Freiheit, zu tun und zu lassen, was die Rechte anderer nicht verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“. Vgl. BVerfGE 6, 32 (39).

²⁵⁹ BVerfGE 6, 32 (36 f.).

²⁶⁰ Scholz, AöR 100 (1975), 80 (87).

²⁶¹ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 183.

²⁶² Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 1.

²⁶³ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 313.

²⁶⁴ W. Schmit, AöR 91 (1966), 42 (48).

²⁶⁵ Alexy, Theorie der Grundrechte, S. 332.

²⁶⁶ Vgl. BVerfGE 21, 312; 55, 159; 54, 143; 59, 275.

im sozialen Umgang²⁶⁷; drittens, Aktivität, die von einer sozialen Institution, deren Bestand oder Funktion abhängig ist²⁶⁸. Die Gründe dafür finden sich in früheren Entscheidungen: Das Verhalten des Einzelnen muss nicht durch die Staatsgewalt mit einem Nachteil belastet werden, es sei denn, dass diese Belastung durch den Staat der verfassungsmäßigen Ordnung entspricht. Dies ist ein neuer Versuch des BVerfG, die Definition des Schutzgutes der Handlungsfreiheit in einer abstrakten Weise zu formulieren.

Im Preisgesetz-Urteil²⁶⁹ betrachtet das BVerfG die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr sowie die Vertragsfreiheit als „Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit“.²⁷⁰ Damit wird die Handlungsfreiheit, sowohl als Abwehrrecht, wie auch als Verhaltensrecht²⁷¹, mit dem Austausch von Gütern und Leistungen verbunden. Weil die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) nicht den wirtschaftlichen Verkehr als Vermögen gewährleisten kann²⁷² und Geldmangel wegen Steuerzahlung zweifellos die Freiheit der Vermögensverhältnisse der Betroffenen beeinträchtigen würde²⁷³, hat das BVerfG auch in einer anderen Entscheidung die wirtschaftliche Handlungsfreiheit gegenüber Steuern und sonstigen Abgaben anerkannt. Deswegen kann die Handlungsfreiheit auch die Freiheit zur Untätigkeit umfassen, und als Schutzgut wird nicht nur die Freiheit zu handeln, sondern auch allgemein die „Freiheit in wirtschaftlicher Hinsicht“ definiert.²⁷⁴ Ferner hat das BVerfG in der Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit von Strafnormen und Strafurteilen erklärt, dass eine auf einer verfassungswidrigen Norm beruhende Geldstrafe die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung verletze.²⁷⁵ Die freie Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 umfasse nicht nur die Handlungsfreiheit, sondern

²⁶⁷ Vgl. BVerfGE 17, 306; 20, 150; 90, 145.

²⁶⁸ Vgl. BVerfGE 52, 277; 13, 230; 21, 245; 46, 120.

²⁶⁹ BVerfGE 8, 274 = NJW 1959, 475.

²⁷⁰ BVerfGE 8, 274 (328); Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 52.

²⁷¹ Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 52; auch ders., Ausgestaltung der Grundrechte, S. 167 ff.

²⁷² Vgl. BVerfGE 4, 7 (15 f.).

²⁷³ BVerfGE 63, 312(327); 82, 159 (190). Trotzdem hat der Zweite Senat des BVerfG sich von dieser Ansicht in jüngsten Entscheidungen verabschiedet. Vgl. Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 53.

²⁷⁴ BVerfGE 9, 3 (11).

²⁷⁵ BVerfGE 9, 83 = NJW 1959, 523.

auch einen grundrechtlichen Anspruch, „durch die Staatsgewalt nicht mit einem Nachteil belastet zu werden“, um die eigene Lebensführung und Freiheit von unberechtigten Eingriffen der Staatsgewalt zu gewährleisten.²⁷⁶ Damit macht das BVerfG deutlich, dass die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 1 kaum direkt vorgeschrieben und nicht auf die individuelle Verhaltensfreiheit beschränkt werden können, sondern nur vom Eingriff in diese Freiheit her zu beschreiben sind.²⁷⁷

Ausgehend von diesen Entscheidungen spricht das Gericht in späteren Entscheidungen dann von der Handlungsfreiheit, „nicht mit einem verfassungswidrigen Nachteil belastet zu werden“.²⁷⁸ Was dieser „Nachteil“ sein soll, lässt sich aber nicht genau definieren, aber es besteht ein wenig klarer Maßstab der Verfassungsmäßigkeit, die sich gemäß den konkreten Fällen ihres Schutzguts verändern muss.²⁷⁹ Diese Vielgestaltigkeit der Schutzgüter sowie die unklare Grenze zwischen allgemeiner Handlungsfreiheit und allgemeiner Persönlichkeit²⁸⁰ lassen das Gericht zu der Überlegung kommen, ob man stattdessen einen umfassenden grundrechtlichen Schutz gegen den staatlichen Umgang mit Informationen und Daten einsetzen kann.

2. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre

Das Recht auf Achtung der Privatsphäre wurde zunächst der „allgemeinen Handlungsfreiheit“ entnommen. Man hat dann aber die „Privatsphäre“ als gegenüber der Handlungsfreiheit eigenständiges Schutzgut dieses Rechts definiert.²⁸¹

²⁷⁶ BVerfG NJW 1959, 523.

²⁷⁷ Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 27, Rn. 34, Rn. 35. Darin beschreibt die Unklarheit den Inhalt der Handlungsfreiheit, besonders für die unbenannte Freiheit.

²⁷⁸ Vgl. BVerfGE 19, 206; 29, 402; 33, 44; 38, 312;

²⁷⁹ Bernhardt, Anfechtung, JZ 1963, 302 (306). Zu einer ausführlichen Aufarbeitung der Veränderungen des Schutzgutes der Handlungsfreiheit in relevanten Rechtsprechungen vgl. Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 190 f.

²⁸⁰ M. Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 29.

²⁸¹ Vgl. Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 26, 27.

Art. 2 Abs. 1 GG wurde deshalb einerseits als Schutz der Privatsphäre, andererseits als Gewährleistung der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgelegt.²⁸²

Die Entstehungsgeschichte des Schutzes von Privatsphäre kann auch auf das Elfes-Urteil zurückgeführt werden. Darin bestimmte das BVerfG einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, in dem kein Eingriff staatlicher Gewalt zulässig sei.²⁸³ Allerdings wurde dieser Bereich damals nicht als eigenständiges Schutzgut behandelt, sondern diente nur dazu, Schutzlücken in der Gewährleistung der Freiheit und Menschenwürde zu schließen.²⁸⁴ Dieser Bereich bezieht sich eng auf den Wesensgehalt des Einzelnen bzw. die Menschenwürde²⁸⁵, und in einer späteren Entscheidung wurde er von der Intensität des „Sozialbezugs“ begrenzt.²⁸⁶ Nach diesen Entscheidungen besteht kein unabhängiges Recht auf Achtung der Privatsphäre, deshalb muss die Privatsphäre vielmehr aufgrund ihrer erheblichen Bedeutung für die Menschenwürde von einem Recht auf Achtung der Menschenwürde geschützt werden.²⁸⁷

1969 hat das BVerfG im Mikrozensusbeschluss einen großen Schritt nach vorne getan.²⁸⁸ Darin hat es den Schutzzinhalt von Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG verbunden und den Schutz eines unantastbaren Bereichs privater Lebensgestaltung, der zum Menschenbild sowie zur Menschenwürde beiträgt, anerkannt. Die Menschenwürde, die in Art. 1 Abs. 1 GG festgeschrieben ist, kann, anders als das Eigentum, nicht als ein Objekt betrachtet werden. Stattdessen geht es dabei um die Behandlung als Mensch und die Freiheit von Demütigungen²⁸⁹, weswegen die Menschenwürde im Rahmen des sozialen Umgangs verstanden werden muss. Im sozialen Umgang bestehen jedoch verschiedene Beziehungen, und jede Beziehung

²⁸² Vgl. Scholz, Grundrecht, S. 89 ff.; Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 31 f.

²⁸³ BVerfG NJW 1957, 297 (298).

²⁸⁴ Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 24; Wintrich, Auslegung und Anwendung, S. 8.

²⁸⁵ Wintrich, Auslegung und Anwendung, S. 7.

²⁸⁶ BVerfG NJW 1957, 865 (867). Darin meint das BVerfG, dass eine Handlung nicht als Privatsphäre betrachtet wird, wenn ihr Sozialbezug ausreichend intensiv ist. .

²⁸⁷ Vgl. z.B. BVerfG NJW 1957, 297 (298).

²⁸⁸ BVerfGE 27, 1 = NJW 1969, 1707.

²⁸⁹ Dreier, in: ders., GG Art. 1 Abs. 1, Rn. 55; Dürig, in: Maunz/Dürig, BDSG Art. 1 Abs. 1, Rn. 27.

erfordert unterschiedliche Grade von Schutz. Dafür entwirft das BVerfG im Mikrozensusbeschluss ein Modell von drei Sphären für die Privatsphäre: eine für den „innerste[n] Lebensbereich“; eine, die „von Natur aus Geheimnischarakter“ hat; und eine für „das Verhalten des Menschen in der Außenwelt“.²⁹⁰ In jeder Sphäre herrscht ein unterschiedlicher Schutzgrad, um zwischen Persönlichkeitsentfaltung und sozialem Umgang abwägen zu können. Dieser Unterschied konkretisiert den Inhalt der Privatsphäre und hat die folgende Entscheidungen stark geprägt.²⁹¹ Zwar ist die Abgrenzung der Sphären noch nicht deutlich genug, aber mit diesem Urteil beginnt die Entwicklung des grundrechtlichen Schutzes gegen staatliche Datenverarbeitung.

1970 hat das BVerfG im Scheidungsakten-Beschluss erstmals ein Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre als Schutzgut des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG anerkannt.²⁹² Darin hat das Gericht zunächst einen einheitlichen absoluten Schutz des Bereichs privater Lebensgestaltung gegenüber staatlichen Einwirkungen abgelehnt und auch unterschiedliche Schutzniveaus für verschiedene Lebensbereiche konstituiert.²⁹³ Die Bedeutung des Urteils liegt darin, dass es die Grenzen grundrechtlicher Abwehr bestimmt: Staatliche Maßnahmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots erfolgen, müssen hingenommen werden, um zwischen Schutz der Privatsphäre und öffentlichem Interesse abwägen zu können.²⁹⁴ Im konkreten Urteilsfall gehörten die Akten eines Ehescheidungsverfahrens zum privaten Lebensbereich der Ehepartner. Deswegen durfte der Akteninhalt nur aufgrund der erteilten Einverständniserklärungen von beiden Betroffenen öffentlich zugänglich gemacht werden. Amts- und Rechtshilfe (die Übersendung der Akten an andere staatliche Behörden) war ohne diese Einverständnisse nur zulässig, wenn sie nach dem

²⁹⁰ BVerfG NJW 1969, 1707 (1707).

²⁹¹ Vgl. z.B. BVerfGE 6, 389 (433) = NJW 57, 865; BVerfGE 27, 1 (7) = NJW 69, 1707 (1707); BVerfGE 27, 344 (351) = NJW 70, 555 (555); BVerfGE 32, 373 (379) = NJW 72, 1123 (1123).

²⁹² BVerfGE 27, 344 = NJW 1970, 555.

²⁹³ Dem Schutz der Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung ist ein besonders hoher Wert beizumessen.

²⁹⁴ BVerfG NJW 1970, 555.

Verhältnismäßigkeitsprinzip gerechtfertigt war.²⁹⁵ Auch war die Behörde verpflichtet, die Notwendigkeit der Erhebung der Informationen zu prüfen.

Im Scheidungsakten-Beschluss bestimmt das Gericht wesentliche Regelungen für die Übermittlung von Daten, und in einigen späteren Entscheidungen hat das BVerfG diese Regelungen auf Fälle von Datenbeschaffung durch Dritte angewendet. Diese mittelbare Datenerhebung ist erstens eine Ersatzvornahme der direkten Erhebung bei der betroffenen Person, deshalb setzt die Zulässigkeit der Datenbeschaffung auch vollständige Auskunft und vollständiges Einverständnis des Betroffenen voraus; zweitens besteht regelmäßig eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen, deswegen würde die Enthüllung der personenbezogenen Information diese Beziehung zerstören oder zumindest beeinträchtigen.²⁹⁶ Darum entschied das BVerfG im Karteikarten-Beschluss, dass die Beschlagnahme der ärztlichen Karteikarte ohne die Einwilligung oder gegen den Willen des Betroffenen das Recht auf Achtung der Privatsphäre verletzt²⁹⁷, denn die ärztliche Karteikarte, in der Informationen über Anamnese, Diagnose und therapeutische Maßnahmen eingetragen sind, betrifft den privaten Bereich des Patienten. Deshalb ist sie Teil des Schutzes durch das Grundrecht gemäß Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1, um die Zugänglichkeit zu ihr zu verhindern. Die Ärzte müssen ebenfalls verpflichtet werden, den Gesundheitszustand des Patienten geheim zu halten, um das Vertrauen zwischen Patient und Arzt zu wahren und die ärztliche Wirkung der Behandlung zu garantieren.²⁹⁸ Ähnlich gilt die Regelung in Fällen wie der Zeugnispflicht von Sozialarbeitern²⁹⁹ oder der Beschlagnahme von Klientenakten einer Suchtkrankenberatungsstelle.³⁰⁰ Hier bestimmt das BVerfG die Notwendigkeit der Bewahrung der Vertrauensverhältnisse in bestimmten sozialen Beziehungen, um

²⁹⁵ BVerfG NJW 1970, 555 (555).

²⁹⁶ Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 200 f.

²⁹⁷ BVerfGE 32, 373 = NJW 1972, 1123.

²⁹⁸ BVerfG NJW 1972, 1123 (1124).

²⁹⁹ BVerfGE 33, 367 = NJW 1972, 2214.

³⁰⁰ BVerfGE 44, 353 = NJW 1977, 1489.

ein spezielles Ziel des sozialen Umgangs zu erreichen.³⁰¹ Bis hierhin hat das BVerfG den geschützten Bereich der privaten Lebensgestaltung zur Wahrung des Vertrauensverhältnisses bzw. einer bestimmten Kommunikationssituation ausgeweitet. Deshalb schützt das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre nicht nur vor Fremdeinfluss oder Zugänglichkeit durch andere, sondern es sorgt auch für die Wahrung der sozialen Beziehungen und der Kommunikation bzw. die Wahrung des Umgangs mit Informationen zum Zweck der Persönlichkeitsentfaltung.³⁰²

Schließlich gibt es noch den Tonband-Beschluss, in dem es um eine Verfassungsbeschwerde gegen die Verwendung einer heimlich aufgenommenen privaten Tonbandaufnahme in einem Ermittlungsverfahren ging.³⁰³ In dieser Entscheidung hat das BVerfG das Grundrecht auf Privatsphäre in doppelter Hinsicht näher bestimmt: Erstens erstreckt sich der geschützte private Bereich auch dann auf den Inhalt des aufgenommenen Gesprächs, wenn sich dies Gespräch nicht auf die traditionelle „Privatsphäre“, sondern nur auf Geschäftliches bezieht; zweitens gibt es keine absolute Abgrenzung des Rechts, d. h. sogar das überwiegende Interesse der Allgemeinheit muss gemäß den Umständen im Einzelfall gegen die Interessen der Betroffenen abgewogen werden. Im Fall des Tonband-Beschlusses tritt das schutzwürdige Interesse des Beschuldigten an der Nichtverwertung einer heimlichen Tonbandaufnahme im Strafverfahren zurück.³⁰⁴ Das Ergebnis des Tonband-Beschlusses ist die selbstverständliche Fortsetzung von früheren Entscheidungen. Der Gesprächsinhalt ist von der Kommunikationssituation und dem Vertrauensverhältnis zwischen den Gesprächspartnern abhängig und wird als Gegenleistung auch die sozialen Beziehungen prägen. Darum kann das BVerfG den Inhalt von Gesprächen ebenfalls in der Vertrauensbeziehung und der Privatsphäre einordnen, sodass das Recht auf Achtung der Privatsphäre auch den Gesprächsinhalt

³⁰¹ BVerfG NJW 1972, 2214 (2215 f.); 1977, 1489 (1491).

³⁰² Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 19.

³⁰³ BVerfGE 34, 238 = NJW 1973, 891.

³⁰⁴ BVerfG NJW 1973, 891 (893).

umfasst. Zudem muss die beschränkte Anwendung der Interessen der Allgemeinheit das Verhältnismäßigkeitsgebot befolgen, um eine Abwägung zwischen dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und den berechtigten Erfordernissen der Strafrechtspflege zu erreichen.³⁰⁵ Fraglich ist, ob es geeignet ist, die Wahrung von sozialen Beziehungen ebenfalls als Privatsphäre zu betrachten.³⁰⁶ Dazu hat das BVerfG in seiner Rechtsprechung wiederholt die Notwendigkeit von Vertrauensverhältnissen und Gesprächen zur Entfaltung der Persönlichkeit betont.³⁰⁷

Weil der Begriff der Privatsphäre abstrakter und auf den Integritätsschutz der Persönlichkeitsentfaltung gerichtet ist, ermöglicht es das Recht auf Achtung der Privatsphäre, den Umgang mit Informationen unmittelbar zu schützen.³⁰⁸ Darum wird die Privatsphäre nicht nur als „in Ruhe gelassen zu werden“³⁰⁹ beschrieben, sondern auch als eine abgeschottete Individualsphäre zur Wahrung der Kommunikationssituation bzw. des sozialen Vertrauensverhältnisses betrachtet.³¹⁰ Deswegen ist gemäß der Sphärentheorie die Selbstbestimmung über eigene Information schutzwürdig, um die Persönlichkeitsentfaltung zu sichern. Kurzum: Die dogmatische Leistung der Privatsphäre ist nicht von der traditionellen Eingriffsdogmatik abhängig, sondern von dem Unterschied zwischen dem individuellen und dem staatlichen Bereich, wenn es darum geht, sich vor übertriebener staatlicher Überwachung selbst zu schützen.

Die Berufung auf die Privatsphäre ist von der Sphärentheorie abhängig, mit der eine abgestufte Schutzintensität konstruiert wird.³¹¹ Die Privatsphäre umfasst den Bereich zwischen der vollständig geschützten Intimsphäre und der nicht geschützten Öffentlichkeitsphäre. Deshalb setzt die Berufung auf die Privatsphäre die

³⁰⁵ BVerfG NJW 1973, 891 (893).

³⁰⁶ Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 19; Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 204;

³⁰⁷ BVerfG NJW 1973, 891 (892 f.).

³⁰⁸ Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1 Rn.22, 77; Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 26 f. Trotzdem wird die Gewährleistung des informationellen Umgangs nicht explizit erwähnt. Vgl. Rüpke, Privatheit, S. 32.

³⁰⁹ Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 14.

³¹⁰ Z.B. die geschützte Vertraulichkeit der Beziehung von Eheleuten, die Unbefangenheit in einer vertraulichen Kommunikation oder die Absicherung der Bedingungen bei der Inanspruchnahme von Konflikthilfe.

³¹¹ Scholz, AöR 100 (1975), 80 (93).

Gegenüberstellung von Privatbereich und Öffentlichkeit voraus. Aber weil der Betroffene selber in der Regel nicht ausdrücklich auf die Grenzen seiner geschützten intimen oder privaten Angelegenheiten hinweist und der Schutzbereich der Privatsphäre gegenüber Dritten zunächst unbestimmt ist, sind dessen Grenzen zunächst nicht klar.³¹² Deshalb muss das BVerfG abhängig von den Inhalten der geschützten Information das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre nur im Einzelfall anwenden.³¹³ Solche Flexibilität ist in der zivilrechtlichen sowie verfassungsgerichtlichen Praxis oft erforderlich³¹⁴, gleichzeitig ist ein vollständiger Schutz durch das Recht auf Achtung der Privatsphäre besonders in Bezug auf Kommunikation mit anderen und den Umgang mit Informationen noch umstritten³¹⁵.

Das RiS unterstreicht die Bedeutung der Selbstbestimmung bei der Veröffentlichung personenbezogener Informationen zur Persönlichkeitsentfaltung.³¹⁶ Aber aufgrund des Einflusses des traditionellen Rechts auf Achtung der Privatsphäre schützt das BVerfG zunächst noch immer die Absicherung eines Rückzugsbereichs und von Vertrauensverhältnissen, statt Informationen des Einzelnen.³¹⁷ Diese Beschränkung auf die Privatsphäre genügt nicht für den Datenschutz, besonders nicht in der Praxis der automatischen Datenverarbeitung. Auch wenn Daten in automatischer Datenverarbeitung weder privat noch sensibel sind, können sie wegen der unabsehbaren Auswirkung des Umgangs mit ihnen dennoch die Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtigen. Deswegen betont das Gericht im Tonband-Beschluss nicht nur die Privatsphäre, sondern auch den Schutz der Persönlichkeitsentfaltung bzw. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR). Diese Umstellung setzt sich in späteren Entscheidungen fort.

³¹² Steinmüller u. a., BT-Drucksache VI/3826, S. 51; C. Mallmann, Datenschutz, S. 47; O. Mallmann, Zielfunktionen, S. 26; Meister, DuD 1983 163 (164); Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 270.

³¹³ BVerfGE 34, 269; 35, 202.

³¹⁴ Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 268 f.; Rohlf, Privatsphäre, S. 25 f.

³¹⁵ Kamlah, DÖV 1970, 361 (362).

³¹⁶ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 54 f.

³¹⁷ Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, III 1.

3. Die Umstellung auf das Persönlichkeitsrecht

Die Umstellung des BVerfG im Datenschutz begann mit dem Soraya-Beschluss. In dieser Entscheidung erklärte das BVerfG zur Rechtsprechung der Zivilgerichte, es sei mit der Verfassungsrechtordnung vereinbar, immateriellen Schadensersatz für schwere Verletzungen des Persönlichkeitsrechts zuzuerkennen.³¹⁸ Es ging damals um die Veröffentlichung eines erfundenen Interviews über private Angelegenheiten der Klägerin. Nach dem BGH verfügt die einzelne Person über ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, „selbst darüber zu bestimmen, ob sie mit eigenen Äußerungen über ihre Privatsphäre öffentlich hervortreten wollte und, wenn sie diesen Wunsch hatte, in welcher Form dies geschehen sollte“.³¹⁹ Die Bedeutung der Entscheidung des BVerfG liegt darin, dass das BVerfG diese Formulierung des BGH verwendet und damit auch im Verfassungsrecht ein solches Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG anerkennt. Danach bestimmt das BVerfG, dass der Schutz der Persönlichkeitssphäre Vorrang vor der Pressefreiheit hat und demgemäß eine verfassungsrechtliche Befugnis der Klägerin besteht, zu entscheiden, „ob und in welcher Form sie Vorgänge ihres Privatlebens der Öffentlichkeit zugänglich machen wolle“.³²⁰ Es weist hier also auf die Notwendigkeit des Schutzes einer Selbstdarstellung hin, um für andere ein richtiges soziales Abbild entstehen zu lassen.³²¹

Zu einer ähnlichen Abwägung kam es auch im Lebach-Urteil, bei dem ein Interessenkonflikt zwischen der Rundfunkfreiheit und dem Persönlichkeitsschutz bestand, da der Beklagte den Kriminalfall des Klägers als Dokumentarfilm verbreitete.³²² Weil es verfassungsrechtlich nicht zulässig sei, eine nicht zeitgeschichtliche Berichterstattung aufzunehmen, wenn sie die Wiedereingliederung

³¹⁸ BVerfGE 34, 269 = NJW 1973, 1221.

³¹⁹ BVerfG NJW 1965, 685 (686).

³²⁰ BVerfG NJW 1973, 1221 (1223 f.)

³²¹ BVerfG NJW 1973, 1221 (1224 f.)

³²² BVerfGE 35, 202 = NJW 1973, 1226.

eines Straftäters in die Gesellschaft bzw. dessen Resozialisierung gefährde, zog das BVerfG auch dieses Mal den Schutz der Persönlichkeit vor.³²³ Das Gericht spricht hier zwar vom Schutz der Privatsphäre. Aber der traditionelle Begriff „Privatsphäre“ umfasst nicht die Selbstdarstellung oder die Resozialisierung, um die es in dieser Entscheidung geht. Damit dehnen diese Entscheidungen die „Privatsphäre“ auf die Persönlichkeitsentfaltung aus,³²⁴ und dadurch hat das BVerfG ein besonderes Schutzgut als „Verfügungsrecht über Darstellungen der Person“³²⁵ von der traditionellen Privatsphäre getrennt. Diese Verfügung über Darstellungen des Einzelnen durch Veröffentlichung eigener Informationen zielt gemäß der Darstellungstheorie (siehe Kap. 1, B, II, 2) auf die Vermeidung eines nachteiligen Lebensbildes im sozialen Umgang, um eine negative Beurteilung durch andere zu verhindern, Resozialisierungschancen zu schützen und die Entfaltung einer „Personalität“ nicht zu beeinträchtigen.³²⁶ Damit kommt es in der Rechtsprechung zu einer Tendenz weg von der Privatsphäre, hin zur Verfügung über die Darstellung bzw. die Auswirkung der Verbreitung eigener Informationen.³²⁷ Deshalb musste diese Praxis dogmatisch neu begründet werden.

Das geschah 1980 in der Eppler-Entscheidung, in der das BVerfG ein auf Art. 2 Abs. 1 i.V. m. Art. 1 Abs. 1 GG beruhendes APR anerkannte.³²⁸ In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Beklagte dem Kläger tatsächlich nicht erfolgte politische Äußerungen unterstellt, ihn damit aber nicht in seiner Privatsphäre oder Würde verletzt. Es ging nur um die Selbstdarstellung gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit³²⁹; der Betroffene muss über das eigene Bild selbst entscheiden können³³⁰, um gemäß der Darstellungstheorie im Umgang mit der Umwelt ein selbstbestimmtes

³²³ BVerfG NJW 1973, 1226 (1232 f.).

³²⁴ Vgl. Rohlf, Privatsphäre, S. 118 f.

³²⁵ BVerfG NJW 1973, 1226 (1227).

³²⁶ Vgl. BVerfG NJW 1973, 1226 (1229 ff.) und ähnliche Rechtsprechungen wie z.B. BVerfGE 45, 187; 64, 261; 72, 105.

³²⁷ Weitere Rechtsprechungen vgl. z.B. BVerfGE 34, 369; 47, 239; 49, 286; 47, 46.

³²⁸ BVerfGE 54, 148 = NJW 1980, 2070.

³²⁹ BVerfG NJW 1980, 2070 (2071).

³³⁰ Vgl. BVerfG NJW 1980, 2070 (2071); auch Luhmann, Grundrechte, S. 75.

Vertrauensverhältnis herzustellen.³³¹ Deshalb zog das Gericht das Persönlichkeitsrecht der Meinungsäußerung vor, wenn die Meinungsäußerung das soziale Abbild des Einzelnen beeinflussen kann und das Persönlichkeitsrecht damit „um seinen eigentlichen Gehalt des Ureigenen und Nicht-Vertretbaren gebracht werden soll“³³². Mit dieser Entscheidung erkannte das BVerfG ein APR an, das sich damals nur auf Wahrung eigener Lebensbilder konzentriert, die die anderen in der Umwelt gewinnen. Die Lebensbilder sind nur von den eigenen Darstellungen abhängig, und die Beurteilungen sind durch „objektive Elemente“ geprägt.³³³ Demgegenüber betrachtet das Gericht ein Verhalten, das ein Lebensbild gegen die Wünsche des Betroffenen zeichnet, als Verletzung des APR. Der Eppler-Beschluss war aber nur der Beginn der Konkretisierung des APR.

In der Entscheidung zur uneingeschränkten Auskunftspflicht im Konkursverfahren³³⁴ hat das BVerfG 1981 festgestellt, dass eine erzwingbare Auskunftspflicht ein Zwang zur Selbstbezeichnung sei und damit nicht nur die Handlungsfreiheit, sondern auch das APR beeinträchtige.³³⁵ Daher besteht ein Interessenkonflikt zwischen menschlicher Würde und staatlicher Verfahrensordnung. Um das Informationsbedürfnis im Strafverfahren oder in entsprechenden Verfahren zu erfüllen, ist es gerechtfertigt, notwendige Informationen zu sammeln.³³⁶ Aber eine uneingeschränkte Auskunftspflicht kann in die geschützten Interessen des Einzelnen eingreifen und damit das APR verletzen.³³⁷ Deshalb hat das BVerfG anerkannt, dass das APR auch die Übermittlung eigener Informationen schützt. In einer späteren Entscheidung über die Briefkontrolle³³⁸ hat das BVerfG ein Zweckbindungsprinzip für

³³¹ In der Rechtsprechung definiert das BVerfG die soziale Geltung ein bisschen anders als die Selbstdarstellung, da die soziale Geltung durch Auftreten und Äußerungen ein Bild von der Person gestaltet. Vgl. Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 224. In den späteren Rechtsprechungen verschwindet der Unterschied allerdings allmählich. Vgl. z.B. BVerfGE 65, 1; 82, 236.

³³² BVerfG NJW 1980, 2070 (2071).

³³³ BVerfG NJW 1989, 3269.

³³⁴ BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431.

³³⁵ BVerfG NJW 1981, 1431.

³³⁶ BVerfG NJW 1981, 1431 (1432).

³³⁷ BVerfG NJW 1981, 1431 (1432 f.).

³³⁸ BVerfGE 57, 170 = NJW 1981, 1943.

die Verwendung personenbezogener Information festgelegt, um in einem Strafverfahren einen Anspruch gegen die Beschlagnahme eines Familienbriefs zuzuerkennen.³³⁹ Dieses Zweckbindungsprinzip gründet auch auf dem Steinmüller-Gutachten³⁴⁰ und fordert, dass die staatliche Erhebung und Weiterverarbeitung von Informationen zu einem bestimmten Verwendungszweck erfolgen muss³⁴¹, weil die Verwendung dieser Informationen außerhalb des festgelegten Zwecks die Gefährdung des Persönlichkeitsrechts auslösen kann. 1983 kam das BVerfG zu einer weiteren Entscheidung³⁴²: Weil die Gegendarstellung des Einzelnen ein wesentliches modernes Massenkommunikationsmittel sei, fremden Einfluss auf das eigene Lebensbild zu begrenzen, verletze die Regelung der zeitlichen Beschränkung der Gegendarstellung im Rundfunk das verfassungsrechtliche APR. Der Einzelne müsse selbst entscheiden können, wie er sich in der Öffentlichkeit darstellen wolle, dies sei die „Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person“.³⁴³ Um die Gestaltung des eigenen Lebensbildes in der sozialen Kommunikation selbst zu bestimmen, betont das Gericht mit dieser Formulierung einen besonderen Schutzzinhalt im APR, der sich von der „Handlungsfreiheit“ oder „Privatsphäre“ unterscheidet.

Ausgehend von diesen Entscheidungen hat das BVerfG einen grundrechtlichen Schutz auf der Basis des APR aufgestellt, der sich, anders als die Handlungsfreiheit³⁴⁴, als eine Fortführung des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre darstellt.³⁴⁵ Obwohl einige befürworten, dass die Handlungsfreiheit ein Unterfall des Schutzes der Persönlichkeit sei³⁴⁶, vertritt die heutige herrschende Meinung, dass es eine parallele Struktur in Art. 2 Abs. 1 gebe und die Handlungsfreiheit sowie das

³³⁹ BVerfG NJW 1981, 1943 (1948).

³⁴⁰ Steinmüller u.a., BT-Drs. VI/3826, S. 88.

³⁴¹ BVerfG NJW 1981, 1943 (1948).

³⁴² BVerfGE 63, 131 = NJW 1983, 1179.

³⁴³ BVerfG NJW 1983, 1179 (1180).

³⁴⁴ Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 28; Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 26 f.; Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 29.

³⁴⁵ Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 29, 38 f.; Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 28.

³⁴⁶ Vgl. Burgi, ZG 1994, 341 (352); Kau, Persönlichkeitsschutz, S. 82.

Persönlichkeitsrecht jeweils eigene Schutzgüter hätten.³⁴⁷ Dieser Unterschied schlägt sich auch in Entscheidungen des BVerfG nieder, in denen sich die Verwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf abstrakte Elemente wie soziale Beziehungen oder die Persönlichkeitsbildung konzentriert.³⁴⁸ Dann ist der Persönlichkeitsschutz umfassender im Vergleich zum begrenzten Schutzzinhalt des Grundrechts auf Achtung der Privatsphäre, weil er nicht nur die Begrenzung der Fremdbeeinflussung, sondern auch gemäß der Darstellungstheorie die Selbstbestimmung des eigenen Lebensbilds in den sozialen Beziehungen schützt.³⁴⁹ Weil das APR allerdings als ein Auffangtatbestand dient und bis heute keinen präzisen Schutzzinhalt hat³⁵⁰, begrenzt die Rechtspraxis den Einsatz des APR immer noch. Sie ist von Interessenabwägungen geprägt, daher fallabhängig. Trotzdem hat das BVerfG aufgrund des APR und der Darstellungstheorie zum Schutz der „Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person“³⁵¹ einen unmittelbaren Schutz des Umgangs mit Informationen anerkannt, gleichwohl kommt das sich daraus ergebende Recht auf Abwehr von Fremddarstellungen nur in Betracht, wenn der Betroffene in der Persönlichkeitsentfaltung erheblich beeinträchtigt ist. Dieser Schutzbereich der personenbezogenen Information bildet auch das Kernelement im Volkszählungsurteil.

III. Zwischenergebnis

Die hier vorgenommene Analyse zeigt, dass das BVerfG mit dem Volkszählungsurteil und dem daraus entnommenen RiS keine überraschende Neuerung geschaffen hat, sondern eine Ausprägung des APR aufgrund der Forderung nach Datenschutz und Gewährleistung der Persönlichkeitsentfaltung weiterentwickelt hat. Dabei versteht das Gericht Handlungsfreiheit nicht nur als die Freiheit des äußeren Verhaltens,

³⁴⁷ Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 31; Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 28 f.

³⁴⁸ Vgl. Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 231.

³⁴⁹ Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 43 f.

³⁵⁰ Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 36, 37.

³⁵¹ BVerfGE 63, 131 = NJW 1983, 1179 (1180).

sondern auch als Freiheit von Belastung durch die Staatsgewalt. Aber diese Handlungsfreiheit kann die Bedürfnisse des Schutzes eigener Information nicht völlig erfüllen. Daher hat das BVerfG zunächst die Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG zu einem Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre ausgeweitet, das eine Individualsphäre gegen staatlichen Eingriff anerkennt, und es dann zu einem Vertrauensverhältnis erweitert, um angemessene Kommunikationsbedingungen bzw. eine entsprechende soziale Umwelt zu wahren. Diese Privatsphäre erweitert die Anwendung der Art. 2 Abs. 1 GG vom Schutz äußeren Verhaltens zum Schutz abstrakter Integrität der Persönlichkeit, aber beschränkt dessen Anwendung immer auf die Privatsphäre. Der Schutz des APR hat diese Einschränkung überwunden und sich, um eine freie Entfaltung der Persönlichkeit zu erreichen, mit der Darstellungstheorie auf die Gestaltung des eigenen Lebensbilds im sozialen Verkehr bzw. beim Umgang mit Informationen konzentriert. Das BVerfG fasst in der Formulierung „Selbstbestimmung des Einzelnen über die Darstellung der eigenen Person“ diesen Kern des Schutzes des Umgangs mit Informationen und die Grundlage eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zusammen.

B. Dogmatische Struktur des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Das Volkszählungsurteil hat die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich gezogen, weil es die Befürchtungen der Öffentlichkeit gegenüber der automatischen Datenverarbeitung widerspiegelte.³⁵² Mit der Entwicklung der Informations- und Computertechnik kann die Regierung mit Staatsgewalt personenbezogene Informationen in einem für die Betroffenen unübersehbaren Umfang erheben und verarbeiten, um ihrer Verantwortung für die soziale Verwaltung nachzukommen.³⁵³ Aber die Bürger müssen gleichzeitig die Gefahr begrenzen können, zu „gläsernen

³⁵² Vgl. Simitis, NJW 1984, 398; Hornung, MMR 2004, 3; Schoch, Jura 2008, 352 (353).

³⁵³ Vgl. Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 26; Lewinski, Geschichte des Datenschutzrechts, S. 201.

Menschen“ gegenüber der Staatsgewalt zu werden. Deshalb gibt es eine Pflicht des Staates, dem Einzelnen ein umfassendes Schutzrecht bzw. ein RiS zuzuerkennen, um die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung zu schützen.³⁵⁴

Ausgehend von der Abwehr gegen staatliche Eingriffe hat das RiS auch eine andere wichtige Funktion: Es ist notwendig nicht nur für die Entfaltung des Einzelnen, sondern auch für jede demokratische Gesellschaft.³⁵⁵ Dieses Grundrecht ist durch den Schutz der Herrschaft über eigene Daten auf ein Hauptziel einer demokratischen Gesellschaft gerichtet: den Schutz des freien Willens des Einzelnen. Zu erörtern ist nun, wie dieses Grundrecht so wichtige Funktionen übernehmen kann. Dabei findet der dogmatische Inhalt dieses Rechts Betrachtung.

I. Der Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Das RiS ergänzt den Schutz der Privatsphäre³⁵⁶ gegen Verletzungen der Persönlichkeit bei informationsbezogenen Maßnahmen. Dabei fungiert das Recht als ein Abwehrrecht und auch als ein Auffanggrundrecht, das über schon ausdrücklich normierte Freiheitsrechte hinaus alles Verhalten schützt.³⁵⁷ Mit dem Volkszählungsurteil bestätigt das BVerfG die Formulierung dieses Grundrechts als „die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“.³⁵⁸ Darum steht das Recht allen mittelbar und unmittelbar betroffenen lebenden natürlichen Personen zu, nicht nur Deutschen, sondern auch Ausländern und Staatenlosen³⁵⁹,

³⁵⁴ Hohmann-Dennhardt, RDV 2008, 1 (2); auch ähnlich vgl. Schoch, Jura 2008, 352 (353); Simitis, in: ders., BDSG, § 1, Rn. 23 f.

³⁵⁵ Vgl. BVerfG NJW 1984, 419 (422), auch Simitis, NJW 1984, 398 (399); ders., BDSG, § 1 Rn. 31; Hornung, MMR 2004, 3 (5); Ladeur, DÖV 2009, 45 (49); W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 25; Welsing, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 40 f.

³⁵⁶ BVerfGE 118, 168 (184).

³⁵⁷ W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 23; Elixmann, Datenschutz, S. 64 f.

³⁵⁸ BVerfGE 61, 1 (42). Die Formulierung gilt auch für die nicht-automatisierte Datenverarbeitung. Vgl. BVerfGE 78, 77 (84).

³⁵⁹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 173, 223; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 39; Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 81; W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 36.

aber nicht Toten und nicht Amtsträgern als solchen³⁶⁰. In Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG schützt das Recht genaugenommen nicht die einzelne natürliche Person, sondern die Würde des Einzelnen³⁶¹, um eine möglichst umfassende Entfaltung seiner Persönlichkeit sicherzustellen. Zu erörtern ist dann, ob der Grundrechtsträger nur auf natürliche Personen begrenzt ist. Das BVerfG hat diesen Punkt im Volkszählungsurteil nicht erwähnt. Weil juristische Personen keine Menschenwürde besitzen³⁶², werden in Teilen der Literatur nur natürliche Personen als Rechtsträger in Betracht gezogen.³⁶³ Andere jedoch meinen, dass hier auch juristische Personen Rechtsträger sein können.³⁶⁴ Ausgangspunkt dieser Diskussion ist Art. 19 Abs. 3 GG: Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie „ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“, anders gesagt: Soweit es um den Schutz nur natürlichen Personen wesenseigener Eigenschaften geht, erstreckt sich der Schutz durch Grundrechte nicht auf juristische Personen als bloße Zweckgebilde der Rechtsordnung.³⁶⁵ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Auffangtatbestand umfasst also nicht nur Intimbereiche, bei denen die Menschenwürde geschützt werden muss, sondern auch Sozial- und Wirtschaftsbereiche, die juristische Personen betreffen können.³⁶⁶ Deshalb werden besonders im Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit juristische Personen als Rechtsträger nicht ausgeschlossen.³⁶⁷ Diese Anwendung des

³⁶⁰ Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 31; anders vgl. Hufen, Staatsrecht II, S. 197.

³⁶¹ Firtg, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 132; W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 36.

³⁶² Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 72; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1 Rn. 8. Und in BDSG und EU-DSGVO wird „personenbezogene Daten“ auch als Daten über natürliche Person definiert. Vgl. § 3 (1) BDSG; § 4 (1) DSGVO.

³⁶³ Z.B. Schoch, Jura 2008, 352 (356); Hufen, Staatsrecht II, S. 196 f.; Weidner-Braun, Schutz der Privatsphäre, S. 81.

³⁶⁴ Z.B. W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 37; Wilm/Roth, JuS 2007, 577; Firtg, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 133; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 224; Zilkens, Datenschutz, S. 95, Rn. 55; Hornung, Grundrechtsinnovationen, S. 534; Siebert, Recht des Geistigen Eigentums, S. 176 f.; Elixmann, Datenschutz, S. 75; Hofmann, in: Schmid-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 2 Rn. 16.

³⁶⁵ BVerfGE 95, 220 (242); 118 168 (203); vgl. auch Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 224; Kübe, Persönlichkeit, Rn. 75; Sachs, in: ders., GG, Art. 19 Rn. 70.

³⁶⁶ Vgl. Rixecker, in: MüKoBGB, Anh. Zu § 12, Rn. 10; Götting, in: HdbPR, § 1, Rn. 5 f.; Pethig, Information als Wirtschaftsgut, S. 2 f.; Hasse, Datenschutzrechtliche Frage, S. 71.

³⁶⁷ Vgl. z.B. W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 37; Wilm/Roth, JuS 2007, 577 (578); Firtg, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 134 f.; Ladeur, in: HdbPR, § 8, Rn. 53; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 224, 225; Hofmann, in: Schmid-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 2 Rn. 16. Darin wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch als ein kollektives Recht betrachtet.

Grundrechts ist doch durch ihren Zweck begrenzt. In späterer Rechtsprechung hat sich das BVerfG dieser Auffassung angeschlossen³⁶⁸ und juristische Personen als Träger dieses Grundrechts anerkannt. Dabei müssen aber die zu beachtenden Unterschiede zwischen natürlichen und juristischen Personen hervorgehoben werden, und das Schutzniveau muss immer je nach dem Wesen der betreffenden juristischen Person einschränkt werden.³⁶⁹

Der Schutzgegenstand des RiS sind personenbezogene Informationen, deren Inhalte bereits im ersten Teil erläutert wurden. Weil es gemäß dem BVerfG bei automatischer Datenverarbeitung keine „belanglosen“ Daten gibt, sind personenbezogene Informationen nicht auf die Privatsphäre begrenzt.³⁷⁰ Wegen der Wichtigkeit personenbezogener Informationen für die Gestaltung der eigenen Persönlichkeit in der modernen Gesellschaft können alle Arten von Datenverarbeitung im sozialen Umgang die Entstehung des eigenen Lebensbildes, also die Persönlichkeitsgestaltung, beeinflussen. Darum wird nach h. M. dies Grundrecht nicht auf eine besondere Art oder Phase der Datenverarbeitung begrenzt.³⁷¹ Damit der Betroffene sich gegen unbegrenzte Datenverarbeitung durch den Staat oder Dritte wehren kann, geht diese Auffassung noch weit über die Formulierung im Volkszählungsurteil hinaus.

Der Kern des sachlichen Schutzbereichs des Rechts liegt in der Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über Preisgabe und Verwendung eigener persönlicher Daten zu bestimmen.³⁷² Das bedeutet den Schutz der Selbstbestimmung eigener Lebenssachverhalte, einschließlich von Selbstdarstellungen, der Wahrung der

³⁶⁸ BVerfGE 118, 168 = NJW 2007, 2464. Ähnlich dazu vgl. Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Person, Rn. 19.

³⁶⁹ BVerfG NJW 2007, 2464 (2471); 2001, 503 (505); 2009, 2697; W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 37; Wilm/Roth, JuS 2007, 577 (580); Firt, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 136; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 224; Zilkens, Datenschutz, S. 95, Rn. 55.

³⁷⁰ BVerfGE 65, 1 (46); Simits NJW1984, 398 (400); Schoch Jura 2008, 352 (355); W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 30.

³⁷¹ Vgl. Murswiek, in: Sachs GG, Art. 2 Rn. 73; Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1 Rn.81; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 38; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 176; Simits NJW1984, 398 (400); Elixmann, Datenschutz, S. 64.

³⁷² BVerfGE 65, 1 (43).

Unwissenheit der Öffentlichkeit und der Abwehr von fremdem Einfluss auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit.³⁷³ Gemäß dem Steinmüller-Gutachten über den Umgang mit Information (siehe Kap. 1, B, II, 2) setzt die Freiheit des Einzelnen gegenüber Gesellschaft und Staat die Selbstbestimmung eigener Informationen und die Abwehr unerwarteter Reaktionen der Umwelt voraus.³⁷⁴ Deshalb ist der Schutzbereich des Rechts eine Fortbildung des Schutzes des APR und umfasst nicht nur die eigene Privatsphäre, sondern auch die eigene Darstellung. Diese Herrschaft über eigene Information steht allerdings im Konflikt mit der Informationsfreiheit, die die Freiheit im Umgang mit personenbezogenen Daten verlangt. Deswegen werden in der Rechtspraxis diese zwei Rechtsinteressen gegeneinander abgewogen³⁷⁵ und dazu bestimmte Handlungen begrenzt.³⁷⁶ So wendet das BVerfG in bestimmten Fällen des Umgangs mit Information grundsätzlich das Grundrecht an³⁷⁷, wie in Bezug auf die persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse des Einzelnen³⁷⁸; das Ergebnis einer medizinischen Untersuchung einer Person³⁷⁹; Angaben zur sexuellen Orientierung einer Person³⁸⁰; TK-Verbindungsdaten³⁸¹; die Kennung von Mobiltelefonen³⁸²; genetische Informationen³⁸³; durch eine Videoüberwachung gewonnenes Bildmaterial über eine Person³⁸⁴; Informationen zur Mitgliedschaft einer bestimmten Person in Vereinen³⁸⁵, usw. Zusammengefasst schützt das Recht entsprechend der Funktion personenbezogener Informationen drei Ebenen der Freiheit des Einzelnen: den Schutz gegen äußere Eingriffe in private Angelegenheiten,

³⁷³ Vgl. Schoch Jura 2008, 352 (356); Simits NJW1984, 398 (401); W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 23 f.; Lewinski, Geschichte des Datenschutzrecht, S.199.

³⁷⁴ Vgl. Steinmüller, u.a., BT Drs. VI/3826, S. 83; Firtg, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 140 f.

³⁷⁵ W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 25.

³⁷⁶ Vgl. Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 136.

³⁷⁷ Vgl. Schoch Jura 2008, 352 (355); Ladeur, in: HdbPR, § 8 Rn. 29; Frenz, DVBI 2009, 333; Taeger/Schmidt, in: Taeger/Gabel, BDSG Einführung, Rn. 15.

³⁷⁸ BVerG NJW 2002, 2164.

³⁷⁹ BVerG NVwZ 2005, 571.

³⁸⁰ BVerG NVwZ 2005, 681; 2007, 51.

³⁸¹ BVerGE 115, 166.

³⁸² BVerG NJW 2007, 355.

³⁸³ BVerfGE 117, 202.

³⁸⁴ BVerG DVBI 2007, 497; NJW 2008, 96.

³⁸⁵ BVerG NJW 2005, 2330.

die Selbstdarstellung im sozialen Umgang und die Selbstbestimmung der Anwendung eigener Informationen.³⁸⁶

II. Grundrechtseingriff

Der Grundrechtseingriff sei eine nicht unerhebliche Einwirkung des Staates auf ein grundrechtliches Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers.³⁸⁷ Diese eingetretene oder drohende Beeinträchtigung, die zu Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen führen kann³⁸⁸, beschränkt Einwirkungen des Grundrechts. Seine Anwendung verlangt die Abwägung und Übereinstimmung zwischen einer Freiheit als dem Schutzbereich eines Grundrechts und staatlicher Rechtfertigungslast als der Begründung von Verwaltungsleistungen.³⁸⁹

Das RiS ist nicht schrankenlos, und es besteht kein absolutes Herrschaftsrecht über eigene Informationen.³⁹⁰ Zu erörtern ist also, unter welchen Bedingungen die Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts über personenbezogene Informationen als Grundrechtseingriff betrachtet werden kann, sodass die Grenze dieses Rechts bestimmt und seine Abwehrfunktion verwirklicht werden kann.³⁹¹ Beim klassischen Grundrechtseingriff handelt es sich um einen Eingriff mit gezielter Befehls- und Zwangsgewalt und mit rechtsförmlichem Verfahren des Staates oder eines anderen Hoheitsträgers, der die Rechtssphäre des Bürgers beeinflusst und auf behördliche oder gerichtliche Anordnung erfolgt.³⁹² Deshalb könnten obrigkeitliche Befehls- und Zwangsgewalt, Rechtsförmlichkeit des Vorgehens, Finalität der Einwirkung auf das grundrechtliche Schutzgut, Vorhersehbarkeit von Folgen und

³⁸⁶ Elixmann, Datenschutz, S. 65 f.

³⁸⁷ Vgl. Bethge/Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, S. 40; Bethge, Grundrechtswahrnehmung, Rn. 142.

³⁸⁸ Sachs, Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit, I 1.

³⁸⁹ Peine, Der Grundrechtseingriff, Rn. 13. Dabei bleibt der Begriff noch offen, sodass die Freiheitsrechte die unterschiedlichen und sich verändernden sozialen Nachfragen erfüllen können. Vgl. Bethge/Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, S. 38.

³⁹⁰ Vgl. Welsing, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 42; ähnlich auch Baumann, DVBl. 1984, 612; Benda, DuD 1984, 86 (89); Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 27; Simitis, NJW 1984, 398 (400).

³⁹¹ Isensee, Das Grundrecht, Rn. 106; Bethge/Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, S. 38.

³⁹² Schoch, Jura 2008, 352 (356); Hufe, Staatsrecht II, S. 197.

Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung des Schutzgutes die Rechtfertigungsgründe sein.³⁹³ Aber sie erlauben keine Grundrechtsbeeinträchtigung durch schlicht hoheitliches Handeln oder die ungezielte Einwirkung von Dritten, deswegen lässt sich oft nicht genau beschreiben, welche staatlichen Handlungen die Grundrechte des Einzelnen verletzen.³⁹⁴ Und weil der klassische Eingriffsbegriff sich weder auf die rechtliche Grundlage von Befehlen noch mittelbar auf die passende obrigkeitliche Einwirkungsform bezieht, kann er nicht für den Umgang mit Information gelten.³⁹⁵ Darum muss die Grundlage des Eingriffs hier von Einwirkungen, besonders von faktischen und mittelbaren Beeinträchtigungen, ausgehen.³⁹⁶ Dieser erweiterte Eingriffsbegriff muss alle staatlichen Maßnahmen zum Umgang mit Daten erfassen, sich auf die Auswirkungen konzentrieren und von wesentlichen Forderungen einer Übermittlungsanordnung (einschließlich Datenerfassung, Datenspeicherung und Datenabgleich) abhängig sein³⁹⁷, welche die Verfügungsgewalt des Einzelnen über eigene Informationen beeinträchtigt³⁹⁸. Darum muss die Beeinträchtigung des Bestimmungsrechts nach ihrer Intensität gegenüber Menschenwürde bzw. freier Entfaltung der eigenen Persönlichkeit beurteilt werden. Deshalb ist der Eingriff in das Bestimmungsrecht durch die Einwilligung des Betroffenen nicht in jedem Fall gerechtfertigt.³⁹⁹ Ausgehend von der Funktion personenbezogener Informationen zur Gestaltung einer selbstbewussten, selbstverantwortlichen und sich selbst entfaltenden Person⁴⁰⁰ muss dieser Eingriff sehr begrenzt sein. Es sei zu bemerken, dass es kein belangloses Datum gibt und Beschränkungen der informationellen

³⁹³ Peine, Der Grundrechtseingriff, Rn. 20.

³⁹⁴ Vgl. Isensee, Das Grundrecht, Rn. 111 f.; auch Bethge/Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, S. 38 f.; Peine, Der Grundrechtseingriff, Rn. 29; Hufen, Schutz der Persönlichkeit, S. 114.

³⁹⁵ Vgl. Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 83; Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 83; Albers, Informationelle Selbstbestimmung, S. 134 f.; Hufe, Staatsrecht II, S. 198.

³⁹⁶ Vgl. Sachs, Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit, I 2; Bethge/Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, S. 40; Peine, Der Grundrechtseingriff, Rn. 30.

³⁹⁷ BVerfGE 115, 320 = NJW 2006, 1939 (1941 f.).

³⁹⁸ Vgl. Firtg, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 146; Wesling, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 42; Schoch, Jura 2008, 352 (356).

³⁹⁹ Schoch, Jura 2008, 352 (357); Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 67.

⁴⁰⁰ Höfing, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 1 Rn. 15.

Selbstbestimmung die freie Persönlichkeitsentfaltung und Gestaltung der Menschenwürde nicht verletzen müssen.⁴⁰¹

Aufgrund der Wichtigkeit des Grundrechts entsteht eine andere Frage: Inwieweit kann die Einwilligung des Betroffenen in den Eingriff das Grundrecht beschränken? Das Wort „Selbstbestimmung“ scheint zu bedeuten, dass der Rechtsträger das Recht unbegrenzt beherrscht. Aber das Prinzip der Privatautonomie gilt im Zivilrechtsbereich nicht absolut, ganz zu schweigen vom Grundrechtsbereich, wo die Grundlage der Autonomie nicht in der privaten Willensfreiheit, sondern in der staatlichen Rechtsordnung verankert ist.⁴⁰² Ausgehend von der Auffassung, dass die Einwilligung einerseits ein Grundrechtsverzicht und andererseits eine Grundrechtsausübung ist⁴⁰³, muss der Verzicht auf dieses Grundrecht nach verfassungsrechtlichen Maßstäben bewertet werden, d.h. nach dem Schutz des Wesensgehalts der Menschenwürde des Einzelnen, dem Schutz der berechtigten Interessen anderer, dem Schutz der Allgemeininteressen und dem Schutz der Grundsätze von Demokratie sowie des Rechtsstaats.⁴⁰⁴ Demnach muss auch eine Einwilligung über den Eingriff in ein eigenes Grundrecht der Verfassungsrechtsordnung unterliegen.⁴⁰⁵ Das gilt für den Verzicht auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ebenso wie für die Ausübung dieses Rechts. Außer der unantastbaren Menschenwürde und dem Menschenwürdekern in den einzelnen Grundrechten müssen im Einzelfall die verfassungsgeschützte Selbstbestimmung und das übrige geschützte Rechtsgut gegeneinander abgewogen werden.⁴⁰⁶ Außerdem muss die Einwilligung von Betroffenen freiwillig und eindeutig

⁴⁰¹ Vgl. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 65; Schoch, Jura 2008, 352 (357); Wesling, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 43.

⁴⁰² Isensee, Privatautonomie, Rn. 20; Stern, Der Grundrechtsverzicht, I 5.

⁴⁰³ Firgt, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 147; ähnlich vgl. auch Amelung, Die Einwilligung, S. 117, worin die Einwilligung als Beeinträchtigung des Grundrechts betrachtet wird.

⁴⁰⁴ Vgl. Stern, Der Grundrechtsverzicht, I 5, III 3.

⁴⁰⁵ Diese Rechtsordnungen können den Grundrechtseingriff auch begrenzen. Vgl. Stern, Der Grundrechtsverzicht, III 1/2.

⁴⁰⁶ Vgl. Stern, Der Grundrechtsverzicht, III 3.

sein, und diese Freiwilligkeit muss nicht nur von keinem Zwang, sondern auch von völliger Informiertheit abhängig sein.⁴⁰⁷

III. Schranken des Grundrechts

Angesichts des Grundrechtseingriffs ist die Anwendung des RiS wie andere Grundrechte zunächst aufgrund des Schutzes der Menschenwürde gemäß Art. 1 GG ebenfalls beschränkt. Darum spielt, um die Gemeinschaftsordnung aufrechtzuerhalten, die „allgemeine Schrankentrias“ (gemäß Art. 2 Abs. 1 GG: „Rechte anderer“, „verfassungsmäßige Ordnung“ und „Sittengesetz“⁴⁰⁸), eine Hauptrolle bei der Grundrechtsbeschränkung.⁴⁰⁹ Aber jede Beschränkung des Verfassungsrechts hat ihre eigenen Gründe und Bedingungen⁴¹⁰, genau wie die des RiS. Aufgrund des APR nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG müssen das Grundrecht der Menschenwürde und der Kernbereich der Lebensführung unverletzbar sein, aber der Inhalt der Menschenwürde und der Kernbereich sind kaum bestimmt. Deswegen ist die Abwägung zwischen eigenen Rechten, Rechten anderer und Allgemeininteressen im Prozess der Lebensgestaltung des Menschen im sozialen Umgang unvermeidbar.⁴¹¹ Darum gilt das Schrankentrias gemäß Art. 2 Abs. 1 GG nach der Unantastbarkeit der Menschenwürde für die Beschränkung des RiS als Auslegungsmaßstab.⁴¹²

⁴⁰⁷ Vgl. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 66; Merten, Grundrechtsverzicht, Rn. 16 f.; Stern, Der Grundrechtsverzicht, II 6.

⁴⁰⁸ Vgl. Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 19; Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 1, 2.

⁴⁰⁹ Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, Rn. 127.

⁴¹⁰ Vgl. Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 1; ähnlich vgl. Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, S. 8 f.; Sachs, in: ders., GG, Art. 1, Rn. 96 f.; Dreier, in: ders., GG, Vorb. Rn. 84 f.

⁴¹¹ Vgl. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 67; Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, Rn. 127. Ähnlich vgl. Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, S. 9; BVerfGE 109, 279 = NJW 2004, 999. Darin erkennt das BVerfG einerseits die Unantastbarkeit der Menschenwürde, andererseits eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I i.V.m. Art. 1 I GG) und dem Strafverfolgungsinteresse an, deshalb besteht die Unbestimmbarkeit von absolut geschützten Räumen in der Privatwohnung.

⁴¹² Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 128, 133; Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2.

1. Die Art der Schranke

Die verfassungsmäßige Ordnung fordert eine formelle und materielle Verfassungsübereinstimmung aller Rechtsnormen.⁴¹³ Darum müssen nicht nur die staatliche Gewaltleistung, die die Freiheit des Einzelnen beeinträchtigen oder belasten kann, sondern auch die Handlungsfreiheit sowie die dadurch möglichen weitgehenden Freiheitsbestätigungen jedes Einzelnen überprüft werden, um mögliche Konflikte der Rechtsnormen sowie Widersprüche zwischen Freiheit und Gewaltleistung zu beseitigen.⁴¹⁴ Die Grundlage der Bestimmung der Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen verfassungsmäßiger Ordnung findet man zunächst in der Sphärentheorie. Aber hinsichtlich der Entscheidungen des BVerfG⁴¹⁵ ist es heutzutage noch vage, was genau zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gehört.⁴¹⁶ Diese Verfassungsmäßigkeit gilt auch für die Beschränkung des RiS, wenn sich ein Eingriff auf eine gerechtfertigte Ermächtigungsgrundlage gründet.

Die „Rechte anderer“, in die mit der Ausübung des Grundrechts nicht eingegriffen werden darf, bedeuten hier nicht öffentliche Rechte des Staates oder von Organisationen, sondern subjektive Rechte von natürlichen und juristischen Personen.⁴¹⁷ Während die „verfassungsmäßige Ordnung“ eine Beschränkung durch die allgemeine Rechtsordnung darstellt, dient die Begrenzung durch die „Rechte anderer“ der Harmonie zwischenmenschlicher Beziehungen in einer Gemeinschaft

⁴¹³ Vgl. Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2 a; Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit, Rn. 82 f. Der Ausdruck des Begriffs erschien zuerst in BVerfGE 6, 32 = NJW 1957, 297, zuletzt vgl. BVerfGE 90, 145; 95, 267; 97, 391; 103, 197.

⁴¹⁴ Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 39; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 22; Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2 a. Zur Rechtsprechung, die die Überprüfung gemäß der Verfassungsmäßigkeit unterstützt, vgl. BVerfGE 9, 83; 29, 402; 65, 297; 80, 137.

⁴¹⁵ Vgl. z.B. BVerfGE 89, 69 = NJW 1993, 2365; BVerfGE 90, 255 = NJW 1995, 1015.

⁴¹⁶ Vgl. Hufen, Schutz der Persönlichkeit, S. 105 f.; Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2 a. Gemäß der Rechtsprechung des BVerfG kann der Schutz jedoch in einigen Bereichen in meisten Fällen feststehen, wie z.B. im Sexualbereich (vgl. BVerfGE 47, 46; 49, 286; 60, 123), in Bezug auf die Gedanken- und Gefühlswelt (vgl. BVerfGE 34, 238), bei Tagebuchaufzeichnungen (BVerfGE 80, 367), beim Gesundheitszustand (BVerfGE 32, 373; 89, 69); im Eheleben (BVerfGE 27, 344; 34, 205), bei geschäftlichen Unterredungen (BVerfGE 34, 238) etc.

⁴¹⁷ Vgl. Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 20; Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2 b.

durch den pflichtgemäßen Schutz der verfassungsrechtlichen Freiheit anderer. Weil die „Rechte anderer“ auch deren Grundrechte einschließen und sich aus der verfassungsmäßigen Ordnung ergeben, kann mit ihnen eine Beschränkung der Freiheit des Einzelnen legitimiert werden.⁴¹⁸ Die Betonung der „Rechte anderer“ hat historische Gründe. Von dem römisch-rechtlichen Verbot „neminem laedere“ über die Formulierung in § 4 der französischen Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 bis zur „allgemeinen Nichtstörungsklausel“ im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland ist die Schranke der Rechte anderer „geradezu rechtslogisch immanent“ und hat immer die Freiheit des Einzelnen einerseits und das überwiegende Allgemeininteresse andererseits geschützt.⁴¹⁹ Aber die Berufung auf die „Rechte anderer“ wird mittlerweile kritisiert: Sie sei nur Ausfluss der „verfassungsmäßigen Ordnung“ und praktisch sinnlos.⁴²⁰

Das „Sittengesetz“ als außerrechtliche Norm stellt die sittlichen Werturteile der Gesellschaft dar und dient als ein Richtmaß für andere Grundrechte ebenso wie für die verfassungsmäßige Ordnung⁴²¹, um Menschlichkeit und Ethik zu wahren.⁴²² Aber weil es schwierig ist, eine verbindliche Sozialmoral zu konkretisieren, ist die Anwendung des Sittengesetzes als grundrechtliche Schranke schwer bestimmbar und kaum vorhersehbar, also leicht anfechtbar.⁴²³ Deshalb hat sich das BVerfG darauf nur in wenigen Fällen berufen.⁴²⁴ Im erheblichen Wandel der Gesellschaft in Deutschland und Europa ist die Würde des Menschen ein vager Begriff worden, deshalb muss man mit der Berufung auf das Sittengesetz vorsichtig sein.⁴²⁵

⁴¹⁸ Stern: Begriff und Arten der Begrenzung des Grundrechts, IV 2 a, b.

⁴¹⁹ Vgl. Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, S. 16 f.

⁴²⁰ Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2 b; ähnlich vgl. Kunig, in: Münch/Kunig, GG § 2, Rn. 19; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 44.

⁴²¹ Vgl. BVerfGE 6, 389 = NJW 1957, 865 (867 f.).

⁴²² Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 45 f.; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 26; Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2 c.

⁴²³ Vgl. Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 59; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 26.

⁴²⁴ Z.B. in der Homosexuellen-Entscheidung (BVerfGE 6, 389 = NJW 1957, 865) und der Entscheidung zu einer Geschlechtsumwandlung bei einem Transsexuellen (BVerfGE 49, 286 = NJW 1979, 595), die sich besonders auf christlich geprägte Moralvorstellungen beziehen.

⁴²⁵ Vgl. Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, VIII 2 c; Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 59; Kunig, in: Münch/Kunig, GG, Art. 2 Rn. 28.

2. Voraussetzung der Schranken

Schranken eines Grundrechts müssen einigen Voraussetzungen unterliegen, die sich auch aus der Verfassungsmäßigkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG ergeben und den Wesensgehalt der Grundrechte, die verfassungsmäßige Ordnung und die Verhältnismäßigkeit schützen.

Die erste Voraussetzung ist der Gesetzesvorbehalt. Er ergibt sich unmittelbar aus der in Art. 2 Abs. 1 GG bestimmten verfassungsmäßigen Ordnung⁴²⁶ und fordert für Schranken eines Grundrechts eindeutige verfassungsrechtliche Gründe. Daher genügt es nicht, wenn die Datenverarbeitung zwar materiell-rechtlichen Voraussetzungen entspricht, aber gegen gesetzliche Zuständigkeitsvorschriften verstößt.⁴²⁷

Das zweite Gebot betrifft die Normenklarheit. Der Rechtsstaat fordert Klarheit der Bedingungen sowie des Umfangs von Beschränkungen, die aus ihrer gesetzlichen Grundlage abgeleitet werden, und auch deren eindeutige Erkennbarkeit für den Bürger.⁴²⁸ Darum verlangt das BVerfG, Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs in der Ermächtigungsvorschrift bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.⁴²⁹ Schranken, besonders administrative Schranken des RiS, müssen daher gesetzlich festgelegt werden, damit betroffene Behörden klare gesetzliche Maßstäbe vorfinden. Es ist also eine Pflicht des Gesetzgebers, Grundrechtsbeschränkungen für den Bürger klar erkennbar festzulegen, sodass dann auch die Gerichte Grundrechtsbeschränkungen auf gesetzlicher Grundlage überprüfen können.⁴³⁰ Im Umgang mit personenbezogener Information spiegelt die Forderung nach Klarheit

⁴²⁶ Schoch Jura 2008, 352 (357); Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 69.

⁴²⁷ BVerwG NJW 2005, 2330.

⁴²⁸ BVerfG NJW 2001, 879 (880); Zilkens, Datenschutz, S. 61; Schoch Jura 2008, 352 (357).

⁴²⁹ Vgl. BVerfGE 65, 1 (44 f.); 100, 303 (359 f.); 120, 378 (408); NJW 2007, 2320.

⁴³⁰ Bull, NJW 2009, 3279 (3282); Schoch Jura 2008, 352 (358); Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 68; Simitis NJW 1984, 398 (403).

und Bestimmtheit von Rechtsnormen auch die Angst vor automatischer Datenverarbeitung wider. Sie treibt den Gesetzgeber sowie das BverfG dazu, unverständliche, intransparente Gesetzestexte nachzubessern und zu ergänzen, damit der Einzelne vorhersehbare Rechtsmaßnahmen und Risiken einschätzen kann, die ihn bei automatischer Datenverarbeitung belasten könnten.⁴³¹

Drittens müssen die Schranken verhältnismäßig sein. Weil die Rechtsgüter des RiS, die unantastbare Intimsphäre, die geschützte Privatsphäre und die freie Persönlichkeitsentfaltung, so wichtig für den Betroffenen sind und hoch bewertet werden⁴³², müssen Einschränkungen dieses Grundrechts auf strengen Voraussetzungen beruhen. D.h., diese Einschränkungen müssen nur bei überwiegendem Allgemeininteresse hingenommen werden und zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich sein.⁴³³ Man muss dann also zwischen dem Schutz dieses Grundrechts und dem Schutz der betroffenen Allgemeininteressen abwägen.⁴³⁴ Außerdem bedeutet Verhältnismäßigkeit auch keine übermäßige Beschränkung. Eine durch einen verfassungslegitimen Zweck gerechtfertigte Beschränkung dieses Grundrechts muss auch für diesen Zweck notwendig sein.⁴³⁵ Daher ist der Verwendungszusammenhang sehr wichtig für diese Beschränkung, bei der nach dem jeweiligen Personenbezug betroffener Daten vorsichtig vorgegangen werden muss. Darum muss dies Grundrecht in je nach Fallkonstellation unterschiedlichem Ausmaß begrenzt werden, um die Forderung des Übermaßverbots zu erfüllen.⁴³⁶ Bspw. wird nach § 13 Abs. 2 BDSG die Zulässigkeit einer Datenerhebung je nach Zweck und danach, ob sie mit oder ohne Einwilligung des Betroffenen erfolgt, unterschiedlich beurteilt. Zusätzlich kann die Anonymität der

⁴³¹ Baumann, DVBI 1984, 612 (616); Simits, NJW 1984, 398 (402).

⁴³² BVerfGE 80, 367 = NJW 1990, 563 (563).

⁴³³ Baumann, DVBI 1984, 612 (612); Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 181.

⁴³⁴ Vgl. BVerfGE 65, 1 (44); 67, 100 (143); 78, 77 (85); 84, 239 (279 f.); 85, 219 (224); ähnlich vgl. Scholz/Pitschas, Informationelle Selbstbestimmung, S. 27 ff.; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 181.

⁴³⁵ Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 181 f.; ähnlich vgl. BVerfGE 90, 263 = NJW 1994, 2475 (2475); BVerfGE 113, 29 (53 ff.); 115, 166 (191 ff.); 115 320 (345 ff.).

⁴³⁶ Schoch Jura 2008, 352 (358); Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 181 f.; Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 69; Simits NJW 1984, 398 (402).

Verarbeitung personenbezogener Daten die Gefahren der Datenverarbeitung im öffentlichen und auch im privaten Bereich beschränken, deshalb ist sie oft Voraussetzung für eine zulässige Datenverarbeitung.⁴³⁷

Viertens ist also die Zweckbestimmung (oder Zweckbindung) der Datenverarbeitung notwendig. Die Zweckbestimmung fordert, dass bei der Datenverarbeitung der eigene Verwendungszweck von vornherein festgestellt und dieser Zweck dem Betroffenen klar und verständlich mitgeteilt werden muss.⁴³⁸ Diese Voraussetzung entspricht dem Gebot der Informationstransparenz und der Normenklarheit.⁴³⁹ Damit kann der Betroffene feststellen, zu welchem Zweck seine Daten erhoben werden und was mit ihnen weiterhin geschieht, um eine zweckentfremdende Verwendung und Weitergabe zu verhindern.⁴⁴⁰ Eine Änderung des Verwendungszwecks verstößt gegen die Einwilligung des Betroffenen und verletzt daher sein Selbstbestimmungsrecht.⁴⁴¹ Auf Basis der Grundsätze der Informationstransparenz, Privatautonomie und Normenklarheit dient die Zweckbestimmung als wesentliche Bedingung der Anwendung des Grundrechts. Der Gesetzgeber ist mit dem Volkszählungsurteil und weiteren Entscheidungen verpflichtet worden, durch gesetzlich bestimmte Maßnahmen und Verfahren die Zweckbestimmung der Datenverarbeitung zu sichern.⁴⁴² Eine Zweckänderung ohne Einwilligung des Betroffenen darf nur zulässig sein, wenn sie dem allgemeinen Interesse entspricht, sie dem Schutz eines berechtigten Interesses des Betroffenen und anderen notwendig ist, die betroffenen Daten allgemein zugänglich oder die

⁴³⁷ Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 185; Simitis NJW 1984, 398 (403 f.).

⁴³⁸ Simitis NJW 1984, 398 (402).

⁴³⁹ Simitis NJW 1990, 2713 (2717).

⁴⁴⁰ BVerfGE 65, 1 (46 f.); Vogelgesang, Grundrecht, S. 77 f.; Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 70; Simitis NJW 1984, 398 (402).

⁴⁴¹ Simitis NJW 1984, 398 (402); 1990, 2713 (2717); Stern, Persönlichkeit und Privatsphäre, VI 2 c.

⁴⁴² Vgl. BVerfGE 65, 1 (44 f.); 73, 280 (296); 82, 209 (227); 113, 29 (57 f.); ähnlich vgl. Baumann, DVBl 1984, 612 (617); Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 60 f.; Ziklens, Datenschutz, S. 62.

Aufwendungen zur Gewinnung einer neuen Einwilligung unübersehbar nicht vernünftig sind.⁴⁴³

IV Zwischenergebnis

Das RiS stellt einen sehr umfassenden Schutzbereich auf, der alle Arten von Datenverarbeitung von sämtlichen personenbezogenen Informationen umfasst. Als ein Abwehrrecht ist seine Beschränkung bzw. ein gerechtfertigter Eingriff in das Grundrecht auch begrenzt möglich. Darum kann das BVerfG durch ein umfassendes Datenschutzgrundrecht in den meisten Fällen des Umgangs mit personenbezogenen Informationen die Selbstdarstellung bzw. die freie Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen schützen. Aufgrund dieser Entscheidungen kann das RiS praktisch wirksam⁴⁴⁴ und das Informationsinteresse des Einzelnen in vielen Fällen geschützt werden.⁴⁴⁵ Ausgehend von dem Schutzgehalt dieses Grundrechts und seiner Beschränkungen konnten in den 1980er Jahren die Gefahren der automatischen Datenverarbeitung und die daraus entstehende Gefährdung der Privatsphäre zumindest eingeschränkt werden.⁴⁴⁶ Aber die Entwicklung von Technik und Gesellschaft führt zu neuen Problemen, denen durch die Fortentwicklung des Grundrechts Rechnung getragen werden muss.

C. Weiterentwicklungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach dem Volkszählungsurteil

Beim Volkszählungsurteil stellte das BVerfG eine neue Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, die eine grundrechtliche Befugnis des Einzelnen enthält, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen

⁴⁴³ Vgl. Polenz, Datenschutz, § 132, Rn. 18 f.; Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 70; Welsing, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 53.

⁴⁴⁴ Vgl. Gurlit, NJW 2010, 1035 (1035); Schoch Jura 2008, 352 (359); Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 16; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 173 f.; Stern, Persönlichkeit und Privatsphäre, VI 1; Ziklens, Datenschutz, S. 55 f.

⁴⁴⁵ Gallwas NJW 1992, 2785 (2786); Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 20.

⁴⁴⁶ Simitis NJW 1984, 398 (399); Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 29 f.

persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Leider ist diese Formulierung zu vage.⁴⁴⁷ Gerade jedoch ihre Unbestimmtheit kann bei diesem Grundrecht, das einen so weiten Bereich umfasst, einen Vorteil darstellen, weil es mit seiner deshalb erforderlichen Auslegung dann vielfältigen sozialen Bedürfnissen angepasst werden kann. Seine Entwicklung durch die Rechtsprechung des BVerfG zeigt, dass es als Auffangtatbestand fungieren kann.⁴⁴⁸ Und in diesen Entscheidungen hat das Gericht das Grundrecht in vielen Fällen mit Bezug auf den Umgang mit personenbezogenen Daten angewendet. Im Folgenden wird untersucht, wie dieses Grundrecht in einigen spezifischen Bereichen angewandt wird und welche neuen Funktionen dabei entwickelt werden. Daraus lässt sich die heutige Gestalt des RiS erkennen.

I. Körperbezogene Identifikationsinformation

Die Wichtigkeit der körperbezogenen Identifikationsinformation bezieht sich unmittelbar auf die Entwicklung der modernen Technik. Sie enthält personenbezogene Informationen, wie das Porträt, den Fingerabdruck und besonders genetische Informationen bzw. DNA, die früher unwesentlich waren, aber heutzutage von erheblicher Bedeutung sind. Mit Hilfe der modernen Technik dienen diese Informationen nicht nur als Methode zur Identifikation des Einzelnen, sondern auch als Medium, über das weitere private oder intime Informationen entdeckt werden können (z.B. liefert die Untersuchung der DNA Informationen über die Gesundheit).⁴⁴⁹ Darum können diese Informationen eine besondere Rolle sowohl im öffentlichen als auch privaten Bereich spielen.

Im öffentlichen Bereich werden diese Informationen meistens als Beweise angewendet, um Straftäter, insbesondere Sexualtäter, zu identifizieren.⁴⁵⁰ Die

⁴⁴⁷ Ziklens, Datenschutz, S. 57; ähnlich vgl. Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 34; Ladeur, DÖV 2009, 45 (46 f.); Frenz, DVBI 2009, 333 (333 f.).

⁴⁴⁸ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 40; ähnlich vgl. Kühling, Datenschutzrecht, S. 55 f.; Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 2.

⁴⁴⁹ Vgl. Dierks, Genetische Untersuchungen, S. 1 f.; Sten, Der Schutz der Persönlichkeit, VI 2, S. 235.

⁴⁵⁰ Faber, RDV 2003, 278 (280)

Analyse und die Anwendung dieser Informationen können, zumindest im Rahmen des informationellen Selbstbestimmungsrechts, in das Grundrecht eingreifen.⁴⁵¹ Die Verwendung dieser Informationen, besonders der DNA, wird nur zulässig sein, wenn die Informationen sich entweder nicht auf den Kernbereich der Persönlichkeit bzw. persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften, Krankheit oder Persönlichkeitsprofil beziehen, oder aber trotz dieses Bezugs auf persönliche Merkmale die Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse (z.B. an Strafverfolgung) und dem Interesse des Betroffenen am Schutz seines genetischen Codes die Verhältnismäßigkeit zeigt.⁴⁵² Daher ist die Anwendung der Informationen im öffentlichen Bereich insgesamt eine Einzelfallentscheidung, und es wird eine einzelfallbezogene Grundrechtsabwägung vorgenommen.⁴⁵³ Bei schweren Verbrechen, wie z.B. gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die sexuelle Selbstbestimmung, kann die Anwendung der DNA-Analyse auch verhältnismäßig sein, solange der Indizienbeweis durch überwiegende Interessen hinreichend konkretisiert ist.⁴⁵⁴ Zu erörtern ist z.B., unter welchen Bedingungen ein DNA-Massentest verfassungsrechtlich zulässig sein kann. Ausgehend von potenziellen Einflüssen und möglicher Beeinträchtigung der Betroffenen durch die Massentests muss sich die Durchführung entweder auf eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage oder auf freiwillige Einwilligung der Betroffenen gründen, um verhältnismäßig und zumutbar zu sein.⁴⁵⁵

Im Privatbereich ist die Anwendung dieser Informationen deutlich komplizierter. In Fällen der medizinischen Forschung und Behandlung kann die DNA Auskunft über

⁴⁵¹ Vgl. BVerfGE 103, 21 = NJW 2001, 879 (880); 2320 (2321). Darin stellt das BVerfG fest, dass die Regelung des § 2 DNA-IFG i.V.m. § 81g StPO (dass die Körperzellen des Beschuldigten bei bestimmten Straftaten entnommen werden und zur Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters molekulargenetisch untersucht und gespeichert werden können) nicht gegen Verfassungsrecht verstößt.

⁴⁵² BVerfG NJW 2001, 879 (880); 2320 (2321); Fluck, NJW 2001, 2292 (2293 f.); Faber, RDV 2003, 278 (280); Sten, Der Schutz der Persönlichkeit, VI 2, S. 235; Schmidt-Jortzig, DÖV 2005, 732 (734).

⁴⁵³ Faber, RDV 2003, 278 (281); Sten, Der Schutz der Persönlichkeit, VI 2, S. 235; Schmidt-Jortzig, DÖV 2005, 732 (735); Fluck, NJW 2001, 2292 (2294).

⁴⁵⁴ Sten, Der Schutz der Persönlichkeit, VI 2, S. 235; Schmidt-Jortzig, DÖV 2005, 732 (734); Fluck, NJW 2001, 2292 (2292).

⁴⁵⁵ Busch, NJW 2001, 1335 (1336 f.); Faber, RDV 2003, 278 (281 f.).

den Zustand des Körpers geben, z.B. über Krankheit und Fehlentwicklungen, und diese Informationen können sehr wichtig für Versicherungs- und Arbeitsverhältnisse sein.⁴⁵⁶ Wegen ihrer engen Beziehungen zur körperlichen und seelischen Verfassung müssen genetische Informationen als besondere Kategorie personenbezogener Daten betrachtet werden. Deshalb ist es gemäß § 3 Abs. 9 BDSG (auch Art. 9 Abs. 1 EU-DSGVO) erforderlich, dass diese Informationen besonders geschützt werden.⁴⁵⁷ So ist ihre Verarbeitung ohne Einwilligung des Betroffenen nur in Ausnahmefällen zulässig (gemäß § 28 Abs. 6 Nr. 3, § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG, und Art. 9 EU-DSGVO).⁴⁵⁸ Z.B. in Vaterschaftsverfahren können genetische Informationen wirksam angewendet werden.⁴⁵⁹ Dabei müssen jedoch zwei gleichartige, aber entgegengesetzte Grundrechte gegeneinander abgewogen werden: Das eine ist das Recht des gesetzlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung seines Kindes, das andere ist das RiS des Kindes, beide gemäß dem APR bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁶⁰ Nach den Prinzipien des Grundrechtseingriffs kann das BVerfG das Recht auf Kenntnis der Vaterschaft zuerkennen, solange das Verfahren für die Feststellung der Vaterschaft geeignet ist und die bestehenden Vorschriften über die Bestimmung der Vaterschaft (§§ 1600 ff. BGB) befolgt werden.⁴⁶¹ Diese Vorschriften sind hier auch eine rechtmäßige Beschränkung des RiS. In vielen Fällen sind solche Rechtsnormen bei Grundrechtskollisionen wegen der Wichtigkeit der kollidierenden Grundrechtsgüter die alleinige Lösung, darum ist der Gesetzgeber verpflichtet, entsprechende Vorschriften zu prüfen bzw. zu verbessern.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Weichert, DuD 2002, 133 (144); Schladebach, CR 2003, 225 (225); Dierks, Genetische Untersuchungen, S. 99 f.

⁴⁵⁷ Simitis, in: ders., BDSG, § 3 Rn. 259; ders., NJW 1998, 2473 (2477); Klement, Zulässigkeit medizinischer Datenerhebungen, S. 132 f.; Weichert, DuD 2002, 133 (134); Schladebach, CR 2003, 225 (226).

⁴⁵⁸ Klement, Zulässigkeit medizinischer Datenerhebungen, S. 207 f.; Simitis, in: ders., BDSG, § 3 Rn. 259; Dierks, Genetische Untersuchungen, S. 96 f.; Polenz, Datenschutz, § 137, Rn. 16 f.

⁴⁵⁹ Vgl. BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753. Darin stellt das BVerfG fest, dass es zulässig ist, die zweifelhafte Vaterschaft durch eine heimlich veranlasste DNA-Vaterschaftsanalysen zu bestimmen, obwohl das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Kindes verletzt wird.

⁴⁶⁰ Vgl. BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753 (753 f.); Rittner/Rittner, NJW 2005, 945.

⁴⁶¹ Vgl. NJW 2007, 753 (753); Rittner/Rittner, NJW 2005, 945 (946).

⁴⁶² Vgl. Sten, Der Schutz der Persönlichkeit, VI 2, S. 236; Rittner/Rittner, NJW 2005, 945 (948); Dierks, Genetische Untersuchungen, S. 103 f.

II. Videoüberwachung

Videoüberwachung im öffentlichen und im privaten Bereich führt ebenfalls zu Streitfällen. Die Aufmerksamkeit gilt hier vor allem der Anwendung des Grundrechts im öffentlichen Bereich, besonders bei polizeilicher Überwachung.

Die Definitionen der Videoüberwachung in § 6 BDSG und verschiedenen Polizeigesetzen ist unvereinbar, aber gemeinsam ist ihnen, dass die Videoüberwachung eine Beobachtung bzw. Aufzeichnung ist, die ein bestimmtes Ziel verfolgt.⁴⁶³ Weil dabei personenbezogene Informationen erhoben und gespeichert werden, betrachtet das BVerfG solche Überwachung, obwohl sie im öffentlichen Raum erfolgt, in vielen Fällen als Eingriff in das RiS.⁴⁶⁴ Zum Schutz des öffentlichen Interesses kann die Überwachung in Bezug auf den unterschiedlichen Zustand des jeweiligen Ortes, eines bestimmten Personenprofils und der angewendeten Maßnahmen trotzdem zulässig sein.⁴⁶⁵ Dieser Grundrechtseingriff muss aber die Bedingungen für eine Beschränkung des APR erfüllen, d.h. die gesetzlichen Grundlagen der Überwachung müssen hinreichend bestimmt und klar sein, und die Überwachungsmaßnahmen müssen auch verhältnismäßig sein.⁴⁶⁶ In der Rechtspraxis wird der Schutz vor Videoüberwachung aufgrund des RiS in folgenden Fallgruppen konkretisiert:

Erstens, bei der Überwachung des Straßenverkehrs:⁴⁶⁷ Mit den gesammelten Informationen aus einer systematischen Verkehrsüberwachung kann der Beobachter auch die tägliche Lebensgestaltung eines bestimmten Einzelnen erkennen, also

⁴⁶³ Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 20.

⁴⁶⁴ Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 688; NJW 2007, 351; 2009, 3293; Sten, Der Schutz der Persönlichkeit, VI 2, S. 236; Faber, RDV 2003, 278 (282); Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 99; Welsing, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 53; Siegel, NVwZ 2012, 738 (739); Fetzer/Zöllner, NVwZ 2007, 775 (776); Frenz, DVBI 2009, 333 (334). Zur systematischen Kategorie des Eingriffs in das Grundrecht bei Videoüberwachung vgl. Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 105 ff.

⁴⁶⁵ Vgl. BVerfGE 84, 239 = NJW 1991, 2129 (2132); NVwZ 2007, 688 (690). Auch ähnlich vgl. Faber, RDV 2003, 278 (282); Fetzer/Zöllner, NVwZ 2007, 775 (777).

⁴⁶⁶ Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 688 (690 f.); Frenz, DVBI 2009, 333 (334); Siegel, NVwZ 2012, 738 (738 f.); Klotz, NJW 2011, 1186 (1189); Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 116 ff.; Welsing, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, S. 53 f.

⁴⁶⁷ Vgl. BVerfG NJW 2009, 3293; Bull, NJW 2009, 3279 (3279 f.).

personenbezogene Informationen über Einzelne ohne deren klare Einwilligung erheben und speichern. Bei der Überwachung des Straßenverkehrs werden gewöhnliche „Lebenssachverhalte“ des Einzelnen, die auf der Straße und in der Wahrnehmung anderer ablaufen, als Teil der Öffentlichkeit gesehen. Deshalb muss der Einzelne das Risiko tragen, dass hier seine Lebensgestaltung ohne seine Einwilligung offengelegt und beobachtet werden.⁴⁶⁸ Aber dies bedeutet nicht, dass die Überwachung im Straßenverkehr schrankenlos sein kann. Die Überwachung wäre verfassungswidrig, ginge sie über das Erforderliche hinaus. Die Informationen des Einzelnen, der sich in die Öffentlichkeit begibt, sind schutzwürdig, wenn sich der Zweck der Überwachung nicht auf diese Informationen bezieht.⁴⁶⁹ Diese Schutzwürdigkeit setzt den Schutz der freien Persönlichkeitsentfaltung und der Menschenwürde voraus, aber die Begrenzung zwischen der Überwachung im Sinne der Verkehrsordnung und dem Schutz der Persönlichkeit ist noch unbestimmt, deshalb muss der Betroffene ein gewisses Maß an leichten Rechtsverletzungen tolerieren, damit das Allgemeininteresse gewahrt werden kann.⁴⁷⁰ Inzwischen besteht jedenfalls Übereinstimmung darüber, dass die Überwachung von Einzelnen auf einem Privatgelände verboten ist und die Erhebung und Weiterverarbeitung von Daten aus der Öffentlichkeit am besten anonymisiert oder auf einen engen, konkreten Zweck beschränkt werden müssen.⁴⁷¹

Zweitens, bei der Überwachung innerstädtischer Kriminalitätsschwerpunkte: Besonders sensible Plätze werden mit moderner Technik überwacht, um mögliche Verbrecher zu verfolgen und Straftaten zu verhindern.⁴⁷² Ähnlich wie bei der Überwachung des Straßenverkehrs dient diese Videoüberwachung dem Schutz eines Allgemeininteresses (hier an öffentlicher Sicherheit), aber Unterschiede bestehen bei

⁴⁶⁸ Vgl. Bull, NJW 2009, 3279 (3282). Der Grund wird auch von der Rechtsprechung der USA akzeptiert. Vgl. Gill v. Hearst Publishing Co., 253 P.2d 441 (Cal. 1953).

⁴⁶⁹ BVerfG NJW 2009, 3293 (3294).

⁴⁷⁰ Bull, NJW 2009, 3279 (3281).

⁴⁷¹ Vgl. Frenz, DVBI 2009, 333 (334); Siegel, NVwZ 2012, 738 (741), Bull, NJW 2009, 3279 (3282).

⁴⁷² Vgl. Zöllner, NVwZ 2005, 1235; Fetzer/Zöllner, NVwZ 2007, 775; Bull, NJW 2009, 3279 (3280); Siegel, NVwZ 2012, 738 (740).

der Bestimmtheit und Klarheit der Überwachungsziele. Diese Überwachung betrifft hier nicht den Zustand des Verkehrs, sondern Vorgänge an bestimmten gefährlichen Orten, deren Kriminalitätsbelastung sich erheblich von anderen Orten unterscheidet, sowie konkrete Handelnde, um Kriminelle zu identifizieren und zu verhaften.⁴⁷³ Die Kriterien der gefährlichen Orte sind vielfältig und bedürfen weiterer Auslegungen, aber zumindest sollte der videoüberwachte Ort in der Vergangenheit durch besondere Kriminalität belastet gewesen sein. Außerdem sollte es möglich sein, mit der Videoüberwachung etwas gegen diesen Zustand zu tun, bzw. diese Überwachung muss notwendig und wirksam sein.⁴⁷⁴ Die Sicherheitsbehörden können bei der Überwachung im öffentlichen Raum bestimmte Handelnde mit den erforderlichen technischen Maßnahmen wie Gesichtserkennungssoftware und einer Datenbank identifizieren und verfolgen. Deshalb muss die Überwachung außer des Zustands des betroffenen Ortes noch weitere Bedingungen erfüllen, um das RiS zu schützen.⁴⁷⁵ Personen, auf die die Überwachung abzielt, müssen zunächst eng an den Ort gebunden sein. Danach muss geprüft werden, ob sie objektiv und auch dort für andere gefährlich sind, also die Überwachung mit dem Zweck der Kriminalitätsbekämpfung eng verbunden ist.⁴⁷⁶ Kurzum: Wegen der Verhältnismäßigkeit muss die Überwachung zur Abschreckung vor Ort geeignet und dort eine Bedrohung für die öffentliche Sicherheit vorhanden sein. Die Wahrung dieser Bedingungen kann den Eingriff in das Grundrecht durch die Überwachung erheblich verringern.⁴⁷⁷

⁴⁷³ Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 688 (690 f.); Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 40 f.; Siegel, NVwZ 2012, 738 (741).

⁴⁷⁴ Vgl. VGH Mannheim NVwZ 2004, 498; Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 40; Siegel, NVwZ 2012, 738 (740); Zöller, NVwZ 2005, 1235 (1236 f.); Fetzer/Zöller, NVwZ 2007, 775 (778).

⁴⁷⁵ Vgl. BVerfG NVwZ 2007, 688; Fetzer/Zöller, NVwZ 2007, 775 (776); Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 41. Anders vgl. Collin, JuS 2006, 494. Darin heißt es, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung keinen „Wahrnehmungsschutz“ gewährleiste.

⁴⁷⁶ Held, Intelligente Videoüberwachung, S. 41; Siegel, NVwZ 2012, 738 (741).

⁴⁷⁷ Vgl. VGH Mannheim NVwZ 2004, 498; Fetzer/Zöller, NVwZ 2007, 775 (778); Collin, JuS 2006, 494 (495); Siegel, NVwZ 2012, 738 (741 f.); Zöller, NVwZ 2005, 1235 (1240 f.). Darin hat das BVerfG einige Kriterien der Beurteilung der Eignung einer Überwachung aufgeführt, z.B. die Kriminalitätsbelastung des Ortes, die Schwierigkeit der Delikte, die quantitativen Erwägungen und die öffentliche Zugänglichkeit des Ortes.

III. Vorratsspeicherung

Vorratsspeicherung ist die Voraussetzung einerseits der Telekommunikation, andererseits auch der staatlichen Überwachung von Telekommunikation bei Kommunikationsdienstleistern.⁴⁷⁸ Die Telekommunikation als eine wesentliche Art des Umgangs mit Daten ist für die einzelne Person von erheblicher Bedeutung. Deren Überwachung und Speicherung kann Angaben über die private Lebensgestaltung von Kommunikationsteilnehmern betreffen. Weil die Telekommunikation technische Maßnahmen verwendet und die Entfernung zwischen den Kommunikationspartnern weit ist, werden solche Informationen leicht außerhalb des Herrschaftsbereichs der Betroffenen enthüllt.⁴⁷⁹ Deshalb verlangt das BVerfG aufgrund des RiS den Schutz der Vertraulichkeit mit Telekommunikationsumständen, um die Sicherheit übermittelter personenbezogener Informationen zu wahren.⁴⁸⁰ Anders als Art. 10 GG schützt die Vertraulichkeit der Kommunikation gemäß Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG nicht nur das Geheimnis der kommunizierten personenbezogenen Informationen und der näheren Kommunikationsumstände, sondern auch die Selbstbestimmung über andere Informationen, die die Kommunikation sowie die Teilnehmer betreffen. Deshalb enthält das RiS hier einen weiteren Schutzbereich und dient als Ergänzungstatbestand, der Lücken des Art. 10 GG im Telekommunikationsbereich füllen kann, um negative Auswirkungen staatlicher Überwachungen auf die Meinungs- und Informationsfreiheit zu verringern.⁴⁸¹ Im Allgemeininteresse ist jedoch zum Schutz der gesellschaftlichen Sicherheit die Vorratsspeicherung u.U. erforderlich, um „überragend wichtige Aufgaben des

⁴⁷⁸ Faber, RDV 2003, 278 (282); Simitis, NJW 2014, 2158 (2159).

⁴⁷⁹ Vgl. Klein, NJW 2009, 2996 (2997); Gola/Klug/Reif, NJW 2007, 2599 (2600); Durner, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 10 Rn. 99.

⁴⁸⁰ Vgl. BVerfG NJW 2006, 976 (978); 2008, 822 (824); 2010, 822 (823 f.).

⁴⁸¹ BVerfG NJW 2006, 976 (978); 2008, 822 (825); 2010, 822 (827); 2012, 1419; auch ähnlich vgl. Faber, RDV 2003, 278 (282); Frenz, NVwZ 2007, 631 (635); DVBl 2009, 333 (338); Polenz, Datenschutz, § 136 Rn. 4; Firgt, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 166 f.; Klein, NJW 2009, 2996. Z. B. die personenbezogenen Informationen, die außerhalb des Zeitraumes des Kommunikationsvorgangs nicht Schutzgegenstände gemäß § 10 GG sind, sondern innerhalb des Schutzbereiches des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bestehen könnten. Auch die statischen Telekommunikationsnummern unterliegen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, aber die dynamischen IP-Adressen unterliegen § 10 GG.

Rechtsgüterschutzes“ zu erfüllen.⁴⁸² Die tiefen Eingriffe der Vorratsspeicherung in das Selbstbestimmungsrecht müssen aber in Bezug auf Erhebung, Verwendung und Übermittlung der Daten strenge Voraussetzungen erfüllen, um diese zu rechtfertigen.⁴⁸³ Zunächst müssen die betreffenden Maßnahmen auf hinreichenden und normenklaren Regelungen beruhen, um den Prinzipien von Datensicherheit, Datentransparenz und Rechtsschutz zu entsprechen. Zweitens setzt die Rechtmäßigkeit der Erhebung, Verwendung und Übermittlung dieser Daten nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Schutz lebenswichtiger Rechtsgüter voraus. So müssen die Daten z.B. der Strafverfolgung einer bestimmten schweren Straftat dienen, der Abwehr konkreter Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder auch dem Bestand oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes, also dem Allgemeininteresse. Letztlich ist die mittelbare Verarbeitung dieser Daten durch TK-Dienstleister nur zulässig, wenn sie in gesetzlich ausdrücklich benannten Fällen von erheblicher Bedeutung erlaubt ist, z.B. gemäß § 113a, b TKG. Nach neuester Rechtsprechung des EuGH ist die ehemalige Richtlinie über Vorratsdatenspeicherung wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art. 8 GRCh ungültig. Damit stellt der EuGH fest, dass Vorratsspeicherung strengerer und soliderer Voraussetzungen und Regelungsgrundlagen bedarf.⁴⁸⁴ Der Unionsgesetzgeber muss dazu noch tätig werden.⁴⁸⁵ Ebenfalls verlangt die Vorratsspeicherung ohne eigene Einwilligung grundsätzlich gemäß Art. 5, 6, 12 bis 23 EU-DSGVO konkretere und gesteigerte Bedingungen.

IV. Online-Durchsuchung

Der technische Fortschritt hat zu einem Wandel der Lebensverhältnisse und der Tätigkeiten von Unternehmen und damit zu neuartigen Gefahren geführt. Daher hat

⁴⁸² Simitis, NJW 2014, 2158 (2159); Frenz, DVBl 2009, 333 (336).

⁴⁸³ Vgl. Polenz, Datenschutz, § 136 Rn. 8; Graulich, NVwZ 2008, 485 (489 f.); Gola/Klug/Reif, NJW 2007, 2599 (2599 ff.); BVerfGE MMR 2010, 356; NVwZ 2009, 96; NJW 2010, 833; 2012, 1419.

⁴⁸⁴ EuGH NJW 2014, 2169.

⁴⁸⁵ Busch, ZRP 2014, 41 (44); Simitis, NJW 2014, 2158 (2160)

das BVerfG im Jahre 2008 in seiner Entscheidung über die Online-Durchsuchung von Computern eine neue Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG festgestellt.⁴⁸⁶ Heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, die dadurch möglich werdende Überwachung seines Betriebs und das Auslesen eines Speicherinhaltes sind danach verfassungsrechtlich nur dann zulässig, wenn sich diese Maßnahmen gegen eine konkrete oder wahrscheinlich in näherer Zukunft entstehende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut richten.⁴⁸⁷ Damit erkennt das BVerfG ein neues Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme durch einen umfassenden Schutz der IT-Systeme als Entfaltung und Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an.⁴⁸⁸ Dabei kann eine direkte Gefahr durch Infiltration für das System selbst (Beschädigung oder Zerstörung) auch innerhalb des Schutzbereichs des Grundrechts bestehen. Aber auch gegen diese Gefahr könnten sowohl das neue Grundrecht als auch § 1004 Abs. 1 BGB anwendbar sein.⁴⁸⁹

1. Schutzlücke der vorhandenen Grundrechte

Wegen der Entwicklung der Informationstechnik hat das Gericht die Wichtigkeit informationstechnischer Systeme wie Computer, Handys oder Server für die Lebensgestaltung vieler Personen anerkannt. Heutzutage sind die Anwendungen der informationellen Systeme und ihrer Speichermedien für die Persönlichkeitsentfaltung und die Bildung eines eigenen Profils von erheblicher Bedeutung.⁴⁹⁰ Aber die Vernetzung des Systems des Einzelnen durch das Internet hat gleichzeitig das Risiko eines Eingriffs von Seiten der Staatsgewalt oder durch andere „private“ Stellen sowie

⁴⁸⁶ Zilkens, Datenschutz, S. 62; Rudolf, Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, Rn. 74.

⁴⁸⁷ BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822

⁴⁸⁸ Vgl. Rudolf, Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, Rn. 73; Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 34 f.; Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 29 f.

⁴⁸⁹ Vgl. Wehage, Das Grundrecht auf Gewährleistung, S. 199 ff.

⁴⁹⁰ Vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (824).

das Risiko der Enthüllung personenbezogener Informationen vergrößert.⁴⁹¹ Darum fordert der Schutz des Grundrechts die Verteidigung von Vertraulichkeit und Integrität des Systems, sodass Dritte in die Sphäre eines Systems einschließlich seiner Leistung, seiner Funktionen und seines Speicherinhalts nicht eingreifen können.

Anders als eine positive Freiheit wie Entfaltungsfreiheit, Handlungsfreiheit oder Meinungsfreiheit schützen die Grundrechte nach Art. 10 und 13 GG nur die passive Umwelt und können nach der Rechtsprechung ebenso wie das RiS die Infiltration eines IT-Systems nicht völlig verhindern. Darum begründet das BVerfG das neue „IT-Grundrecht“ nicht mit diesen Rechten, sondern mit dem APR.⁴⁹²

Art. 10 GG schützt das Fernmeldegeheimnis und die Kommunikationsumwelt. Kommunikation per Computer über das Internet unterscheidet sich von älteren Kommunikationsformen wie Telegramm, Telefon oder Handy nur darin, dass digitalisierte Daten übermittelt werden.⁴⁹³ Nach der Rechtsprechung des BVerfG schützt das grundrechtliche Fernmeldegeheimnis nur die Daten, die sich unmittelbar inhaltlich oder zeitlich auf die laufende Kommunikation beziehen. Die nach Art. 10 GG geschützten Daten beschränken sich also auf den Bereich einer laufenden Telekommunikation.⁴⁹⁴ Doch das grundrechtliche Fernmeldegeheimnis greift nicht ein, wenn das IT-System nicht mit anderen Systemen durch das Internet oder anderweitig verbunden ist oder trotz seiner Vernetzung nicht für Kommunikationszwecke genutzt wird.⁴⁹⁵ Deshalb kann das Grundrecht nach Art. 10 GG ein Computersystem nicht völlig schützen.

Art. 13 GG gewährleistet die Unverletzlichkeit der Wohnung als konkrete räumliche Sphäre, in der man sein eigenes Privatleben entfalten kann und in Ruhe gelassen

⁴⁹¹ Vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (825).

⁴⁹² Vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (825 f.); Luch, MMR 2011, 75 (76); Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483); Hornung, CR 2008, 299 (300).

⁴⁹³ Vgl. Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 40.

⁴⁹⁴ Vgl. Hornung, CR 2008, 299 (300); Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483); Luch, MMR 2011, 75 (76).

⁴⁹⁵ Vgl. Rudolf, Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, Rn. 75; Hornung, CR 2008, 299 (300); Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 40; Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483).

wird.⁴⁹⁶ Deshalb schützt dieses Grundrecht nicht nur gegen das körperliche Eindringen in den Wohnraum, sondern auch gegen das Eindringen auf alle andere Arten, einschließlich akustischer, optischer oder elektrischer Methoden, damit sensitive personenbezogene Informationen innerhalb der räumlichen Privatsphäre nicht enthüllt werden.⁴⁹⁷ Gibt es ein IT-System innerhalb der Wohnung, so verletzt seine Infiltrierung über das Internet oder andere digitale Methoden die Unverletzbarkeit der Wohnung gemäß Art. 13 GG. Darum wird das Grundrecht gemäß Art. 13 GG insofern nicht angewendet, wenn die Infiltrierung eines IT-Systems außerhalb des Wohnraums oder an einem unbestimmten Standort stattfindet.⁴⁹⁸ Nach dem BVerfG muss aber der Schutz eines IT-Systems nicht auf bestimmte Eingriffsorte und die Speicherung sensibler personenbezogener Informationen nicht auf einen bestimmten Standort des Systems beschränkt werden. Also reicht die räumliche Auswirkung gemäß Art. 13 GG zum Schutz der IT-Systeme nicht aus.⁴⁹⁹

Das RiS weist trotz seiner Offenheit noch Mängel beim Schutz eines IT-Systems auf.⁵⁰⁰ Es stellt die Befugnis des Einzelnen fest, im Umgang mit Daten eigene Informationen zu kontrollieren, und damit verlangt es auch die Verhältnismäßigkeit für die Kontrolle dieser Daten.⁵⁰¹ Deshalb wäre das RiS theoretisch nicht anwendbar, wenn ein Dritter nur in das IT-System eindringt, aber weiter nichts tut, d.h. Daten weder erhebt noch verarbeitet.⁵⁰² Jedoch wird kritisiert, dass die Abgrenzung zwischen dem RiS und dem neuen IT-Grundrecht nicht klar ist. Damit wird die Notwendigkeit dieses neuen Grundrechts angezweifelt und stattdessen postuliert, dass das RiS bereits dessen

⁴⁹⁶ Vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13 Rn. 4; Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 85; Hornung, CR 2008, 299 (301); Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483).

⁴⁹⁷ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13 Rn. 47.

⁴⁹⁸ Vgl. Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 42; Rudolf, Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, Rn. 75; Hornung, CR 2008, 299 (301); Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483).

⁴⁹⁹ Vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (826); Hornung, CR 2008, 299 (301); Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483).

⁵⁰⁰ BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976; 2008, 822 (826 f.).

⁵⁰¹ BVerfGE 118, 168 = NJW 2007, 2464 (2466); 2008, 822 (826 f.).

⁵⁰² BVerfG NJW 2008, 822 (826 f.); Rudolf, Recht auf Informationelle Selbstbestimmung, Rn. 76; Hornung, CR 2008, 299 (301 f.); Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 41; Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (484).

notwendigen Schutzbereich umfasst.⁵⁰³ Aber anders als das RiS schützt dieses Recht die Integrität und Leistung eines IT-Systems, statt die Selbstbestimmung über eigene Information, darum verfügen diese Rechte über unterschiedliche Schutzbereiche.

2. Schutzzinhalt eines „Computer-Grundrechts“

Ähnlich wie das RiS ist das sog. neue „IT-Grundrecht“, das aus der Rechtsprechung des BVerfG entnommen wurde, noch kein selbstständiges Grundrecht, sondern die Erweiterung und Konkretisierung des APR oder, nach Teilen der Literatur, lediglich die Erweiterung des RiS.⁵⁰⁴ Die beschriebenen Schutzlücken zeigen deutlich, dass das BVerfG versucht, wegen der Wichtigkeit der IT-Systeme und der darin gespeicherten und verarbeiteten Informationen über die Lebensgestaltung des Einzelnen einen umfassenden Schutzbereich für IT-Systeme zu schaffen.⁵⁰⁵ Darum schützt das Grundrecht nach der Rechtsprechung des BVerfG informationstechnische Systeme vor Ausspähung, Überwachung und Manipulation seiner Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte.⁵⁰⁶ In „Online-Durchsuchung“ und weiteren Entscheidungen hat das BVerfG den Schutzzinhalt des Grundrechts in folgenden Bereichen konkretisiert⁵⁰⁷:

A) Der Anwendungsbereich des Grundrechts beschränkt sich auf informationstechnische Systeme (Computer, Mobiltelefone und andere elektronische Anlagen), unabhängig davon, ob das System vernetzt oder ein alleinstehendes Gerät ist. B) Der Speicherinhalt des Systems fällt ebenfalls in den Schutzbereich des Grundrechts, unabhängig davon, ob die gespeicherten Daten personenbezogen sind und unabhängig von der Art des Speichermediums; Magnetkarten, Festplatten und externe Speichermedien wie Cds oder USB-Sticks werden gleichermaßen geschützt.

⁵⁰³ Vgl. z.B. Kutscha, NJW 2008, 1042 (1043); Eifert, NVwZ 2008, 521 (522); Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (483 f.); Gurlit, NJW 2010 1035 (1037); Volkmann, DVBl 2008, 590 (591 f.).

⁵⁰⁴ Vgl. Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 35, 55; Zilkens, Datenschutz, S. 62; Wehage, Das Grundrecht, S. 10 ff.; Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (484); Hornung, CR 2008, 299 (302).

⁵⁰⁵ Vgl. Hornung, CR 2008, 299 (303); Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 31; Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (484).

⁵⁰⁶ Vgl. BVerfG NJW 2008, 822 (827); Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 79; Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534 (3535); Hornung, CR 2008, 299 (302).

⁵⁰⁷ Vgl. Polenz, Datenschutz, § 130, Rn. 29 ff.; Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 79; Zilkens, Datenschutz, S. 63 f.; Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534 (3535 f.); Hornung, CR 2008, 299 (302 ff.); Elixmann, Datenschutz und Suchmaschinen, S. 103 f.

C) Neben jetzt üblichen Eingriffsmaßnahmen werden Zugriffe auf ein IT-System oft mit neuartigen, „hochtechnologischen“ Methoden durchgeführt. Damit steigt das Risiko, dass die Infiltrierung ohne Kenntnis des Betroffenen geschieht. D) Die Gefährdung der Infiltrierung eines IT-Systems ist besonders hoch, wenn die elektronische Anlage vernetzt ist. Private Geheimnisse des Betroffenen, die in dem System gespeichert oder verarbeitet werden, können von anderen über die Vernetzung einfacher enthüllt werden. Bei solchen Eingriffen in vernetzte Systeme können das Grundrecht gemäß Art. 10, das RiS und das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gleichzeitig anwendbar sein, aber jedes dieser Grundrechte besitzt seinen eigenen Schutzbereich (nämlich das Fernmeldegeheimnis der Kommunikation, die personenbezogenen Informationen im System und das System selbst). E) Weil die Wahrung einer bestimmten Umgebung die erforderliche Voraussetzung für Sicherheit und Funktion eines IT-Systems ist, können die Infiltrierung und Verletzung der Umgebung auch das Risiko des Eingriffs in IT-Systeme erheblich erhöhen. Deshalb erstreckt sich der Schutzbereich des IT-Grundrechts auch auf den Leistungs- und Speicherumfang des Systems. F) Im Gegensatz zum RiS schützt das IT-Grundrecht das IT-System vor einem „Gesamtzugriff“, der sich nicht auf einen bestimmten Kommunikationsvorgang oder teilweise gespeicherte Daten bezieht, sondern als die Infiltration eines abstrakten gesamten Systems betrachtet werden kann, einschließlich aller gespeicherten und verarbeiteten Daten, der Hardware und sogar des relevanten digitalen Raums im Internet etc. G) Das IT-Grundrecht schützt auch ein System, das nur zur eigenen Nutzung angewendet wird. Da allgemein zugängliche Anlagen irrelevant für das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind, fallen die elektronischen Anlagen, die der allgemeinen Nutzung dienen, nicht in den Schutzbereich. Auch muss diese „eigene Nutzung“ berechtigt sein, sie ist aber nicht von eigenem Besitz oder Eigentum abhängig. Dabei ist das IT-Grundrecht auch bei Fernnutzung und Nutzung eines fremden Systems anwendbar. H) Der Eingriff muss so

schwerwiegend sein, dass das System und seine Leistung ausgespäht, überwacht oder manipuliert werden können.

Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme ist auch nicht schrankenlos. Die Eingriffe in das neue Grundrecht können durch gesetzliche Vorschriften gerechtfertigt sein, solange die Voraussetzungen der Normenklarheit und Bestimmtheit erfüllt werden.⁵⁰⁸ Nach der Rechtsprechung des BVerfG können die Beschränkungen aber auch ohne direkte gesetzliche Grundlage verfassungsrechtlich zulässig sein, wenn sie zu einem legitimen Zweck erfolgen und für diesen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen, also verhältnismäßig sind.⁵⁰⁹ Für die Verhältnismäßigkeit solcher Eingriffe sind sie aber im Einzelfall zum Schutz vor einer großen Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut erforderlich – also für Leib, Leben, Freiheit der Person oder für Kernbereiche der Person oder des Staates.⁵¹⁰ Diese Verhältnismäßigkeit muss jeweils im Einzelfall durch eine Abwägung zwischen den Interessen des Einzelnen und den Allgemeininteressen sowie zur Wahrung des absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung hergestellt werden.⁵¹¹

V. Zwischenergebnis

Nach dem Volkszählungsurteil hat das BVerfG das RiS durch verschiedene Entscheidungen weiterentwickelt. Die Anwendungen des Grundrechts in Fällen von körperbezogener Identifikationsinformation, Videoüberwachung und Vorratsspeicherung haben den Schutzbereich des Grundrechts unter verschiedenen Umständen konkretisiert und seine Abgrenzungen zu anderen Grundrechten, wie dem Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 GG und der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG, geklärt. In Verbindung mit dem Recht auf Vertraulichkeit und

⁵⁰⁸ Zilkens, Datenschutz, S. 64; Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 82 f.

⁵⁰⁹ BVerfG NJW 2008, 822 (828).

⁵¹⁰ Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (485); Hornung, CR 2008, 299 (305); Zilkens, Datenschutz, S. 65.

⁵¹¹ Sachs/Krings, JuS 2008, 481 (485); Hornung, CR 2008, 299 (304); Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 85.

Integrität informationstechnischer Systeme ergibt sich ein umfassender Schutzbereich für IT-Systeme, indem nicht nur die Herrschaft über die darin gespeicherten und verarbeiteten Daten, sondern auch das ganze IT-System und seine Leistung gegen heimliche und offensichtliche Infiltration geschützt werden. Diese zwei Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung und auf den Schutz informationstechnischer Systeme wirken zusammen, um den Gefahren für die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Informations- und Internet-Zeitalter entgegenzutreten.

D. Kritik des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Nach dem Volkszählungsurteil hat es nicht an Kritik an diesem RiS gemangelt: Der Schutzbereich sei unklar; Konflikte mit anderen Grundrechten seien unvermeidbar; der Zweck – Datenschutz – werde damit nicht erreicht. Nachfolgend wird diese Kritik im Einzelnen untersucht.

I. Kritik zum Schutzbereich

Ein Hauptpunkt der Kritik betrifft den Schutzbereich des Grundrechts: Er sei zu allgemein definiert, deshalb in der Praxis schwer zu bestimmen.

Sachlich dient der Schutzbereich des Grundrechts⁵¹² einerseits passiv der Abwehr gegen eine unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe personenbezogener Daten durch Dritte, andererseits positiv dem Schutz freier Verwendung eigener Daten im Umgang mit Daten.⁵¹³ Dieser Schutzbereich enthält also klassische Abwehrrechte, um die Handlungsräume einzelner gegen öffentliche und nicht-öffentliche Eingriffe so weit wie möglich zu wahren, richtet sich aber auch gegen die zunehmenden sozialen Gefahren, die sich aus der technischen Entwicklung ergeben und die Grenzen zwischen geschütztem Privatbereich und allgemein

⁵¹² „Grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“. BVerfGE 61, 1 (42).

⁵¹³ Gallwas, NJW 1992, 2785; Ladeur, DÖV 2009, 45 (47).

zugänglichem öffentlichen Bereich aufweichen. Daher hat dies Grundrecht ähnlich wie ein „Rahmenrecht“ im Zivilrecht einen so umfassenden Schutz- und Eingriffsbereich, der oft unklar ist und häufiger Veränderung unterliegt,⁵¹⁴ also oft grenzenlos scheint. Andererseits sind in vielen Fällen die Eingriffe in den Schutzbereich des RiS so abstrakt, dass sie sogar nicht als Beeinträchtigung betrachtet werden.⁵¹⁵

Hinzu kommt der Gegenstand des Grundrechts, die personenbezogene Information. Anders als die traditionellen Schutzgüter der ähnlichen Grundrechte – die Würde oder der Körper des Einzelnen – können sich personenbezogene Informationen oft auf verschiedene Betroffenen beziehen und von verschiedenen Personen zugleich besessen werden, und je mehr Personen die Information kennen, desto geringer ist ihr Wert.⁵¹⁶ Auch steht die Bedeutung dieser Informationen im Zusammenhang mit ihrer jeweiligen Heimlichkeit, Integrität oder Wahrheit. Darum sind Bedeutung und Personenbezug häufig für jeden Betroffenen unterschiedlich, außerdem muss das Selbstbestimmungsrecht über eine Information manchmal von einer Gruppe von Personen zusammen besessen werden.⁵¹⁷ Darüber hinaus gibt es nach der Rechtsprechung des BVerfG keine für die informationelle Selbstbestimmung „belanglose“, also nicht geschützte Daten. Damit ist es viel schwieriger als nach der früher benutzten Sphärentheorie, die Schwere eines Eingriffs in diesem Schutzbereich zu beurteilen.⁵¹⁸ Deshalb ist der Auslegungsspielraum für die Praxis groß, und damit könne in der Praxis – meint die Kritik – das Grundrecht substanzlos⁵¹⁹ oder willkürlich angewandt werden.⁵²⁰ Die Befürworter entgegnen, mit diesem umfassenden Schutzgegenstand könne das BVerfG dies Grundrecht als

⁵¹⁴ Albers, Umgang mit Informationen und Daten, Rn. 60; Gola/Schomerus, BDSG, § 28, Rn.7; Ladeur, DÖV 2009, 45 (47).

⁵¹⁵ Vgl. Bull, RDV 2008, 47 (49 ff.); Ladeur, DÖV 2009, 45 (48); Fetzer/Zöller, NVwZ 2007, 775.

⁵¹⁶ Vgl. Hoffmann-Riem, AöR 123 (1998), 513 (514 f.); Ladeur, DÖV 2009, 45 (47).

⁵¹⁷ Vgl. Firtg, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 206 f.; Ladeur, DÖV 2009, 45 (48).

⁵¹⁸ Roßnagel/Laue, DÖV 2007, 543 (545); Hohmann-Dennhardt, RDV 2008, 1 (3).

⁵¹⁹ Hohmann-Dennhardt, RDV 2008, 1 (3); Giesen, JZ 2007, 918 (920).

⁵²⁰ Roßnagel, Modernisierung des Datenschutzrechts, S. 39; Ladeur, DÖV 2009, 45 (49).

offenes Rahmenrecht anwenden und damit seinen Schutzbereich den sich ändernden Forderungen der gesellschaftlichen Entwicklung laufend anpassen.⁵²¹

Das spiegelt sich auch in den Einschränkungen dieses Grundrechts durch das BVerfG aufgrund des „überwiegenden Allgemeininteresses“. Grundrechtseinschränkungen müssen nach der Rechtsprechung des BVerfG überdies der Verfassungsrechtsordnung unterliegen, klar und verhältnismäßig sein. Diese strengen Bedingungen erfordern in der Rechtspraxis jedoch in jedem Einzelfall die Abwägung von Allgemeininteressen und Verwertungen dieser Informationen (siehe Kap. 2, B, III). Das steigert die Unbestimmtheit des Grundrechts, besonders bei Konflikten mit anderen Grundrechten.

II. Konflikte mit anderen Grundrechten

Aufgrund dieses unbestimmten Schutzbereichs des Grundrechts werden ferner seine Konflikte mit anderen Grundrechten und mit anderen Ausprägungen des APR, besonders mit explizit normierten Grundrechten, die auch die Selbstbestimmung personenbezogener Informationen im bestimmten Umstand schützen, kritisiert.

Nach h.M. kann der Schutzbereich des APR in zwei Fallgruppen geteilt werden. In die eine fällt die Vertraulichkeit im privaten Bereich, worin die Selbstbestimmung der privaten Lebensgestaltung geschützt wird, um die Freiheit vor öffentlicher Beobachtung und die Selbstbestimmung der Individualität zu wahren; in die andere fällt die Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit, die die Selbstgestaltung eigener sozialer Rollen bewahrt.⁵²² Der Schutzbereich des RiS umfasst ebenfalls zwei Fallgruppen: Einmal den Schutz gegen die schrankenlose Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten; zum andern den Schutz für die Selbstentscheidung über

⁵²¹ Vgl. Z.B. BVerfGE 105, 252 = NJW 2002, 2621; NJW 2001, 2459. Und auch Teil. 2, Kap. 3.

⁵²² Vgl. Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 36 ff.; Enders, Schutz der Persönlichkeit, Rn. 6 ff.; Stern: Der Schutz der Persönlichkeit, S. 190 ff.

die Verwendung dieser Daten.⁵²³ Zusammen bilden beide Rechte die Grundlage für die personale und soziale Identität des Einzelnen, der „Ich-Identität“, die als Voraussetzung der Gestaltung individueller Freiheit dient.⁵²⁴ Das RiS als eine Ausprägung des APR wird in der Rechtsprechung des BVerfG regelmäßig im Bereich der Datenverarbeitung durch technische Systeme angewendet.⁵²⁵

Mit der technischen Entwicklung ist jedoch die Verwendung informationstechnischer Systeme so allgemein geworden, dass es zwischen dem RiS und dem APR zu zahlreichen Überschneidungen kommt, besonders mit dem Recht am eigenen Bild, Wort und Namen, dem Schutz der Ehe, dem Schutz der Person vor Entstellung ihrer Identität und anderer Verfälschungen des Persönlichkeitsbildes.⁵²⁶ Alle diese Rechte schützen die Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeit des Einzelnen darüber, ob und wie eigene Angaben wie das eigene Bild, Wort und andere personenbezogene Informationen von anderen gekannt und in der Öffentlichkeit dargestellt werden.⁵²⁷ Eingriffe in diese Rechte zeigen sich auch als unzulässige und unrichtige Veröffentlichung eigener Daten, die ein ungewolltes soziales Bild formen können.⁵²⁸ Darum kann man sagen, dass diese Rechte zusammen mit dem RiS dem gleichen Ziel dienen (ein passendes Sozialprofil zu bilden) und sich nur nach Form und Inhalt der betroffenen Darstellung (mit dem eigenen Bild, Wort, Namen, Wertung, etc.) unterscheiden. Nach dem BVerfG kann der Schutzbereich des RiS alle Informationen bzw. dieses Grundrecht logischerweise fast alle vorliegenden Ausprägungen des APR einschließen, nicht nur das Recht auf Selbstdarstellung, sondern auch das Recht auf

⁵²³ Vgl. Glaeser, Schutz der Privatsphäre, Rn. 33; Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 45; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2, Rn. 166 f.

⁵²⁴ Vgl. Stern: Der Schutz der Persönlichkeit, S. 193 ff.; Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 36 ff.; Horn, Schutz der Privatsphäre, Rn. 69 f.; Glaeser, Schutz der Privatsphäre, Rn. 31 f., 42.

⁵²⁵ Vgl. Ladeur, in: HdbPR, § 8 Rn. 29; Garstka, in: HdbPR, § 22 Rn. 32; Frenz, DVBl 2009, 333; Taeger/Schmidt, in: Taeger/Gabel, BDSG Einführung, Rn. 28. Aber nach dogmatischer Struktur ist die Anwendung des RiS nicht von der Verarbeitungsform abhängig. Vgl. Taeger/Gabel/Schmidt, BDSG § 1 Rn. 7; Simitis, BDSG § 1 Rn. 69.

⁵²⁶ DKWW/Weichert, BDSG Einl. Rn. 7; Stern: Der Schutz der Persönlichkeit, S. 191; Gurlit, NJW 2010 1035 (1036).

⁵²⁷ Stern: Der Schutz der Persönlichkeit, S. 193 ff.; Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 43 ff.; Enders, Schutz der Persönlichkeit, Rn. 6 f.

⁵²⁸ Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 38; Stern: Der Schutz der Persönlichkeit, S. 206 f.; Horn, Schutz der Privatsphäre, 55 f.

Geheimnisschutz.⁵²⁹ So weist ein Teil der Literatur darauf hin, dass dies Grundrecht nur entstanden ist, um gegen moderne Informationsrisiken zu schützen und sich als Abhilfe gegen solche Bedrohungen nicht von anderen Ausprägungen des APR abgrenzen lässt.⁵³⁰

Darüber hinaus hat das Grundrecht das Recht auf Informationsfreiheit in den Hintergrund gedrängt.⁵³¹ Diese Informationsfreiheit, die aus der Handlungsfreiheit entnommen wird, schützt auch den aktiven Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung im Umgang mit Daten, bzw. die freie Entscheidung des eigenen Verhaltens, relevante personenbezogene Informationen zu erheben, zu verwenden und weiterzugeben.⁵³² Nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m Art. 2 Abs. 1 GG muss jede Person über das Recht verfügen, die Umwelt wahrzunehmen und Informationen über andere Personen zu sammeln, sodass personenbezogene Informationen im sozialen Umgang nicht ausschließlich der Herrschaft der Betroffenen unterliegen können.⁵³³ Die beiden Rechte haben also entgegengesetzte Schutzbereiche. Während das RiS die Herrschaft über eigene Informationen wahrt, erkennt die Informationsfreiheit die Gewinnung erforderlicher Informationen über andere Personen an. Jedes der beiden Rechte funktioniert erst durch die Beschränkung des anderen, und die Anwendung des einen beeinträchtigt unmittelbar oder mittelbar das andere.⁵³⁴ Beide Rechte sind aber Auffangrechte, konkret festgelegte Schutzfälle fehlen, darum kann man sie nur mit Hilfe der Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe aufeinander abstimmen und gegeneinander abgrenzen. In der Literatur besteht der Abgrenzungsmaßstab darin, dass das Recht auf Zugang zu Informationen (Informationsfreiheit) entfallen muss, wenn dieser Zugang dem eindeutigen Willen des Betroffenen widerspricht und auch

⁵²⁹ BVerfGE 65, 1 (46); Simits NJW 1984, 398 (400); Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 67; Kunig, in: Münch/ Kunig, GG, Art. 2, Rn. 38.

⁵³⁰ Vgl. W. Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Rn. 23 f.; Ladeur, DÖV 2009, 45 (52); Kube, Persönlichkeitsrecht, Rn. 67; Stern: Der Schutz der Persönlichkeit, S. 204. In Teilen der Literatur werden einige Teilausprägungen des APR wie das Recht am eigenen Bild und Wort unmittelbar innerhalb des Schutzbereiches des RiS verortet, vgl. Däubler, in: DKWW, BDSG Einleitung, Rn.7; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 42.

⁵³¹ Vgl. Gallwas, NJW 1992, 2785.

⁵³² Dreier, in: ders., GG, Art. 2 Abs. 1, Rn. 22; Murswick, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 43 ff.

⁵³³ BVerfG JZ 2007, 576 (577); Ladeur, in: HdbPR, § 8, Rn. 32.

⁵³⁴ Robber, JI 2002, 98 (99); Gallwas, NJW 1992, 2785 (2787 f.); Caspar, NVwZ 2010, 1451 (1452).

keine gesetzliche Ermächtigung vorliegt; Zugang kann jedenfalls dann erlaubt sein, wenn die Verwendung der Informationen im privaten alltäglichen sozialen Umgang erforderlich ist.⁵³⁵ Das ist allerdings immer noch ein sehr abstrakter Maßstab, darum ist in jedem Einzelfall eine Abwägung der Informationsinteressen unvermeidbar.

Ähnlich steht es mit den Beziehungen zwischen dem RiS und anderen Grundrechten wie denen nach Art. 10 und Art. 13 GG, die bereits im vorherigen Teil diskutiert worden sind (siehe Kap. 2, C, IV, 1). Weil das Konzept der personenbezogenen Information besonders umfassend ist und sich die Schutzgegenstände der Art. 10 und Art. 13 GG auch auf personenbezogene Informationen beziehen, könnte das RiS als ein Auffangrecht theoretisch das Recht auf Fernmeldegeheimnis und das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung teilweise einschließen. Beschränkt sich jedoch die Anwendung dieser besonderen Rechte auf bestimmte Fälle⁵³⁶, dann gehen sie dem RiS vor.

III. Zweifelhaftigkeit der informationellen Selbstbestimmung

Durch die Kritik am RiS entstehen allmählich Zweifel über die verfassungsrechtliche Idee der informationellen Selbstbestimmung, die das RiS begründet. In diesem Zuge werden auch die Auswirkungen und Möglichkeiten des Datenschutzes angezweifelt.⁵³⁷

Die Zweifler meinen zunächst, dass die Datenverarbeitung nicht so gefährlich ist, wie das BVerfG seinerzeit im Volkszählungsurteil vermutet hat.⁵³⁸ Nach über drei Jahrzehnten der Rechtspraxis wird in der Öffentlichkeit zunehmend diskutiert, ob im Privatbereich die Datenschutzpraxis allzu streng ist.⁵³⁹ Zu strenge Datenschutzregelungen beschränkten die technische und soziale Entwicklung

⁵³⁵ Robber, JI 2002, 98 (99); Gallwas, NJW 1992, 2785 (2790); Caspar, NVwZ 2010, 1451 (1456 f.).

⁵³⁶ § 10 beschränkt sich auf den Fall eines laufenden Telekommunikationsvorgangs und § 13 auf den Fall einer konkreten räumlichen Sphäre.

⁵³⁷ Bull, NJW 2006, 1617; Simitis, RDV 2007, 143; Ladeur, DÖV 2009, 45.

⁵³⁸ Vgl. Rath, Vorgänge 184, 79 (80 f.); Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 67 f.

⁵³⁹ Vgl. Simitis, RDV 2007, 143 (143 f.); Bull, NJW 2006, 1617 (1618).

entsprechender Anwendungen besonders im IT-Bereich, die auf der Nutzung personenbezogener Informationen basieren. Die Kosten der Einhaltung all der strengen Datenschutzpflichten seien zu hoch.⁵⁴⁰ Das Übermaß der Regulierung übertreibe die Selbstbestimmung und dehne den Bereich des Schutzes personenbezogener Informationen bei der Datenverarbeitung zu weit aus. Bei der Anwendung des Grundrechts beachte man nur den Schutz der Betroffenen, z.B. mit der Forderung nach Anonymität der Daten und nach Einwilligung des Betroffenen, mit seinem Auskunftsrecht und mit der Berichtigungspflicht der Verantwortlichen, und ignoriere positive Funktionen der informationellen Selbstbestimmung wie die Ermunterung zur Nutzung eigener Informationen und das Grundrecht der Informationsfreiheit. Damit entstehe der Anschein, dass die Selbstbestimmung grenzenlos, die Datenverarbeitung ein Risiko an sich und der einzige Zweck des Datenschutzes die Verhinderung von Datenverarbeitung sei.⁵⁴¹ Diese Zweifel beruhten letztlich auf dem Konflikt zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit. Um vermutete Gefahren zu vermeiden, bevorzuge die Öffentlichkeit normalerweise die Sicherheit und gebe dafür sogar manchmal ihre Freiheit auf.⁵⁴² Eine absolute sichere Gesellschaft stehe jedoch still, könne sich nicht weiterentwickeln, deshalb sei die Übernahme von Risiken oft unabdingbar. Darum sei es die Aufgabe nicht nur des Gesetzgebers, sondern auch der Rechtspraxis, eine Rechtsordnung für den Umgang mit Daten zu schaffen, die einerseits das Risiko der Datenverarbeitung verringern und andererseits die für die soziale Entwicklung notwendige Freiheit bewahren kann. Verlangt werden deshalb Konkretisierung und Harmonisierung der Datenschutznormen, dazu intensivere Aufsicht der Behörden, um in Konflikten zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit abzuwägen sowie Missverständnisse und Missachtung des Datenschutzes zu korrigieren.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Vgl. Simitis, RDV 2007, 143 (144); Bull, NJW 2006, 1617 (1619).

⁵⁴¹ Vgl. Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 69 ff., Simitis, RDV 2007, 143 (144 ff.).

⁵⁴² Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 123; Hohmann-Dennhardt, RDV 2008, 1(2 f.).

⁵⁴³ Vgl. Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 115 ff., Simitis, RDV 2007, 143 (151 ff.).

IV. Bewertung der Kritik

Diese Kritik am Schutzbereich zeigt Mängel der Anwendung des Grundrechts in der Rechtspraxis auf. Der Schutzbereich und der Begriff der Information sind so umfassend, dass sie sich nicht sehr genau bestimmen lassen. Damit wird die Anwendung des Rechts in der Rechtspraxis unsicher, ja unvorhersehbar sein. Jedoch erlaubt diese Unbestimmtheit des Grundrechts zugleich eine flexible Rechtspraxis, mit der die Rechtsauslegung dieses Rahmenrechts dem Wandel der Gesellschaft entsprechen kann, zum Schutz der Rechte und der Freiheit des Einzelnen. Wie zwei Seiten einer Medaille lassen sich die Unbestimmtheit und die Flexibilität dieses Grundrechts nicht trennen; die kritisierte Unbestimmtheit ist nur eine Nebenwirkung seiner Funktion.

Weil der Umgang mit Daten so allgemein ist, lässt sich das Verhältnis zwischen dem RiS und anderen, besonderen Rechten innerhalb des APR oft schwer in den Griff bekommen. Die Anwendung dieser besonderen Persönlichkeitsrechte beschränkt sich auf bestimmte Arten der Information wie Bilder, Worte, Namen des Einzelnen oder auf bestimmte Auswirkungen des Eingriffs, z.B. Ehrverletzungen. Dann dient das RiS als Auffangtatbestand, der nur die Lücken dieser besonderen Rechte ausfüllen kann. Ähnlich verhält es sich auch bei seinen Konflikten mit anderen normierten Grundrechten.

Schwierig ist die Abwägung zwischen dem RiS und dem Recht auf Informationsfreiheit. Beide sind für die Persönlichkeitsentfaltung und für die soziale Entwicklung gleich wichtig. Der Schutz des einen verletzt das andere. Abgewogen werden muss hier zwischen Sicherheit und Freiheit. Die Angst des BVerfG vor Gefahren der Datenverarbeitung ist angesichts der sozialen Wirklichkeit nicht unbegründet, deshalb enthält die EU-DSGVO jetzt strengere Rechtsnormen, die

Datenverarbeitung zu beschränken und den Betroffenen zu schützen.⁵⁴⁴ Doch die soziale Bedeutung personenbezogener Informationen und die Notwendigkeit des Umgangs mit ihnen machen eine absolute „informelle Selbstbestimmung“ unmöglich. Darum muss die Anwendung des RiS eingegrenzt werden. Sicherheit und Freiheit stehen hier in einem derart komplizierten, ständigem Wandel unterworfenen Verhältnis zueinander, dass sie sich nicht dauerhaft und für alle Fälle klar voneinander abgrenzen lassen.⁵⁴⁵

Bei einem Vorfeld- und Auffangrecht wie dem RiS überrascht nicht, dass seine Anwendung viele Fragen aufwirft. Das muss aber nicht zur Verneinung dieses Grundrechts führen, sondern mit Rechtsprechung und Gesetzgebung seine Nebenwirkungen verringern. Das BVerfG hat Anwendung und Beschränkung des Grundrechts in vielen Fällen konkretisiert, auch das BDSG und die EU-DSGVO sind Erfolge der Bemühungen zu seiner Konkretisierung. Art. 9 EU-DSGVO z.B. kategorisiert personenbezogene Informationen und schafft besondere Rechtsnormen für die „Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten“. Um die Anwendung des Grundrechts klarer und einfacher zu gestalten, regeln auch Art. 12-23 EU-DSGVO für den Umgang mit Daten ausführlich die Rechte Betroffener und die Schranken dieser Rechte.

E. Zwischenergebnis

Das RiS, als das Datenschutzgrundrecht, wird im Grundgesetz nicht ausdrücklich geregelt, sondern ist durch die Rechtsprechung des BVerfG entwickelt worden. Aufgrund der Handlungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG hat das BVerfG das Grundrecht aufgestellt, um die lang anhaltende Angst vor technischen Entwicklungen und automatischer Datenverarbeitung zu beseitigen. Die Entstehung des RiS ist keine Überraschung,

⁵⁴⁴ Siehe Kap. 3, B, I, 2, b, ii.

⁵⁴⁵ Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 123.

sondern beruht auf langer Rechtspraxis zum Schutz der Freiheit des Einzelnen. Mit Rechtsprechung zur Handlungsfreiheit, dann zur Privatsphäre und schließlich zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat das BVerfG unermüdlich Anstrengungen unternommen, um die freie Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen im Umgang mit Daten zu schützen.

Angesichts großer Ängste bei automatischer Datenverarbeitung und der wichtigen Rolle personenbezogener Information im sozialen Umgang hat das BVerfG im Volkszählungsurteil und weiteren Entscheidungen das RiS mit einem umfassenden Schutzbereich entwickelt, der alle Arten personenbezogener Informationen und alle Phasen der Datenverarbeitung einschließt. Gründe zur Beschränkung des Grundrechts sieht es nur in der Einwilligung der Betroffenen, im Allgemeininteresse und in gesetzlichen Vorschriften; und solche Beschränkungen müssen noch der Eingriffstheorie entsprechen. Damit hat das BVerfG ein Grundrecht mit einem umfassenden Schutzbereich und begrenzten Beschränkungen aufgestellt, um die Schutzbedürfnisse des Umgangs mit Daten in der modernen Gesellschaft zu erfüllen.

Dieser umfassende Schutzbereich des Grundrechts ist jedoch so allgemein, dass das Bedürfnis nach seiner Konkretisierung in der Praxis besonders dringend ist. Dazu hat das BVerfG das RiS für bestimmte Fallgruppen konkretisiert. Insbesondere für die Online-Durchsuchung hat es ein neues „IT-Grundrecht“ entwickelt, um die Vertraulichkeit, Integrität und Leistung eines IT-Systems zu schützen. Aber auch das RiS wird kritisiert. So wurde bemängelt, dass sein Schutzbereich und seine Abgrenzung zu anderen Grundrechten unklar seien. Weil die Anwendung technischer Systeme sowie des Internets so weit verbreitet und automatische Datenverarbeitung so häufig geworden ist, wird der negative Einfluss dieser Unklarheit besonders im 21. Jahrhundert offensichtlich. Außerdem konzentriert sich die Kritik am RiS auch auf die übermäßige Beachtung der informationellen Selbstbestimmung, welche die Informationsfreiheit, die notwendige Datenverarbeitung und die Anwendung neuer Technik beschränken könnte. Grundproblem ist der Konflikt zwischen Freiheit und

Sicherheit, die beide wichtige Schutzzwecke der Rechtsordnung sind. Für das RiS als ein Vorfeldrecht konnte kein konkreter Maßstab zur Abwägung zwischen den beiden entgegengesetzten Schutzzwecken erreicht werden. Deswegen muss, um den Schutzgehalt und die Abgrenzung des RiS gegenüber anderen Rechten zu klären und das individuelle sowie das Allgemeininteresse an Informationen zu wahren, dieses Grundrecht fortentwickelt und weiter konkretisiert werden.⁵⁴⁶

⁵⁴⁶ Vgl. Simitis, RDV 2007, 143 (153.); Bull, Informationelle Selbstbestimmung, S. 124.

Kapital 3: Auswirkung der Informationellen

Selbstbestimmung im Privatrecht

Den vorangegangenen Erläuterungen zufolge kann sich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (RiS) als Ausprägung des APR nicht nur in öffentlichen, sondern auch in privaten Rechtsbeziehungen auswirken.⁵⁴⁷ Darum stellt sich zunächst die Frage, wie Grundrecht und Zivilrecht zusammenwirken und was die Grundlage dieses Zusammenwirkens ist. Anschließend werden Überlegungen zur Stellung und Auswirkung des RiS im Privatrecht, besonders im bürgerlichen Recht angestellt.

A. Funktion des Grundrechts

Das Grundrecht fungiert zunächst als Abwehrrecht: Es dient dazu, Eingriffe der Staatsgewalt in die rechtmäßige Freiheit des Einzelnen abzuwehren. Gleichzeitig enthält das Grundrecht nach der Rechtsprechung des BVerfG eine andere wesentliche Funktion, nämlich die Aufstellung einer umfassenden objektiven Werteordnung, die für die gesamte soziale Gemeinschaft und alle Rechtsbereiche gilt, um eine freie Entfaltung der Persönlichkeit und einen vollständigen Schutz der Menschenwürde zu erzielen.⁵⁴⁸ Gemäß dem „Doppelcharakter“ des Grundrechts hat diese objektive Werteordnung anders als der subjektive Grundrechtsschutz eine selbstständige Stellung, die die Aufgaben und Ziele des Staates und seiner Organe festsetzt.⁵⁴⁹

I. Schutzpflichtfunktion der objektiven Werteordnung

Die Schutzpflicht der objektiven Werteordnung des Grundrechts verlangt zunächst von der staatlichen Gewalt, die allgemeine Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG

⁵⁴⁷ Vgl. Grimm, JZ 68, 585 (587).

⁵⁴⁸ BVerfGE 7, 198 = NJW 1958, 257 (257 f.); zur jüngsten Rechtsprechung vgl. BVerfGE 42, 143 (148); 49, 89 (141 f.); 50, 290 (337); 73, 261 (269).

⁵⁴⁹ Vgl. Stern, DÖV 2010, 241 (242 f.); Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 1 III, Rn. 26; BVerfG NJW 1979, 699 (702).

zu schützen.⁵⁵⁰ Dabei schließt die Aufgabe des Staates nicht nur die Gewährleistung der Freiheit des Einzelnen gegen staatlichen Eingriff ein, sondern auch gegen den Eingriff privater Dritter.⁵⁵¹ Deshalb wird der Staat auch verpflichtet, die verfassungsrechtlichen Güter bzw. die Sicherheit innerhalb privater Beziehungen zu schützen.⁵⁵²

Diese Schutzpflicht wird zunächst durch die Rechtsprechung des BVerfG festgelegt. Das BVerfG bestimmt, dass werdendes Leben in den Schutzbereich des Grundrechts gegen unmittelbare staatliche Eingriffe fällt und, noch wichtiger, eine Schutzpflicht des Staates gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG festgesetzt wird, notwendige Maßnahmen auszuführen, um alles Leben zu schützen.⁵⁵³ Diese Schutzpflicht stützt sich auch auf die ausdrückliche Vorschrift des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG, weil das Leben einen wesentlichen Teil der Menschenwürde darstellt.⁵⁵⁴ Danach fungiert der Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG als Grundlage der Verfassungsschutzpflicht, und damit können die Grundrechte auch als Handlungspflicht des Staates betrachtet werden, um eine umfassende Verfassungsordnung für den Schutz der Menschenwürde aufzustellen.⁵⁵⁵ Deshalb dienen die Grundrechte nicht nur als Beschränkung gegenüber staatlichen Handlungen, sondern auch als Richtlinie, der die Schutzhandlungen der staatlichen Gewalt folgen und nach der sie durchgeführt werden sollen.⁵⁵⁶

Diese umfassende Schutzpflicht betrifft auch die privaten Rechtsgüter wie die Persönlichkeitsrechte gemäß § 823 Abs. 1 BGB, wenn Eingriffe in diese privaten Rechtsgüter die Grundrechtsordnung bedrohen.⁵⁵⁷ Aber die Schutzpflicht richtet sich

⁵⁵⁰ Vgl. Stern, DÖV 2010, 241 (243); Canaris, AcP 184 (1984), 201 (225f.); BVerfGE 33, 303 (339 f.); 35, 202 (221); 36, 321 (331).

⁵⁵¹ Vgl. Ruffert, Vorrang der Verfassung, S. 152 ff.; ders., JZ 2009, 389 (389 ff.); Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 1.

⁵⁵² Vgl. Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 3; Stern, DÖV 2010, 241 (242).

⁵⁵³ Vgl. BVerfGE 39, 1= NJW 1975, 573 (573); Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 122.

⁵⁵⁴ Vgl. BVerfG NJW 1975, 573 (575); Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 78.

⁵⁵⁵ Merten, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 233; Stern, DÖV 2010, 241 (244). Anders vgl. etwa Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, S. 190.

⁵⁵⁶ Stern, DÖV 2010, 241 (244 f.); Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 125.

⁵⁵⁷ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 97; Baston-Vogt, Persönlichkeitsrecht, S. 123 f.

nicht unmittelbar an Private, sondern an die staatliche Gewalt, die notwendigen Schutzmaßnahmen anzubieten, um Eingriffe von Dritten in den Rechtsträger zu verhindern.⁵⁵⁸ Deshalb müssen der Gesetzgeber, die Exekutive und die Judikative die Pflicht übernehmen, die vorhandenen Rechtsnormen zu verbessern und einen angepassten Schutzgehalt aufzustellen, um aktuelle Eingriffe und vorhersehbare Verletzungen abzuwehren.⁵⁵⁹ Dazu fordert die grundrechtliche Schutzfunktion vom Privatrecht, mit der verkörperten objektiven Grundrechtsordnung übereinzustimmen.⁵⁶⁰ Nach dem Prinzip des Untermaßverbots, das die Geeignetheit und Effektivität der Rechtsmaßnahmen für einen berechtigten Zweck verlangt, sollte jedoch die Angemessenheit dieser Maßnahmen im Einzelfall überprüft werden.⁵⁶¹ Je höher des Weiteren der Rang des betroffenen Rechtsguts in der Werteordnung des Grundgesetzes ist, desto weiter sollte die Schutzpflicht des Staates reichen.⁵⁶² Nach der Rechtsprechung des BVerfG schließen die relevanten Maßstäbe zur Beurteilung der Werteordnung die folgenden ein: die Art des Grundrechts, die Schwere des drohenden Eingriffs und die Intensität der Gefährdung, die Möglichkeit des Betroffenen zu effektivem Selbstschutz sowie die Wichtigkeit gegenläufiger Grundrechte und Interessen.⁵⁶³ Ferner ist die Schutznotwendigkeit der staatlichen Maßnahmen in privaten Rechtsbeziehungen nach dem Subsidiaritätsprinzip nur berechtigt, wenn es dem Bürger eigenverantwortlich nicht möglich ist, sein Recht selber und notfalls auf gerichtlichem Wege zu verteidigen, um den Grundsatz „Eigeninitiative vorrangig als Staatsintervention“ zu berücksichtigen.⁵⁶⁴

⁵⁵⁸ Merten, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 230; Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 3.

⁵⁵⁹ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 90 f.

⁵⁶⁰ Vgl. BVerfGE 98, 365 (395).

⁵⁶¹ Vgl. BVerfGE 88, 203 (254); Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 165 f.

⁵⁶² Vgl. BVerfGE 39, 1 (42).

⁵⁶³ BVerfGE 49, 89 (142); auch ähnlich vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, S. 80; Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 90.

⁵⁶⁴ Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht, Rn. 142.

II. Mittelbare Drittwirkung des Grundrechts

Aufgrund der Schutzpflicht des Staates entsteht eine Auswirkung des Grundrechts auf das Zivilrecht durch die sog. mittelbare Drittwirkung, um die private Rechtsordnung und die Grundrechtswerteordnung zu vereinbaren.⁵⁶⁵ Anders als die Theorie der „unmittelbaren Drittwirkung“, die eine absolute und unmittelbare Auswirkung des Grundrechts im Privatrecht anerkennt, womit Grundrechte in zivilrechtlicher Rechtspraxis direkt als Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB, absolutes Recht wie in § 823 I BGB oder Schutzgesetz wie bei § 823 II BGB angewendet werden könnten⁵⁶⁶, lehnt die Theorie der „mittelbaren Drittwirkung“ diese direkte Anwendung ab. Stattdessen meint diese Theorie, dass die Grundrechte sich nur mittelbar durch die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe sowie Generalklauseln des Privatrechts auswirken.⁵⁶⁷ Daher ist die privatrechtliche Auswirkung des Grundrechts nicht selbstständig, sondern sie ist von den Generalklauseln und dem unbestimmten Rechtsbegriff des Privatrechts abhängig.⁵⁶⁸ Damit kann man bei der Anwendung der mittelbaren Drittwirkung einerseits die Integrität und Privatautonomie des Zivilrechts bewahren, weil die Anspruchssysteme bereits innerhalb des Zivilrechtssystems bestehen, andererseits kann die Werteordnung des Grundrechts im Privatrecht durchgeführt werden, wenn es nur beim Privatrecht an der Gewährleistung der Verfassungsrechtsgüter fehlt.⁵⁶⁹ Aber nach dieser mittelbaren Anwendung beruht die Wirkung des Grundrechts in privatrechtlichen Beziehungen auf Individualautonomie und Eigenverantwortung des Einzelnen.⁵⁷⁰

⁵⁶⁵ Papier, Drittwirkung, Rn. 7 f.

⁵⁶⁶ Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, S. 15 f.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 286 f., 345.

⁵⁶⁷ Vgl. Stern, Die Wirkung der Grundrechte, II 2, S. 1543; Papier, Drittwirkung, Rn. 23.

⁵⁶⁸ Suhr, Entfaltung des Menschen durch den Menschen, S. 136 ff.

⁵⁶⁹ Vgl. Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in FS Nawiasky, S. 176.

⁵⁷⁰ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 117.

Im Lüth-Urteil hat das BVerfG zunächst die Theorie der mittelbaren Drittwirkung als Ausstrahlungswirkung des Grundrechts auf das Privatrecht anerkannt.⁵⁷¹ Darin bestätigt das BVerfG die Abwehrfunktion sowie die objektive Werteordnung des Grundrechts und fordert, dass auch im Zivilrecht die Auslegung von Rechtsnormen dem Geist der verfassungsrechtlichen Werteordnung entspreche.⁵⁷² In diesem Verfahren fungieren besonders die Generalklauseln wegen ihrer Offenheit und weitgehenden Auslegungsmöglichkeiten als „Einfallstor“ des Grundrechts, wodurch sich die Auswirkung des Grundrechts nach seinem umfassenden Schutzbereich auf alle Privatnormen erstrecken kann.⁵⁷³ Ferner verlangt die Werteordnung des Grundrechts, ihre Auswirkung auf Rechtsfortbildung zu bewahren.⁵⁷⁴ Deshalb ist es nicht nur die Aufgabe des Gesetzgebers, sondern auch die des Richters, die Schutzpflicht des Grundrechts bei der Behandlung privatrechtlicher Beziehungen zu berücksichtigen, um in der privatrechtlichen Gesetzgebung und Praxis einer objektiven Werteordnung des Grundrechts zu folgen.⁵⁷⁵

B. Auswirkungen der informationellen Selbstbestimmung

I. Objektive Schutzpflicht der informationellen Selbstbestimmung

Aufgrund der Schutzpflicht des Grundrechts ist der Staat verpflichtet, notwendige Schutzmaßnahmen für Informationsinteressen im Privatrecht aufzustellen. Danach kommt die Frage in Betracht, wie die informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht geschützt wird, indem das RiS als subjektives Recht ausgeschlossen wird.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ BVerfG NJW 1958, 257 (258). Ähnlich auch BVerfGE 25, 256 (263); 34, 269 (280); 42, 143 (148); 52, 131 (165 f.); 73, 261 (269); 81, 242 (254); 99, 185 (196); 115, 51, (66 f.).

⁵⁷² BVerfG NJW 1958, 257 (258 f.).

⁵⁷³ Stern, Die Wirkung der Grundrechte, IV 7, S. 1584.

⁵⁷⁴ Vgl. BVerfGE 96, 375 (398).

⁵⁷⁵ Vgl. Maunz/Dürig/Herdegen, GG, Art. 1 III, Rn. 20; Papier, Drittwirkung, Rn. 10; Stern, Die Wirkung der Grundrechte, III 4, S. 1561.

⁵⁷⁶ Vgl. Donos, Datenschutz, S. 120 ff.

1. Zivilrechtliche Eigenschaft des Rechts an eigener Information

Die verfassungsrechtliche informationelle Selbstbestimmung ist gleichzusetzen mit der Herrschaft über eigene Information, und dafür wird ein ausschließliches Recht anerkannt, das nicht nur die Abwehr der unzulässigen Datenerhebung und -verarbeitung, sondern auch die wirtschaftliche Informationsanwendung einschließt.⁵⁷⁷ Deshalb kann die informationelle Selbstbestimmung als eine abstrakte Sammlung der Zivilrechte zur Herrschaft über die eigenen Daten betrachtet werden. Weil im Zivilrecht der Rechtsgegenstand als Grundlage der Einordnung jeden Rechts dient, besteht dessen vordringlichste Aufgabe darin, die Eigenschaft des Rechtsgegenstandes bzw. der personenbezogenen Information zu bestimmen, um die Ausübung der informationellen Selbstbestimmung im Privatrecht zu klären. Daraufhin können unterschiedliche Rechtsnormen ordentlich angewendet werden. Z.B. bildet die Beziehung von Personen zu Sachen den Rechtsgegenstand des Sachenrechts, und der des Schuldrechts ist eine bestimmte Leistung des Schuldners.⁵⁷⁸

Nach § 90 BGB wird die Information vom Sachbegriff ausgeschlossen und den Immaterialgütern oder dem Vermögen zugeordnet.⁵⁷⁹ Aber die Information hier ist nicht allgemein gemeint, sondern bezieht sich nur auf Informationen, die gemäß dem Urheber- oder Patentrecht geistige Schöpfungen enthalten.⁵⁸⁰ Gegenstände der Datenverarbeitung personenbezogener Information sind jedoch nicht von dieser Schöpfung oder ähnlichem geistigen Eigentum abhängig, und in wissenschaftlichen Diskussionen über privatrechtlichen Datenschutz werden Regelungen des BDSG als

⁵⁷⁷ Vgl. Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 203; Schmit, JZ 1974, 242 (244); Weichert, DuD 2001, 264 (264 f.).

⁵⁷⁸ MüKoBGB/Gaier, Bd. 6, Einl. Rn. 1; MüKoBGB/Ernst, Bd. 2, Einl. Rn. 28.

⁵⁷⁹ Vgl. MüKoBGB/Stresemann, § 90, Rn. 6 f., 25.

⁵⁸⁰ Vgl. Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 187 f.

Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angenommen.⁵⁸¹ Darum kommt die Frage auf, ob es im bürgerlichen Recht einen einheitlichen Informationsbegriff gibt.

Die personenbezogene Information als Information über eine identifizierte oder identifizierbare Person bezieht sich sowohl auf Persönlichkeitsgüter als auch Vermögensgüter, weil sie einerseits mit der Intim- und Privatsphäre verbunden und andererseits anwendbar ist, um die eigene Persönlichkeit im sozialen Umgang darzustellen.⁵⁸² Anders als traditionelle Persönlichkeitsrechtsgüter wie Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Ruf usw. liegt die Besonderheit der personenbezogenen Information einerseits in ihrer Übertragbarkeit und andererseits in ihrem Multipersonenbezug, d.h. die Information kann sich gleichzeitig auf mehrere Personen beziehen oder von mehreren Personen besessen und angewendet werden.⁵⁸³ Hier besteht eine große Ähnlichkeit zum Eigentum und zum Vermögen.⁵⁸⁴ Aber das bedeutet nicht, dass die personenbezogene Information einfach ein Vermögensrechtsgegenstand ist, sondern die Eigenschaft personenbezogener Information gestaltet sich in konkreten Fällen unterschiedlich.⁵⁸⁵ Die Einordnung der Eigenschaft kann ausführlich wie folgt dargestellt werden:

1) Die Informationen, die sich auf Selbstbestimmung und menschliche Würde beziehen und deren Geheimhaltung und Verbreitung im Umgang mit Informationen kontrolliert werden soll, um immaterielle Interessen zu schützen, sind meistens Persönlichkeitsrechtsgegenstände, einschließlich der Information über die Intim- und Privatsphäre, die Persönlichkeitsabbildung, genetische Informationen, Geoinformationen usw.⁵⁸⁶

⁵⁸¹ Gola/Schomerus, BDSG, § 1, Rn. 14; Schmidt, in: Taeger/Gabel, BDSG, § 1, Rn. 10; Simitis, BDSG, § 1, Rn. 23; DKWW/Weichert, BDSG, § 1, Rn. 2.

⁵⁸² Vgl. MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 10; Götting, in: HdbPR, § 1, Rn. 5 f.; Pethig, Information als Wirtschaftsgut, S. 2 f.; Hasse, Datenschutzrechtliche Frage, S. 71.

⁵⁸³ Haase, Datenschutzrechtliche Fragen, S. 96; Gola/Schomerus, BDSG, § 3, Rn. 2.

⁵⁸⁴ Gurlit, NJW 2010, 1035 (1036).

⁵⁸⁵ Vgl. Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 209 ff.; MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 40 ff.; Hasse, Datenschutzrechtliche Frage, S. 355 f.; Gurlit, NJW 2010, 1035 (1036). Im Gegensatz dazu vgl. Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 208 ff.; Kilian, CR 2002, 921 (926 f.).

⁵⁸⁶ Vgl. Zech, a.a.O., S. 209 ff.; MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 35 f.

2) Die Informationen, die sich auf Verwendung und Kommerzialisierung beziehen und mit dem Ziel der Übertragung benutzt werden, um materielle Interessen zu verfolgen, betreffen nicht die „Persönlichkeit“, sondern das eigentumsähnliche Vermögen, einschließlich Bilder, Namen, Stimmen, Gebärden usw. Es handelt sich hierbei nicht um die menschliche Würde oder eine Persönlichkeitsabbildung, sondern um die Verwertung eines immateriellen Produktes.⁵⁸⁷

Außerdem unterscheidet sich die personenbezogene Information vom Eigentum, weil sich die Information nur auf den Betroffenen bezieht und nicht dem Betroffenen gehören kann.⁵⁸⁸ Es sei angemerkt, dass die Abgrenzung zwischen diesen zwei Eigenschaften nicht eindeutig ist. Informationen, die sich auf die Abbildung des Betroffenen beziehen, können im Falle eines Schutzes der Privatsphäre als Persönlichkeit betrachtet und im Fall einer Kommerzialisierung als Vermögen angesehen werden.⁵⁸⁹ Deshalb ist die Eigenschaft personenbezogener Information nicht einfach festgelegt, sondern vom konkreten Umstand bzw. der Darstellung der Funktion der Information abhängig. Fraglich ist aber, ob diese unsichere dualistische Eigenschaft akzeptierbar ist. Der Gegner meint, dass die ideellen und materiellen Interessen integral vereinheitlicht werden könnten, weil sie in der Praxis sehr schwer oder gar nicht zu trennen seien.⁵⁹⁰ Diese dualistische Eigenschaft der Information verkompliziert den Schutz personenbezogener Information, aber der Gegner der dualistischen Eigenschaft kann nicht verneinen, dass sich besonders in Fällen von Eingriffen in die Privatsphäre und die Menschenwürde die Informationen nicht auf Vermögensgüter beziehen, wo die Gegenstände der Verletzung, anders als Urheberrechtsgüter, rein die Persönlichkeitsgüter betreffen und kein geistig

⁵⁸⁷ Vgl. Haase, Datenschutzrechtliche Fragen, S. 96; MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 41 f.; Kilian, CR 2002, 921 (922 f.).

⁵⁸⁸ Vgl. Giesen, Kurzes Plädoyer, S. 62; Hasse, Datenschutzrechtliche Frage, S. 110.

⁵⁸⁹ Vgl. MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 40 f. Fikentscher, Wirtschaftsrecht, S. 112, 132.

⁵⁹⁰ Götting, Persönlichkeitsrechte, S. 138 f.; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 218 f.

geschöpftes Gut enthalten.⁵⁹¹ Deswegen ist die Gewährleistung von ideellen Gütern und materiellen Gütern nicht identisch.

Gemäß der hier geführten Diskussion findet ein allgemeiner Informationsbegriff im bürgerlichen Recht keine Berücksichtigung, sondern dieser muss gemäß der konkreten Eigenschaft jeder Funktion der Information zugewiesen werden.⁵⁹² Deshalb besteht wegen der unvereinbaren Rechtsgegenstände kein integral bestimmtes Herrschaftsrecht an der eigenen Information. Aber ähnlich wie das APR ist es auch möglich, das Recht an der eigenen Information als Rahmenrecht (sogar als Teil oder Ausprägung des APR) zu betrachten, das sowohl ideelle als auch materielle Interessen einschließen kann.⁵⁹³ Deshalb gründet die Analyse der Schutzpflicht der informationellen Selbstbestimmung im Privatrecht nicht auf einem einzigen, sondern auf verschiedenen Rechten.

2. Zivilrechtlicher Schutz vor unzulässiger und unrichtiger Datenverarbeitung

Nach der Schutzpflicht des RiS wird vom Staat auch verlangt, notwendige Maßnahmen anzubieten, um die Informationssicherheit vor privaten Eingriffen zu schützen. Dabei kommt es auf die Erörterung konkreter privater Rechtsnormen an, die diesen Zweck betreffen. Die Haftung wegen der Verletzung der Informationssicherheit setzt grundsätzlich eine unzulässige und unrichtige Datenverarbeitung voraus. Diese Begriffe können auch im Privatrecht angewendet werden und die Voraussetzung fast aller Verletzungen der informationellen Selbstbestimmung darstellen.

⁵⁹¹ Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 218 f.

⁵⁹² Vgl. Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 185, 442 f.

⁵⁹³ Zur Eigenschaft des APR, das beide Interessen schützt, vgl. Götting, Persönlichkeitsrechte, S. 266 ff.; MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 35 ff. Im Gegensatz dazu kann im Rahmen des Datenschutzrechtes ein dingliches Recht an der eigenen Information (RiS) bestehen, weil darin die Eigenschaft des Rechtsgegenstandes nicht in Betracht kommt. Hier kommt es auf die Frage an, ob das bürgerliche Recht in Zukunft außer der Persönlichkeit oder dem Vermögen einen weiteren Rechtsgegenstand anerkennen kann.

a. Grundbegriffe

i. Datenverarbeitung

Im BDSG sind „Datenverarbeitung“ und „Verarbeitung der Daten“ verschiedene Begriffe. In vielen Fällen kann die „Datenverarbeitung“ zum „Umgang mit Daten“ umformuliert werden.⁵⁹⁴ Dieser „Umgang“ nach § 1 Abs. 1 BDSG wird nicht in Gesetzbüchern definiert, und die Vorschriften dafür sind in der Entwicklung des Datenschutzrechts außerdem sehr häufig verändert worden.⁵⁹⁵ Nach dem heutigen BDSG und der h.M. ist „Umgang“ ein allumfassender Oberbegriff, der alle im Gesetz und in Spezialregelungen anderer Bundesgesetze erfassten Formen der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie andere mögliche betroffene Formen beinhaltet⁵⁹⁶, einschließlich der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sowohl mit automatischen als auch mit manuellen Mitteln.⁵⁹⁷ Deshalb ist die Verarbeitung (sowie die Erhebung und Nutzung) der Daten nur eine Art der Datenverarbeitung⁵⁹⁸, und personenbezogene Daten sind gemäß § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person.

Weil „personenbezogene Daten“ oder „Einzelangaben“ Gegenstände des Datenschutzes sind, bilden sie die Kernbegriffe des Datenschutzgesetzes. Im Sinne des BDSG meinen sie die Informationen, die sich auf eine bestimmte natürliche Person beziehen.⁵⁹⁹ Informationen über juristische Personen und

⁵⁹⁴ Wolff/Brink, BDSG § 1 Rn.44; Taeger/Gabel, BDSG § 1 Rn. 6; Plath, BDSG § 1, Rn. 11.

⁵⁹⁵ Wolff/Brink, BDSG § 1 Rn.51; § 3 Rn.43; Taeger/Gabel, BDSG § 1 Rn. 6. Deswegen enthalten die Vorschriften und Begriffe auch viele Kriterien. Vgl. Wolff/Brink, BDSG § 1 Rn. 51; Gola/Schomerus, BDSG § 1 Rn. 22.

⁵⁹⁶ Plath, BDSG § 1, Rn. 11; Wolff/Brink, BDSG § 1 Rn. 51.

⁵⁹⁷ Gola/Schomerus, BDSG § 1 Rn. 22; Wolff/Brink, BDSG § 1 Rn. 51; Taeger/Gabel, BDSG § 1 Rn. 6 f.

⁵⁹⁸ Einige Kommentare betonen, dass Erhebung, Verarbeitung und Nutzung terminologisch keine Unterfälle der Datenverarbeitung sind, sondern als eigenständige Begriffe neben der Datenverarbeitung bestehen. Vgl. Taeger/Gabel, BDSG § 3 Rn. 25, 27, 41; Schaffland/Wiltfang, BDSG § 3 Rn. 106. Aber unter dem Titel „Datenverarbeitung“ in Abschnitt 2 und 3 BDSG werden außerdem Datenerhebung, Speicherung, Veränderung, Nutzung, Übermittlung usw. genannt. Deswegen betonen einige Kommentare nur die Unterschiede zwischen Erhebung, Verarbeitung sowie Nutzung und bezeichnen sie als Arten der Datenverarbeitung. Vgl. Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 91; Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 41.

⁵⁹⁹ Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 3; ähnlich vgl. Schaffland/Wiltfang, BDSG § 3 Rn. 4; Taeger/Gabel, BDSG § 3 Rn. 4.; Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 9.

Personengemeinschaften fallen normalerweise nicht in den Schutzbereich des BDSG und auch nicht in den der EU-DSGVO.⁶⁰⁰ Deswegen haben personenbezogene Daten einen weiten Geltungsbereich, der nicht nur objektive Informationen, sondern auch Werturteile über eine Person einschließt⁶⁰¹, solange sie sich mit der Person selbst oder mit einem auf sie bezieharen Sachverhalt verbinden lassen.⁶⁰² Die Person soll hier eine „bestimmte“ oder „bestimmbare“ sein, d.h. eine bestimmte natürliche Person in einer Personengruppe ist bereits von allen anderen Mitgliedern dieser Gruppe unterschieden worden oder es besteht die Möglichkeit, ihre Identität festzustellen.⁶⁰³

Die Begriffe Erhebung, Verarbeitung und Nutzung werden in § 3 BDSG definiert. Gemäß § 3 Abs. 3 BDSG bildet die Erhebung eine Vorphase, in der Daten über den Betroffenen beschafft und für die nachfolgende Verarbeitung vorbereitet werden.⁶⁰⁴ Nach § 3 Abs. 4 BDSG ist Verarbeitung ein Sammelbegriff, der fünf Phasen der Datenverarbeitung (Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten) umfasst.⁶⁰⁵ Der Begriff Nutzung kann als Auffangtatbestand betrachtet werden. Er bezeichnet jede Form der Verwendung personenbezogener Daten, insofern diese nicht zur Verarbeitung nach § 3 Abs. 4 BDSG gehören, um die Lücken der Verarbeitung zu schließen.⁶⁰⁶

ii. „Unzulässig“ und „unrichtig“

Die Bezeichnung von Datenverarbeitung (einschließlich der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung) als „unzulässig“ und „unrichtig“ findet sich in § 7 BDSG. Diese beiden

⁶⁰⁰ Klopfer, Informationsrecht, S. 58; aber im Fall einer Ein-Mann-GmbH gibt es eine Ausnahme. Vgl. BGH, NJW 1986, 2505. § 4 Abs. 1 EU-DSGVO definiert der Begriff „personenbezogene Daten“ und schließt nur die Informationen ein, die sich auf natürliche Person beziehen.

⁶⁰¹ Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 3a; ähnlich vgl. Schaffland/Wiltfang, BDSG § 3 Rn. 6; Taeger/Gabel, BDSG § 3 Rn. 5.; Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 14 f.

⁶⁰² Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 5; ähnlich vgl. Schaffland/Wiltfang, BDSG § 3 Rn. 11; Taeger/Gabel, BDSG § 3 Rn.10.; Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 27.

⁶⁰³ Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 10; ähnlich vgl. Schaffland/Wiltfang, BDSG § 3 Rn. 17; Taeger/Gabel, BDSG § 3 Rn. 11.; Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 17.

⁶⁰⁴ Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 24; Taeger/Gabel, BDSG § 3 Rn.25; Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 52.

⁶⁰⁵ Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 10; ähnlich vgl. Schaffland/Wiltfang, BDSG § 3 Rn. 17; Taeger/Gabel, BDSG § 3 Rn. 11.; Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 17.

⁶⁰⁶ Gola/Schomerus, BDSG § 3 Rn. 42; Wolff/Brink, BDSG § 3 Rn. 91.

Adjektive beschreiben die konkreten Inhalte des Datenschutzverstoßes, der die Haftung auslöst.⁶⁰⁷ Unzulässig ist eine Handlung, die gegen Datenschutzvorschriften, wie Vorschriften im BDSG (§ 4 Abs. 1), im TKG und im TMG (§§ 91 ff. TKG bzw. §§ 11 ff. TMG), verstößt und grundsätzlich ohne Einwilligung des Betroffenen erfolgt bzw. sich auf keinen gesetzlichen Erlaubnistatbestand stützen kann.⁶⁰⁸ Im Vergleich dazu kann Unrichtigkeit sehr einfach als „falsch“ ausgelegt werden. Die Verarbeitung unrichtiger Daten ist regelmäßig unzulässig.⁶⁰⁹ Es ist anzumerken, dass die Unrichtigkeit nicht nur objektiv fehlerhafte Daten, sondern auch „unrichtige“ Datenverarbeitung einschließt, die abweichend vom Verwendungszweck zur Entstehung eines falschen Sozialprofils des Betroffenen führt.⁶¹⁰

b. Privatrechtliche Grundlagen für den Schutz

Die privatrechtlichen Grundlagen für den umfassenden Schutz vor unzulässiger und unrichtiger Datenverarbeitung werden wesentlich im BDSG (EU-DSGVO in der Zukunft) und im Schutz der Persönlichkeitsrechte begründet. Als Rechtsfolge ist § 7 BDSG die Anspruchsgrundlage für den Ersatz materieller Schäden und § 823 Abs. 1 BGB der Auffangtatbestand, der die Lücke in § 7 BDSG in der Rechtspraxis schließt.⁶¹¹

i. BDSG

§ 4 BDSG regelt die Voraussetzung der Zulässigkeit der Datenverarbeitung. Damit ist jede Datenverarbeitung rechtswidrig, wenn es keine Erlaubnis, gesetzliche Grundlage oder wirksame Einwilligung des Betroffenen gibt. Diese Norm entspricht dem Grundsatz des „Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt“ und dient als Grundstein für den Rechtsschutz im Umgang mit personenbezogenen Daten.⁶¹² Damit ist die Datenverarbeitung nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn keine Voraussetzung nach

⁶⁰⁷ Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 3; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 45; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn.6; DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 11–12.

⁶⁰⁸ Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 46; Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 3, 5; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 7.

⁶⁰⁹ Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 51; Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 4; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 8.

⁶¹⁰ Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 4; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 51; Schaffland/Wiltfang, BDSG § 7 Rn. 1a.

⁶¹¹ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 299–300.

⁶¹² BGH MMR 2010, 138 (139). Auch Gola/Schomerus, BDSG § 4 Rn. 3 f.; Taeger/Gabel, BDSG § 4 Rn. 1, 7 f.

§ 4 BDSG erfüllt wird, um die informationelle Selbstbestimmung vollständig zu schützen. Diese Ausnahmen müssen außerdem aufgrund eindeutiger Rechtsnormen im BDSG oder in anderen Spezialgesetzen stehen und die Forderungen der Zweckbestimmung sowie Verhältnismäßigkeit befolgen.⁶¹³ Deshalb dient § 4 BDSG ebenfalls als Auffangtatbestand, der die Anwendungen bereichsspezifischer Regelungen nicht ausschließt.

Nach § 4 BDSG gründet sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung zunächst auf der Einwilligung des Betroffenen. Das entspricht genau dem Erfordernis der informationellen Selbstbestimmung, nämlich der Befugnis des Einzelnen, nach dem Volkszählungsurteil selbst zu bestimmen, ob und wie die eigenen Daten preisgegeben und verwendet werden.⁶¹⁴ Deshalb bedeutet diese Einwilligung nicht nur den Verzicht auf das RiS, sondern auch seine Ausübung.⁶¹⁵ Die Wirksamkeit der Einwilligung setzt nach § 4a ausreichende und verständliche Informiertheit und Freiwilligkeit des Betroffenen voraus, damit können personenbezogene Daten unmittelbar beim Betroffenen (mit seiner Kenntnis oder Mitwirkung) erhoben werden. Weil bei dieser Datenerhebung der Betroffene direkt entscheiden kann, ob die Datenerhebung wirklich vollzogen wird, kann damit der Wille des Betroffenen völlig respektiert werden. Deshalb kann eine solche direkte Datenerhebung auf der Grundlage einer klaren Zweckbestimmung als allgemeine Datenerhebungsmethode betrachtet werden.⁶¹⁶ Nach Vorschrift des BDSG gibt es jedoch vier Ausnahmen für die Direkterhebung, bei denen die Datenerhebung ohne die Mitwirkung des Betroffenen erfolgen kann, nämlich Rechtsvorschriften, Verwaltungsaufgaben, Geschäftszweck und unverhältnismäßigen Aufwand. Ausgehend von Beschränkungen des RiS (siehe Kap. 2, B, II) entsprechen diese Ausnahmen der Konkretisierung der jeweiligen Beschränkungen des Grundrechts bzw. der Rechtsordnung, dem

⁶¹³ Simitis, BDSG § 4 Rn. 15; Plath, BDSG § 4 Rn. 3; Gola/Schomerus, BDSG § 4 Rn. 7 f.

⁶¹⁴ BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419 (419).

⁶¹⁵ Simitis, BDSG § 4 Rn. 2; Taeger/Gabel, BDSG § 4 Rn. 46.

⁶¹⁶ Bizer, DuD 2005, 451 (451); Gola/Schomerus, BDSG § 4 Rn. 19 f.

Allgemeininteresse, den Rechten anderer und der Verhältnismäßigkeit. D.h. die Rechtsvorschriften und der Geschäftszweck müssen der Rechtsordnung unterliegen, die Verwaltungsaufgaben dem Allgemeininteresse dienen und alle diese Ausnahmen keine überwiegenden Schutzbedürfnisse des Betroffenen verletzen.⁶¹⁷ Der Verantwortliche ist zu ausreichender Auskunft verpflichtet. Das bedeutet, dass er den Betroffenen zumindest über seine Identität, den Zweck der Datenverarbeitung und die Kategorien der Empfänger unterrichten muss.⁶¹⁸ Außerdem muss er dieser Auskunftspflicht rechtzeitig nachkommen, nicht erst nach der Datenerhebung.⁶¹⁹

Weil nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG das RiS bei nicht-öffentlichen Stellen angewendet werden kann, entspricht § 4 unmittelbar dem Schutzbedürfnis des RiS in privaten Beziehungen. Eine rechtswidrige Datenerhebung erfasst Verstöße gegen den Erlaubnisvorbehalt und die Informationspflicht. Diese unerlaubten Handlungen bzw. die unzulässige und unrichtige Datenverarbeitung bestehen ohne Einwilligung des Betroffenen oder mittelbar bei Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder die Informationspflicht (bzw. eine unwirksame Einwilligung), deshalb können sie auch Eingriffe in das RiS darstellen und zivilrechtliche sowie datenschutzrechtliche Haftungen auslösen.⁶²⁰ Schadensersatzansprüche wegen dieser unerlaubten Handlungen können grundsätzlich nach § 7 BDSG und § 823 BGB erhoben werden.

§ 7 BDSG wird als Voraussetzung für eine Haftung aufgrund unzulässiger oder unrichtiger Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten betrachtet, wenn die Datenverarbeitung tatsächlichen Schaden verursacht.⁶²¹ Nach der Rechtsprechung des BGH muss die Ursächlichkeit adäquat sein, sodass der Schaden, den die Handlung des Verantwortlichen ausgelöst hat, bei einem normalen Verlauf eintreten kann und nicht durch besondere Umstände herbeigeführt wird.⁶²²

⁶¹⁷ Plath, BDSG § 4 Rn. 10 ff.; Taeger/Gabel, BDSG § 4 Rn. 64 ff.; Simitis, BDSG § 4 Rn. 26 ff.

⁶¹⁸ Bizer, DuD 2005, 451 (452); DKWW/Weichert, BDSG § 4 Rn. 11 ff.

⁶¹⁹ Schaffland/Wiltfang, BDSG § 13 Rn. 19; Simitis/Sokol, BDSG § 4 Rn. 56.

⁶²⁰ Taeger/Gabel, BDSG § 4 Rn. 81; Plath, BDSG § 4 Rn. 44 f.

⁶²¹ affland/Wiltfang, BDSG § 7 Rn. 2.

⁶²² BGH NJW 1953, 700; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 58; Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 7.

Der Anspruchsgegner beschränkt sich gemäß § 7 auf den Verantwortlichen und seine Träger, die durch unzulässige Datenverarbeitung dem Betroffenen Schaden zufügen.⁶²³ Aber im nicht-öffentlichen Bereich sind der Verantwortliche und seine Träger normalerweise identisch, ihre Trennung ist nur im öffentlichen Bereich von Bedeutung.⁶²⁴ Gemäß § 7 Abs. 1 müssen die Anspruchsberechtigten grundsätzlich die Beweislast für drei Tatbestände eines typischen deliktischen Anspruchs übernehmen: die Rechtswidrigkeit, den Schaden und die Kausalität.

In Bezug auf die Exkulpation der Anspruchsverpflichteten schreibt § 7 Abs. 2 BDSG vor, dass für den Verantwortlichen die Ersatzpflicht entfallen kann, wenn er darlegen und beweisen kann, die erforderliche Sorgfalt an den Tag gelegt zu haben. Deswegen besteht hier eine Umkehr der Beweislast, d.h., es liegt die Beweislast, das Nichtverschulden zu beweisen, bei dem Verantwortlichen.⁶²⁵ Der Standard der Sorgfalt ist subjektiv und modifiziert, er führt zu einem höheren Sorgfaltsmaßstab als nach § 276 BGB (im Verkehr erforderliche Sorgfalt) und ist vom Risiko der Umgebung im konkreten Fall (wie Stand der Technik, Schutzinteresse der Betroffenen usw.) abhängig. Je höher die potenzielle Gefahr der Datenverarbeitung für den Betroffenen ist, umso effektiver müssen die Schutzmaßnahmen sein und ein umso höherer Sorgfaltsmaßstab ist anzulegen.⁶²⁶ Fragwürdig ist, ob Art. 831 Abs. 1 S. 2 BGB hier angewendet werden kann bzw. ob der Geschäftsherr bei sorgfältiger Auswahl und Überwachung gleichfalls frei von Haftung ist. Nach h.M. unterscheidet § 7 BDSG die mögliche Fehlerquelle nicht, sondern betrachtet den Verantwortlichen als Einheit, deshalb tritt die Schadensersatzpflicht unabhängig davon ein, aus welcher Sphäre innerhalb des Verantwortlichen der Fehler stammt. Somit ist § 831 BGB eine selbstständige Anspruchsgrundlage und kann nicht in § 7 BDSG hineingelesen

⁶²³ Simitis, BDSG § 7 Rn. 10.

⁶²⁴ Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 15; Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 14.

⁶²⁵ Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 9; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 61; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 19; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 73.

⁶²⁶ DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 15; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 63; Plath/Becker, BDSG § 7, Rn. 16.

werden.⁶²⁷ Diese Beweiserleichterungen für den Betroffenen gelten nicht für die Ursächlichkeit und den Schaden⁶²⁸, sondern für die Rechtswidrigkeit.⁶²⁹ So kann die Darlegungspflicht des Betroffenen erleichtert werden, um eine schwere Beweisführung über die technischen Details der Datenverarbeitung zu vermeiden.⁶³⁰ Darüber hinaus ist anzumerken, dass § 7 bei jeder Verletzung einer Datenschutzvorschrift einen umfassenden Schadensersatzanspruch gegen sowohl öffentliche als auch nicht-öffentliche Verantwortliche aufstellt.⁶³¹ Er ist auch nicht auf eine bestimmte Verarbeitungsphase, spezifische Verwendungsart oder Verarbeitungsform begrenzt.⁶³² Aber sein Anwendungsbereich ist nicht grenzenlos. Nach § 7 ist nur der Betroffene, dessen eigene Daten nach § 3 Abs. 1 verarbeitet werden, berechtigt, Schadensersatz zu verlangen.⁶³³ Der Verantwortliche, der ersatzpflichtig ist, wenn die Schäden durch seine Auftragnehmer verursacht werden, kann seine Ersatzpflicht weder auf seinen Beauftragten für den Datenschutz noch auf seine Beschäftigten ausdehnen. Die Verantwortung für die Auftragsdatenverarbeitung bleibt immer beim Auftraggeber, und die Haftung nach § 7 erstreckt sich nicht auf seine Mitarbeiter.⁶³⁴ Nach § 7 BDSG haftet nur die Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt.⁶³⁵

⁶²⁷ Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 13; DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 15; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 62; andere Meinung vgl. Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 10.

⁶²⁸ Plath/Becker, BDSG § 7, Rn. 13; Simitis, BDSG § 7 Rn. 23. Aber manche meinen, dass die Beweislast der Kausalität auch erleichtert wird. Vgl. Roßnagel, RDV 2002, 61 (69); Schaffland/Wiltfang, BDSG § 7 Rn. 2.

⁶²⁹ Niedermeier/Schröcker, RDV 2002, 217 (219).

⁶³⁰ Plath/Becker, BDSG § 7, Rn. 13; Niedermeier/Schröcker, RDV 2002, 217 (219).

⁶³¹ Die Vorschriften schließen nicht nur das BDSG ein, sondern auch Gesetze, die sich auf den Datenschutz beziehen.

⁶³² Gemäß § 23 Abs. 1 EG-DSRL sollen die Betroffenen möglichst lückenlos gegen die Konsequenzen unrichtiger oder unzulässiger Verarbeitungen geschützt werden. Und die verantwortlichen Stellen müssen sowohl bei automatisierter als auch bei nicht automatisierter Verarbeitung für die Folgen der Verwendung personenbezogener Daten eintreten. Genau genommen geht das Gesetz unterschiedlich vor, je nachdem, ob es sich um eine öffentliche oder eine nicht öffentliche Stelle handelt. Vgl. Simitis, BDSG § 7 Rn. 10, 13 ff.

⁶³³ Simitis, BDSG § 7 Rn. 9; DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 6.

⁶³⁴ Der Hauptgrund für die Beschränkung ist, dass die Datenverarbeitung dieser Stellen nicht für ihre eigenen Zwecke oder nach ihren Vorstellungen erfolgt. Vgl. Simitis, BDSG § 7 Rn. 11 ff.; DKWW/Däubler, BDSG § 7 Rn. 7 ff.

⁶³⁵ Niedermeier/Schröcker, RDV 2002, 217 (218); Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 15.

Nach §§ 33 ff. reguliert das BDSG die Rechte des Betroffenen, einschließlich des Rechtes auf Benachrichtigung, des Rechtes auf Auskunft und des Rechtes auf Berichtigung, Löschung und Sperrung. Diese Rechte bilden eine dreistufige Gewährleistung, um die informationelle Selbstbestimmung sicherzustellen.

a) Nach § 33 BDSG verpflichtet das Recht auf Benachrichtigung den Verantwortlichen, den Betroffenen über die Tatsache von gespeicherten oder übermittelten Daten zu unterrichten, wenn diese nicht beim Betroffenen direkt erhoben werden, um Transparenz in der Datenverarbeitung zu erzielen.⁶³⁶ Als eine Benachrichtigungspflicht des Verantwortlichen kann das Recht die Ungleichheit zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen beseitigen. Diese Funktion ist besonders wichtig, wenn die Datenverarbeitung durch technische Systeme erfolgt.⁶³⁷ Nur durch das Wissen darüber, wer Daten über ihn speichert oder übermittelt, kann der Betroffene seine informationelle Selbstbestimmung wirklich wahren.⁶³⁸ Deshalb fungiert das Recht nicht nur als Voraussetzung für andere Rechte, folgend § 33, sondern auch für das RiS selber. Nach § 33 entsteht diese Pflicht nur in dem Fall, dass personenbezogene Daten erstmals ohne Kenntnis des Betroffenen gespeichert oder übermittelt werden.⁶³⁹ Hier berührt sich die Beurteilung der erstmaligen Speicherung oder Übermittlung mit der Identität des Verantwortlichen, dem Inhalt der Daten sowie der Art und des Zwecks der Speicherung oder Übermittlung.⁶⁴⁰ Wenn sich diese Elemente gegenüber der Kenntnis des Betroffenen verändern, entsteht eine erneute Benachrichtigungspflicht. Die Gültigkeit dieser Benachrichtigung muss nach dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und bei Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vom Inhalt der Benachrichtigung abhängig sein, der nach § 4 BDSG vollständig (einschließlich der Tatsache der Speicherung oder Übermittlung, der Art der Daten, des Zwecks der Datenverarbeitung und der

⁶³⁶ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 33 Rn. 3; Gola/Schomerus/Körffer/Klug BDSG § 33, Rn. 1.

⁶³⁷ Geis, CR 1995, 171 (171 f.).

⁶³⁸ Vgl. BVerfGE 65, 1 (43).

⁶³⁹ DKWW/Däubler, BDSG § 33 Rn. 4a; Simitis/Dix, BDSG § 33 Rn. 6.

⁶⁴⁰ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 33 Rn. 9 f.; Simitis/Dix, BDSG § 33 Rn. 16 ff.

Identität des Verantwortlichen) und allgemein verständlich (nach objektivem Maßstab) sein muss, damit der Betroffene die potenzielle Gefährdung hinreichend abschätzen kann, um eine vernünftige Entscheidung zu treffen.⁶⁴¹ Darum muss der Betroffene unverzüglich über die Datenverarbeitung benachrichtigt werden, obwohl das BDSG keine Frist nennt.⁶⁴² Die Unterlassung der Benachrichtigung führt nicht immer zu unzulässiger und unrichtiger Datenverarbeitung, sondern zu einer Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 1 Nr. 8 BDSG.⁶⁴³ Die Rechtsfolgen einer verspäteten Benachrichtigung sind noch umstritten.⁶⁴⁴ Jedenfalls kann hier Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB verlangt werden.⁶⁴⁵

b) Nach § 34 BDSG ist der Verantwortliche verpflichtet, auf Antrag des Betroffenen Auskunft über die Datenverarbeitung zu erteilen. Dieses Auskunftsrecht des Betroffenen ergibt sich aus seinem Recht auf Benachrichtigung, wenn seine Daten gespeichert oder übermittelt werden: Wenn er darüber benachrichtigt worden ist, kann er, um die Transparenz der Datenverarbeitung zu wahren, dann auch Details über die weitere Datenverarbeitung erfahren.⁶⁴⁶ Als ein fundamentales und unabdingbares Datenschutzrecht ist dieses Auskunftsrecht eine entscheidende Voraussetzung (entscheidungsvorbereitendes Wissen) für die Wahrung aller weiteren Rechte, wie die Rechte in § 35 und das RiS.⁶⁴⁷ Die Anwendung des Auskunftsrechts setzt den Auskunftsanspruch des Betroffenen voraus, der jederzeit gestellt werden kann und keine besondere Form und Begründung verlangt.⁶⁴⁸ Aber wenn der Betroffene diesen Anspruch geltend macht, muss er seine Identität deutlich

⁶⁴¹ DKWW/Däubler, BDSG § 33 Rn. 6, 8 ff.; Gola/Schomerus/Körffler/Gola/Klug BDSG § 33 Rn. 6, 8.

⁶⁴² Schaffland/Wiltfang, BDSG § 33 Rn. 22; Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 33 Rn. 22.

⁶⁴³ Plath/Kamlah, BDSG § 33 Rn. 58; Simitis/Dix, BDSG § 33 Rn. 43.

⁶⁴⁴ Nach Simitis/Dix, BDSG § 33 Rn. 43, ist eine verspätete Benachrichtigung keine „richtige Benachrichtigung“ im Sinn des § 33; dagegen Schaffland/Wiltfang, BDSG § 33 Rn. 33; Plath/Kamlah, BDSG § 33 Rn. 58; Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 33 Rn. 59.

⁶⁴⁵ Gola/Schomerus/Gola/Körffler/Klug BDSG § 33 Rn. 44; Simitis/Dix, BDSG § 33 Rn. 43.

⁶⁴⁶ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 34 Rn. 1.

⁶⁴⁷ DKWW/Däubler, BDSG, § 34, Rn. 2; Simitis/Dix, BDSG § 34 Rn. 2. Ebenso LG Bielefeld NJW-RR 2009, 554; LG Düsseldorf WRP 2008, 154; AG Hamburg DuD 2005, 170.

⁶⁴⁸ Gola/Schomerus/Gola/Körffler/Klug BDSG § 34 Rn. 1; Schaffland/Wiltfang, BDSG, § 34 Rn.2.

darstellen⁶⁴⁹ und die Art der Daten, über die die Auskunft erteilt wird, näher bezeichnen.⁶⁵⁰ Nach dem Anspruch des Betroffenen muss der Verantwortliche Auskunft über die gespeicherten Daten des Betroffenen, die Herkunft der Daten, die Identität oder die Kategorie der Empfänger und den Zweck der Speicherung oder Übermittlung erteilen, unabhängig davon, ob diese Daten sensibel sind oder nicht.⁶⁵¹ Wenn keine Daten der Betroffenen gespeichert werden, muss auch eine Negativauskunft angeboten werden.⁶⁵² Um dem Betroffenen diese Daten deutlich zu übermitteln, muss diese Auskunft des Verantwortlichen grundsätzlich in Textform erteilt werden, es sei denn, der Verantwortliche kann versichern, dass eine andere Form der Auskunftserteilung den besonderen Umständen angemessen ist.⁶⁵³ Für die Erteilung der Auskünfte gibt es noch keine gesetzliche Frist.⁶⁵⁴ Um seine Rechte nach § 35 sowie das RiS richtig auszuüben, kann der Betroffene sich mit diesen Auskünften über die Details der Datenverarbeitung besonders dann informieren, wenn der Verantwortliche seiner Benachrichtigungspflicht nicht vollständig nachgekommen ist. Jedoch ist die Auskunftserteilung grundsätzlich entgeltlich, aber der Aufwand dafür soll je nach Kosten der einzelnen Auskunft vernünftig zugerechnet werden.⁶⁵⁵ Unterlassene, fehlerhafte, unvollständige oder unrechtzeitige Auskunft kann zu den in § 43 Abs. 8a f. BDSG genannten Rechtsfolgen führen. Damit kann der Betroffene

⁶⁴⁹ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 34 Rn. 14; Plath/Kamla, BDSG § 34 Rn. 13. Dagegen vgl. Fischer, RDV 2012, 230 (321).

⁶⁵⁰ Aber anders als beim Verlangen der Identifikation ist diese Voraussetzung nicht zwingend, sondern eine Sollvorschrift, weil der Betroffene regelmäßig nicht erkennt, ob und welche Daten über ihn gespeichert werden. vgl. Gola/Schomerus, BDSG § 34 Rn. 5; Fischer RDV 2012, 230 (321).

⁶⁵¹ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 34 Rn. 16.

⁶⁵² Simitis/Dix, BDSG § 34 Rn. 18; Plath/Kamla, BDSG § 34 Rn. 21.

⁶⁵³ Der Textform kann durch eine dauerhaft wiederzugebende Form wie Telefax, E-Mail und SMS genügt werden. Vgl. Gola/Schomerus, BDSG § 34 Rn. 13 f.; Simitis/Dix, BDSG § 34 Rn. 18; BDSG § 34 Rn. 49.

⁶⁵⁴ Ob ein „unverzögerlicher“ Zeitraum nach § 33 auch angewendet wird, ist bereits umstritten. Zustimmung vgl. Gola/Schomerus, BDSG § 34 Rn. 16; DKWW/Däubler, BDSG § 34 Rn. 25. Dagegen soll die europarechtliche Grundlage angewendet werden. Vgl. Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 34 Rn. 44. Der Betroffene kann selbstverständlich eine Fristsetzung verlangen, die nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip angemessen sein soll. Heinemann/Wäßle, MMR 2010, 600 (603).

⁶⁵⁵ Schaffland/Wiltfang, BDSG, § 34 Rn. 47; DKWW/Däubler, BDSG § 34 Rn. 47.

Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB verlangen, weil eine unzulässige Auskunft gegen § 34 BDSG das Schutzgut des RiS und des § 823 BGB verletzen kann.⁶⁵⁶

c) § 35 bildet die letzte Schutzstufe der Rechte des Betroffenen. Nach den Rechten auf Informiertheit und Auskunft kann der Betroffene die Umstände der Datenverarbeitung kennen, damit er selbst entscheiden kann, ob diese Datenverarbeitung mit dem eigenen Interesse vereinbar ist.⁶⁵⁷ Wenn nicht, bietet § 35 Maßnahmen zur Korrektur an, nämlich Berichtigung, Löschung, Sperrung und Widerspruch. Die Berichtigung betrifft die Verpflichtung des Verantwortlichen, unrichtige Daten zu berichtigen. Diese Pflicht beruht nicht vollständig auf dem Anspruch des Betroffenen und setzt nicht die Verletzung seines berechtigten Interesses voraus, sondern der Verantwortliche muss die Information berichtigen, wenn er die Unrichtigkeit gekannt hat.⁶⁵⁸ Unrichtige Daten sind falsch, unvollständig oder können in einem bestimmten Kontext falsch oder missverständlich ausgelegt werden⁶⁵⁹, und sie beziehen sich nur auf Tatsachenangaben, nicht aber auf Werturteile.⁶⁶⁰ Also kann die Berichtigung im Fall von geschäftsmäßiger Verwendung durch eine Gegendarstellung erfolgen, wenn diese Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen und zu Dokumentationszwecken gespeichert wurden.⁶⁶¹ Löschung bedeutet hier einerseits das Recht des Verantwortlichen, Daten selbstständig zu löschen, andererseits auch seine Pflicht, die Daten in bestimmten Fällen zu löschen, um eine Verwendung dieser Daten absolut zu verhindern.⁶⁶² Für eine selbstständige Löschung kann der Verantwortliche rechtmäßig gespeicherte Daten löschen, insofern das berechnigte Interesse und das Verlangen des Betroffenen nicht verletzt werden. Für die Löschungspflicht nennt Abs. 2 noch vier mögliche

⁶⁵⁶ Heinemann/Wäßle, MMR 2010, 600 (603); Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 34 Rn. 59; Plath/Kamla, BDSG § 34 Rn. 87.

⁶⁵⁷ Unzulässige Datenverarbeitung richtet sich zunächst gegen § 4 BDSG. Vgl. Simitis/Dix, § 35, Rn. 7 und 9.

⁶⁵⁸ Simitis/Dix, § 35 Rn. 9; Gola/Schomerus, BDSG § 35, Rn. 4.

⁶⁵⁹ OLG Düsseldorf DuD 2006, 113; Plath/Kamla, BDSG § 35 Rn. 11; Simitis/Dix, § 35 Rn. 9 und 15.

⁶⁶⁰ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 35 Rn. 11; Simitis/Dix, § 35 Rn. 13.

⁶⁶¹ Gola/Schomerus, BDSG § 35 Rn. 7; Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 35 Rn. 13.

⁶⁶² Schaffland/Wiltfang, BDSG § 35 Rn. 18; Plath/Kamla, BDSG § 35 Rn. 13 f.

Umstände, nämlich die Unzulässigkeit der Speicherung (gegen § 4 Abs. 1 BDSG); sensible Daten (Schutz der Privatsphäre); Daten, die für den Zweck der Datenverarbeitung nicht oder nicht mehr nötig sind; bei geschäftlichen Daten fehlende Notwendigkeit der Überprüfung (Schutz der Prinzipien der Zweckbestimmung, Datenvermeidung und Datensparsamkeit). In diesen Fällen ist die Löschung auch nicht vom Anspruch des Betroffenen abhängig. Die Sperrung stellt hier die Maßnahme dar, statt der Löschung betroffene Daten zu sperren, wenn die Speicherung zum eigenen Zweck erfolgt und der Löschung tatsächlich Hindernisse entgegenstehen.⁶⁶³ Deshalb stellt sich die Sperrung als eine Alternative zur Löschung dar, wenn die Löschung unnötiger Daten gegen gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche Aufbewahrungsfristen verstößt, schutzwürdige Interessen des Betroffenen verletzen würde oder unmöglich oder unverhältnismäßig ist.⁶⁶⁴ Eine Sperrung ist auch dann möglich, wenn es Zweifel an der Richtigkeit der Daten gibt. Dann kann die Verarbeitung strittiger Daten, deren Richtig- oder Unrichtigkeit keine Seite beweisen kann, verboten werden (Non-liquet-Fall).⁶⁶⁵ Nach der Sperrung müssen die Übermittlung und Nutzung der betroffenen Daten verboten werden, es sei denn, es gibt eine neue Einwilligung des Betroffenen. Wenn keine Einwilligung vorliegt, kann die Verarbeitung nur zu wissenschaftlichen Zwecken, zur Behebung einer Beweisnot oder für überwiegende (unerlässliche) Interessen des Verantwortlichen oder von Dritten zulässig sein.⁶⁶⁶ Widerspruch gegen die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung erfolgt gemäß dem Anspruch des Betroffenen und der Interessenabwägung. Er ist formfrei und unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, aber die betroffenen Daten müssen möglichst genau bezeichnet werden und der Widerspruch muss nicht gegen allgemeine Rechtsordnung verstoßen.⁶⁶⁷ Rechtsfolgen bei Verstößen gegen diese Rechte werden in § 43

⁶⁶³ Plath/Kamla, BDSG § 35 Rn. 33; Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 35 Rn. 31 f.

⁶⁶⁴ Gola/Schomerus, BDSG § 35 Rn. 15 f.; Simitis/Dix, § 35 Rn. 48; DKWW/Däubler, § 35 Rn. 27.

⁶⁶⁵ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 35 Rn. 35; DKWW/Däubler, § 35 Rn. 28.

⁶⁶⁶ Plath/Kamla, BDSG § 35 Rn. 37 f.; Gola/Schomerus, § 35 Rn. 20 f.

⁶⁶⁷ Taeger/Gabel/Meents/Hinzpeter, BDSG § 35 Rn. 43; Plath/Kamla, BDSG § 35 Rn. 47 f.

genannt, dafür kann Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 35 BDSG sowie allein nach § 7 BDSG verlangt werden.

Diese Rechte sind nicht die gleichen wie im RiS, aber ihre Funktionen sind sehr wichtig für eine wirksame Ausübung des Grundrechts. Der dreistufige Schutz nach §§ 33 ff. BDSG bildet eine systematische Maßnahme, die Ungleichheit zwischen Betroffenen und Verantwortlichem zu beseitigen. Das Recht auf Benachrichtigung (Informationspflicht) setzt den Betroffenen über die Tatsache der Datenverarbeitung in Kenntnis, und das Auskunftsrecht lässt den Betroffenen über Details der Datenverarbeitung verfügen. Dazu muss der Verantwortliche nach dem Grundsatz der Transparenz die Datenverarbeitungen nicht verheimlichen. Diese Rechte dienen als Voraussetzungen für die informationelle Selbstbestimmung, weil der Betroffene nur aufgrund ausreichender Kenntnisse über die Datenverarbeitung eine vernünftige Entscheidung treffen kann. Ähnlich erleichtert die Umkehr der Beweislast nach § 7 die Verantwortung des Betroffenen, indem er die Details der Datenverarbeitung, die der Betroffene technisch nicht anbieten kann, nicht darzustellen braucht. Mit diesen Rechtsmaßnahmen kann der Betroffene einen möglichen Technik- und Informationsvorteil aufseiten des Verantwortlichen ausgleichen, und seine informationelle Selbstbestimmung bzw. freie Persönlichkeitsentfaltung kann so wirklich geschützt werden.

ii. EU-Datenschutzgrundverordnung (EU-DSGVO)

Art. 6 EU-DSGVO übernimmt den wesentlichen Inhalt des § 4 BDSG und des Art. 7 EG-Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46 EG) und entwickelt ihn weiter.⁶⁶⁸ In Abs. 1 reguliert die Grundverordnung die Voraussetzungen rechtmäßiger Datenverarbeitung, von denen der Verantwortliche mindestens eine erfüllen muss.⁶⁶⁹ Zunächst ist die Einwilligung des Betroffenen notwendig. Gemäß Art. 4 Abs. 11 DSGVO gründet sich die Einwilligung auf einer ausreichenden sowie verständlichen Auskunft des

⁶⁶⁸ DKWW/Weichert, BDSG § 4 Rn. 1.

⁶⁶⁹ Buchner, DuD 2016, 155 (157).

Verantwortlichen über den Zweck der Datenverarbeitung und die Willensfreiheit des Betroffenen. Noch wichtiger ist, dass gemäß Art. 7 der Verantwortliche verpflichtet ist, die Wirksamkeit dieser Einwilligung des Betroffenen zu beweisen.⁶⁷⁰ Zweites kann der Verantwortliche, um den Vertrag oder jedes Schuldverhältnis zu erfüllen (enthält auch die Vorbereitung, die Anbahnung des Vertrages und sogar erforderliche vorvertragliche Maßnahmen), betreffende Informationen über den Betroffenen, der auch die Vertragspartei sein muss, verarbeiten.⁶⁷¹ Weil ein Vertrag normalerweise auf Grundlage des Willens des Betroffenen abgeschlossen wird, kann diese Bedingung außerdem als eine Erweiterung der Einwilligung angesehen werden. Drittens reguliert Art. 6 Abs. 1 DSGVO die Voraussetzungen der Datenverarbeitung ohne Einwilligung des Betroffenen, einschließlich der Erfüllung rechtlicher Verpflichtung, des Schutzes lebenswichtiger Interessen natürlicher Personen (wenn diese Datenverarbeitung offensichtlich nicht auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann), des öffentlichen Interesses und berechtigter erforderlicher Interessen anderer. Die letzte Voraussetzung dient als Auffangtatbestand, damit kann die Datenverarbeitung zulässig sein, wenn sie für die Wahrung „berechtigter Interessen“ des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist. Wegen ihrer Konturenlosigkeit muss die Anwendung der Norm in jedem Fall mit einer Interessenabwägung verbunden sein. Für die Behandlung der Beziehung zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen kommen die Rechtsordnung und die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung in Betracht.⁶⁷² So können diese Voraussetzungen nach Abs. 2 und 3 durch Unionsrecht und das Recht der Mitgliedstaaten konkretisiert werden. Kurz: Wie in § 4 BDSG kann Datenverarbeitung ohne Einwilligung nach überwiegenden Interessen oder gesetzlichen Vorschriften rechtmäßig sein. Ferner bestimmt Abs. 4 die Bedingungen für Zweckänderungen, da diese Veränderung nur rechtmäßig ist, wenn der neue Zweck mit dem ehemaligen

⁶⁷⁰ Plath, DSGVO Art. 7 Rn. 3.

⁶⁷¹ Buchner, DuD 2016, 155 (159); Plath, DSGVO Art. 7 Rn. 9 f.

⁶⁷² Albrecht, CR 2016, 88 (92).

Zweck vereinbar ist. Die Beurteilung dieser Vereinbarkeit betrifft die Verbindung zwischen den Zwecken, den Zusammenhang erhobener personenbezogener Daten, die Art der Daten und die möglichen Folgen der Weiterverarbeitung für den Betroffenen.

Gemäß Art. 82 Abs. 1 DSGVO kann der Betroffene Schadensersatz beanspruchen, wenn der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter gegen die Verordnung verstößt. In Verbindung mit Art. 6 kann ein Haftungsanspruch entstehen, wenn die Datenverarbeitung ohne eine Einwilligung, eine gesetzliche Grundlage und nicht im überwiegenden Interesse erfolgt. Nur wenn der Beklagte nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für die Verursachung des Schadens verantwortlich ist, kann er von der Haftung befreit werden. Im Gegensatz zu § 7 BDSG schreibt Art. 82 DSGVO eindeutig vor: 1) Der Schadensersatz betrifft sowohl materielle als auch immaterielle Schäden. 2) Wenn es mehr als einen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter gibt, haftet jeder Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter für den gesamten Schaden. Danach ist die in Anspruch genommene Stelle berechtigt, von anderen Verantwortlichen den jeweiligen Teil des Schadensersatzes zurückzufordern.

In Art. 12 ff DSGVO liegen die Rechte der betroffenen Person vor, nämlich das Recht auf Auskunft, das Recht auf Berichtigung, das Recht auf Löschung („Recht auf Vergessenwerden“), das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, das Recht auf Datenübertragbarkeit und das Widerspruchsrecht. Diese Rechte entsprechen den Rechten des Betroffenen im BDSG und dienen auch als Unterstützung des RiS, um den Schutzzweck der informationellen Selbstbestimmung wirklich zu erreichen.

Art. 12 setzt die Grundsätze der Transparenz und der Modalitäten fest. Damit wird der Verantwortliche aufgefordert, seine Auskunftspflichten und Mitteilungen nach Art. 13 ff. in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache auszuführen. Dazu werden Darstellungen und Mitteilungen der betroffenen Informationen nach Art. 13 ff. je nach Fallkonstellation

auf der Grundlage von Treu und Glauben bestimmt, um die Transaktionskosten zu verringern und das Interesse des Betroffenen zu schützen.⁶⁷³ Außerdem ist der Verantwortliche nach der Mitteilungspflicht gemäß Art. 19 dazu verpflichtet, alle möglichen Empfänger der personenbezogenen Daten über jede Veränderung dieser Daten zu unterrichten.

Art. 13 und 14 erkennen die Informationspflichten des Verantwortlichen bei Datenerhebungen mit dem Betroffenen und ohne den Betroffenen an. Als Entwicklungen des § 33 BDSG haben diese neuen Normen große Ähnlichkeit mit denen des BDSG, jedoch bestehen Besonderheiten. Vor allem verändert die DSGVO das strenge Stufenverhältnis zwischen der Benachrichtigung und der Auskunft im BDSG. Nach den neuen Rechtsnormen überdeckt der Inhalt der Benachrichtigungspflicht Teile des Inhalts der Auskunft, dadurch hat die DSGVO die Unterschiede zwischen Benachrichtigung und Auskunft abgeschwächt. Umgekehrt besteht hier ein anderes Stufenverhältnis: Der Benachrichtigungsinhalt hat „zusätzliche“ Informationen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen (notwendig für die Wahrung einer fairen und transparenten Verarbeitung) erteilt werden können, von Grundinformationen zu unterscheiden. Nach Abs. 2 beinhalten diese zusätzlichen Informationen die Dauer der Speicherung, das Bestehen weiterer Rechte des Betroffenen, die Bereitstellungspflichten des Verantwortlichen und das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung. Für die Datenerhebung bei Nichtbetroffenen nennt Art. 14 Abs. 4 zudem Fristen für die Informationserteilung: Sie müssen den spezifischen Umständen angemessen sein und im Fall von Kommunikation vor der ersten Mitteilung oder im Fall von Offenlegung vor der ersten Veröffentlichung erfolgen. Art. 14 Abs. 5 definiert Ausnahmen von der Informationspflicht. Der Verantwortliche kann damit den Betroffenen nicht unterrichten, wenn der Betroffene bereits über die Information verfügt, die Erteilung unmöglich oder unverhältnismäßig ist, die Erlangung oder Offenlegung der Daten

⁶⁷³ Plath/Kamla, DSGVO Art. 12 Rn. 2.

gesetzlich ausdrücklich angeordnet wird oder die Daten ein Berufsgeheimnis betreffen.

Art. 15 betrifft das Auskunftsrecht des Betroffenen. Im Vergleich zu § 34 BDSG hat die neue Norm den Inhalt der Auskunftspflicht ausgeweitet. Vor allem unterscheidet Art. 15 Abs. 1 die Pflicht des Verantwortlichen aufgrund der Beantragung des Betroffenen in zwei Phasen: Die eine betrifft die Erteilung der Verarbeitungsbestätigung, danach kann der Betroffene das Recht auf weitergehende Auskunft ausüben. Außer dem Inhalt der gespeicherten Daten, der Identität des Empfängers und dem Zweck der Speicherung fordert die neue Norm von dem Verantwortlichen, zusätzliche Informationen nach Art. 13 und 14 anzubieten. Anders als in § 34 BDSG ist diese Auskunft über den Gegenstand der Verarbeitung nach Abs. 3 grundsätzlich kostenlos. Nur für die Erteilung „aller weiteren Kopien“ kann der Verantwortliche ein angemessenes Entgelt verlangen. Zuletzt muss die Anwendung des Rechts den Rechten und Freiheiten anderer Personen unterliegen, die auch der Beschränkung aufgrund der Verhältnismäßigkeit und der Rechtsordnung im BDSG entspricht.

Art. 16 und 17 legen das Recht auf Berichtigung und Löschung fest. Der Inhalt dieses Berichtigungsrechts ist ähnlich dem Berichtigungsrecht im BDSG, aber dieses Löschungsrecht hat eine Besonderheit. Nach der Anerkennung des Rechts auf Vergessenwerden, das aufgrund des Google-Urteils des EuGH entwickelt wurde⁶⁷⁴, muss das neue Löschungsrecht dem Schutzzinhalt des Rechts auf Vergessenwerden entsprechen.

Nach der Rechtsprechung ist die Entstehung des Rechts auf Vergessenwerden eine Reaktion auf das „Elefantengedächtnis“ des Internets und die Macht der Suchmaschinen, die bewirkt, dass sich die Informationen im Internet nicht verlieren

⁶⁷⁴ EuGH NJW 2014, 2257.

bzw. sehr einfach wiedergefunden werden können.⁶⁷⁵ Diese aus dem Internet hervorgehende Gefährdung verletzt die freie Persönlichkeitsentfaltung, weil nach dem EuGH eine übertriebene Offenlegung und längere als erforderliche Aufbewahrung personenbezogener Informationen die Ehre, die Privatsphäre und das RiS beeinträchtigen würden.⁶⁷⁶ Deshalb legt der EuGH fest, dass die Tätigkeit einer Suchmaschine eine „Verarbeitung personenbezogener Daten“ sei und ein Bürger aufgrund von Art. 7 und Art. 8 II 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) über das Recht verfügen solle, über die Anzeige bestimmter personenbezogener Informationen durch Suchmaschinenbetreiber zu bestimmen.⁶⁷⁷ Als ein neues europäisches Internet-Grundrecht bildet das Recht auf Vergessenwerden einen umfassenden Schutzbereich, in dem personenbezogene Daten, besonders solche, die über den erforderlichen Zeitablauf hinaus aufbewahrt werden, nach den Anforderungen des Betroffenen gesperrt oder gelöscht werden können.⁶⁷⁸ Die Adressaten des Grundrechts sind vor allem europäische Institutionen und die Behörden der EU-Mitgliedstaaten, bei mittelbarer Drittwirkung kann das Grundrecht außerdem auf Verhältnisse zwischen privaten Stellen angewendet werden. Wie bei allen anderen Grundrechten kann es auch hier zu Beschränkungen dieses Grundrechts nach Art. 52 GRCh aufgrund gesetzlicher Grundlage, des Schutzes der Menschenwürde, des europäischen Gemeinwohls, der Rechte Dritter und des Verhältnismäßigkeitsprinzips kommen. Also hat der EuGH festgelegt, dass das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen grundsätzlich die Interessen des Suchmaschinenbetreibers überwiegt.⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 825 (825 f.); Holznagel/Hartmann, MMR 2016, 228 (229).

⁶⁷⁶ EuGH NJW 2014, 2257 (2264); Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 825 (827); Rando Casermeiro/Hoeren, GRUR-Prax 2014, 537 (538).

⁶⁷⁷ Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 825 (827); Holznagel/Hartmann, MMR 2016, 228 (230).

⁶⁷⁸ EuGH NJW 2014, 2257 (2264); Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 825 (827 f.).

⁶⁷⁹ Holznagel/Hartmann, MMR 2016, 228 (230); Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 825 (829). Zu Kritik am Recht vgl. Holznagel/Hartmann, MMR 2016, 228 (231 ff.); Boehme-Neßler, NVwZ 2014, 825 (829 ff.). Diese meinen, dass das Recht die Interessen anderer Internetnutzer ignoriert und seine globale Auswirkung unterschätzt wird (weil die Anwendung des Internets und die Funktionen der Suchmaschine von den Landesgrenzen beschränkt werden) und „Zufallsfunde“ als Formulierung des Rechts zu allgemein ist. Deshalb würden bei seiner Anwendung viele

Aber die Schaffung des Rechts auf Vergessenwerden hat das Recht auf Löschung nach Art. 17 DSGVO nicht grundsätzlich verändert, weil die allgemeinen Prinzipien des Datenschutzes wie Erforderlichkeit und Zweckbindung immer noch gültig sind.⁶⁸⁰ Abs. 1 bestimmt die Voraussetzungen der Löschung. Damit kann der Betroffene das Recht rechtmäßig ausüben, wenn diese Daten für die Datenverarbeitung nicht mehr notwendig sind, die Einwilligung widerrufen wird, der Betroffene der Verarbeitung widerspricht, die Datenverarbeitung rechtswidrig ist, die Löschung zur Erfüllung gesetzlicher Pflichten dient oder die Daten Kinder betreffen. Dabei müssen diese Daten unverzüglich gelöscht werden. Ähnlich wie die Ausübung der Benachrichtigungs- und Auskunftspflicht soll der Betroffene den Inhalt des Verlangens weitestgehend konkretisieren, aber wie bei Art. 16 bestehen keine allzu hohen Anforderungen an die Form des Verlangens. Im Vergleich zu § 35 Abs. 2 BDSG konkretisiert die Vorschrift in der DSGVO die Unzulässigkeitstatbestände, aber es besteht zudem eine Generalklausel (Art. 17 Abs. 1 Buchst. d). Nach Abs. 2 ist der Verantwortliche verpflichtet, als Konkretisierung der allgemeinen Mitteilungspflicht nach Art. 19 andere betroffene Verantwortliche über das Verlangen des Betroffenen zu unterrichten.⁶⁸¹ Das Löschungsrecht kann auch beschränkt werden, wenn nach Art. 3 die Datenverarbeitung zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung, zum Schutz öffentlicher Interessen sowie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich ist.

Art. 18 betrifft ein neues Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, das im BDSG nicht ausdrücklich besteht, aber dem Begriff der „Sperrung“ ähnlich ist. Damit kann der Betroffene verlangen, eine zukünftige Datenverarbeitung zu beschränken, um Streitigkeiten über erhobene und verarbeitete personenbezogene Daten zu überprüfen und beizulegen. Deshalb ist der Verantwortliche verpflichtet, dem

potenzielle Grundrechtskonflikte und Interessenabwägungen auftreten, und die Inhalte von Begriffen wie „Erforderlichkeit“ und „längere Zeit“ müssten in der weiteren Rechtspraxis konkretisiert werden.

⁶⁸⁰ Schantz, NJW 2016, 1841 (1843); Gierschmann, ZD 2016, 51 (53); Albrecht, CR 2016, 88 (92 f.).

⁶⁸¹ Plath/Kamlah, DSGVO Art. 17 Rn. 15; Schantz, NJW 2016, 1841 (1845).

Verlangen des Betroffenen zu folgen, wenn die Richtigkeit der Daten, die Zulässigkeit der Datenverarbeitung oder der Widerspruch gegen die Verarbeitung umstritten ist oder die Daten für die Datenverarbeitung unnötig, aber für die Rechtsansprüche des Betroffenen wichtig sind. Unter dieser Einschränkung ist die Datenverarbeitung unzulässig, außer im Bereich der Einwilligung des Betroffenen, der Unterstützung von Rechtsansprüchen, des Schutzes der Rechte Dritter oder des Allgemeininteresses.

Art. 20 regelt ebenfalls ein neues Recht auf Datenübertragbarkeit, damit kann der Betroffene vom Verantwortlichen verlangen, seine personenbezogenen Daten in einem üblichen maschinenlesbaren Format zu erhalten und auf einen anderen Verantwortlichen zu übertragen, um Behinderungen bei der Informationsübermittlung nach Anforderung des Betroffenen zu beseitigen.⁶⁸² Dieses Recht ist eine Erweiterung des Verfügungsrechts auf die eigenen Daten, insofern werden die Daten vom Betroffenen angeboten, und die Datenverarbeitung beruht auf einer Einwilligung oder einem Vertrag. Die Anforderung an das Format der Daten entspricht dem modernen Stand der Technik und des Wettbewerbs, damit können diese Daten nach dem Willen des Betroffenen weiter übermittelt und besser verwertet werden.⁶⁸³ Ähnlich wie das bereits genannte Recht wird das Recht auch durch öffentliche Interessen, die Ausübung öffentlicher Gewalt und Rechte anderer Personen beschränkt. Fraglich ist, wie häufig und in welchem Umfang der Betroffene das Recht ausüben kann. Dazu äußert sich die DSGVO nicht.

Nach Art. 21 besteht wie nach § 28 Abs. 4 und § 35 Abs. 5 BDSG weiterhin ein Widerspruchsrecht. Anders als die vorliegenden Rechte setzt das Widerspruchsrecht keine unzulässige Datenverarbeitung voraus.⁶⁸⁴ Aufgrund dieses Widerspruchs kann der Betroffene die weitere Datenverarbeitung jederzeit stoppen, deshalb muss die Ausübung des Rechts einige Voraussetzungen erfüllen. Nach Abs. 1 muss die

⁶⁸² Gierschmann, ZD 2016, 51 (54); Albrecht, CR 2016, 88 (93).

⁶⁸³ Schantz, NJW 2016, 1841 (1845); Albrecht, CR 2016, 88 (93).

⁶⁸⁴ Plath/Kamlah, DSGVO Art. 21 Rn. 1; Schantz, NJW 2016, 1841 (1846).

Datenverarbeitung vor allem nicht zur Wahrung eines Allgemeininteresses oder des Interesses eines Dritten erforderlich sein. Diese Formulierung ist so umfassend, dass die Anwendung des Rechts auf Interessenabwägung und weiterer Konkretisierung beruhen soll. Daher ist die Datenverarbeitung nicht von zwingenden schutzwürdigen Gründen abhängig, wie der Schutz der Rechte und der Freiheit des Betroffenen oder der Unterstützung eines Rechtsanspruches. Wenn die Datenverarbeitung der Direktwerbung oder der darauf bezogenen Profilbildung dient⁶⁸⁵, kann der Betroffene jederzeit Widerspruch einlegen.

Art. 22 betrifft ein ähnliches Recht wie das nach § 6a BDSG, demzufolge der Betroffene eine ausschließlich automatisierte Einzelentscheidung ablehnen kann. Grundlage des Rechts ist auch, dass sich die Einzelentscheidung auf die Bewertung von Persönlichkeitsmerkmalen bezieht und auf den Betroffenen tiefgreifenden Einfluss haben kann.⁶⁸⁶ Deshalb ist eine Bewertungsentscheidung ausschließlich durch automatische Verarbeitung nicht nur ungerecht; sie kann unmöglich ein richtiges Ergebnis erreichen. Die Benutzung des „Profiling“ als Schutzbereich des Rechts in der neuen Norm entspricht dieser Grundlage, da nach Art. 4 Nr. 4 DSGVO der Begriff „Profiling“ auch als automatisierte Datenverarbeitung zur Bewertung einer bestimmten Qualität einer natürlichen Person definiert wird. Aber die Norm stellt nicht klar, welche Rechtsfolge auf Verlangen des Betroffenen ausgelöst werden würde (Berichtigung, Löschung oder Einschränkung), sondern sie besagt nur, dass der Betroffene der Datenverarbeitung nicht unterworfen werden kann. Nach Abs. 1 besteht zur Anwendung des Rechts die Voraussetzung, dass zunächst die automatische Datenverarbeitung die ausschließliche Grundlage für die Einzelentscheidung sein muss und diese Ausschließlichkeit keine andere Überprüfungsmethode bedeutet.⁶⁸⁷ Zweitens ist diese Einzelentscheidung eine

⁶⁸⁵ Nach Art. 4 Abs. 4 DSGVO ist „Profiling/Profilbildung“ jede automatisierte Datenverarbeitung, um bestimmte persönliche Merkmale zu bewerten, besonders in Bezug auf sensible Daten wie Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben usw.

⁶⁸⁶ Taeger/Gabel/Mackenthun, BDSG § 6a Rn. 3; Simitis/Bizer, BDSG § 6a Rn. 15, 30.

⁶⁸⁷ Gola/Schomerus, BDSG § 6a Rn. 5; Plath/Kamlah, BDSG § 6a Rn. 11.

Bewertung der Persönlichkeitsmerkmale, d.h. eine komplizierte Entscheidung bezüglich des Werturteils über bestimmte Qualitäten einer Person. Drittens muss die Einzelentscheidung eine gegensätzliche Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigungen des Betroffenen auslösen können. Fraglich ist auch die Definition der Rechtsfolge und der Beeinträchtigung, so z.B., ob die Ablehnung einer Beantragung einer Kreditkarte als gegensätzliche Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigung zu betrachten ist. Dazu kommt es noch auf den Einzelfall an.⁶⁸⁸ Ausnahmen des Rechts bestehen, wenn die automatische Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrags oder gesetzlicher Pflichten erforderlich ist oder aufgrund ausdrücklicher Einwilligung des Betroffenen erfolgt.

Im Vergleich zum BDSG sind die Vorschriften in der DSGVO grundsätzlich ausführlicher und konkreter, deshalb dürfte in der Rechtspraxis die Anwendung dieser Verordnungen besser durchzuführen sein. In Bezug auf einzelne Normen ist der Schutzbereich gemäß den erwähnten Vorschriften deutlicher und vollständiger. Außer den ähnlichen Rechten wie im BDSG stellt die DSGVO noch einige neue Rechte auf, wie das Recht auf Vergessenwerden, das Recht auf Datenübertragbarkeit und das Widerspruchsrecht für Profilbildung. Also stärkt die Verordnung das Schutzniveau des Betroffenen dadurch, dass sie z.B. erhöhte Standards für die Einwilligung, wie vergrößerte Informationspflicht und strengere Zweckbindung, fordert und die Verbandsklage zulässt.⁶⁸⁹ Die informierte eindeutige Einwilligung, die Umkehr der Beweislast in Bezug auf Einwilligung und Verantwortlichkeit, die gesamtschuldnerische Haftung und der umfassendere Schadensersatz sind hilfreiche Maßnahmen, um die Selbstbestimmung der Betroffenen im Rahmen der Datenverarbeitung zu schützen. Es ist absehbar, dass nach dem Inkrafttreten der Verordnung die Interessen

⁶⁸⁸ Simitis/Bizer, BDSG § 6a Rn. 19 f.; Taeger/Gabel/Mackenthun, BDSG § 6a Rn. 11 f. Die Befürworter meinen, dass die Ablehnung die Interessen des Antragstellers verletzt, vgl. Wolf/Brink, BeckOK BDSG § 6a Rn. 29. Die Gegner meinen, dass die Ablehnung den Status des Betroffenen nicht verändert. Vgl. Wolber, CR 2003, 623 (626).

⁶⁸⁹ Vgl. Gierschmann, ZD 2016, 51 (53 ff.); Buchner, DuD 2016, 155 (156 ff.); Schantz, NJW 2016, 1841 (1843 ff.).

des Betroffenen vollständiger gewährleistet sein werden. Aber zunächst soll die Aufmerksamkeit auf die hier wirksamen Vorschriften gerichtet werden.

iii. Art. 823 Abs. 1

§ 7 BDSG bietet nur einen „Mindestschutz“ für den Betroffenen und ist keine abschließende oder ausschließliche Regelung, die die Rechtsordnung des Datenschutzes wahrt.⁶⁹⁰ Wenn vertragliche oder deliktische Beziehungen bestehen, gibt es außer § 7 BDSG andere Rechtsnormen, die unterschiedliche Schutzbereiche abdecken, um die Lücken des § 7 BDSG zu schließen.⁶⁹¹

Wenn es weder eine vertragliche noch eine vorvertragliche Beziehung gibt, wird eine unzulässige und unrichtige Datenverarbeitung häufig eine deliktische Haftung auslösen. Dabei kann der Verantwortliche wegen rechtswidriger oder schuldhafter Handlungen gegen das APR nach § 823 Abs. 1 BGB haften.⁶⁹² Im Privatrecht werden das APR sowie das RiS den in § 823 Abs. 1 BGB angesprochenen „sonstigen Rechten“ zugeordnet, und Verletzungen gegen diese zwei Rechte lösen die gleiche Schadensersatzpflicht aus.⁶⁹³ In diesen Fällen werden nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG⁶⁹⁴ sowohl natürliche als auch juristische Personen geschützt.⁶⁹⁵ Die Beweislast des Geschädigten wegen eines Datenschutzverstoßes stelle jedoch keine Besonderheit dar.⁶⁹⁶

Nach der in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG aufgestellten Verfassungsrechtsordnung schützt das private APR, gemäß der Leserbrief-Entscheidung des BGH, auch das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde und das Recht auf freie

⁶⁹⁰ Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 16; Simitis, BDSG § 7 Rn. 54; DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 26.

⁶⁹¹ Simitis, BDSG § 7 Rn. 52; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 23.

⁶⁹² Simitis, BDSG § 7 Rn. 59; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 25; DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 29.

⁶⁹³ Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 25; Simitis, BDSG § 7 Rn. 59; Niedermeier/Schröcker, RDV 2002, 217 (220); StaudingerBGB/Hager, § 823, Rn. C 174.

⁶⁹⁴ Z.B. BGH NJW 1987, 2151 und BVerfGE 65, 1.

⁶⁹⁵ Palandt/Sprau, BGB § 823 Rn. 92.

⁶⁹⁶ Vgl. Niedermeier/Schröcker, RDV 2002, 217 (221). Aber gemäß der Ähnlichkeit zwischen den Haftungen des Datenschutzverstoßes und des Produzenten hinsichtlich der Schutzwürdigkeit und des Schutzzweckes soll es, laut Niedermeier und Schröcker, auch sachgerecht sein, eine Beweislastumkehr in der deliktischen Haftung des Datenschutzverstoßes anzuwenden.

Persönlichkeitsentfaltung.⁶⁹⁷ Der Unterschied zwischen verfassungsrechtlichem und privatrechtlichem APR liegt nicht in ihrem jeweiligen Schutzzinhalt, sondern in ihren Funktionen: Das verfassungsrechtliche APR wehrt hoheitliche Eingriffe ab, und das private APR schützt denselben Schutzzehalt auf Privatebene.⁶⁹⁸ Nach der Entscheidung des BGH bezieht sich dieser Schutzzehalt auf die Selbstbestimmung⁶⁹⁹, während in der Leserbrief-Entscheidung die Selbstbestimmung verbunden wurde mit der Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die Veröffentlichung eigener Aufzeichnungen.⁷⁰⁰ In späteren Entscheidungen des BGH hat sich dieses Selbstbestimmungsrecht auf die Offenlegung eigener Krankenakten, die Privatsphäre, Worte und die Eigenverantwortlichkeit bezogen und als Generalklausel keinen festgelegten Schutzzehalt gestaltet.⁷⁰¹ Schließlich erkennt der BGH in der Entscheidung „Tonbandaufnahme I“ den Schutzbereich des APR als Freiheit und Selbstbestimmung an, die für die Entfaltung der Persönlichkeit unerlässlich sei.⁷⁰² Damit kann das Gericht das APR als ein offenes Rahmenrecht bei neuen Gefährdungen des Persönlichkeitsschutzes schnell und effizient verwenden⁷⁰³, besonders für Eingriffe in Persönlichkeitsrechtsgüter, die für den Gesetzgeber nicht vorhersehbar sind.⁷⁰⁴

Ausgehend von Gefährdungen der Informationstechnik ist personenbezogene Information im Umgang mit Daten in privaten Beziehungen zudem schutzwürdig.⁷⁰⁵ Deshalb hat der BGH nach dem Volkszählungsurteil im „Spickmich“-Urteil die Befugnis des Einzelnen anerkannt, „selbst darüber zu entscheiden, ob und wann sowie innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Daten in die Öffentlichkeit gebracht werden“.⁷⁰⁶ Zudem schützt das APR ein Recht am eigenen Datum⁷⁰⁷ und

⁶⁹⁷ BGHZ 13, 334 (338). Auch ähnlich vgl. MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 2; StaudingerBGB/Kannowski, Vorb. zu § 1, Rn. 24. Canaris, AcP 184 (1984), 201 (231); ders., JuS 1989, 161 (169); Götting, in: HdbPR, § 3, Rn. 6.

⁶⁹⁸ MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 4; StaudingerBGB/Kannowski, Vorb. zu § 1, Rn. 24.

⁶⁹⁹ Ehmann, Jura 2011, 437 (438); MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 2.

⁷⁰⁰ Vgl. BGHZ 13, 334 (338f.).

⁷⁰¹ Vgl. BGHZ 24, 72; 26, 349; 27, 284; NJW 1965, 685.

⁷⁰² BGHZ 27, 284=GRUR 1958, 615 (615).

⁷⁰³ ErmanBGB/Klass, Anh § 12 Rn. 11; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, § 80 I 3b.

⁷⁰⁴ BGHZ 39, 124 (131); Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, § 80 I 2.

⁷⁰⁵ StaudingerBGB/Kannowski, Vorb. zu § 1, Rn. 26; Garstka, in: HdbPR, § 22, Rn. 4 ff.

⁷⁰⁶ BGHZ 181 328=MMR 2009, 608 (610 f.).

enthält einen ähnlichen Schutzbereich wie das RiS⁷⁰⁸, um einen „autonomen Bereich der eigenen Lebensgestaltung zu wahren, indem der Betroffene die eigene Individualität unter Ausschluss anderer entwickeln und wahrnehmen“⁷⁰⁹ kann.

Die Beziehung zwischen § 7 BDSG und § 823 Abs. 1 BGB ist insofern sehr klar, als § 823 Abs. 1 nach dem Schutzbereich des privaten APR als Auffangtatbestand der informationellen Selbstbestimmung dient, um die Lücken des § 7 BDSG zu schließen.⁷¹⁰ Deswegen kann § 823 Abs. 1 nur als Hilfsmaßnahme fungieren, d.h. er kann nur angewendet werden, wenn der Tatbestand des § 7 BDSG nicht erfüllt ist, genauer, wenn das Fehlverhalten des Verantwortlichen nicht einer unzulässigen Datenverarbeitung gemäß § 7 BDSG zuzurechnen ist.⁷¹¹ Anders gestaltet sich dies bei vertraglichen Ansprüchen, die mit § 7 BDSG gleichzeitig gültig sein können.⁷¹² Aber dies bedeutet nicht, dass für § 823 Abs. 1 beim Datenschutzverstoß nur ein sehr enger Anwendungsbereich besteht, denn die Schadensersatzpflicht nach § 7 BDSG ist ebenfalls beschränkt.⁷¹³ Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 7 BDSG kann § 823 Abs. 1 BGB z.B. grundsätzlich als Anspruchsgrundlage für den immateriellen Schadensersatz wegen Verletzung des APR gelten, und dafür kann der Beschäftigte oder Beauftragte ebenso als Verantwortlicher betrachtet werden.⁷¹⁴ Darüber hinaus kann im Einzelfall auch eine Haftung wegen Kreditgefährdung nach § 824 BGB sowie wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB in Betracht kommen.⁷¹⁵

Eine Anspruchsgrundlage für Schadensersatz, die von einer unerlaubten Handlung eines Beschäftigten oder Beauftragten im Umgang mit Daten verursacht wird, besteht auf Grundlage von § 831 i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB. Deswegen ist es für den

⁷⁰⁷ StaudingerBGB/Hager, § 823, Rn. C 173.

⁷⁰⁸ MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 109; StaudingerBGB/Kannowski, Vorb. zu § 1, Rn. 26.

⁷⁰⁹ BGHZ 131, 332 (337).

⁷¹⁰ Vgl. BGHZ 80, 311 (319), 91, 233(237 f.), 165, 203(210).

⁷¹¹ Simitis, BDSG § 7 Rn. 60; Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 18a.

⁷¹² Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 18a.

⁷¹³ Simitis, BDSG § 7 Rn. 60.

⁷¹⁴ Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 25; DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 29, 38; Simitis, BDSG § 7 Rn. 61 ff.

⁷¹⁵ DKWW/Däubler, BDSG § 7 Rn. 33;

Verantwortlichen möglich, von Haftung entlastet zu werden, wenn er nachweisen kann, dass der Bedienstete, der den Schäden ausgelöst hat, sorgfältig ausgewählt und überwacht wurde.⁷¹⁶ Aber diese Exkulpation (§ 831 Abs. 1 Satz. 2) erhöht das Risiko, den Verantwortlichen aus der Organisationspflicht zu entlassen, daher sollte die Anwendung des § 831 BGB begrenzt werden, um eine direkte Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB zu belassen.⁷¹⁷ Außerdem können die Ansprüche gegenüber den Beschäftigten auf § 823 Abs. 1 und 2, § 824 und § 826 BGB beruhen, aber der Betroffene muss nachweisen, dass der Beschäftigte sich grob fahrlässig oder vorsätzlich verhalten hat, wenn er möchte, dass der Beschäftigte die Schäden ersetzt. Die Beurteilung von Fahrlässigkeit und Vorsatz ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig.⁷¹⁸

Wenn der Eingriff schwer genug ist, kann der Betroffene auch einen immateriellen Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG nach Verletzung des APR sowie des RiS beanspruchen.⁷¹⁹ Weil nach h.M. nach § 7 grundsätzlich nur materielle Schäden ersetzt werden können, ist immaterieller Ersatzanspruch wegen Verletzung des APR nach § 823 notwendig.⁷²⁰ Grundlage für diese Beschränkung ist, dass im Gegensatz dazu § 8 Abs. 2 BDSG im Fall automatischer Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen den „Nicht-Vermögensschaden“ deutlich einschließt. Daher erfasst der Begriff „Schaden“ in § 7 BDSG nur Vermögensschäden. Aber immaterielle Schäden sind typische Folgen von Datenschutzverletzungen⁷²¹, und Art. 23 EG-DSRL (zukünftig Art. 82 Abs. 1 DSGVO) fordert auch eine Verpflichtung zu immateriellem Ersatz⁷²², deswegen muss hier ausreichender Raum behalten werden, um § 823 BGB

⁷¹⁶ Simitis, BDSG § 7 Rn. 67; Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 18a.

⁷¹⁷ Simitis, BDSG § 7 Rn. 67.

⁷¹⁸ Simitis, BDSG § 7 Rn. 72.

⁷¹⁹ Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 26; Simitis, BDSG § 7 Rn. 65.

⁷²⁰ DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 19; Gola/Schomerus, BDSG § 7 Rn. 12; Simitis, BDSG § 7 Rn. 32 f.; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 10. Anders wie Niedermeier/Schröcker, RDV 2002, 217 (221 ff.).

⁷²¹ Schaffland/Wiltfang, BDSG § 7 Rn. 56.

⁷²² Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 10; Simitis, BDSG § 7 Rn. 32.

anzuwenden. In diesen Fällen wird die Schwere des Eingriffes nicht als Ersatzberechtigung, sondern lediglich als Rechnungsmaßstab für die Ersatzhöhe betrachtet, der immer auf der Interessenabwägung beruht.⁷²³

iv. Sonstige Persönlichkeitsrechte

Neben dem APR bestehen weitere besondere Persönlichkeitsrechte, die sich auf den Umgang mit personenbezogenen Daten beziehen. Auf ihrer Grundlage kann ebenfalls Schadensersatz beansprucht werden, wenn es zu unzulässiger oder unrichtiger Datenverarbeitung kommt. Besonders sind hier das Namensrecht (§ 12 BGB), das Markenrecht (§§ 3, 8 MarkenG), das Urheberpersönlichkeitsrecht (§§ 12-14 UrhG) und das Recht am eigenen Bild (§§ 22 ff. KunstUrhG) zu nennen. Diese Rechte dienen nach ihren eigenen Schutzgegenständen dem Schutz individueller Informationen in verschiedenen Einzelfällen.

(1) Namensrecht

Das Recht gemäß § 12 BGB betrifft ein absolutes Recht über den Namen einer Person, der die sprachliche Kennzeichnung einer Person ist und durch die der Namensträger von anderen Personen unterschieden werden kann.⁷²⁴ Dazu können natürliche Personen den Gebrauch des eigenen Namens gegen den Missbrauch durch andere abwehren bzw. die Anwendung des eigenen Namens vor Namensleugnung und Namensanmaßung schützen.⁷²⁵ Diese wörtliche Bezeichnung, die mindestens Vor- und Familiennamen enthält, dient dem Einzelnen als Grundlage im sozialen Umgang.⁷²⁶ In späteren Entscheidungen hat der BGH den Schutzbereich des Rechts auf die Kennzeichnung von Personenvereinigungen (wie schlagwortartige Geschäftsbezeichnungen, Namen von Vereinen und juristischen Personen)

⁷²³ Simitis, BDSG § 7 Rn. 65.

⁷²⁴ MüKoBGB/Säcker, § 12, Rn. 1; Bunnenberg/Schertz, in: HdbPR, § 13, Rn. 1; StaudigerBGB/Habermann, § 12, Rn. 2.

⁷²⁵ Bunnenberg/Schertz, in: HdbPR, § 13, Rn. 4; MüKoBGB/Säcker, § 12, Rn. 2.

⁷²⁶ StaudigerBGB/Habermann, § 12, Rn. 3; Bunnenberg/Schertz, in: HdbPR, § 13, Rn. 5 f.

ausgeweitet.⁷²⁷ Damit deckt die Anwendung des Namensrechts nach § 12 BGB einen Teil des Schutzbereichs des MarkenG ab. Die Eingriffe in das Namensrecht lassen sich grundsätzlich in die folgenden zwei Fallgruppen einteilen:

aa) Namensleugnung oder Namensbestreitung. Das Bestreiten bedeutet, dass das Recht des Namensträgers zum Gebrauch des Namens strittig und damit der Rechtsbestand des Namens in der Praxis umstritten ist.⁷²⁸ Dieses Bestreiten muss zu einer „Beeinträchtigung“, genauer, zu einer entweder andauernden öffentlichen oder zwingenden Verhinderung der Ausübung des Namensrechts führen.⁷²⁹ Anders als die Namensanmaßung verlangt die Namensleugnung noch keine echte Interessenverletzung, sondern nur den Vorsatz, auch wenn keine kränkende Absicht besteht.⁷³⁰ Die Beseitigung der Beeinträchtigung bezieht sich auf die Beseitigung des betroffenen Erfolges, z.B. durch privaten oder öffentlichen Widerruf der Bestreitung oder Anerkennung des Namensrechts.⁷³¹

bb) Namensanmaßung. Diese ist der unbefugte Gebrauch des Namens. Sie setzt die Verletzung des schutzwürdigen Interesses des Namensträgers voraus. Der Gebrauch identischer oder ähnlicher Namen (oder Bezeichnungen) fordert eine Zuordnungsverwirrung bzw. Identitätsverwirrung für die betroffenen Personen, so dass die Identitäten beider Namensträger in der jeweiligen sozialen Sphäre nicht einfach unterschieden werden⁷³² und deshalb vermutet wird, dass eine bestimmte Beziehung zwischen beiden Namensträgern besteht, obwohl tatsächlich dies nicht der Fall ist.⁷³³ Im „Catarina-Valente“-Urteil hat der BGH festgelegt, dass die Anerkennung dieser Beziehung nach dem Einzelfall bestimmt wird.⁷³⁴ Der Begriff „unbefugt“ in § 12 BGB bedeutet, dass der Gebrauch des Namens ohne

⁷²⁷ MüKoBGB/Säcker, § 12, Rn. 2; StaudigerBGB/Habermann, § 12, Rn. 17.

⁷²⁸ Bunnenberg/Schertz, in: HdbPR, § 13, Rn. 29.

⁷²⁹ StaudigerBGB/Habermann, § 12, Rn. 263.

⁷³⁰ MüKoBGB/Säcker, § 12, Rn. 125. Anders dazu Bunnenberg/Schertz, in: HdbPR, § 13, Rn. 29.

⁷³¹ StaudigerBGB/Habermann, § 12, Rn. 264; MüKoBGB/Säcker, § 12, Rn. 127.

⁷³² Bunnenberg/Schertz, in: HdbPR, § 13, Rn. 13; StaudigerBGB/Habermann, § 12, Rn. 271.

⁷³³ BGH GRUR 1959, 430 (431); 1964, 38 (40).

⁷³⁴ BGHZ 30, 7 = BGH GRUR 1959, 430 (431 f.).

Rechtsgrundlage besteht, also widerrechtlich ist.⁷³⁵ Deshalb hat „unbefugt“ in § 12 BGB die gleiche Bedeutung wie „Rechtswidrigkeit“ in § 823 BGB. Darum ist für den befugten Gebrauch eines Namens regelmäßig die Gestattung des Namensträgers erforderlich⁷³⁶, es sei denn, dass diese unter den täglichen Sprachgebrauch fällt⁷³⁷ oder zum Schutz des überwiegenden Rechts erforderlich ist.⁷³⁸ Letztlich muss der unbefugte Gebrauch ein „schutzwürdiges Interesse“ des Berechtigten verletzen, genauer, eine Zuordnungsverwirrung verursachen.⁷³⁹ Nach der Rechtsprechung wird das Interesse als so weit verstanden, dass darin jegliches schutzwürdige Interesse, das sich auf den Namensgebrauch bezieht, z.B. ideelles, materielles oder sogar öffentliches Interesse, enthalten sein soll.⁷⁴⁰ Die Beurteilung dieser Schutzwürdigkeit muss zudem auf einer Abwägung der gegenteiligen Interessen beruhen.⁷⁴¹

Weil der Name eines Einzelnen eine personenbezogene Information darstellt und der Gebrauch eines Namens auch die Datenverarbeitung betrifft, könnte sich der Schutz des Namensrechts auf das RiS beziehen, besonders wenn der Gebrauch auf technischen Systemen bzw. automatischer Datenverarbeitung beruht. Nach § 12 BGB schützt das Namensrecht auch vor unzulässiger und unrichtiger Verwendung einer bestimmten personenbezogenen Information bzw. den Namen eines Einzelnen, aber der Schutz des Namensrechts fordert bestimmte Schadensergebnisse bzw. eine Identitätstäuschung oder Zuordnungsverwirrung, die das APR und das RiS nicht betonen.⁷⁴² Deshalb kann das Namensrecht im Umgang mit Informationen als eine Konkretisierung des RiS mit bestimmtem Schutzgegenstand und bestimmter Schutzvoraussetzung gesehen werden.

⁷³⁵ BGH GRUR 1996, 422 (423).

⁷³⁶ StaudigerBGB/Habermann, § 12, Rn. 298.

⁷³⁷ BGH GRUR 2012, 534 (537).

⁷³⁸ Z.B. OLG München OLGZ 1974, 280 (Schutz des Rechts der freien Berufsausübung); OLG Nürnberg NJW 1993, 797 (Schutz der Pressefreiheit); BGH NJW 1991, 1532 (Schutz des APR), OLG München GRUR-RR 2012, 346 (Schutz der Meinungsfreiheit).

⁷³⁹ Vgl. BGH GRUR 1951, 332; 1957, 561.

⁷⁴⁰ BGH GRUR 1958, 302; BGHZ 14, 155 (162); 43, 245 (255).

⁷⁴¹ BGH GRUR 1958, 302 (303); GRUR 2012, 534 (538); NJW 1985, 912 = WM 1985, 95.

⁷⁴² MüKoBGB/Säcker, § 12, Rn. 5.

(2) Markenrecht

Dieses Recht schützt die Herkunft und die Einzigartigkeit einer Marke, um die Unterscheidungs-, Qualitäts- und Werbefunktion der Zeichen zu wahren.⁷⁴³ Weil die Marke einerseits unmittelbar Bildnis, Name, Signatur oder Stimme einer Person enthält, andererseits mittelbar ein Unternehmen betreffen kann, das sich auf eine einzelne Person bezieht, könnte die Marke in bestimmten Fällen auch als personenbezogene Information betrachtet werden. Nach § 3 MarkenG müssen bei diesen Informationen die Zeichen der Ware oder Dienstleistung eine Unterscheidungskraft darstellen, damit ein Unternehmen von anderen unterschieden werden kann.⁷⁴⁴ § 3 MarkenG verlangt jedoch für die Marke nur eine abstrakte Eignung zur Unterscheidung, dass eine bestimmte Art der Zeichen, Waren, Dienstleistungen oder Unternehmen nicht in Betracht kommt; § 8 MarkenG verlangt dagegen eine konkrete Unterscheidungseignung.⁷⁴⁵ Die Verletzung personenbezogener Marken geschieht nur im geschäftlichen Verkehr und setzt die unerlaubte Nutzung fremder Marken oder eine Markenähnlichkeit voraus.⁷⁴⁶ Dabei wird die Kennzeichnungskraft dieser Personenmarken durch die besondere Eigenart des Zeichens, einen bestimmten Verkehrsumfang sowie betroffene Waren und Dienstleistungen verwischt, sodass Dritte den Rechtsträger dieser Marke nicht identifizieren können.⁷⁴⁷

Ähnlich wie das Namensrecht schützt das Recht an Personenmarken die Herrschaft des Berechtigten über eine bestimmte Darstellung personenbezogener Information im geschäftlichen Verkehr. Wenn Eingriffe in das Markenrecht, besonders durch technische Systeme bzw. automatische Datenverarbeitung, ausgeführt werden, könnte auch die informationelle Selbstbestimmung betroffen sein. Aber das Markenrecht hat einen eigenen Schutzbereich. Vor allem muss die

⁷⁴³ Ströbele/Hacker, MarkenG Einl., Rn. 31 f.

⁷⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 2001, 1151; 2003, 1050; Ströbe/Krischneck, MarkenG, § 3, Rn. 5.

⁷⁴⁵ Ströbe/Krischneck, MarkenG, § 3, Rn. 6 f.

⁷⁴⁶ Ströbe/Krischneck, MarkenG, § 3, Rn. 7.

⁷⁴⁷ Gauß, in: HdbPR, § 14, Rn. 41 f.

personenbezogene Information (besonders Namen und Bildnisse) nach §§ 1, 3 MarkenG eine Marke oder eine geschäftliche Bezeichnung sein.⁷⁴⁸ Danach ist der Rechtsträger des Markenrechts oft nicht der Betroffene der Information (Rechtsträger des RiS). Zwar beziehen sich Personenmarken oft auf bekannte zeitgenössische oder historische Personen oder auf die Gründer von Unternehmen, die Rechtsträger dieser Marken sind allerdings regelmäßig Unternehmen, die Waren und Dienstleistungen anbieten.

(3) Urheberpersönlichkeitsrecht

Das Urheberpersönlichkeitsrecht (UPR) enthält nach §§ 12 ff. UrhG das Veröffentlichungsrecht, das Urhebernennungsrecht und das Recht auf Werkintegrität. Nach der monistischen Theorie sind die im Urheberrecht geschützten ideellen und vermögensrechtlichen Interessen untrennbar miteinander verwoben.⁷⁴⁹ Damit schützt das UPR aufgrund der geistigen und persönlichen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werk sowohl die ideellen als auch die materiellen Interessen.⁷⁵⁰ Als eine selbstständige Erscheinungsform des APR betrifft das UPR die Selbstdarstellung bzw. die Persönlichkeitsentfaltung, vor allem in Form der Darstellung eines geistigen Bandes zwischen dem Urheber und seinem geschaffenen Werk.⁷⁵¹ Durch diese persönliche geistige Schöpfung kann der Urheber seine Persönlichkeit beweisen und von wirtschaftlichen Folgewirkungen profitieren.

Nach dem UrhG lassen sich bei Eingriffen in das UPR folgende Fallgruppen unterscheiden: 1) Veröffentlichung oder Inhaltsmitteilung des Werks ohne Einwilligung des Urhebers. 2) Verneinung der Urheberschaft des Urhebers. 3) Verletzung der Integrität des Werks oder Änderung des Werks ohne Einwilligung

⁷⁴⁸ Boeckh, GRUR 2001, 29 (30 f.). Nach §§ 22 ff KUG und § 12 BGB schützt das Recht am eigenen Bild und das Namenrecht vor unzulässiger und unrichtiger Verwendung einzelner Informationen als Marke oder geschäftliche Bezeichnung.

⁷⁴⁹ Dreier/Schulze, UrhG § 11, Rn. 1 f.

⁷⁵⁰ Götting, in: HdbPR, § 15, Rn. 1.

⁷⁵¹ Dreier/Schulze, UrhG, Vor § 12, Rn. 5.

des Urhebers.⁷⁵² Diese Eingriffe legen entweder ein unerwartetes soziales Profil des Urhebers offen oder sie zertrennen das zwischen dem Urheber und seinem Werk bestehende geistige Band. Kurzum, sie verletzen die Selbstdarstellung bzw. die freie Persönlichkeitsentfaltung durch unzulässige Offenlegung personenbezogener Information, die Offenlegung unrichtiger Information oder die unzulässige Veränderung dieser Information.⁷⁵³ Darum würden sie auch unter den Schutzbereich des RiS fallen, besonders wenn es sich bei diesen Eingriffen um technische Systeme bzw. automatische Datenverarbeitung handelt. Deshalb kann das UPR im Rahmen des Umgangs mit Informationen als besondere Form der Konkretisierung des RiS betrachtet werden. Neben seinem Verhältnis zum APR besteht die Besonderheit des UPR darin, dass es zunächst einen bestimmten Schutzgegenstand bzw. ein von einem Urheber geschaffenes Werk darstellt, nicht etwa eine umfassende personenbezogene Information; zweitens bildet es einen bestimmten Schutzbereich bzw. ein geistiges Band zwischen dem Werk und seinem Urheber aus; drittens unterliegt die Kommerzialisierung (Übertragbarkeit, Verzichtbarkeit und sonstige Verfügungsmöglichkeit) des UPR gegenüber dem APR wenigen Beschränkungen; schlussendlich dauert sein Schutz besonders lange, nämlich nach dem Tode des Urhebers noch 70 Jahre (§ 64 UrhG)⁷⁵⁴, während das APR regelmäßig mit dem Tode des Rechtsträgers endet. Damit können das APR sowie das RiS im Umgang mit Informationen nur als Auffangrechte fungieren, um die möglichen Lücken des UPR zu füllen.⁷⁵⁵

(4) Recht am eigenen Bild

Das Recht am eigenen Bild ist ein ausschließliches Recht des Betroffenen, nicht nur Eingriffe von Dritten abzuwehren, sondern selbst zu entscheiden, ob und wenn ja wie

⁷⁵² Götting, in: HdbPR, § 15, Rn. 14 ff.

⁷⁵³ Schriker/Loewenheim, UrhG, § 11, Rn. 5 f.

⁷⁵⁴ Schriker/Loewenheim/Dietz/Peukert, UrhG, Vor §§ 12 ff., Rn. 14 f.

⁷⁵⁵ Vgl. z.B. BGH GRUR 1995, 668; LG München I ZUM 2006, 664 (666). Darin schützt das APR die Gesamtheit des Werks des Urhebers, und damit kann das APR die allgemeine Schaffensfreiheit schützen. Vgl. dazu auch Götting, in: HdbPR, § 15, Rn. 9; Dreier/Schulze, UrhG, Vor § 12, Rn. 5.

und in welchem Umfang das eigene Bild veröffentlicht und verbreitet werden kann.⁷⁵⁶ Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH ist das Recht am eigenen Bild ebenso wie das Namensrecht und das Urheberpersönlichkeitsrecht eine spezielle Erscheinungsform des APR⁷⁵⁷, um ideelle und kommerzielle Interessen des Betroffenen zu schützen.⁷⁵⁸ Angesichts des Fortschritts der Aufnahmetechnik, z.B. durch die in Mobiltelefonen integrierte Digitalkamera, hat sich die Gefährdung durch die Veröffentlichung alltäglicher Bilder, insbesondere von prominenten Personen in sozialen Netzwerken, erheblich gesteigert. Darum haben das BVerfG und der BGH heutzutage nach dem APR und §§ 22 ff. KUG dem Schutzbereich des Rechts am privaten Lebensbild besondere Aufmerksamkeit geschenkt.⁷⁵⁹

Schutzgegenstand ist nach § 22 KUG die Abbildung von Personen, genauer die Darstellung einer oder mehrerer Personen, die die äußere Erscheinung des Abgebildeten in einer für Dritte erkennbaren Weise wiedergibt.⁷⁶⁰ Bei einem Bildnis ist dies nicht auf dessen Art, Form oder Medium beschränkt.⁷⁶¹ Es geht um das äußere Erscheinungsbild sowohl von Lebenden als auch von Toten⁷⁶², sofern der Abgebildete im Bild aufgrund eines bestimmten Merkmals erkennbar ist und unabhängig davon, ob das Gesicht des Abgebildeten deutlich dargestellt ist.⁷⁶³ Diese Erkennbarkeit beruht auf Entscheidungen von Dritten, die sich nicht nur auf körperliche Merkmale des Abgebildeten, sondern auch auf sonstige Merkmale wie Bekleidung, Gestik und andere Elemente im Bildnis (wie Text oder Design) sowie den Umfang des Bildnisses beziehen können⁷⁶⁴, solange genug Ähnlichkeit besteht, den

⁷⁵⁶ Dreier/Schulze, UrhG, KUG Vor §§ 22 ff., Rn. 1; Schertz, in: HdbPR, § 12, Rn. 1; BeckOK UrhR/Engels, KUG § 22 Rn. 5.

⁷⁵⁷ BVerfG GRUR 1973, 541 (545); 1996, 227 (228); BGH GRUR 2007, 527 (527).

⁷⁵⁸ BGHZ 143, 214 = GRUR 2000, 709 (711); 1987, 128.

⁷⁵⁹ BVerfG NJW 2008, 1793; BGH NJW 2008, 3138. Vgl. folgende Entscheidungen: OLG Köln NJW 2016, 818; OLG München GRUR-RR 2016, 304.

⁷⁶⁰ Schertz, in: HdbPR, § 12 Rn. 5; Dreier, UrhG, § 22 KUG, Rn. 1.

⁷⁶¹ BGH GRUR 1996, 195.

⁷⁶² Vgl. BGH GRUR 2000, 715, OLG Hamburg AfP 1983, 466; Dreier, UrhG, § 22 KUG, Rn. 1; BeckOK UrhR/Engels, KUG § 22 Rn. 4. Kritik dazu, vgl. Schertz, in: HdbPR, § 12, Fn. 14.

⁷⁶³ BGH GRUR 1958, 354; 1961, 138; 2000, 715. Dazu auch Schertz, GRUR 2007, 558 (562 f.).

⁷⁶⁴ Vgl. BGH GRUR 1979, 732; 2000, 715; OLG Nürnberg GRUR 1973, 40; OLG Hamburg ZUM 2004, 309; OLG Köln ZUM 2014, 902; Schertz, in: HdbPR, § 12, Rn. 7 f.

Abgebildeten durch seinen Bekanntenkreis zu identifizieren.⁷⁶⁵ Damit kann die soziale Abbildung (Persönlichkeit) des Einzelnen nach dem eigenen Willen gestaltet werden.

Nach §§ 22 ff. KUG wird das Recht am eigenen Bild nur im Fall des „Verbreitens“ und des „öffentlichen Zurschaustellens“ von Bildnissen angewendet. Das entspricht allerdings nicht einer ausschließlichen Herrschaft, weswegen die bloße Herstellung und Vervielfältigung einer Personenaufnahme nur unter den Schutzbereich des APR fällt.⁷⁶⁶ Das „Verbreiten“ betont die körperliche Form der urheberrechtlichen Verwendung eines Bildes, die jede Art der Weitergabe körperlicher Bildnisse umfassen kann, unabhängig vom konkreten Zweck der Verbreitung.⁷⁶⁷ Im Gegensatz dazu entspricht das öffentliche Zurschaustellen der unkörperlichen Form der Weitergabe des Bildes, wie durch Film, Fernsehen oder Internet, und setzt die Veröffentlichung voraus.⁷⁶⁸

Die Rechtfertigung dieser Verwendungen des Bildes beruht grundsätzlich auf der Einwilligung des Abgebildeten. Deshalb wird das Recht am eigenen Bild verletzt, wenn diese Verwendungen nach § 22 KUG ohne die Einwilligung oder sogar gegen den Willen des Abgebildeten erfolgen. Mehr noch, es ist die Pflicht des Einwilligungsempfängers, also des Verbreiters, das Bestehen und die Rechtfertigung der Einwilligung zu beweisen.⁷⁶⁹ Allerdings ist die Rechtsnatur der Einwilligung noch rechtswissenschaftlich umstritten.⁷⁷⁰ Nach überwiegender Meinung ist die Einwilligung eine rechtsgeschäftliche Erklärung.⁷⁷¹ Aber der BGH sieht nach seiner Rechtsprechung die Einwilligung als bloßen Realakt an, der als Grundlage zur

⁷⁶⁵ BGH GRUR 1979, 732; 2010, 949; OLG Hamburg NJW-RR 1993, 923; LG München ZUM-RD 1998, 18; LG Frankfurt ZUM-RD 2006, 357; OLG Stuttgart AfP 2014, 352.

⁷⁶⁶ BGH GRUR 1957, 494; NJW 1966, 2353; GRUR 2016, 315; Dreier/Schulze/Specht KUG § 22 Rn. 11 f.; Schertz, in: HdbPR, § 12, Rn. 9 f.

⁷⁶⁷ Schrickler/Götting, UrhG § 60/§ 22 KUG Rn. 36; Dreier/Schulze/Specht KUG § 22 Rn. 9.

⁷⁶⁸ Schertz, in: HdbPR, § 12, Rn. 16; Schrickler/Götting, UrhG § 60/§ 22 KUG Rn. 37.

⁷⁶⁹ BGH NJW 1956, 1554 (1555); BeckOK UrhR/Engels KunstUrhG § 22 Rn. 16.

⁷⁷⁰ Vgl. Dasch, Recht am eigenen Bild, S. 27 ff. Aber dieser Meinungsstreit ist in der Rechtspraxis bedeutungslos, weil die für die Willenserklärungen geltenden Grundsätze entsprechend heranzuziehen sind. BeckOK UrhR/Engels KunstUrhG § 22 Rn. 29.

⁷⁷¹ Vgl. OLG München ZUM 2001, 708; NJW-RR 2000, 999; Schertz, in: HdbPR, § 12, Rn. 18.

Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärung dient.⁷⁷² Nach Auffassung des BGH kann bei der Einwilligung die Rechtswidrigkeit des Eingriffs entfallen, d.h., die Einwilligung dient als negatives Tatbestandsmerkmal.⁷⁷³ Damit stellt der Schutz der Einwilligung die Privatautonomie und Willensbestätigung des Betroffenen dar⁷⁷⁴, und sie spiegelt die Substanz des Rechts wider, d.h. dieses Recht ist ein Selbstbestimmungsrecht über eine bestimmte Art personenbezogener Information bei einem bestimmten Umgang mit Daten.⁷⁷⁵

Eine Einwilligung wie in § 7 BDSG kann in vielfältigen Formen erteilt werden. Sowohl eine ausdrückliche als auch eine stillschweigende Einwilligung kann vorliegen, wenn sie im einzelnen Fall bestimmte Voraussetzungen erreicht.⁷⁷⁶ Eine stillschweigende Einwilligung kann nur angenommen werden, wenn der Abgebildete den Zweck der Verwendung kennt und diese Einwilligung nach Ansicht des Empfängers eindeutig ausdrückt sowie richtig versteht.⁷⁷⁷ Im Fall einer kommerziellen Verwendung, für die eine strenge Zweckbestimmung verlangt wird, ist eine stillschweigende Einwilligung nicht gültig.⁷⁷⁸ Im Fall der Verwendung von Bildnissen im Internet kann eine schlichte Einwilligung angewendet werden. So kann der Berechtigte durch Bekundung seiner Einwilligung für die Öffentlichkeit deutlich machen, die künftige Verwendung zu billigen.⁷⁷⁹ Die Wirksamkeit der Einwilligung beruht auf einer

⁷⁷² BGH NJW 1980, 1903 (1904).

⁷⁷³ Dreier/Schulze/Specht KUG § 22 Rn. 16; BeckOK UrhR/Engels KunstUrhG § 22 Rn. 29.

⁷⁷⁴ Vgl. OLG Hamburg AfP 1995, 508; OLG München AfP 1982, 230 (232); Schricker/Götting, UrhG § 60/§ 22 KUG Rn. 39.

⁷⁷⁵ BeckOK UrhR/Engels KunstUrhG § 22 Rn. 17; Dreier/Schulze/Specht KUG § 22 Rn. 9.

⁷⁷⁶ BGH GRUR 2005, 74 (75); GRUR 1996, 195 (196); GRUR 1968, 652 (654). Dazu auch Schricker/Götting, UrhG § 60/§ 22 KUG Rn. 43; Schertz, in: HdbPR, § 12, Rn. 19.

⁷⁷⁷ Vgl. BGH GRUR 2015, 295; OLG Frankfurt ZUM-RD 2010, 320; OLG Frankfurt: ZUM-RD 2011, 408; LG Berlin ZUM 2014, 251. Wenn der Abgebildete den Zweck nicht kennt oder der Empfänger die Einwilligung nicht versteht, wird eine konkludente Einwilligung verneint. Vgl. OLG München ZUM 2009, 429; OLG Hamburg ZUM-RD 2011, 589; OLG Hamburg ZUM 2013, 581; LG Berlin ZUM-RD 2012, 595; LG Berlin ZUM-RD 2014, 105; LG Hamburg GRUR-RR 2012, 304; OLG Hamburg ZUM 2013, 582.

⁷⁷⁸ Vgl. OLG Hamburg AfP 1999, 486 (487); OLG Koblenz GRUR 1997, 771 (771 f.); LG Düsseldorf AfP 2003, 469 (470).

⁷⁷⁹ Vgl. LG Köln ZUM-RD 2011, 626; LG Hamburg ZUM-RD 2010, 623; OLG Hamburg ZUM-RD 2013, 608. Diese Einwilligung erfolgt besonders beim Einstellen urheberrechtlich geschützter Werke durch den Berechtigten ins Internet. Vgl. BGH GRUR 2010, 628; OLG Hamburg ZUM 2010, 886; OLG Köln ZUM 2010, 706.

ausreichenden Benachrichtigung über Zweck, Art und Umfang der geplanten Verwendung des Bildnisses sowie der Willensfreiheit des Abgebildeten.⁷⁸⁰

Diese Einwilligung ist nach § 23 KUG begrenzt, damit können Bildnisse ohne Einwilligung des Abgebildeten verbreitet und zur Schau gestellt werden.

a) Eine Ausnahme gilt für Bildnisse, die aus dem Bereich der Zeitgeschichte stammen. Davon können nach traditioneller Auffassung alle Erscheinungen im Leben der Gegenwart betroffen sein, die an die Öffentlichkeit gelangen und deren Veröffentlichung von der Meinungs- und Pressefreiheit geschützt wird.⁷⁸¹ Das „Caroline“-Urteil des EGMR fordert für die deutsche Rechtsprechung jedoch neue Maßstäbe, weil der EGMR eine absolut geschützte Privatsphäre in der Öffentlichkeit für Personen der Zeitgeschichte bzw. prominente Personen anerkennt.⁷⁸² Damit muss bei der Verwendung von Bildnissen dieser Personen nach dem Einzelfall beurteilt werden, ob diese mit einem zeitgeschichtlichen Ereignis verbunden sind⁷⁸³, um eine Abwägung zwischen der Pressefreiheit und dem Schutz der Privatsphäre zu erreichen.⁷⁸⁴ Diese Beurteilung soll sich nach dem Typ der Identität des Abgebildeten und dem betreffenden Ereignis (besonders nach dem Allgemeininteresse) richten.⁷⁸⁵ Z.B. können die Bildnisse von Politikern kaum in den Bereich der Privatsphäre fallen⁷⁸⁶; die Bildnisse sonstiger Prominenter können offengelegt werden, wenn sie Vorbildfunktion haben oder die Neugier der Öffentlichkeit befriedigen können⁷⁸⁷; die Bildnisse von Straftätern sollen je nach

⁷⁸⁰ Vgl. OLG München ZUM 2009, 429; LG Kleve ZUM-RD 2009, 555.

⁷⁸¹ Vgl. RGZ 125, 80; LG Hamburg, NJW-RR 2000, 1067. Dazu auch Schertz, in: HdbUrR § 18, Rn. 23; Schrickler/Gotting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 6 f. Dafür können betroffene Personen nach ihren Beziehungen zu den Allgemeininteressen in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte unterschieden werden. Die Bilder absoluter Personen der Zeitgeschichte können grundsätzlich in der Öffentlichkeit verbreitet bzw. zur Schau gestellt werden. Die Bildnisse relativer Personen der Zeitgeschichte dürfen je nach individuellem Fall nur für eine beschränkte Zeit und in beschränktem Umfang verbreitet bzw. zur Schau gestellt werden. Vgl. Neumann-Duesberg JZ 1960, 114. Dazu auch vgl. BGH NJW 1996, 878; GRUR 1965, 102; LG Hamburg AfP 2007, 275.

⁷⁸² EGMR GRUR 2004, 1051.

⁷⁸³ Vgl. BGH GRUR 2007, 523; 2007, 902; BVerfG AfP 2008, 163 (169).

⁷⁸⁴ Vgl. BGH GRUR 2007, 527 (528); 2007, 899 (900); 2010, 549 (552).

⁷⁸⁵ Schrickler/Gotting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 79; Schertz, in: HdbUrR § 18, Rn. 35.

⁷⁸⁶ Vgl. EGMR AfP 2014, 317; BGH ZUM-RD 2012, 130; GRUR 2008, 1017 (1018 f.).

⁷⁸⁷ Vgl. BGH GRUR 2007, 527 (529); 2007, 523 (525); GRUR 2009, 584; 2007, 902 (903); GRUR 2008, 1024 (1026).

Alter des Täters und der Schwere des Verbrechens unterschiedlich behandelt werden⁷⁸⁸; und die Bildnisse von gewöhnlichen Privatpersonen sollen regelmäßig nicht an die Öffentlichkeit gelangen.

b) Eine weitere Ausnahme betrifft Bilder mit Personen als Beiwerk. Anders als § 23 Abs. 1 Nr. 1 benutzt das KUG in Nr. 2 nicht das Wort „Bildnisse“, sondern „Bilder“. Deshalb umfasst der Anwendungsbereich der Beschränkung nicht das umfassende Bildnis oder die Personenabbildung des Abgebildeten, sondern ein konkretes Bild mit Landschaften oder einer sonstigen Örtlichkeit.⁷⁸⁹ Außerdem muss eine als Beiwerk betroffene Personendarstellung auf dem Bild entfallen können, ohne dass es zu einer Veränderung des Gesamteindrucks des Bildes kommt.⁷⁹⁰ Wenn die Personendarstellung in einem bestimmten Umfang als Hauptinhalt des Bildes angesehen werden kann oder durch Verarbeitung des Bildes zum Gegenstand einer eigenständigen Abbildung gemacht wird, fällt diese Darstellung in den Schutzbereich des § 22 KUG.

c) Eine dritte Ausnahme sind Bilder von Versammlungen. Nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG ist es zulässig, die Darstellung einer Person zu veröffentlichen, wenn diese Person an einer Versammlung, einer Parade oder einem ähnlichen Vorgang teilnimmt, der den kollektiven Willen vertritt, etwas gemeinsam zu tun.⁷⁹¹ Aber diese Bilder oder Berichterstattungen darüber müssen weitere Voraussetzungen erfüllen, damit sie nicht als einfache Bildnisse des Einzelnen betrachtet werden. Zunächst muss der Vorgang in der Öffentlichkeit veranstaltet und wahrgenommen werden.⁷⁹² Zweitens

⁷⁸⁸ Z.B. ist die Berichterstattung über die Identität jugendlicher Straftäter grundsätzlich verboten. OLG Hamburg ZUM 2010, 61. Die Berichterstattung über schwere Straftäter ist grundsätzlich zulässig. Straftäter im Internet: BVerfG MMR 2009, 683 (684); BGH NJW 2010, 2728 (2729). Sexualstraftat: BVerfG MMR 2009, 683 (685). Aber für leichtere Straftaten ist die Berichterstattung manchmal unzulässig. Vgl. BVerfG NJW 2009, 2117 (2120); NJW-RR 2008, 1069.

⁷⁸⁹ Schertz, in: HdbUrR § 18, Rn. 41; Dreier/Schulze/Specht KUG § 23 Rn. 35.

⁷⁹⁰ Vgl. OLG Brandenburg ZUM 2013, 219; OLG Karlsruhe GRUR 1989, 823; OLG Oldenburg NJW 1989, 400. Dazu auch Schrickler/Götting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 81.

⁷⁹¹ Vgl. OLG München NJW 1988, 915; BGH GRUR 1990, 70. Dazu auch Schertz, in: HdbUrR § 18, Rn. 42. Bilder privater Familienfeiern wie Trauerzüge, Beerdigungen und Hochzeiten können allerdings nur veröffentlicht werden, wenn diese Feiern in der Öffentlichkeit veranstaltet wurden.

⁷⁹² Schrickler/Götting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 84; Schertz, in: HdbUrR § 18, Rn. 46.

muss der Vorgang mehrere Teilnehmer haben, und das Bild eines Teilnehmers ist nur zulässig, wenn der Abgebildete als repräsentativer Ausschnitt des Vorgangs dargestellt wird.⁷⁹³ Schließlich muss der Abgebildete ein Teilnehmer des Vorgangs sein, der den kollektiven Willen des Vorgangs teilt und etwas mit anderen gemeinsam tut.⁷⁹⁴ Diese Ausnahme dient der Gewährleistung des allgemeinen Informationsinteresses und der Pressefreiheit. So können zeitgeschichtliche Ereignisse für das Allgemeininteresse der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

d) Schließlich können Bildnisse im Interesse der Kunst ausgenommen sein. Nach § 23 Art. 1 Nr. 4 KUG kann, um die erforderliche Kunstfreiheit zu schützen, die Verbreitung von Bildnissen ohne die Einwilligung des Abgebildeten zulässig sein, wenn die Bildnisse einem höheren Interesse der Kunst dienen und nicht auf Bestellung gefertigt sind.⁷⁹⁵ Das ist zu erklären⁷⁹⁶: Der Begriff des „Bildnisses“ ist hier wie in § 22 KUG so umfassend, dass er alle Formen der Abbildung des Abgebildeten und sogar die Darstellung von dessen Lebensbild im Film, auf der Bühne oder in der Literatur enthält. Seine Verwendung, trotz der weiten Definition des Begriffs „Bildnis“, darf hier aber nur künstlerischen Zwecken dienen, nicht der Berichterstattung. Dabei ist zunächst belanglos, ob der Abgebildete zur Zeitgeschichte gehört oder das Bildnis gemäß § 2 Abs. 2 UrhG ein urheberrechtlich schutzfähiges Werk ist. Schließlich darf das Bildnis nicht auf Bestellung angefertigt sein. Bei Bestellung muss sich die Verwendung des Bildnisses auf den Urheber beziehen, diese Verwendung würde in den Schutzbereich des Urheberpersönlichkeitsrechts nach §§ 12 ff. UrhG fallen.

Nach § 23 Abs. 2 KUG müssen zudem die vorliegenden Ausnahmen vom Recht am eigenen Bild der Beschränkung des berechtigten Interesses des Abgebildeten unterliegen. Diese Beschränkung ist allerdings so allgemein gehalten, dass sie im

⁷⁹³ Vgl. OLG Hamburg GRUR 1990, 35; LG Stuttgart AfP 1989, 765; LG Hamburg AfP 2008, 100.

⁷⁹⁴ Vgl. OLG München NJW 1988, 915; Schricker/Götting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 92. Deshalb fallen Bilder von Polizisten bei diesen Vorgängen nicht unter diese Ausnahme. Vgl. Rebmann AfP 1982, 189 (193).

⁷⁹⁵ Schricker/Götting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 100; Dreier/Schulze/Specht KUG § 23 Rn. 43.

⁷⁹⁶ Vgl. Schertz, GRUR 2007, 558 (562 ff.); Schricker/Götting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 101 f.

Einzelfall konkretisiert werden muss.⁷⁹⁷ Nach der Rechtsprechung des BGH dient diese Regelung auch als Auffangtatbestand, um die Abwägung zwischen Pressefreiheit und Schutz der Persönlichkeit, insbesondere der Privatsphäre, zu erreichen.⁷⁹⁸ Aber ihr Anwendungsbereich ist sehr beschränkt, weil ihr Schutzzinhalt bereits von § 23 Abs. 1 Nr. 1 in vielen Fällen abgedeckt wird.⁷⁹⁹ Deshalb bestimmte der BGH, dass diese Regelung nur in Fällen von Bildnissen mit hinreichendem Informationswert⁸⁰⁰ sowie nach dem Inhalt oder der Art der Darstellung in einzelnen Fallgruppen angewendet werden kann.⁸⁰¹

Außer den in § 23 KUG genannten Ausnahmen ist die Verwendung des Bildnisses ohne die Einwilligung des Abgebildeten ein Verstoß gegen die Selbstbestimmung. Weil „Verbreiten“ und „öffentliches Zurschaustellen“ der Bildnisse Arten des Umgangs mit personenbezogenen Informationen sind, fällt der Schutz des Rechts am eigenen Bild ebenfalls in den Schutzbereich des RiS, besonders wenn diese Eingriffe in das Recht durch technische Systeme erfolgten. Aufgrund des umfassenden Begriffs von Bildnissen und des Verbreitungsgrades visueller Technik ist das Recht am eigenen Bild von erheblicher Wichtigkeit für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung im Internet. Das Recht zusammen mit den §§ 23, 24 KUG entwickelt einen Maßstab für die Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht über die Darstellung einer Person im Bild, der Freiheit der Kunst sowie dem Informationsinteresse der Allgemeinheit.⁸⁰²

v. Die Interessenabwägung in der Praxis

Eine Interessenabwägung zwischen einer Geltendmachung der informationellen Selbstbestimmung und berechtigten Interessen anderer besteht überall. Weil die

⁷⁹⁷ Dreier/Schulze/Specht KUG § 23 Rn. 46; Schertz, in: HdbUrR § 18, Rn. 55.

⁷⁹⁸ Vgl. BGH GRUR 2007, 523 (525); 2007, 899 (900). Dazu auch Schertz, GRUR 2007, 558 (564).

⁷⁹⁹ Schrickler/Götting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 111; auch KG GRUR-RR 2010, 378; OLG Köln ZUM 2013, 684.

⁸⁰⁰ BGH GRUR 2007, 527 (530); GRUR 2009, 584 (585); KG GRUR-RR 2010, 378.

⁸⁰¹ Z.B. Gegen heimliche Aufnahmen – BGH GRUR 2007, 527; BGH GRUR 2009, 584. Gegen die Verwendung eines rechtswidrigen Bildnisses – KG ZUM-RD 2008, 461. Gegen Schmähkritik – OLG Dresden ZUM 2010, 597. Ausführlich vgl. Schrickler/Götting, UrhG, § 60/§ 23 KUG, Rn. 112 ff.; Schertz, in: HdbUrR § 18, Rn. 59 ff.

⁸⁰² BeckOK UrhR/Engels KunstUrhG § 22 Rn. 5; § 23 Rn. 1.

Vorschriften so allgemein gehalten sind, lassen sie großzügigen Spielraum, weswegen es regelmäßig schwierig für den Betroffenen ist, die Rechtswidrigkeit einer Datenverarbeitung darzustellen.⁸⁰³ Daher ist es unvermeidbar, in der Rechtsprechung die Interessenabwägung zu berücksichtigen. Ein typisches Beispiel ist die Haftung der Schufa, die von der Verletzung der Kreditwürdigkeit des Kunden wegen der Übermittlung falscher Kreditinformationen ausgelöst wird.⁸⁰⁴ Nach der Schufa-Klausel müssen die Unternehmen (wie Kreditinstitut, Möbelhaus oder Telefongesellschaft) Einwilligungen ihrer Kunden erhalten, wenn sie während der laufenden Geschäftsbeziehung die sensiblen persönlichen und wirtschaftlichen Daten ihrer Kunden mit der Schufa austauschen möchten. In seiner Rechtsprechung hat der BGH bestätigt, dass die Schufa haftungsfrei in Bezug auf Falschmeldungen ist, weil die Aufgaben der Schufa nur die Sammlung und Weitergabe dieser Informationen, nicht die Prüfung der Personenidentität umfassen und es die Pflicht der Kreditinstitute ist, die Richtigkeit der Informationen ihrer Kunden zu prüfen und zu garantieren. Andererseits betont der BGH gleichzeitig, dass die Rechtswidrigkeit der Datenverarbeitung durch die Schufa nur aus der zu missbilligenden Art der Schädigung abgeleitet werden könne, wobei es für dieses Urteil entscheidend auf die Abwägung der widerstreitenden Belange ankommt.⁸⁰⁵

Diese Abwägung findet sich nicht nur im haftungsauslösenden Datenschutzverstoß, sondern auch in der Bestimmung des maßgeblichen Sorgfaltsmaßstabes.⁸⁰⁶ Bei der Anwendung dieser Regeln wird der Schadensersatzanspruch gemäß der Sensibilität der Information im Einzelfall aufgenommen oder abgelehnt.⁸⁰⁷ In Fällen der falschen Datenübermittlung, bei denen die Schufa eine sehr privilegierte Position innehat und

⁸⁰³ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 300.

⁸⁰⁴ BGH NJW 1978, 2151. Darin hat der Beklagte die Klägerin mit einer anderen Person, die den gleichen Name hatte und in der gleichen Stadt wohnte, verwechselt und den Kreditinstitutionen des Klägers eine falsche Nachmeldung zugesandt. Darauf haben die Kreditinstitute die Kredite gekündigt und Schecks nicht eingelöst. Spätere Rechtsprechung vgl. LG Bonn, Az. 18 O 310/09; OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2013, 22601.

⁸⁰⁵ BGH NJW 1978, 2151 (2152).

⁸⁰⁶ Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 63.

⁸⁰⁷ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 301.

nicht verpflichtet ist, die Richtigkeit der Daten zu prüfen⁸⁰⁸, sind die Kreditinstitute verantwortlich, die die zugrunde liegenden Daten falsch übermittelt haben.⁸⁰⁹ Im Gegensatz dazu sieht das Gericht, in einem anderen Fall, Auskunftsteien als verpflichtet an, für die Richtigkeit ihrer gesammelten Daten einzustehen, wenn sie diese Daten mit geringer Mühe nachprüfen können.⁸¹⁰ Die Grundlage dieser verschiedenen Beurteilungen findet sich in den Kosten der Schutzmaßnahmen. Dazu zeigt sich die Schwierigkeit, im Rahmen der deliktischen Schadensersatzansprüche einen allgemein gültigen Sorgfaltsmaßstab aufzustellen, und die Haftung aufgrund § 7 BDSG kann, wegen des mehrdeutigen Ausdrucks „gebotene Sorgfalt“ in Abs. 2, den Zustand auch nicht verbessern.⁸¹¹ Deswegen müssen viele verschiedene Faktoren in Betracht gezogen werden, um die „gebotene Sorgfalt“ unter bestimmten Umständen festzulegen, wie die Gefahren und die Sensibilität konkreter Daten, die ‚erforderlichen‘ technischen und organisatorischen Maßnahmen, die sich auf § 9 BDSG beziehen, sowie ihre Kosten.⁸¹²

c. Schadensersatz

Der Schadensersatz bei der Haftung wegen eines Datenschutzverstoßes muss – gemäß Art. 23 EG-DSRL und in Zukunft gemäß Art. 82 (1) EU-DSGVO, der von den Mitgliedstaaten fordert, einen umfassten Schadensersatz vorzuschreiben, unabhängig von der Art der Schäden – sowohl materielle als auch immaterielle Schäden einschließen.⁸¹³ Auch Deutschland muss sich an diese Vorschriften halten.

⁸⁰⁸ Vgl. Vortmann, ZIP 1989, 80 (81). Vortmann meint, dass die Schufa normalerweise haftungsfrei gegenüber Kreditnehmern ist, weil keine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen dem Kunden und der Schufa bestehe und die Schufa deshalb mangels Verschuldens nicht aus unerlaubter Handlung hafte.

⁸⁰⁹ Vgl. BGH NJW 1980, 347 (349). Darin hat der Beklagte aufgrund falscher Informationen der Schufa ein „Negativmerkmal“ des Klägers angemerkt, und damit verlangt der Kläger von dem Beklagten den Widerruf des falschen Kreditratings.

⁸¹⁰ LG Paderborn MDR 1981, 581.

⁸¹¹ Zur Kritik dazu vgl. Simitis, BDSG § 7 Rn. 5. Darin beschreibt er die Beschränkungen der Schadensersatzansprüche der Betroffenen wegen der Vorschriften des BDSG und deren Abweichung von den Vorgaben der EGDSRL.

⁸¹² Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 63 f.

⁸¹³ Dammann/Simitis, EG-DSRL, § 23, Rn. 5. Dabei ist anzumerken, dass § 23 fordert, die Schadensansprüche nicht in einer Vorschrift oder im gleichen Gesetz vorzuschreiben, sondern den Schadensersatz im ganzen Rechtssystem des Mitgliedstaates sowohl in Bezug auf materielle als auch immaterielle Schäden einzuschließen.

i. Ersatz materieller Schäden

Der materielle Schadensersatz, der die grundlegende Ersatzform der zivilrechtlichen Haftung ist, bildet eine wesentliche Art der Übernahme der Haftung für den Datenschutzverstoß. Wenn eine vertragliche Beziehung besteht, kann der Betroffene Ansprüche auf materiellen Schadensersatz auf die §§ 280 I, 249 ff. BGB stützen.⁸¹⁴ Typische Fälle sind fehlerhafte Auskünfte der Schufa⁸¹⁵, da Unternehmen der Schufa fehlerhafte Kreditinformation ihrer Kunden angeboten und danach echte Schäden verursacht haben, z.B. erhöhte Kreditkosten aufgrund einer falschen Einstufung der Kreditwürdigkeit⁸¹⁶; finanzieller Schaden durch eine Kreditkündigung infolge einer Fehlauskunft⁸¹⁷; Rechtsanwaltskosten, die im Zuge der Berichtigung eines fehlerhaften Datenbestands anfallen.⁸¹⁸

Unabhängig davon, ob es vertragliche Beziehungen zwischen Verantwortlichen und Betroffenen gibt, kann der Betroffene seine materiellen Schadenansprüche auch auf § 7 BDSG i.V.m. den §§ 249 ff. BGB stützen. Aber der Betroffene muss auch einen greifbaren Vermögensnachteil nachweisen, sonst scheidet eine Ersatzpflicht der Verantwortlichen aus.⁸¹⁹ In diesen Fällen schließen § 7 BDSG und § 253 BGB Ansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB aus. Der Vermögensschaden enthält nicht nur die Schäden, die die Verletzungshandlung unmittelbar auslöst, sondern auch entgangenen Gewinn sowie notwendige Aufwendungen wie Rechtsanwaltskosten oder Gerichtskosten⁸²⁰, und es kommt zudem auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.⁸²¹ Darüber hinaus gibt es Argumente für den Ersatz materieller Schäden ohne tatsächlichen Schaden. Eine Ansicht geht davon aus, dass nach der dreifachen Schadensberechnung, aufgestellt in der „Marlene Dietrich“-Entscheidung

⁸¹⁴ DKWW/Däubler, BDSG § 7 Rn. 27.

⁸¹⁵ Simitis, BDSG § 7 Rn. 30; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 9.

⁸¹⁶ Vgl. LG Paderborn MDR 1981, 581.

⁸¹⁷ Vgl. BGH NJW 1978, 2151.

⁸¹⁸ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 303.

⁸¹⁹ Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 9.

⁸²⁰ Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 54; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 9.

⁸²¹ Simitis, BDSG § 7 Rn. 31.

des BGH⁸²², der Betroffene zumindest einen abstrakten Wertausgleich nach der Lizenzanalogie oder Herausgabe des durch unzulässige Datenverarbeitung erzielten Gewinns verlangen kann.⁸²³ Das RiS umfasst sowohl vermögensrechtlichen als auch persönlichkeitsrechtlichen Inhalt, und der Eingriff in das Recht kann einen Vermögensschaden auslösen, aber es ist kaum überzeugend, dass ein Ersatz eines materiellen Schadens ohne tatsächlichen Schaden begründet wird.⁸²⁴ Die dreifache Schadensberechnung, besonders die Herausgabe des erzielten Gewinns und das Verlangen einer Lizenzgebühr, ist nur eine Methode, um die konkrete Höhe des Schadens zu berechnen, deshalb kann sie auch in Fällen des Ersatzes materieller Schäden angewendet werden. Aber diese Anwendung der Methode bedeutet nicht, dass es keinen tatsächlichen Schaden gibt, sondern sie zeigt die Schwierigkeit ihrer Berechnung.⁸²⁵

ii. Ersatz immaterieller Schäden

Der Ersatz der immateriellen Schäden wird von § 7 BDSG nicht geregelt, und die entsprechenden Ansprüche, die häufig aus dem Datenschutzverstoß gegen das Persönlichkeitsrecht ausgelöst werden, sind grundsätzlich in § 823 BGB begründet.⁸²⁶ Die Schäden wegen unrechtmäßiger Datenverarbeitung betreffen oft nicht Vermögensrechtsgüter, sondern immaterielle Interessen wie soziale Diskriminierung, psychische Belastung, Manipulation, Angst und Einschüchterung.⁸²⁷ Kurzum, sie verletzen die Menschenwürde und verhindern die freie Persönlichkeitsentfaltung. Unabhängig davon, ob der Betroffene gleichzeitig materiellen Schaden erlitten hat, liegt deshalb immer der Schwerpunkt darauf, einen angemessenen immateriellen Schadensersatz zu bestimmen.

⁸²² BGHZ 143, 214 (231 f.).

⁸²³ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 304.

⁸²⁴ Nach der h.M. muss der Betroffene tatsächlich Schäden erlitten haben, wenn er materiellen Schadensersatz beanspruchen möchte. Vgl. Simitis, BDSG § 7 Rn. 30; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 9.

⁸²⁵ BGH NJW 1972, 102; 1973, 622; 1977, 1062(1063); 1986, 2037 (2039); 2001, 2173; BKR 2013, 283 (287).

⁸²⁶ Gola/Schomerus, BDSG, § 7 Rn. 19. Kritik davon vgl. Niedermeier/Schröcker, RDV 2002, 217 (222 f.).

⁸²⁷ Weichert, NJW 2001, 1464 (1466).

Nach vorhandener Rechtsprechung setzt der Ersatz immaterieller Schäden eine schwerwiegende Verletzung des Persönlichkeitsrechts voraus⁸²⁸, die nur durch Geldentschädigung nicht befriedigend ausgeglichen werden kann.⁸²⁹ In diesen Fällen kann der Datenschutzverstoß nicht mehr als „kleinerer sozialadäquater Eingriff“⁸³⁰ betrachtet werden, wie die Übermittlung unzutreffender Angaben über schlechte Zahlungsmoral und wiederholter Bankrott⁸³¹, die Veröffentlichung bereits im Strafregister getilgter Vorstrafen⁸³², die Enthüllung eines HIV-Tests ohne Einwilligung der Betroffenen⁸³³ oder die Übermittlung der Daten des Arbeitnehmers mit ernsthafter Kritik.⁸³⁴ Die Beurteilung der Schwierigkeit richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls⁸³⁵, und die relevanten Faktoren, die hier in Betracht kommen müssen, betreffen die Art und die Schwere der Beeinträchtigung, den Anlass und den Beweggrund des Handelns, den Grad des Verschuldens sowie in welche geschützte Sphäre eingedrungen wird.⁸³⁶

Wenn die Verletzung des Persönlichkeitsrechts und die Tatsache eines immateriellen Schadens anerkannt worden sind, kommt es für die Berechnung der Höhe des Schadensersatzes auf die Art und Schwere der konkreten Beeinträchtigung an.⁸³⁷ Im Unterschied zum Schmerzensgeld gemäß § 253 BGB muss ein Schadensersatz wegen der Verletzung des APR nach Ansicht des BGH nicht nur den Zweck der Genugtuung erreichen, sondern auch die Präventionsfunktion wahren.⁸³⁸ Deswegen könnte die Höhe der Geldentschädigung über die tatsächlichen Schäden hinausgehen, um das rechtswidrige Verhalten des Verantwortlichen zu hemmen. So verhält es sich bei den Entscheidungen zu Paul Dahlke, Miss Petite, Caroline und Marlene Dietrich, in denen

⁸²⁸ Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 26; Simitis, BDSG § 7 Rn. 65.

⁸²⁹ Fikentscher, Schuldrecht, Rn. 1231; ErmanBGB/Ehmann, Anh § 12 Rn. 378.

⁸³⁰ Fechner, Medienrecht, Rn. 299.

⁸³¹ OLG, Frankfurt a.M., CR 1989, 19 ff.

⁸³² LG Köln, RDV 1993, 138.

⁸³³ LG Köln, RDV 1995, 251.

⁸³⁴ LAG Hamburg, NZA 1992, 509.

⁸³⁵ Simitis, BDSG § 7 Rn. 65.

⁸³⁶ Vgl. BGHZ 128, 1(12); 132, 13(27); BGH NJW 1985, 1617.

⁸³⁷ Vgl. OLG Hamburg, NJW 1996, 2870 (2872); OLG Hamm NJW-RR 2004, 919.

⁸³⁸ Simitis, BDSG § 7 Rn. 33; BGH 128, 1 (15); BGH NJW 1996, 984 (985); BGH NJW 2005, 215.

der BGH die Höhe des Schmerzensgelds nicht aufgrund der Schäden bestimmte, die der Betroffene tatsächlich erlitten hatte, sondern nach dem erzielten Gewinn des Verantwortlichen oder einer fiktionalen Lizenzgebühr, da der direkt ausgelöste Schaden schwerwiegend, aber schwierig zu ermessen sei.⁸³⁹ Diese Schadensberechnungsmethode beruht auf dem Bereicherungsanspruch nach §§ 812, 818 BGB⁸⁴⁰, weil in diesen Fällen der Gewinn, den der Verantwortliche durch die rechtswidrigen Datenverarbeitungen erzielte, als ungerechtfertigte Bereicherung betrachtet werden kann.⁸⁴¹ Dabei ist zu beachten, dass diese Schadensberechnungsmethode auch auf einer Interessenabwägung gründet⁸⁴²: Einerseits will der Betroffene diese Vermögensvorteile gar nicht bekommen, da er nicht den Wunsch hat, diese eigenen Daten zu verwerten; andererseits wäre es ungerecht, wenn der Verantwortliche diese Vorteile behalten könnte, weil „nullus commodum capere potest de injuria sua propria“ („Niemand kann Profit durch eigenes Fehlverhalten gewinnen“).⁸⁴³ Weil der Betroffene kein Fehlverhalten gezeigt hat, ist er beim Vergleich beider Seiten schutzwürdig. Deshalb sollen die unzulässigen Vorteile dem Verantwortlichen aberkannt werden, aber diese entzogenen Vorteile sollen sich nach dem Ausgleichsprinzip⁸⁴⁴ sowie der Präventionsfunktion auf die erzielten Gewinne oder die Lizenzgebühr beschränken.⁸⁴⁵ Damit kann der Verantwortliche entweder bei eigenem Fehlverhalten keinen Profit gewinnen oder er muss den notwendigen Aufwand bezahlen. Daher handelt es sich bei der Anwendung des Schadensersatzes in Bezug auf die Kommerzialisierung der eigenen Daten nicht um den Willen des Betroffenen, und die Höhe der Entschädigung richtet sich nicht nach dem tatsächlichen Schaden sondern nach dem Gewinn des Geschädigten. Dies

⁸³⁹ Vgl. BGHZ 128, 1 (15 f.); 143, 214 (228 ff.).

⁸⁴⁰ BGH GRUR 2006, 143 (145).

⁸⁴¹ MüKoBGB/Schwab, § 818, Rn. 94 ff.; StaudingerBGB/Lorenz, § 818, Rn. 24; Ullmann GRUR 1978, 615 (619); Köhler/Bornkamm, UWG, § 9, Rn. 1.42.

⁸⁴² Dazu eingehend Mahlmann, Schaden und Bereicherung, S. 108 ff.

⁸⁴³ Bromm, Legal Maxims, S. 279.

⁸⁴⁴ BGH GRUR 1982, 286; 1987, 37 (39); 1990, 1008 (1009); 1993, 55 (58); 2000, 685 (688); 2006, 143 (145).

⁸⁴⁵ BGHZ 128, 1 (16); 143, 214 (228 ff.).

weicht vom traditionellen Schadensersatz ab.⁸⁴⁶ Die anfänglichen Entscheidungen mit dieser Berechnungsmethode waren „Prominenzjudikatur“⁸⁴⁷, sie begünstigten nur „überwiegend Vertreter des internationalen Hochadels und andere Sterne des Medienhimmels“.⁸⁴⁸ Die spätere Rechtsprechung erstreckte diese Berechnungsmethode auch auf die Verletzung des APR „einfacher Bürger“. So begründet sich nach dem OLG Hamm der gewünschte Hemmungseffekt der allgemeinen Präventionsfunktion des Zivilrechts nicht auf die Prominenz oder Nichtprominenz einer Person, sondern auf Art, Ausmaß und Intensität der jeweiligen Persönlichkeitsrechtsverletzung.⁸⁴⁹ Aber dies kann die Zweifel gegenüber dieser Berechnungsmethode noch nicht ganz beseitigen.

Die Kritik an ihr beruht auf dem Ausgleichsprinzip und dem Bereicherungsverbot, da damit der Betroffene die Vorteile, die der Verantwortliche unzulässig geschaffen hat, ohne erlittene Einbuße erhalten kann⁸⁵⁰: Wenn der Geschädigte seine eigenen Daten nicht kommerzialisieren möchte und keine Schadenshandlung besteht, gewinnt er keiner dieser Vorteile. Aber nach der Deliktshandlung kann der Geschädigte diese Vorteile aufgrund des Ersatzanspruchs erhalten, wodurch er sich im Vergleich zu seinem originalen Vermögenszustand verbessert.⁸⁵¹ Deshalb kann die Gewinnherausgabe als eine Schadensberechnungsmethode nicht zu einem selbstständigen Ersatzanspruch ausgeweitet werden.⁸⁵² Bisher wird sie auch noch als Fremdkörper beim Schadensersatz betrachtet⁸⁵³, der meistens bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit angewendet wird.⁸⁵⁴ Ihre Kritiker möchten die Gewinnherausgabe von der Schadensberechnung ausschließen und stattdessen

⁸⁴⁶ BGHZ 169, 340; Ahlberg/Götting/Reber, UrhG, § 97, Rn. 121; Dreier/Schulze, UrhG, § 97, Rn. 61; Wandtke/Bullinger/Wolff, Urheberrecht, § 97, Rn. 71.

⁸⁴⁷ Esser/Schmidt, Schuldrecht AT I/2, § 30 II 1a, S. 170.

⁸⁴⁸ Gounalakis, AfP 1998, 10 (18).

⁸⁴⁹ OLG Hamm GRUR 2004, 970; BGH GRUR 2006, 255.

⁸⁵⁰ Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 10; Dreier, Kompensation und Prävention, S. 644 f.

⁸⁵¹ Canaris, Gewinnabschöpfung, S. 105 ff.

⁸⁵² BGH NJW 1995, 1420 = GRUR 1995, 349; Dreier/Schulze, UrhG, § 97, Rn. 68; Wandtke/Bullinger/Wolff, Urheberrecht, § 97, Rn. 66.

⁸⁵³ Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 453.

⁸⁵⁴ StaudingerBGB/Bergmann, § 687 Rn. 69; Helm, Gewinnherausgabe, S. 15. Ähnlich auch Köndgen, RabelsZ 64 (2000), 661 (693).

einen zusätzlichen Anspruch aus Geschäftsanmaßung gemäß §§ 687 Abs. 2, 678, 684 BGB oder als Eingriffskondition nach §§ 812 ff. BGB ableiten, um die vorhandene Diskrepanz zu beseitigen.⁸⁵⁵ Diese Rechtsmaßnahmen leisten gute Dienste in einigen Fällen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte⁸⁵⁶, aber ihre Leistungsfähigkeit darf nicht überschätzt werden, da sich ihre Ausübung auf Eingriffe in Vermögensrechtsgüter bzw. in den vermögensrechtlichen Zuweisungsgehalt des APR beschränkt.⁸⁵⁷ Die Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 betrifft ein fremdes Geschäft, bei dem eine von der Rechts- und Wirtschaftsordnung anerkannte marktfähige Verwertungsmöglichkeit bestehen muss.⁸⁵⁸ Die ungerechtfertigte Bereicherung nach §§ 812 ff. setzt die Leistung oder die Kosten des Berechtigten voraus. Diese Leistung sowie diese Kosten in der Eingriffskondition (Eingriff in das APR) beziehen sich auch auf den Vermögensnachteil, dazu muss die Anwendung der Eingriffskondition die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsmerkmalen und den Vermögensschaden voraussetzen.⁸⁵⁹ Dabei scheiden der beschränkte Schutzbereich der Geschäftsanmaßung und der Eingriffskondition bei Persönlichkeitsverletzungen mangels rechtlicher oder ökonomischer Verwertungsmöglichkeiten aus⁸⁶⁰, vor allem für die Verletzung der Persönlichkeitsrechte Nicht-Prominenter.⁸⁶¹ Nach ihren beschränkten Schutzbereichen sowie verkürzter Verjährung⁸⁶² wird in der Rechtspraxis (Rechtskonkurrenzen) die Anspruchsgrundlage der §§ 687 Abs. 2 und 812 ff. BGB nicht so häufig wie die des § 823 i.V.m. dreifacher Schadenberechnung

⁸⁵⁵ Lange/Schiemann, Schadensersatz, S. 453. Vgl. ähnlich DKWW/Däubler, BDSG § 7, Rn. 36; Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 68.

⁸⁵⁶ Für Anwendung der Geschäftsanmaßung vgl. BGHZ 143, 214 (231 f.); BGH NJW 2000, 2201(2202). Für die Anwendung der Eingriffskondition vgl. BGHZ 20, 345 (354 f.); 81, 75 (80 ff.); 169, 340 (344); BGH NJW 1979, 2205 (2206); NJW-RR 1987, 231; NJW 1992, 2084 (2085).

⁸⁵⁷ Rümker, Eingriffskondition, S. 59; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 363.

⁸⁵⁸ StaudingerBGB/Bergmann, § 687, Rn. 69; MüKoBGB/Seiler, § 687, Rn. 27 f.

⁸⁵⁹ StaudingerBGB/Lorenz, § 812, Rn. 23; MüKoBGB/Schwab, § 812, Rn. 270 f.

⁸⁶⁰ Vgl. Helm, Gewinnherausgabe, S. 66 ff., 179 ff.; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 307 f.

⁸⁶¹ Vgl. z.B. AG Hamburg GRUR 1991, 910; BGH NJW 2012, 1728 (1729 f.), wobei es keine Möglichkeit gibt, die Persönlichkeitsmerkmale der Kläger zu kommerzialisieren.

⁸⁶² Gemäß § 195 BGB beträgt die Verjährung eines Anspruchs nach der Geschäftsanmaßung oder der Eingriffskondition nur drei Jahre, aber die Verjährung eines Anspruchs nach der Verletzung absoluten Rechts (z.B. § 823 BGB) gemäß § 197 BGB beträgt dreißig Jahre.

angewendet.⁸⁶³ In der „Caroline“-Rechtsprechung schafft der BGH einen flexiblen Rahmen, der einen umfassenden Schutzbereich gewährt und einen echten Hemmungseffekt haben kann.⁸⁶⁴

iii. Sonstige Methoden der Übernahme der Haftung

Abgesehen von einer Geldentschädigung kann der Betroffene auch andere Methoden der Haftungsübernahme beanspruchen, falls ein völliger Schutz durch einen normalen Schadensersatz nicht angeboten werden kann. Gemäß den §§ 6, 20, 35 gewährt das BDSG den Betroffenen das Recht auf Löschung, Sperrung, Berichtigung und Widerspruch, um negative Auswirkungen wegen unzulässiger und unrichtiger Datenverarbeitung zu beseitigen.⁸⁶⁵ Dazu wird der Verantwortliche verpflichtet, unrichtige Daten zu berichtigen, unabhängig davon, ob der Betroffene tatsächlich an der Berichtigung interessiert ist⁸⁶⁶, sowie die unzulässig gespeicherten Daten zu löschen oder zu sperren, wenn die Rechtsvorschriften dies erlauben, anordnen oder die Betroffenen dies verlangen.⁸⁶⁷ Der Betroffene kann der Zulassung der Datenverarbeitung widersprechen, wenn er nachweisen kann, dass sein schutzwürdiges Interesse gegenüber dem Verarbeitungsinteresse des Verantwortlichen in diesem Fall vorrangig ist.⁸⁶⁸ Ferner kann der Betroffene Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gemäß § 7 BDSG i.V.m. § 1004 BGB erheben, wenn eine Fortwirkung der durch die widerrechtliche Handlung geschaffenen Beeinträchtigung sowie Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr besteht.⁸⁶⁹ Solange die Daten vom Empfänger nicht gelöscht worden sind, kann der Betroffene wegen rechtswidriger Datenübermittlung Widerruf verlangen.⁸⁷⁰ Diese Beseitigungsansprüche können allein und zusammen mit Schmerzensgeld erhoben

⁸⁶³ Vgl. StaudingerBGB/Bergmann, § 687, Rn. 69; MüKoBGB/Seiler, § 687, Rn. 30; MüKoBGB/Schwab, § 812, Rn. 273 f.

⁸⁶⁴ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 309 f.

⁸⁶⁵ Simitis, BDSG § 35, Rn. 1; DKWW/Däubler, BDSG § 35, Rn. 2.

⁸⁶⁶ Wolff/Brink, BDSG § 35 Rn. 10; Taeger/Gabel/Meents, BDSG § 35 Rn. 8.

⁸⁶⁷ Wolff/Brink, BDSG § 35 Rn. 27; Simitis, BDSG § 35, Rn. 22.

⁸⁶⁸ Gola/Schomerus, BDSG § 35 Rn. 27 ff.; Wolff/Brink, BDSG § 35 Rn. 74.

⁸⁶⁹ Wolff/Brink, BDSG § 7 Rn. 69; Taeger/Gabel, BDSG § 7 Rn. 17.

⁸⁷⁰ BGH NJW 1984, 436; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1988, 562 (564 f.).

werden, besonders in Fällen eines Datenschutzverstoßes, bei denen kein tatsächlicher Vermögensschaden oder keine schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung bestehen. Aber diese Korrekturrechte geltend zu machen ist in der Praxis sehr schwierig, wenn die Daten bereits ins Internet gelangt sind.⁸⁷¹

II. Mittelbare Drittwirkung der informationellen Selbstbestimmung

Die vorstehend besprochenen Regelungen, die der Idee der informationellen Selbstbestimmung entsprechen und die Funktionen des RiS wahren können, stellen einen Teil des Schutzbereiches des RiS dar. Auf ihrer Grundlage muss der Verantwortliche wegen seiner unzulässigen und unrichtigen Datenverarbeitung materiellen oder immateriellen Schadensersatz leisten. Aber das Grundrecht kann auch durch mittelbare Drittwirkung in privatrechtlichen Beziehungen angewendet werden. Nach dem Grundsatz der Privatautonomie kann personenbezogene Information entsprechend dem RiS auf der Grundlage freiwilliger Entscheidung des Betroffenen verwandt werden. Diese Befugnis wird vor allem durch das APR nach § 823 Abs.1 BGB geschützt⁸⁷², kann aber auch durch positive Einwilligung und durch Rechtsgeschäft ausgeübt werden.⁸⁷³

1. Verfassungsrechtliche Privatautonomie

Seit der Weimarer Verfassung gilt der Grundsatz der Privatautonomie nicht nur im Privatrecht, sondern auch als Bestandteil der Verfassungsrechtsordnung.⁸⁷⁴ Entsprechend der Handlungsfreiheit des Einzelnen können bei der Privatautonomie die Rechtsverhältnisse aufgrund von Rechtsmaßnahmen wie Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem Willen des Einzelnen gestaltet werden.⁸⁷⁵ Als Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung betrifft die Privatautonomie die

⁸⁷¹ DKWW/Däubler, BDSG § 35 Rn. 3.

⁸⁷² BGHZ 29, 46 (49ff.); 106, 391 (397f.); 166, 336 (339). Ähnlich auch Soergel/Spickhoff, § 823 Rn. 119; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II/2, § 75 II 2c.

⁸⁷³ Radlanski, Konzept der Einwilligung, S. 68.

⁸⁷⁴ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, S. 702; Huber, AöR 23, 1 (40 f.).

⁸⁷⁵ Isensee, Privatautonomie, Rn. 6 f.; Flume, BGB AT II, § 1, 1.

grundrechtliche Gewährleistung der Vertragsfreiheit und den Schutz freier Persönlichkeitsentfaltung, der einerseits Eingriffe der staatlichen Gewalt abwehrt und andererseits die Kompetenz von privaten Stellen schützt, Handlungsnormen nach rechtlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen selbst durch Rechtsgeschäfte zu schaffen.⁸⁷⁶ Diese Funktionen der Privatautonomie verlangen einen grundrechtlichen Schutzbereich, der die Freiheit von jedermann gegenüber dem Staat und anderen wahrt, um privaten Rechtsverkehr betreiben zu können. Das verpflichtet den Staat nicht nur zur gesetzlichen Anerkennung und zum Schutz der privaten Willenserklärung bzw. der Privatautonomie, sondern auch zur Verwirklichung des Ausgleichs eines realen Ungleichgewichts zwischen den Partnern eines Vertrages.⁸⁷⁷ Deshalb schützen vor allem die Handlungsfreiheit und das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG das Prinzip der Privatautonomie.⁸⁷⁸

Jedoch ist die Privatautonomie, wie auch andere Grundrechtsprinzipien, nicht grenzenlos. Ihre Ausübung muss vor allem die Rechtsordnung befolgen, deshalb muss der Inhalt der Rechtsgeschäfte je nach Zweck der Privatautonomie kontrolliert werden. Dazu wird vor allem die Disparität der Vertragspartner korrigiert. Die Beurteilung der Disparität besteht aufgrund faktischer Vertragsinhalte darin, dass sie als strukturelle Unterlegenheit erkannt wird und die Folgen des Vertrags für einen Partner ungewöhnlich belastend sind.⁸⁷⁹ Wenn die Vertragsparität bei tauglichen Zivilrechtsmaßnahmen nicht verschafft oder beim Zivilrechtsverfahren nicht gewahrt werden kann, wird auch die Privatautonomie verletzt.⁸⁸⁰ Deshalb sind nach dem BVerfG die Zivilgerichte verpflichtet, den Inhalt von Verträgen zu kontrollieren, um eine ungewöhnlich starke Belastung eines Vertragspartners und das Ergebnis

⁸⁷⁶ Schmitt, Reichsverfassung, S. 596; Isensee, Privatautonomie, Rn. 50 f.

⁸⁷⁷ Isensee, Privatautonomie, Rn. 90 ff.

⁸⁷⁸ Flume, BGB AT II, § 1, 10; Isensee, Privatautonomie, Rn. 50. Darüber hinaus enthält sie z.B. Berufsfreiheit, Eigentumsgarantie, Erbrechtsgarantie, Vereinsfreiheit, Koalitionsfreiheit, Meinungs- und Religionsfreiheit, allgemeine Handlungsfreiheit und Menschenwürdegarantie.

⁸⁷⁹ BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (959); auch BVerfGK 6, 92 (98).

⁸⁸⁰ Vgl. z.B. BVerfGE 81, 242 (254 ff.); 89, 214 (232 f.); 103, 89 (100 ff.)

strukturell ungleicher Verhandlungsstärke zu beseitigen.⁸⁸¹ Aber in der Praxis sind die Kriterien für eine Feststellung solcher Ungleichheit so vage, dass sie für jeden Einzelfall neu bestimmt werden müssen, deshalb spielen hier typisierende Regelungen und die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB eine wichtige Rolle, um eine absolute Vertragsfreiheit zu beschränken.⁸⁸²

Das RiS als Ausprägung des APR und Darstellung des Selbstbestimmungsrechts muss auch dem Grundsatz der Privatautonomie unterliegen. Aber bei Ungleichheit beider Parteien kann bei einer bloßen Selbstbestimmung in der Praxis der Zweck der Privatautonomie nicht immer erreicht werden, und dann werden die Informationsinteressen des Betroffenen verletzt.⁸⁸³ Um Transparenz und Gerechtigkeit der Datenverarbeitung zu erzielen, muss die bloße Selbstbestimmung durch die Rechtsschranken eingegrenzt werden. Diese Schranken schützen nicht nur die echte Selbstbestimmung des Betroffenen, sondern auch berechnete Interessen Dritter. Dazu müssen die Einwilligungen und Rechtsgeschäfte des Betroffenen nach relevanten Rechtsnormen vollständig geschützt werden und ihre Auswirkungen der Rechtsordnung unterliegen.

2. Einwilligung

Der Begriff der Einwilligung entspricht zunächst einem bestimmten Verhalten des Betroffenen, mit dem dieser seinen zustimmenden, erlaubenden Willen gebildet und geäußert hat.⁸⁸⁴ Nach dem RiS gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG bildet die Einwilligung die Grundlage der Rechtmäßigkeit eines Eingriffs.⁸⁸⁵ Aber das RiS ist nicht nur ein Abwehrrecht, sondern hat auch einen positiven Gehalt. Damit kann der Betroffene über die Verwendung der eigenen Daten selbst entscheiden. Deshalb dient die Einwilligung als Grundlage einerseits des Grundrechtsverzichts, andererseits

⁸⁸¹ BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36.

⁸⁸² Isensee, Privatautonomie, Rn. 116 ff.

⁸⁸³ Ausführlich vgl. Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 118 ff.

⁸⁸⁴ Geiger, NVwZ 1989, 35 (36).

⁸⁸⁵ Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 238; Radlanski, Konzept der Einwilligung, S. 68 f.

der Grundrechtsausübung.⁸⁸⁶ Diese zwei Funktionen können im APR nach § 823 Abs. 1 dargestellt werden, da das APR auch ein Selbstbestimmungsrecht auf Persönlichkeitsentfaltung (siehe Kap. 3, B, I, 2, b, iii) erkennt. D.h., der Betroffene ist sowohl in öffentlichen als auch in privaten Rechtsbeziehungen berechtigt, personenbezogene Information nach dem eigenen Willen positiv zu verwenden.⁸⁸⁷

Eine wirksame Einwilligung muss einige Bedingungen erfüllen. Vor allem muss der Einwilligende einwilligungsfähig sein.⁸⁸⁸ Dafür kann die Einwilligung als geschäftsähnliche Handlung (rechtsgeschäftliche Erklärung) betrachtet und ihre Wirksamkeit nach Einsichtsfähigkeit des Betroffenen gemäß §§ 104 ff BGB beurteilt werden.⁸⁸⁹ Außerdem muss die Einwilligung nach § 4a BDSG und Art. 7 DSGVO auf der Grundlage von Freiwilligkeit und ausreichender Informiertheit des Betroffenen geschehen, um fremde Einflüsse zu beseitigen und die freie Willensbildung zu wahren.⁸⁹⁰

3. Geschäftsfähigkeit

Die Wirksamkeit einer Einwilligung oder eines Rechtsgeschäftes fordert die volle Geschäftsfähigkeit des Betroffenen.⁸⁹¹ Diese Fähigkeit ist der Maßstab, um die Kompetenz einer natürlichen Person (Rechtssubjekt) zur Behandlung eigener Angelegenheiten und die rechtliche Zurechenbarkeit dieser Handlungen (Vornahme wirksamer Rechtsgeschäfte) zu beurteilen.⁸⁹² Wenn es dem Betroffenen an dieser Fähigkeit mangelt, könnte er eigene Angelegenheiten nicht vernünftig behandeln und eigene berechnete Interessen verletzen. In dieser Lage muss die Freiheit des Einzelnen beschränkt werden, weil es an die Voraussetzung der Privatautonomie und

⁸⁸⁶ Radlanski, Konzept der Einwilligung, S. 70 f.; Geiger, NVwZ 1989, 35 (37).

⁸⁸⁷ BVerfGE 81, 242 (254); 114, 73 (89 f.); MMR 2007, 93.

⁸⁸⁸ Simitis, BDSG § 4a, Rn. 23.

⁸⁸⁹ Holznagel/Sonntag, in: HdbDSR, Kap. 4.8 Rn. 21; Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Datenschutzrecht, S. 318.

Dagegen vgl. Ohly, Einwilligung, S. 202 f.; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 250. Darin werden eine „Renaissance der Rechtsgeschäftstheorie in modifizierter Form“ und ein flexiblerer Maßstab im Einzelfall verlangt.

⁸⁹⁰ Radlanski, Konzept der Einwilligung, S. 12 ff.; Tinnefeld/Ehmann/Gerling, Datenschutzrecht, S. 318 ff.

Ausführlich vgl. Teil 3, Kap. 2.1.2, II, 1 und 2.

⁸⁹¹ StaudingerBGB/Hager, § 823, Rn. C 178.

⁸⁹² Flume, BGB AT II, § 13, 1, S. 182; StaudingerBGB/Knothe, Vorb. zu §§ 104 ff., Rn. 2.

des Rechtsgeschäfts - der Einzelne kann eigene Rechtsverhältnisse in Selbstbestimmung vernünftig gestalten - mangelt. Dazu fungiert die Geschäftsfähigkeit als eine Beschränkung der Ausübung der informationellen Selbstbestimmung, um Interessen der Betroffenen, besonders die von Minderjährigen, zu schützen.

Theoretisch sollte die Beurteilung dieser Fähigkeit vom Geisteszustand der einzelnen natürlichen Person abhängig sein. Aber es ist im Wirtschaftsverkehr schwierig, für jede Person den konkreten Geisteszustand ihres Gegenübers zu klären, und dazu würde die Sicherheit des Rechtsverkehrs ernsthaft beeinträchtigt. Der Gesetzgeber des BGB hat deshalb das Alter des Rechtssubjekts als allgemeines Kriterium der Geschäftsfähigkeit aufgestellt. So bestimmt die Rechtsordnung einen typisierenden bzw. abgestuften Schutz, wodurch Minderjährigen eine beschränkte Geschäftsfähigkeit erteilt wird (§§ 104 Nr. 1, 106 BGB).

Weil Minderjährige nach gesetzlicher Ansicht eigene Angelegenheiten nicht vernünftig behandeln können, wird die völlige oder teilweise Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters gefordert, um die Wirksamkeit ihrer Rechtsgeschäfte auszufüllen und so die Interessen der Minderjährigen und ihrer Geschäftsgegner zu schützen.⁸⁹³ Kinder, die unter 7 Jahren sind, sind geschäftsunfähig, und ihre Willenserklärungen sind ohne Zugang ihres gesetzlichen Vertreters nichtig. Minderjährige von 7 bis 18 Jahren besitzen nur eine beschränkte Geschäftsfähigkeit, und ihre Willenserklärungen können in Ausnahmefällen ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters wirksam sein. Mit Vollendung des 18. Lebensjahres wird man aus gesetzlicher Sicht als volljährig betrachtet und bekommt die vollständige Geschäftsfähigkeit gewährt. Die Ausnahmen für Minderjährige betreffen hier vor allem nach § 107 BGB lediglich rechtliche vorteilhafte Willenserklärungen. Dieser lediglich rechtliche Vorteil schließt alle rechtliche Belastungen von sowohl

⁸⁹³ MüKoBGB/Schmitt, Vor § 104, Rn. 2 f.; Flume, BGB AT II, § 13, 2, S. 183.

Vermögens- als auch Persönlichkeitsgütern des Minderjährigen aus, wie Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfte, die Rechte vermindern oder Pflichten vermehren können, und dadurch kann der Minderjährige sich seine Rechtsstellung verbessern, um so einen ganz rechtlichen ungefährlichen Umstand für ihn zu schaffen.⁸⁹⁴ Ob das getätigte Geschäft für den Minderjährigen wirtschaftlich günstig oder nachteilig ist, ist jedoch ohne Belang.⁸⁹⁵ Dann können rechtlich nachteilige Geschäfte Minderjähriger aufgrund eines „beschränkten Generalkonsenses“ des gesetzlichen Vertreters auch wirksam sein. Dieser Generalkonsens kann nicht auf ein einzelnes Geschäft beschränkt werden, sondern muss dem Sinn und Zweck der §§ 107 ff. unterliegen: Die zulässigen Geschäfte müssen dem Alter, dem alltäglichen Leben und dem Erziehungszweck des Minderjährigen entsprechen.⁸⁹⁶ Nach § 110 BGB kann der Minderjährige, als Sonderfall zu § 107, ohne ausdrückliche Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters (aber innerhalb der allgemeinen Zulassung) einen rechtlich nachteiligen Vertrag schließen, um am wesentlichen sozialen Umgang teilzunehmen, wenn solche vertragsmäßigen Leistungen mit den überlassenen Mitteln des Minderjährigen erfüllt werden können.⁸⁹⁷

Diese Verbindung zwischen Altersgrenze und Handlungs- sowie Zurechnungsfähigkeit ist nur eine gesetzliche Einrichtung, und es ist im Einzelfall nach subjektivem Zustand bei jeder Person möglich, dass ihre echten Fähigkeiten mit den gesetzlichen Regelungen nicht vereinbar sind.⁸⁹⁸ Aber um die Rechtssicherheit zu wahren, erkennt der BGH nur begrenzte Ausnahmen an⁸⁹⁹, nämlich dass 1) man nach § 104 Nr. 2 BGB wegen psychisch krankhafter Störung der Geistestätigkeit, die die freie Willensbestimmung dauerhaft ausschließen muss, unabhängig von seinem Lebensalter geschäftsunfähig sein kann; 2) eine Anomalie in einem bestimmten

⁸⁹⁴ MüKoBGB/Schmitt, § 107 Rn. 34 ff.; Bork, BGB AT, Rn. 998.

⁸⁹⁵ BeckOK BGB/Wendtland, § 107 Rn. 3; BGH NJW 2005, 415 (417).

⁸⁹⁶ Flume, BGB AT II, § 13, 7, S. 195; StaudigerBGB/Knothe, § 107, Rn. 36 f.

⁸⁹⁷ Vgl. StaudigerBGB/Knothe, § 110, Rn. 7 ff.

⁸⁹⁸ Flume, BGB AT II, § 13, 2, S. 183; StaudigerBGB/Knothe, Vorb. zu §§ 104 ff., Rn. 9.

⁸⁹⁹ Bork, BGB AT, Rn. 980 ff.; Flume, BGB AT II, § 13, 3 ff.

Lebensbereich besteht, dann wird die Geschäftsfähigkeit in diesem Bereich beseitigt, und die Person wird als partiell geschäftsunfähig betrachtet; 3) man aufgrund relativer Geschäftsunfähigkeit der Geistesschwäche noch einfache Geschäfte tätigen kann, die für die Person gewohnt und für ihr tägliches Leben erforderlich sein müssen. Was aber Kritik verursacht, ist, dass dies zu großer Rechtsunsicherheit führen würde, da die Abgrenzung zwischen „einfach“ und „schwierig“, „normal“ und „ungewohnt“ sehr vage ist. Durch § 105a BGB verbessert der Gesetzgeber die Rechtsstellung volljähriger Geschäftsunfähiger, sodass deren Geschäfte des täglichen Lebens wirksam sein können, wenn sie mit geringwertigen Mitteln erfüllt werden und ihre Leistung und ggf. Gegenleistung schonend bewirkt sind.⁹⁰⁰ Auch fordert die Regelung, dass bei diesen Geschäften keine erhebliche Gefahr für Person oder Vermögen des Geschäftsunfähigen ausgelöst wird. Diese Norm ist eine Konzession des Gesetzgebers, damit kann der Geschäftsunfähige in geringem Umfang am angemessenen Rechtsverkehr teilnehmen, um dem Willen des Gesetzgebers – eine weitestmögliche Emanzipation des Einzelnen – Raum zu schaffen, ohne den von der Rechtsordnung gewährten Schutz aufzugeben.⁹⁰¹ Deshalb können die Geschäfte des Geschäftsunfähigen, die den Umgang mit den eigenen Daten erfordern, im Einzelfall wirksam sein, insofern sie die vorliegenden strengen Voraussetzungen erfüllen können.

Minderjährige zwischen dem 7. und dem 18. Lebensjahr können ihre Geschäfte über die Anwendung der eigenen Daten nach § 107 BGB ausüben, wenn sie entweder lediglich rechtliche Vorteile erlangen können oder aufgrund der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Auch können sie nach § 110 BGB bei eigenen überlassenen Mitteln Vermögensleistungen der Datenverarbeitung erfüllen. Fraglich ist, ob die Geschäfte von Minderjährigen in sozialen Netzwerken nach § 110 BGB ohne

⁹⁰⁰ MüKoBGB/Schmitt, § 105a Rn. 3 ff.

⁹⁰¹ StaudigerBGB/Knothe, § 105a Rn. 1; MüKoBGB/Schmitt, § 105a Rn. 1. Kritik dazu vgl. Kohler, JZ 2004, 348 (348 f.). Darin kritisiert der Autor, dass die Begriffe in der neuen Vorschrift unklar sind und deshalb die Norm in vielen Fällen schwierig anwendbar sei.

deutliche Zulassung auch wirksam sein können, wenn bei diesen Geschäften nicht normale Mittel, sondern die Daten der Minderjährigen abgegeben werden. Bei diesen „Mitteln“ i.S.v. § 110 handelt es sich regelmäßig um Geld sowie andere Vermögenswerte.⁹⁰² Sie können auch die Arbeitskraft des Minderjährigen betreffen, wenn diese Arbeitskraft, um eine vertragliche Leistung zu erfüllen, nur gelegentlich betätigt wird und die Eltern diese Arbeit nicht verboten haben.⁹⁰³ Die Abgabe personenbezogener Information ist in Bezug auf ihre Verwendung in sozialen Netzwerken die Gegenleistung eines Nutzungsvertrags. Manche meinen, dass sie als immaterielle Leistung nicht zum Mittel gehören kann.⁹⁰⁴ Aber andere betrachten die Informationen als Vermögensgegenstände, und dazu können sie als Mittel i.S.v. § 110 BGB eingeordnet werden.⁹⁰⁵ Weil die Nutzung von sozialen Netzwerken für die Persönlichkeitsentfaltung und Meinungsfreiheit der Minderjährigen von erheblicher Bedeutung sind, ist heutzutage in Bezug auf den Erziehungscharakter der §§ 106 ff. BGB eine völlige Ablehnung dieser Abgabe der Minderjährigen in der Praxis einerseits unmöglich.⁹⁰⁶ Andererseits können diese Anwendungen in den Minderjährigen auch schwerwiegende negative Folgen auslösen, die sowohl die Enthüllung personenbezogener Informationen als auch Beleidigungen gegen ihre Persönlichkeit enthalten können.⁹⁰⁷ Deshalb ist es nicht geeignet, diese Abgabe wie die Arbeitsleistung nach §§ 107, 113 BGB als eine Analogie zu § 110 BGB zu verstehen.⁹⁰⁸ Nach Art. 8 Abs.1 EU-DSGVO muss die Wirksamkeit der Einwilligung eines Minderjährigen in die Datenverarbeitung die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters voraussetzen. Die erforderlichen technischen Maßnahmen sind für Internetunternehmen auch nicht schwer, z.B. wenn ein Minderjähriger ein Konto in einem sozialen Netzwerk registrieren möchte, muss sein gesetzlicher Vertreter auch

⁹⁰² Coester-Waltjen Jura 1994, 668 (669); StaudigerBGB/Knothe, § 110 Rn. 11.

⁹⁰³ MüKoBGB/Schmitt, § 110 Rn. 12; StaudigerBGB/Knothe, § 110 Rn. 12. Manche befürworten, dass die rechtmäßige Arbeit sich nur auf gelegentliche Tätigkeiten beschränken soll. Vgl. Larenz/Wolf BGB AT § 25 Rn. 43.

⁹⁰⁴ Vgl. Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637 (640); MüKoBGB/Schmitt, § 110 Rn. 22.

⁹⁰⁵ Bräutigam, MMR 2012, 635 (637).

⁹⁰⁶ Vgl. Roßnagel, ZRP 1997, 26 (26 ff.); MüKoBGB/Schmitt, Vor § 104 Rn. 4.

⁹⁰⁷ Jandt/Roßnagel, MMR 2011, 637 (637).

⁹⁰⁸ Wintermeier, ZD 2012, 210 (213).

seine ID-Nummer (oder andere personenbezogenen Informationen, die der Minderjährige nicht einfach erfahren kann) eingeben, um Kenntnis und Zustimmung dieses Vertreters über die Datenverarbeitung darzustellen. Nach Art. 8 Abs. 2 DSGVO ist der Verantwortliche verpflichtet, diese angemessenen Maßnahmen entsprechend der verfügbaren Technik anzubieten.

4. Schuldvertragliche Selbstbestimmung

Die Selbstbestimmung bzw. Einwilligung des Betroffenen als Darstellung seines Willens betrifft nicht nur die Grundlage der Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in die Rechte und Rechtsgüter einer Person⁹⁰⁹, sondern auch die Willenserklärung, die einen Willen äußert und unmittelbar auf die Rechtswirkung ausgerichtet ist.⁹¹⁰ Damit kann der Wille des Betroffenen in die private Rechtsordnung eingeordnet werden und der Betroffene ein Rechtsgeschäft schaffen, das als eine Gestaltungsmaßnahme der Privatautonomie dient und die „Selbstgestaltung durch Selbstbestimmung“ des Einzelnen schützt.⁹¹¹ Danach kann das Handeln des Betroffenen für sich selbst stehen und die Vertragsfreiheit gewährleistet werden.⁹¹² Deshalb kann bei diesem Willen des Betroffenen ein Schuldverhältnis über den Umgang mit den eigenen Daten aufgestellt werden, und der Betroffene ist nach § 241 BGB berechtigt, das eigene Sozialprofil darzustellen und eine Gegenleistung des Verantwortlichen zu fordern.⁹¹³ Entsprechend der Funktion personenbezogener Information kann der Betroffene bestimmte Sozialdiensten austauschen, um die eigene Persönlichkeit zu entfalten (siehe Kap. 1, C, II).

Als Grundsteine der Privatgesellschaft und des Privatrechts müssen die Willenserklärung und das Rechtsgeschäft des Betroffenen völlig geschützt werden⁹¹⁴,

⁹⁰⁹ StaudigerBGB/Knothe, Vorb. zu §§ 104 ff., Rn. 57 f.

⁹¹⁰ BGH NJW 2001, 289 (290); Medicus, BGB AT, Rn. 175; Bork, BGB AT, Rn. 395 ff.

⁹¹¹ Canaris, Vertrauenshaftung, S. 413; Flume, BGB AT II, § 1, 1. Damit kann eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung geschaffen werden, in der die Willensäußerung nicht auf die Rechtsfolgen ausgerichtet ist. Vgl. Bork, BGB AT, Rn. 412 f.

⁹¹² Flume, BGB AT II, § 1, 6 ff.; StaudigerBGB/Singer, Vorb. zu §§ 116 ff., Rn. 6.

⁹¹³ MüKoBGB/Bachmann, § 241 Rn. 1.

⁹¹⁴ Vgl. Bork, BGB AT, Rn. 395 ff., 423 ff.

d.h. aufgrund des eigenen Willens kann der Betroffene seine eigenen Daten im weitesten Bereich für sich selbst anwenden. Aber dafür kommen die Beschränkungen der Willenserklärung und das Rechtsgeschäft in Betracht, und deshalb setzt die Selbstbestimmung über die Anwendung der eigenen Daten die rechtliche Wirksamkeit der Willenserklärung und des Rechtsgeschäftes voraus.

a. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

Formularverträge, die beim modernen Umgang mit Daten häufig angewendet werden, verlangen für ihren gesamten Inhalt die Einwilligung des Betroffenen, dafür kommen die §§ 305 ff. BGB in Betracht⁹¹⁵, sonst würde die Verwendung von AGB das APR beeinträchtigen.⁹¹⁶

Vor allem müssen gemäß § 305c Abs. 1 BGB überraschende Klauseln ausgeschlossen werden. Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn der Betroffene ausreichend informiert worden ist. Anders als der Verwender der AGB kann der Kunde oft die komplizierte und schwerverständlichen Inhalte der AGB nicht völlig erfassen, dazu muss der Kunde darauf vertrauen, dass Klauseln der AGB im Allgemeinen seinen Erwartungen entsprechen.⁹¹⁷ Deshalb werden Klauseln in den AGB nicht Vertragsbestandteil, wenn sie nach den jeweiligen Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht.⁹¹⁸ Die Beurteilung dieser Ungewöhnlichkeit ist vom Leitbild des Vertrages abhängig, d.h., die AGB-Klausel darf nicht derart vom Vertragszweck abweichen, dass der Kunde damit überrascht oder übertölpelt wird.⁹¹⁹ Insbesondere erfolgt diese Beurteilung in drei Schritten. Zunächst ist festzustellen, welche Vorstellungen und Erwartungen der

⁹¹⁵ Gola/Schomers, BDSG § 4a Rn. 23; DKWW/Däubler, BDSG § 4a Rn. 31 ff.

⁹¹⁶ BGH NJW 1999, 1864; NJW 1990, 2313 (2314); NJW 1999, 2279 (2282); NJW 2000, 2677; NJW 2010, 864 (865).

⁹¹⁷ BT-Drs. 7/3919 S. 19; dazu auch vgl. BGH NJW 1977, 195 (195 f.).

⁹¹⁸ Vgl. StaudigerBGB/Schlosser, § 305c Rn. 2; MüKoBGB/Basedow, § 305c Rn. 1.

⁹¹⁹ BGH NJW 1982, 2369; 1990, 576 (577); 1993, 779 (780); NJW-RR 2004, 780 (781).

Kunde für die Inhalte der AGB haben dürfte; dann ist der strittige Inhalt zu ermitteln; schließlich ist zu bestimmen, ob die Diskrepanz so groß ist, dass sie für den Kunden als „Überraschung“ betrachtet werden muss. Gewöhnliche Vorstellungen und Erwartungen des Kunden sollten von durchschnittlicher Geschäftserfahrung und den jeweiligen genannten Umständen abhängig sein.⁹²⁰ Erwartungen, die nach besonderer persönlicher Erfahrungen des Kunden entstanden sind, kommen deshalb nicht in Betracht. Die Bezeichnung „Überraschung“ fordert, als Folge der Diskrepanz einen Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt für den Kunden auszulösen, auf den der Kunde den Umständen entsprechend vernünftigerweise nicht gefasst ist.⁹²¹ Im Fall der Datenverarbeitung bedeutet diese „Überraschung“, dass betreffende Klauseln mit einem derartigen Datenverarbeitungszweck nach allgemeiner Erkenntnis deutlich nicht übereinstimmen, wie die Erhebung unnötiger Daten, die Entfernung wesentlicher Pflichten oder das Durchführen überflüssiger Verarbeitungen. Dann müssen solche Klauseln nach einzelnen Umständen ausscheiden.⁹²²

§ 307 BGB beschränkt den Inhalt aller AGB. Er muss nach § 307 Abs. 1 den Geboten von Treu und Glauben entsprechen, klar und verständlich sein, um ungleiche Kenntnisse und Verhandlungspositionen auszugleichen und damit zur Sicherung der Vertragsfreiheit den Schutz gegen die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch den Verwender zu garantieren.⁹²³ § 307 Abs. 1 S. 1 verhindert, dass Klauseln von AGB den anderen Vertragspartner unangemessen benachteiligen, und dieses Verbot wird in § 307 Abs. 2 beispielhaft konkretisiert. Eine solche Benachteiligung setzt zunächst voraus, dass die Rechtslage des Kunden wegen dieser Klauseln erheblich schlechter gestellt wird.⁹²⁴ Sie kann sich als beschränkte Rechte oder übermäßige Pflichten, die von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen

⁹²⁰ Vgl. BGH NJW 1988, 558 (559 f.); NJW 1995, 2553 (2554); GRUR 2005, 62 (69).

⁹²¹ BGH NJW 1987, 1885 (1885); 1990, 576 (577); NJW-RR 2004, 780 (781).

⁹²² BGH NJW 1992, 1822 (1823); NJW 1997, 2677; MüKoBGB/Basedow, § 305c Rn. 10 ff.

⁹²³ BGH NJW 1974, 2825; 1995, 2034; 2010, 1277 (1278).

⁹²⁴ Ulmer/Fuchs, AGB-Recht, § 307 Rn. 93 f.; StaudingerBGB/Coester, § 307 Rn. 90.

Regelung abweichen oder die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, darstellen. Zur „Unangemessenheit“ verweist § 307 auf die Beachtung von „Treu und Glauben“, und nach § 242 BGB liegt eine „Benachteiligung von erheblichem Gewicht“ vor.⁹²⁵ Dazu ist die Interessenabwägung zwischen dem Verwender und dem Kunden im Einzelfall zu berücksichtigen.⁹²⁶ Nach „Treu und Glauben“ und dem gesamten Vertragsinhalt können dafür die Benachteiligung des Kunden, die rechtfertigenden Gegeninteressen des Verwenders, die daraus folgende Erforderlichkeit der Interessenbeeinträchtigung und deren mögliche Kompensation durch anderweitige Vorteile in Betracht kommen.⁹²⁷ § 307 Abs. 1 S. 2 stellt das Transparenzgebot auf und fordert klare und verständliche Inhalte der AGB-Klauseln, sonst kann sich auch eine unangemessene Benachteiligung des Kunden daraus ergeben. Danach müssen Inhalte der AGB, besonders die Rechte und Pflichten des Kunden, durch eine entsprechende Ausgestaltung und geeignete Formulierung der Vertragsbedingungen durchschaubar richtig, bestimmt und möglichst klar dargestellt sein.⁹²⁸ Maßstab dieser Verständlichkeit muss von den Erkenntnismöglichkeiten und Erfahrungen eines durchschnittlichen Vertreters der angesprochenen Kundenkreise abhängig sein.⁹²⁹ Die Verständlichkeit betrifft dann nicht nur die bloße Formulierung der Klausel, sondern auch ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung.⁹³⁰

Deshalb verlangt die datenschutzrechtlich wirksame Einwilligung in AGB Klarheit und Verständnis des Formularvertrags (§ 307 Abs. 1 BGB), die AGB dürfen weder den Grundgedanken der Gesetzesvorschrift, von dem sie Abweichungen vorsehen, noch den Vertragszweck verletzen (§ 307 Abs. 2 BGB); und sie sind kundenfreundlich auszulegen (§ 305c Abs. 2 BGB). Dadurch können Defizite in Klarheit und Transparenz

⁹²⁵ MüKoBGB/Wurmnest, § 307 Rn. 32; StaudingerBGB/Coester, § 307 Rn. 91; Ulmer/Fuchs, AGB-Recht, § 307 Rn. 101.

⁹²⁶ StaudingerBGB/Coester, § 307 Rn. 95; MüKoBGB/Wurmnest, § 307 Rn. 33. Ulmer/Fuchs, AGB-Recht, § 307 Rn. 121 ff.

⁹²⁷ Ulmer/Fuchs, AGB-Recht, § 307 Rn. 104 ff.; StaudingerBGB/Coester, § 307 Rn. 96; MüKoBGB/Wurmnest, § 307 Rn. 34 ff.

⁹²⁸ BGH NJW 2005, 2567 (3569); 2006, 211 (213); Bork, BGB AT, S. 700

⁹²⁹ BGH NJW-RR 2011, 1144 (1145); MüKoBGB/Wurmnest, § 307 Rn. 62.

⁹³⁰ EuGH EuZW 2014, 506 Rn. 74.

beim Einwilligungsprozess beseitigt und Voraussetzungen des § 4a BDSG erfüllt werden, um die private Selbstbestimmung und die Datenschutzinteressen des Kunden zu schützen.⁹³¹

b. Treu und Glauben

Der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB als Generalklausel fordert den Schuldner auf, die Leistung des Schuldverhältnisses nach sozialem Wertvorstellungen in tatsächlich beherrschenden Verkehrsübungen durchzuführen, um die Rechtsethik, das Allgemeininteresse sowie Recht und Gerechtigkeit im Rechtsverkehr zu wahren.⁹³² Der Begriff „Treu und Glauben“ hat eine lange Tradition⁹³³, jedoch ist sein Inhalt noch unbestimmt. „Treu“ bezeichnet die Leistungspflicht des Schuldners, die berechtigten Interessen des Gläubigers zu berücksichtigen, um das Schuldverhältnis im Sinne eines gerechten Interessenausgleichs zu schützen.⁹³⁴ „Glaube“ meint das Vertrauen in das Schuldverhältnis und fordert die Wahrung dieses Verhältnisses.⁹³⁵ Nach § 242 muss der konkrete Inhalt von Treu und Glauben „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ erfolgen, d.h., er ist keine Fiktion oder Illusion, sondern muss in tatsächlichen Ausübungen gültig sein, genauer, es muss in einer größeren Zahl von Fällen gleichartig verfahren werden.⁹³⁶ Entsprechend diesem unbestimmten Begriff ist der normative Gehalt des Grundsatzes noch umstritten, und er kann nur in einzelnen Fällen durch eine Interessenabwägung konkretisiert werden.⁹³⁷ Damit kann diese Generalklausel aufgrund ihrer Offenheit als Grundlage der Wertentscheidung und als Wertungshilfe dienen, um die Lücken im vorhandenen Recht zu füllen, Varianten der Gesellschaft anzupassen und die zukünftige Rechtsfortbildung zu unterstützen.⁹³⁸

⁹³¹ BGH NJW 1986, 46; OLG Hamburg ZIP 1983, 1435 (1436); auch StaudingerBGB/Coester, § 307 Rn. 551.

⁹³² MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 8 ff.; StaudingerBGB/Looschelders, § 242 Rn. 138 ff.

⁹³³ Ausführlich vgl. Weber JuS 1992, 631 (631 f.); StaudingerBGB/Looschelders, § 242 Rn. 6 ff.

⁹³⁴ StaudingerBGB/Looschelders, § 242 Rn. 140.

⁹³⁵ StaudingerBGB/Looschelders, § 242 Rn. 141.

⁹³⁶ StaudingerBGB/Looschelders, § 242 Rn. 160 f.

⁹³⁷ MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 140 ff.; StaudingerBGB/Looschelders, § 242 Rn. 211 ff.

⁹³⁸ MüKoBGB/Schubert, § 242 Rn. 3 f.; 24 f.

Im Fall der Ausübung der informationellen Selbstbestimmung bzw. der Einwilligung in die Datenverarbeitung müssen die Rechtsgeschäfte des Betroffenen im Schuldverhältnis nach § 242 beschränkt werden. Diese Beschränkung muss besonders dann beachtet werden, wenn der Betroffene die Einwilligung widerrufen möchte.⁹³⁹ Nach §§ 4a, 20 BDSG und Art. 7 DSGVO ist der Betroffene berechtigt, seine Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Aber die Durchführung des Widerrufsrechts beendet das Schuldverhältnis zwischen beiden Parteien bei Entziehung der Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung und kann eine gewisse Beeinträchtigung für das Gegenüber auslösen. Obwohl der Verantwortliche einen möglichen Einwilligungswiderruf des Betroffenen vorbereiten kann, muss der Betroffene bei seinem Widerruf nach Treu und Glauben einige Voraussetzungen erfüllen, um berechnete Interessen der Verantwortlichen zu schützen.⁹⁴⁰ Vor allem kann der Widerruf berechnete sein, wenn die Umstände der vorhandenen Datenverarbeitung sich so verändern, dass die Grundlage für die ehemalige Einwilligung nicht mehr besteht, wie z.B. bei Veränderung der Verarbeitungsbedingungen oder der Abschaffung rechtsgeschäftlicher Beziehungen.⁹⁴¹ Der Widerruf kann auch unproblematisch sein, wenn die betreffenden Daten nicht verarbeitet oder sonst genutzt wurden.⁹⁴² Außerdem muss der Widerruf in einer höchstpersönlichen, schriftlichen oder elektronischen Form dargestellt werden⁹⁴³ und unter bestimmten Umständen dem Verantwortlichen genügend Zeit einräumen⁹⁴⁴, damit er die veränderte Lage deutlich verstehen und vernünftig handeln kann. Wenn der Widerruf gegen Treu und Glauben verstößt, ist er unzulässig, und der Betroffene muss Schadensersatz leisten. Das ist ähnlich wie die Verletzung der Haupt- oder Nebenpflicht eines rechtmäßigen Vertrags, weil diese Verletzung wesentliche

⁹³⁹ Gola/Schomerus, BDSG, § 4a Rn. 38; Simitis, BDSG, Rn. 4a Rn. 94.

⁹⁴⁰ Gola, DuD 2001, 278 (279); Gola/Schomerus, BDSG, § 4a Rn. 38.

⁹⁴¹ Schaffland/Wiltfang, BDSG § 4a Rn. 26; Gola/Schomerus, BDSG § 4a Rn. 38; Roßnagel/Holzschlag/Sonntag, HdbDSR 4.8 Rn. 65 f.

⁹⁴² DKWW/Däuber, BDSG § 4a Rn. 38; Simitis, BDSG § 4a Rn. 98.

⁹⁴³ Plath, BDSG § 4a Rn. 72; Gola/Schomerus, BDSG § 4a Rn. 39.

⁹⁴⁴ Simitis, BDSG § 4a Rn. 101; Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, 270 f.

Datenverarbeitungsinteressen des Verantwortlichen, die nach Vertragsschluss noch fortbestehen, beeinträchtigen würde.

c. Sittenwidrigkeit

Als ein wesentlicher Grundsatz für Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen kann auch die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB die Ausübung der informationellen Selbstbestimmung beschränken.⁹⁴⁵ Danach ist eine Selbstbestimmung, die gegen die guten Sitten verstößt, nichtig.

„Gute Sitten“ ist ein umfassender Rechtsbegriff, er ist in der Rechtspraxis auszulegen und zu konkretisieren. Zunächst sind die guten Sitten nach Rechtsprechung des RG und des BGH das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“.⁹⁴⁶ Dieses Anstandsgefühl soll nicht einfach durch Meinungsumfragen festgestellt, sondern je nach den Lebensumständen des Betroffenen (wie die Kompetenz eines Profis oder eines Laien) im konkreten Einzelfall gerecht und billig bestimmt werden.⁹⁴⁷ Dazu kann der Richter als Repräsentant der gerecht und billig Denkenden nach den Maßstäben der herrschenden Rechts- und Sozialmoral den Inhalt der guten Sitten im konkreten Fall bestimmen.⁹⁴⁸ Damit kann die Sittenwidrigkeitsklausel als Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften fungieren, die Lücken zu missbilligenden Handlungen schließen und das Recht fortbilden helfen, um eine Abwägung zwischen der Vertragsfreiheit und dem Schutz der Beteiligten zu erzielen.⁹⁴⁹ Ausführlich dürfen nach § 138 Abs. 1 der objektive Inhalt, das subjektive Motiv und der Zweck eines Rechtsgeschäfts (oder der rechtsgeschäftsähnlichen Handlung) nicht gegen grundlegende Wertungen der Rechts- und Sittenordnung verstoßen, und das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ist nicht von der Kenntnis eines Betroffenen,

⁹⁴⁵ Palandt/Ellenberger, § 138 Rn. 11;

⁹⁴⁶ RGZ 48, 114 (124); 80, 219 (221); 120, 142 (148); BGH NJW 1953, 1665; 1955, 1274; 1982, 1455.

⁹⁴⁷ Sach, GRUR 1970, 493 (497); ders., NJW 1985, 761 (763). Für Kritik an seiner Leerformel und Unbrauchbarkeit vgl. Haberstumpf, S. 74 f.; Heldrich AcP 186 (1986), 74 (94); Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, § 5 II 1b Rn. 10; Sach, NJW 1985, 761 (764).

⁹⁴⁸ BVerfGE 7, 198 (206) = NJW 1958, 257. Ähnlich auch Sach, NJW 1985, 761 (763 f.); MüKoBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 14 f.

⁹⁴⁹ StaudigerBGB/Sach, § 138 Rn.4, 14 ff.; MüKoBGB/Armbrüster, § 138 Rn. 11 ff.

sondern von der Gesamtwürdigung abhängig.⁹⁵⁰ Deshalb ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn der Betroffene auf grundrechtlich geschützte Rechtsgüter verzichtet oder geschützte Interessen Dritter verletzt.

Im Rahmen der informationellen Selbstbestimmung ist das private Herrschafts- und Verfügungsrecht über die eigenen Daten nicht grenzenlos, und seine Ausübung in privaten Beziehungen muss nach den guten Sitten, wegen der Wichtigkeit der personenbezogenen Information und ihrer engen Verbindung mit der eigenen Persönlichkeit strenger beschränkt werden. Vor allem muss die personenbezogene Information als Geschäftsgegenstand grundsätzlich übertragbar sein. Die personenbezogene Information und die auf sie bezogenen Persönlichkeitsgüter bzw. Persönlichkeitsrechte sind abtrennbar, und manche von ihnen sind unübertragbar, wie die Interessen, die unmittelbar mit dem Wesensgehalt einer Person verbunden sind.⁹⁵¹ Im Gegensatz dazu sind gewisse Persönlichkeitsbestandteile und die auf sie bezogenen Informationen übertragbar, besonders solche Informationen, die wirtschaftliche Relevanz haben und zum Zweck der Kommerzialisierung ausgestaltet wurden. Traditionell werden diese Rechtsgüter und Informationen als Splitter, Details und außerhalb der Person liegende eigenpersönliche Gegenstände betrachtet.⁹⁵² Aber manche halten diese in Anlehnung an das Urheberrecht für verselbstständigte übertragbare Persönlichkeitsgüter, die vom Betroffenen ausschließlich oder einfach benutzt werden.⁹⁵³ Nach der Rechtsprechung des BGH erkennt der Gerichtshof auch eine gewisse Übertragbarkeit der Persönlichkeitsgüter an, wenn diese sich auf vermögensrechtliche Bestandteile des APR beziehen, um die Verwertung der Persönlichkeitsmerkmale des Betroffenen zu schützen.⁹⁵⁴ Diese „vermögenswerten Bestandteile“ der Persönlichkeitsgüter sind nicht die Persönlichkeit, sondern

⁹⁵⁰ BGH NJW 1985, 2405 (2406).

⁹⁵¹ Forkel, NJW 1993, 3181; Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 132 f.

⁹⁵² Hubmann, Persönlichkeitsrecht, S. 165; Ullmann, AfP 1999, 209 (210); Koos, GRUR 2004, 808 (811).

⁹⁵³ Vgl. Forkel, NJW 1993, 3181 (3182); Götting, Persönlichkeitsrechte, S. 279; Ohly, Einwilligung, S. 165.

⁹⁵⁴ BGHZ 143, 214 = NJW 2000, 2194 (2197); ähnlich auch ErmanBGB/Ehmann, Anh § 12 Rn. 265; MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 40 f. Zu späteren Entscheidungen vgl. NJW-RR 2011, 1182; NJW 2013, 793.

immaterielle Produkte, die nicht mit dem bestimmten Betroffenen verbunden sind, da der Markt sich nicht für die reale Person hinter diesen Rechtsgütern und Informationen, sondern nur für die Ergebnisse ihrer kommerziellen Verwertungen interessiert.⁹⁵⁵ Aber die Kommerzialisierung dieser vermögenswerten Bestandteile von Persönlichkeitsgütern muss darüber hinaus der Verfassungsrechtsordnung unterliegen, d.h., die Allgemeininteressen, die Rechte anderer und die eigenen wesentlichen Interessen dürfen nicht verletzt werden. Weil bei der Verwertung der Information die Persönlichkeit des Betroffenen für Dritte verfügbar ist, kann die Individualität des Einzelnen gefährdet sein.⁹⁵⁶ Hier besteht eine komplizierte Abwägung zwischen der Nutzung eigener Daten, dem Schutz der eigenen Persönlichkeit und dem Allgemeininteresse. Der Maßstab für diese Abwägung, inwieweit man eigene Daten veröffentlichen kann, und die Bedeutung der Verwertung der eigenen Daten für die Persönlichkeitsentfaltung haben sich mit dem Wandel der sozialen Ideen verändert. So dient die Sittenwidrigkeit als ein dynamisches Instrument, diese unbestimmten moralischen Maßstäbe im Einzelfall zu erfassen. Darum muss der Betroffene zumindest eigene Informationen nach ausreichender Informiertheit über ihre Weise und ihren Zweck, vernünftiger Überlegung ihrer Auswirkungen und Rechtsfolgen, Minimierung verfügbarer Daten (gemäß einzelner Erfahrung und Kompetenz) sowie positiver Grundhaltung (oder mindestens nicht negativ) gegenüber Dritten und der Allgemeinheit verwenden.⁹⁵⁷

5. Vertragliche Haftungen

Wenn die Ausübung der Selbstbestimmung den vorhandenen Vertrag sowie die bezogenen Rechtsgüter verletzt, muss der Betroffene vertragliche Haftungen übernehmen. Nach § 7 Abs. 1 BDSG kann ein Schadensersatzanspruch bestehen,

⁹⁵⁵ MüKoBGB/Rixecker, Anh. zu § 12, Rn. 41.

⁹⁵⁶ Wie in Fällen der Entstehung eines unerwünschten Eindrucks, vgl. BGH NJW 1965, 2395 (2396); BGH GRUR 1965, 264 ; NJW 1995, 861; BVerfG NJW 1980, 2070; BGH NJW 1998, 1391. Und auch in Fällen von eigenen unvernünftigen und entstellenden Darstellungen, vgl. BGH NJW 1971, 1359; 1989, 2251; 1990, 1986.

⁹⁵⁷ Forkel, GRUR 1988, 491 (492 f.); ders., NJW 1993, 3181 (3182).

wenn die Datenverarbeitung nach anderen Vorschriften unzulässig oder unrichtig ist. Dazu können vertragliche Schadensersatzansprüche in erster Linie nach § 280 Abs. 1 und § 241 Abs. 2 BGB wegen der positiven Forderungsverletzung einer vertraglichen Haupt- oder Nebenpflicht über die missbräuchliche Verarbeitung personenbezogener Daten entstehen. In diesen Fällen verwendet der Verantwortliche die Daten der Betroffenen nach dem Vertragsverhältnis, und sowohl die Betroffenen als auch die Verantwortlichen sind verpflichtet, die Interessen ihrer Vertragspartner nach den vertraglichen Haupt- und Nebenpflichten zu schützen, sonst kann die unzulässige Verwendung der Daten einen Verstoß gegen die Hauptpflicht des Vertrages verursachen. Folglich wird ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§§ 323 ff. BGB) ausgelöst, wie die Weitergabe der Personalakte an Dritte, das Brechen des Bankgeheimnisses gegenüber Dritten ohne die Einwilligungen der Betroffenen, eine unzulässige Übermittlung persönlicher Informationen vom Arbeitnehmer an andere Arbeitgeber, der Widerruf einer Einwilligung gegen Treu und Glauben oder eine Verwendung der eigenen Daten gegen einen verbindlichen Vertragsinhalt, sogar gegen die guten Sitten. In gleicher Weise können Schadensersatzansprüche bei einem Datenschutzverstoß auch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB begründet sein. Danach entsteht eine Haftung für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten wegen eines Verschuldens bei unvernünftiger Vertragsverhandlung (*culpa in contrahendo*), z.B. wenn in Vorverhandlungen offengelegte Daten an Dritte übermittelt oder Informationen über Stellenbewerber an andere Arbeitgeber weitergegeben werden. Außerdem beschränkt sich nach § 253 BGB die vertragliche Haftung in den meisten Fällen auf Vermögensschäden, die den tatsächlichen Schaden, den entgangenen Gewinn nach § 252 BGB, den notwendigen Aufwand nach § 256 BGB und die Haftung eines Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB enthalten.

C. Zwischenergebnis

Die Auswirkung des RiS auf die private Rechtsbeziehung nach der Funktion des Grundrechts besitzt zwei Seiten. Eine Seite ist die Schutzpflichtfunktion, die als

allgemeine Rechtsordnung jeder Rechtsnorm sowohl im öffentlichen als auch im Privatrecht fordert, Idee und Wesensgehalt des Grundrechts zu schützen. Die andere Seite ist die mittelbare Drittwirkung, mit dieser kann das Grundrecht durch wertausfüllungsfähige sowie wertausfüllungsbedürftige Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts in privaten Rechtsbeziehungen ausgeführt werden.

Personenbezogene Information als ein Rechtsgegenstand enthält Persönlichkeits- und Vermögensgüter, und die informationelle Selbstbestimmung betont die Herrschaft des Betroffenen über seine eigenen Daten. Entsprechend der Funktion personenbezogener Information (siehe Kap. 1, C) bestehen noch zwei weitere Auswirkungen des RiS im Zivilrecht.

Um die Selbstbestimmung über die eigenen Daten zu schützen, setzt die Datenverarbeitung nach der Schutzpflicht des Grundrechts gemäß vielen Zivilrechtsvorschriften einerseits die Einwilligung des Betroffenen voraus. Dazu verstößt jede Datenverarbeitung, die nicht auf Einwilligung oder Gesetzesgrundlage beruht, gegen Rechtsnormen wie § 4 BDSG und Art. 6 EU-DSGVO sowie Persönlichkeitsrechte wie das ARP, das Namensrecht, das Markenrecht, das Urheberpersönlichkeitsrecht und das Recht am eigenen Bild. Um die Wirksamkeit der informationellen Selbstbestimmung zu sichern, werden im BDSG und künftig in der EU-DSGVO zusätzliche Rechte aufgestellt, nämlich das Recht auf Berichtigung, das Auskunftsrecht und das Recht auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Widerspruch. Diese Rechte bilden ein dreistufiges Schutzsystem, das den Betroffenen berechtigt, zunächst über die Tatsache der Datenverarbeitung benachrichtigt zu werden, dann nach eigener Beantragung über deren Details und den aktuellen Zustand informiert zu werden und schließlich auf der Grundlage ausreichender Informiertheit über die Eignung der Datenverarbeitung selbst zu entscheiden. Außer diesen Befugnissen zur Informiertheit erkennen das BDSG und die EU-DSGVO auch die Umkehr der Beweislast an, damit muss der Verantwortliche verpflichtet sein, die Rechtmäßigkeit der Einwilligung und die eigene Unschuld nachzuweisen. Diese

Rechtsmaßnahmen können die technische und informierte Ungleichheit zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen ausgleichen. So kann unzulässige und unrichtige Datenverarbeitung vom Betroffenen erkannt werden, und es ist einfacher für ihn, in Rechtsverfahren Schadensersatz zu beanspruchen.

Andererseits ist die eigene Freiwilligkeit im Rahmen der Ausübung informationeller Selbstbestimmung bzw. der Verwertung der eigenen Daten nicht grenzenlos. Nach dem Begriff des Rechtsgeschäfts wird die Selbstbestimmung des Betroffenen unbedingt geschützt, während sie noch die Voraussetzungen rechtmäßiger Rechtsgeschäfte erfüllen muss. D.h., der Betroffene muss vor allem geschäftsfähig sein, und seine Handlungen müssen dem zivilrechtlichen Grundsatz von „Treu und Glauben“ sowie der „Sittenwidrigkeit“ unterliegen, sonst wird sein Rechtsgeschäft über die Verwertung eigener Daten unwirksam sein.

Ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung ergibt sich grundsätzlich durch unzulässige und unrichtige Datenverarbeitung. Dazu wird Schadensersatz bei der Haftung wegen des Datenschutzverstoßes nach vielfältiger Anspruchsgrundlage ausgelöst. Gemäß § 7 BDSG und § 823 BGB kann der Betroffene sowohl materiellen als auch immateriellen Schadensersatz verlangen. Materieller Schadensersatz enthält regelmäßig tatsächlichen Schaden, entgangenen Gewinn und notwendigen Aufwand. Als immaterieller Schadensersatz wird vor allem Schmerzensgeld aufgrund schweren Schadens beansprucht, wobei die Summe des Schmerzensgelds nach der dreifachen Schadensberechnungsmethode berechnet werden kann. Darunter sind die Herausgabe des erzielten Gewinns und das Verlangen der Lizenzgebühr in Fällen von Zwangskommerzialisierung besonders wichtig, weil es dabei oft schwierig ist, einen bestimmten tatsächlichen Schaden des Betroffenen zu berechnen. Um die Präventionsfunktion des Zivilrechts zu wahren und zukünftige Eingriffe abzuwehren, müssen alle Gewinne des Verantwortlichen wegen unzulässiger Datenverarbeitung aberkannt oder notwendiger Aufwand über eine gestattete Verwertung bezahlt werden. Auch für nicht schweren Schaden werden sonstige Schadensersatz-

methoden angewendet, damit der Betroffene verlangen kann, die unzulässige Datenverarbeitung zu berichtigen, zu beenden sowie die betroffene Rechtsgutsbeeinträchtigung und Störung der Datenverarbeitung zu beseitigen.

Zusammen bilden die vorliegenden Rechtsmaßnahmen die Grundlage eines vollständigen Schutzes der privaten informationellen Selbstbestimmung. Nach der Rechtspraxis des BVerfG und des BGH ist dieses Schutzsystem grundsätzlich wirksam, mit ihm kann die Ungleichheit zwischen Betroffenen und Verantwortlichen ausgeglichen werden, und der Betroffene kann nach eigener Freiwilligkeit über den Vorgang der Datenverarbeitung entscheiden.

Können die vorhandenen chinesischen Rechtsnormen eine ähnliche Auswirkung erreichen? Was sind die Mängel des bestehenden Rechtssystems, und welche Maßnahmen können durchgesetzt werden, um diese Mängel zu beheben? Diese Fragen werden im nächsten Teil mit Verweis auf das deutsche Recht diskutiert.

Kapital 4: Schutz der personenbezogenen Information im chinesischen Zivilrecht

Mit der enormen Verbreitung der Internetanwendungen hat sich auch die Bedrohung für die unangemessene Verwendung personenbezogener Information erheblich erhöht⁹⁵⁸, womit ein dringendes Bedürfnis nach Informationensicherheit einhergeht. Anders als in Deutschland gibt es in China kein selbstständiges Datenschutzgesetz, und auch die Verfassungsrechte können in der Rechtspraxis nicht angewendet werden. Darum kommen für die Richter nur Rechtsnormen aus dem Zivilrecht, dem Verwaltungsrecht, dem Strafrecht usw. in Betracht. Im folgenden Teil werden Umstände und Beschränkungen des chinesischen Zivilrechts in Bezug auf den Schutz personenbezogener Information untersucht und in der deutschen Rechtstheorie und -praxis nach möglichen Lösungsansätzen für die kommende Gesetzgebung gesucht⁹⁵⁹, um Mängel im vorhandenen Rechtssystem zu beheben.

A. Rechtspraxis des Schutzes eigener Information

In Bezug auf den Schutz personenbezogener Informationen im chinesischen Zivilrecht sind zwei Rechte betroffen: das Recht auf Privatsphäre (RPS) aus den USA und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) aus Deutschland. Anders als besondere Persönlichkeitsrechte, wie das Namensrecht, das Recht am guten Ruf, das Recht am Bild usw., können diese zwei Rechte einen umfassenden Schutzbereich anbieten, um den Zweck des völligen Schutzes zu erreichen.

⁹⁵⁸ Laut dem „Statistischen Bericht über die Internetentwicklung in China“ des China Internet Network Information Center (CNNIC) gab es in China im Jahr 2001 nur ca. 34 Millionen Internetnutzer, aber im Jahr 2014 stieg diese Zahl auf 668 Millionen an. Gleichzeitig erhöhte sich die Bedrohung für die Datensicherheit. Im Jahr 2014 äußerten 49% der Internetnutzer entsprechende Ängste, und 46,3% der Nutzer berichteten von Bedrohungen dieser Sicherheit, von denen sich mehr als die Hälfte auf die Sicherheit der eigenen Information bezog. Vgl. CNNIC, Statistischer Bericht über die Internetentwicklung in China, 2002. 1 (4); 2015. 1 (21); 2016. 1 (1).

⁹⁵⁹ Gemäß dem „Bericht des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses“ ist die Gesetzgebung des BGB AT jetzt in der letzten Prozessphase angelangt und ein Persönlichkeitsgesetz im Gespräch. Vgl. „Das BGB AT wird innerhalb dieses Jahr verabschiedet“, Volkszeitung (人民日报), 3. Nov. 2016, S. 2. Seit dem 2. Entwurf des BGB AT (2016) ist das Recht auf personenbezogene Information als ein allgemeines Zivilrecht anerkannt.

I. Gewährleistung durch das Recht auf Privatsphäre

1. Das Recht auf Privatsphäre und der Schutz personenbezogener Information

Das Wort „Privatsphäre“ („隐私“ oder „阴私“) ist nicht neu im Chinesischen, jedoch hatte es früher nur eine negative Bedeutung. Das Zivilrecht erkannte in den „Allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts der VR China“ (AGZ) (民法通则), die 1986 verabschiedet wurden, das Recht auf Privatsphäre (RPS) noch nicht an. Aber in späteren gerichtlichen Auslegungen (司法解释/Judicial Interpretation) wurde das RPS vom Obersten Volksgerichtshof (OstVG) durch das Recht auf Ehre geschützt.⁹⁶⁰ Danach wurde das RPS in der „Erklärung zu einigen Fragen der seelischen Schadensersatzhaftungen (2001)“ (精神损害赔偿责任若干问题的解释) erstmalig unmittelbar anerkannt, trotzdem wurde es den „sonstigen persönlichen Interessen“ zugeordnet. Die Anerkennung des RPS als selbstständiges Zivilrecht wurde schließlich 2009 nach Ausführung des „Delikthaftungsgesetzes der VR China“ (DHG) (侵权责任法/Tort Liability Law of PRC) verwirklicht. In § 2 Abs. 2 DHG wird das PRS deutlich als typisches Recht für den Schutz zivilrechtlicher Güter und Interessen geregelt.⁹⁶¹ Kürzlich setzte der 3. Entwurf des BGB AT (Dez. 2016) die Norm des DHG fort, sodass nach § 109 das RPS als ein selbstständiges Zivilrecht anerkannt wird. Es ist allerdings bedauerlich, dass es im Gesetz keine Definition des RPS gibt. Deshalb ist es die Aufgabe der Rechtswissenschaftler und der Rechtspraxis, seinen Schutzbereich zu bestimmen.⁹⁶²

Die Anwendung des RPS soll mit der Erläuterung seines Schutzgegenstandes, der Privatsphäre, beginnen. In der chinesischen Literatur wird Privatsphäre mit Bezug auf

⁹⁶⁰ Vgl. „Erläuternde Antworten des OVG auf einige Fragen bezüglich der Behandlung von Fällen zum Recht am guten Ruf“ (最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解释), 2003, § 7 Abs. 3.

⁹⁶¹ Ausführlich dazu Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 594 ff. Gemäß § 2 II DHG enthalten die geschützten Zivilrechte und Interessen im Gesetz das „right to life, the right to health, the right to name, the right to reputation, the right to honor, right to self-image, right of privacy, marital autonomy, guardianship, ownership, usufruct, security interest, copyright, patent right, exclusive right to use a trademark, right to discovery, equities, right of succession, and other personal and property rights and interests“.

⁹⁶² L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 520.

verschiedene Aspekte definiert, wie der Privatraum⁹⁶³, das Privatgeheimnis und die Privatinformation⁹⁶⁴ sowie Lebensruhe und Lebensabgeschiedenheit.⁹⁶⁵ Kurzum, es hat sich keine einheitliche Definition herausgebildet, und es besteht sogar die Auffassung⁹⁶⁶, dass die Definition der Privatsphäre aufgegeben werden sollte.⁹⁶⁷ Die Ähnlichkeiten in diesen Auffassungen bestehen darin, dass die Privatsphäre im Gegensatz zu allgemeinen Interessen steht und sich nur auf die eigenen privaten Angelegenheiten bezieht. Die Unterschiede in den Auffassungen bestehen darin, dass die Lebensruhe, die unmittelbar auf dem „Right of Privacy“ aus den USA beruht⁹⁶⁸, ganz anders als das Privatgeheimnis oder die Privatinformation zu verstehen ist. Geheimnis und Information sind konkrete Dinge, aber die Lebensruhe und der Privatraum werden als abstrakte Zustände der eigenen Einsamkeit und Abgeschiedenheit betrachtet.⁹⁶⁹

Es gibt auch Unterschiede hinsichtlich der Auslegung des Begriffes des RPS. Eine Auffassung meint, dass das RPS die Befugnis des Einzelnen sei, Eingriffe in das Privatleben abzuwehren.⁹⁷⁰ Eine andere definiert das RPS als die Befugnis, eigene Geheimnisse zu verbergen und deren Offenlegung zu verhindern.⁹⁷¹ Die dritte Auffassung betrachtet das RPS als eine Befugnis, die Lebensruhe zu wahren, indem unzulässige Eingriffe verhindert werden.⁹⁷² Die letzte Auffassung lehnt sich an die neue Auslegung des US-amerikanischen Right of Privacy an und verbindet das RPS mit Herrschaft und Kontrolle über die privaten Informationen, das Privatleben und

⁹⁶³ Diese Auffassung meint, dass die Privatheit das Privatleben ist, das im Gegensatz zur Öffentlichkeit steht, einschließlich privater Angelegenheiten, privater Bewegungen, privatem Lebensraum und aller privaten Informationen. Vgl. C. Wang, Privatleben, S. 197; J. Ma, Persönlichkeit und Persönlichkeitsrecht, S. 260.

⁹⁶⁴ Vgl. Tong (Hrsg.), Chinesisches Zivilrecht, S. 487; Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz, S. 285; ähnlich vgl. Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 598.

⁹⁶⁵ Diese Auffassung meint, dass die Privatheit die Einsamkeit, die Abgeschiedenheit und die Abwehr eigener Geheimnisse einschließt. Vgl. Zhang, Recht auf Privatsphäre, S. 16 f.; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 502.

⁹⁶⁶ Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 597.

⁹⁶⁷ Yao, Persönlichkeitsgesetz, S. 420.

⁹⁶⁸ Vgl. Warren/Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harvard L. R. 193 (1890).

⁹⁶⁹ Vgl. Prosser, Privacy, 48 Calif. L. Rev., 383 f. (1960).

⁹⁷⁰ Yao, Persönlichkeitsgesetz, S. 420.

⁹⁷¹ G. Wang, Zhengfa Luntan, 3/1991.

⁹⁷² Zhang, Recht auf Privatsphäre, S. 21; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 502.

die privaten Lebensräume.⁹⁷³ Es sei darauf hingewiesen, dass die ersten zwei Auffassungen den meisten traditionellen Definitionen zugrunde liegen und relativ begrenzt sind (die zweite ist stärker begrenzt als die erste), denn sie betonen nur die Funktion der Abwehr äußerer Eingriffe. Im Vergleich dazu könnte der Begriff der Gewährleistung der Lebensruhe den Schutzbereich des RPS erweitern, weil er nicht nur die Abwehr äußerer Eingriffe enthält, sondern sich auch auf die Anwendung privater Informationen bezieht.⁹⁷⁴ Aber eine eindeutige Eingrenzung der Lebensruhe kann bis heute nicht vollzogen werden. Darum weist diese Unbestimmtheit für das RPS nicht nur auf Offenheit für seine weitere Entwicklung, sondern auch auf Schwierigkeiten bei seiner Rechtsauslegung in der Praxis hin. Die vierte Auffassung zu Herrschaft und Kontrolle ist eine weitere Entwicklung der Theorie der Lebensruhe, die in den USA bereits weitgehend akzeptiert ist.⁹⁷⁵ Hier umfasst das Herrschaftsrecht über die eigene Information zwei Aspekte: 1) die Abwehr des Betroffenen gegen unzulässige Eingriffe in die eigene Privatsphäre und 2) die Anwendung von Teilen dieser privaten Information bzw. des Geheimnisses, einschließlich ihrer Veröffentlichung, Übertragung und Verwendung.⁹⁷⁶ Diese zwei Aspekte entsprechen der Funktion personenbezogener Information (siehe Kap. 1, C). Wie viele Länder und Regionen des kontinentaleuropäischen Rechtskreises hat auch China das RPS aus den USA übernommen.⁹⁷⁷ Darum bestehen in China zwei entgegengesetzte Auffassungen über den Schutzgehalt des RPS.⁹⁷⁸ Die konservative Auffassung beharrt darauf, dass das RPS ein passives Abwehrrecht bleiben soll, dessen Schutzbereich auf die Abwehr des Eingriffs in die private Lebenssphäre

⁹⁷³ Ma/Yuan, Persönlichkeitsrecht, S. 260; J. Ma, Persönlichkeit und Persönlichkeitsrecht. Zur relevanten US-Literatur vgl. Adam Carlyle Breckenridge, *The Right to Privacy*, University of Nebraska Press, 1970, 1; Randall P. Bezanson, *The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change, 1810–1990*, 80 Cal. L. Rev., 1133 (1992). Darin wird das „Right of Privacy“ als Kontrolle der eigenen Informationen betrachtet.

⁹⁷⁴ Vgl. Prosser, *Privacy*, 48 Calif. L. Rev., 383 f. (1960); *Restatement of the Law, Second, Torts*, § 652 A (2). Darin werden klassische Inhalte des Right of Privacy beschrieben, die sehr vielfältig sind.

⁹⁷⁵ Vgl. Fried, *Privacy*, 77 Yale L.J. 475, 483 (1968). Ähnlich vgl. Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Athenum, 1967, S. 7; Arthur R. Miller, *The Assault on Privacy*, University of Michigan Press, 1971, S. 25; Goldberg/Hill/Shostack, *Trust, Ethics, and Privacy*, 81 B.U.L. Rev. 418 (2001); Jonathan Kahn, *Privacy as a legal principle of identity maintenance*, 33 Seton Hall L. Rev. 371, 373 (2003); etc.

⁹⁷⁶ Yang, *Persönlichkeitsgesetz*, S. 602 f.

⁹⁷⁷ Z.B. Japan und Taiwan, vgl. Z. Wang, *Persönlichkeitsgesetz*, S. 243.

⁹⁷⁸ Vgl. L. Zhang, *Privatsphäre*, S. 21 f.

begrenzt ist. Andere meinen, dass das RPS ein positives Herrschaftsrecht ist, das die Herrschaft über die eigenen Angelegenheiten beinhaltet, einschließlich der Abwehr und der Verwertung bzw. der „Selbstbestimmung“ über die eigenen Angelegenheiten. Die letztere Auffassung ist jetzt weitgehend anerkannt, und nach h.M. enthält der Schutzgehalt des RPS das Recht auf Verheimlichung, Verwendung und Wahrung der eigenen Privatsphäre.⁹⁷⁹ Damit kann das RPS die Befugnisse des Schutzes der eigenen Informationen teilweise erfüllen.

2. Rechtspraxis des Rechts auf Privatsphäre

Es sei angemerkt, dass die Rechtspraxis nicht immer gleich der Rechtstheorie ist, besonders in China, wo noch keine ausgereifte Rechtsdogmatik bzw. ein entsprechendes Rechtsprechungssystem (Guiding Case System) erstellt worden ist.⁹⁸⁰ Aber anhand der Untersuchung getroffener Entscheidungen kann auch die Realität des Schutzes personenbezogener Information in China dargestellt werden, da das RPS in der chinesischen Rechtspraxis als hauptsächliche Schutzmaßnahmen des Datenschutzes dient.⁹⁸¹

Für die Veranschaulichung der Verhinderung einer unzulässigen Erhebung personenbezogener Information soll vor allem das Urteil zu *Liao Ping v. Zeng Jun* (廖萍诉曾军隐私权案)⁹⁸² herangezogen werden. Dem Sachverhalt nach hat der Beklagte in einer Vorstandssitzung unzulässig erhobene Kontoinformationen von der Klägerin ausgeteilt. Der Richter bezog sich aber nicht auf die Rechtmäßigkeit der Austeilung in der Vorstandssitzung, sondern zweifelte die Rechtmäßigkeit der Erhebung der Information an. Nach dem Urteil muss „der Verantwortliche, dem keine Einwilligung des Betroffenen erteilt wurde, über eine gesetzliche Erlaubnis verfügen, wenn er Privatinformation erheben will. Die Maßnahmen dieser Erhebung müssen ebenfalls rechtmäßig sein“. Der Beklagte konnte die Rechtmäßigkeit seiner

⁹⁷⁹ J. Ma, Persönlichkeitsrecht, S. 260; Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 603; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 534.

⁹⁸⁰ Song, Faxue Yanjiu, 4/2011, S. 59.

⁹⁸¹ M. Guo, Recht auf personenbezogene Information, S. 200.

⁹⁸² (2009) 海民初字第 11219 号.

Erhebung nicht beweisen, darum habe „die Erhebung und Austeilung der Privatinformation über die Klägerin, die ohne ihre Einwilligung, ohne die gesetzliche Erlaubnis und durch unzulässige Maßnahmen geschah, das Recht auf Privatsphäre der Klägerin beeinträchtigt“.⁹⁸³

Dabei muss eine rechtmäßige Erhebung privater Information nach dieser Rechtsprechung zwei Voraussetzungen erfüllen: 1) Der Verantwortliche muss die Einwilligung des Betroffenen oder eine gesetzliche Erlaubnis haben; 2) Die Erhebung muss durch rechtmäßige Maßnahmen durchgeführt werden. Im Gegensatz zum US-Maßstab der „information of confidential nature and unreasonably intrusive“ zur Bestimmung einer Verletzung des „Right of Privacy“⁹⁸⁴ ist vorliegende chinesische Voraussetzungen konkreter, weil die rechtmäßige Erlaubnis (wie Einwilligung oder gesetzliche Gründe) und die rechtmäßigen Maßnahmen anders als „unreasonably intrusive“ durch Rechtsnormen einfacher bestimmt werden können. Es entspricht einer langjährigen chinesischen gerichtlichen Tradition, die Freiheit der Richter zu begrenzen.

In Bezug auf die Verhinderung unzulässiger Verwendung personenbezogener Information wird zunächst das Urteil zu *Sun v. China Unicom, Shanghai, Ltd.* (孙某某诉中国联合网络通信有限公司上海市分公司侵害隐私权案)⁹⁸⁵ herangezogen. Der Sachverhalt stellt sich hier so dar, dass der Beklagte die zulässig erhobenen personenbezogenen Informationen über den Kläger, einschließlich Name, ID-Nummer, Adresse und Telefonnummer, einer Schwestergesellschaft ohne Einwilligung des Klägers preisgab. Danach erhielt der Kläger unaufhörlich Werbung von der Schwestergesellschaft. In seinem Urteil erkannte das Gericht zunächst, dass diese Informationen zur Privatsphäre gehören und der Beklagte verpflichtet sei, sie gegenüber Dritten geheim zu halten sowie die Verwendung der Informationen

⁹⁸³ A.a.O., o.S.

⁹⁸⁴ Vgl. *Nader v. General Motors Corp.*, 255 N. E. 2d 765 (N. Y. Ct. App.1970), ähnlich dazu *Restatement of the Law, Second, Torts*, § 652B, Comment: d.

⁹⁸⁵ (2009) 浦民一(民)初字第 9737 号.

innerhalb des eigentlichen Zwecks zu sichern. Als Grundlage dieser Entscheidung erkannte das Gericht an, dass „der Zweck des RPS ist, eine Herrschaftsbefugnis für den Rechtsträger zu erteilen, inwieweit andere in das eigene Privatleben eingreifen können sowie ob und inwieweit die eigene Privatsphäre gegenüber anderen offengelegt werden kann. Deshalb besteht eine Verletzung des RPS, solange die private Information unzulässig offengelegt wird, unabhängig davon, ob es tatsächliche Schäden gibt“.⁹⁸⁶

Dabei wurden zwei Punkte hervorgehoben: 1) Das RPS ist ein Herrschaftsrecht, einschließlich der Abwehr gegen einen Eingriff und die Entscheidungsbefugnis über die Offenlegung der eigenen Privatsphäre. 2) Die Beeinträchtigung gründet nur auf der unzulässigen Veröffentlichung, ungeachtet ihres tatsächlichen Einflusses auf das Privatleben. Diese Auffassung des Gerichts hat eine stark positive Bedeutung für den Schutz eigener Information, da die Erkennung eines Herrschaftsrechts über personenbezogene Information den Grundstein zum Schutz privater Information beim RPS bildet. Das entspricht genau den Theorien und Erfahrungen in den USA (Right of Privacy) und in Deutschland (RiS).

Aber weil einerseits Begriffe wie Privatinformation und Veröffentlichung nicht klar sind und andererseits das Gericht in vielen Fällen nach traditioneller Ansicht immer noch die Bedingung eines tatsächlichen Eingriffs in die Lebensruhe fordert, wird die Auffassung des letzten Urteils nicht fortgesetzt. Das folgende Urteil zu *Wu Mingshen v. Li Juming etc.* (吴铭慎与李举明等隐私权纠纷上诉案)⁹⁸⁷, das nicht nur zwei Jahre später, sondern auch von einem höheren Gericht erlassen wurde, ist ein typisches Beispiel dafür. Darin bot die Beklagte personenbezogene Informationen der Klägerin, einschließlich Name, Foto und Rufnummer, ohne die Einwilligung der Betroffenen einer lokalen Fernsehstation an. Aber bei diesem ähnlichen Sachverhalt wies das Gericht die Ansprüche der Klägerin ab, weil die Weitergabe von Informationen an

⁹⁸⁶ A.a.O., o.S.

⁹⁸⁷ (2011) 穗中法民一终字第 3675 号.

einen bestimmten Empfänger (Fernsehstation) nicht als Veröffentlichung betrachtet werden könne und die Informationen der Klägerin im Fernsehbeitrag anonymisiert worden seien. Somit habe die Klägerin keinen tatsächlichen Schaden erlitten.⁹⁸⁸

Der Grund für die Unterschiede in den zwei Entscheidungen findet sich in dem unterschiedlichen Verständnis des Begriffs des RPS. Im Fall von *Sun v. China Unicom* hat das Gericht das Recht als Herrschaftsrecht über die eigene Privatsphäre betrachtet und im Fall von *Wu v. Li* als Abwehrrecht zum Schutz der eigenen Lebensruhe. Diese Unterschiede spiegeln wider, dass die Rechtspraxis die Auffassung des Herrschaftsrechts noch nicht völlig angenommen hat. Darüber hinaus wurden personenbezogene Informationen im ersten Urteil mit der Privatsphäre gleichgesetzt, weshalb die Weitergabe der Informationen unmittelbar als Veröffentlichung sowie als Eingriff in die Privatsphäre gesehen wurde. Im Gegensatz dazu wurde im zweiten Urteil die Beurteilung des Eingriffs in die Privatsphäre nicht unmittelbar mit dem Bestehen der Informationsweitergabe verbunden, sondern diese war von dem tatsächlichen Einfluss der Informationsweitergabe auf die Lebensruhe abhängig bzw. das RPS konnte nicht alle personenbezogenen Informationen schützen, es sei denn, die Veröffentlichung dieser Information verletzte die Lebensruhe des Betroffenen. Im Übrigen erkannte das Gericht im Urteil zu *Sun v. China Unicom* an, dass der Grad des Eingriffs als Maßstab des Schadensersatzes dient, damit das Gericht die Ansprüche des Klägers auf seelischen Schadensersatz ablehnen kann, wenn der Grad des Eingriffs zu gering ist.

Das nächste Urteil zu *Wang Fei v. Zhang Leyi* (王菲诉张乐奕名誉权纠纷案)⁹⁸⁹ bezieht sich auf eine unzulässige Verwendung personenbezogener Informationen, die bereits offengelegt wurde. Der Sachverhalt ist, dass der Beklagte offengelegte negative Informationen über die Klägerin gesammelt, sortiert und zum Zweck der Kritik eine Website erstellt hat, auf der er die verarbeiteten negativen Informationen

⁹⁸⁸ A.a.O., o.S.

⁹⁸⁹ (2009) 二中民终字第 5603 号.

postete und kritisch kommentierte. Die Website des Beklagten hatte so massive Auswirkungen, dass eine „Cyber Manhunt (人肉搜索)“⁹⁹⁰ gegen die Klägerin ausgelöst wurde. Das Gericht hielt dafür, dass, obwohl die Informationen offengelegt wurden, „das Verhalten der Beklagten die Informationen in der Öffentlichkeit verbreitet und zu einer ‚Cyber Manhunt‘ ermuntert hat, deshalb wurde die Lebensruhe der Klägerin schwer verletzt“.⁹⁹¹ Darum entschied das Gericht, dass das Verhalten des Beklagten das RPS der Klägerin verletze.

Anders als die US-Regelung⁹⁹² hat das Gericht hier die Verbreitung der Informationen und den Eingriff in das RPS miteinander verbunden. Aber es sei bemerkt, dass im Sachverhalt dieses Urteils drei Besonderheiten bestehen: 1) Das Verhalten des Beklagten und seine Auswirkungen spielten sich vollständig im Internet ab, also anders als bei Fällen im Zusammenhang mit traditionellen Medien. 2) Der subjektive Vorsatz des Beklagten konnte bewiesen werden, da es in der Realität tatsächlich eine Diskrepanz zwischen beiden Parteien gab. 3) Die Auswirkungen des Verhaltens des Beklagten bzw. die „Cyber Manhunt“ hatten die Lebensruhe der Klägerin so schwer verletzt, dass ihr normales Leben und das ihrer Familie nicht fortgeführt werden konnte. Obwohl es anzweifelbar ist, ob die Verbreitung offengelegter Information als Eingriff in das RPS betrachtet werden soll, bestimmt diese Rechtsprechung die Voraussetzung für die Haftung aufgrund der Verletzung des RPS, nämlich dass sie auf einem Eingriff in die Lebensruhe des Klägers beruht.

⁹⁹⁰ „Cyber Manhunt, also known as Human Flesh Search or Internet Mass Hunting is primarily a Chinese Internet phenomenon, which describes the behavior of massive tracking down and exploring one’s private information via internet media. Victims who suffer trauma from cyber manhunt may leave an indelible imprint worrying about what people browse to them. They also have the chance to get mental and psychological damage.“ https://en.wikipedia.org/wiki/Cyber_manhunt_in_Hong_Kong, besucht am 27. März 2016.

⁹⁹¹ (2009) 二中民终字第 5603 号, o.S.

⁹⁹² Nach der US-Rechtsprechung bedeutet die alleinige Verbreitung offengelegter Information normalerweise keine Verletzung des RPS. Vgl. Restatement of the Law, Second, Torts, § 652D, Comment: b. Ähnlich auch Gill v. Hearst Publishing Co., 253 P.2d 441 (Cal.1953); Cefalu v. Globe Newspaper Co., 391 N.E. 2d 935, 939 (Mass. App. 1979); Penwell v. Taft Broadcasting, 469 N.E. 2d 1025 (Ohio App. 1984). Aber wenn sie unfreiwillig offengelegt oder ihr Inhalt beschämend ist, kann, nach Abwägung von allgemeinen Interessen, die Weitergabe der Informationen auch hier unzulässig sein. Vgl. Daily Times Democrat v. Graham, 162 So. 2d 474 (Ala. 1964).

Das Urteil zu *Wang Fei v. Beijing Ling Yun Interaction Information Technologie Ltd.* (王菲诉北京凌云互动信息技术有限公司名誉权、隐私权纠纷案)⁹⁹³ bildet einen guten Kontrast dazu. Dort hat der Beklagte die bereits offengelegten Informationen der Klägerin ebenfalls weiterverbreitet, aber wegen der geringen Auswirkungen und Schäden wies das Gericht die Ansprüche der Klägerin ab. Auch in diesem Urteil drückte das Gericht aus, dass „die Übernahme der Haftung aufgrund der Verletzung des RPS wegen der Veröffentlichung und Verwendung personenbezogener Information nach mehreren Aspekten beurteilt werden muss, einschließlich der Methoden der Erhebung, des Umfangs, des Zwecks und der Auswirkung der Veröffentlichung“.⁹⁹⁴ Also wird der Schutz personenbezogener Information beim RPS im Einzelfall entschieden, und es besteht kein umfassender Maßstab. Diese Auffassung ähnelt der Sphärentheorie in Deutschland, nach der der Schutzbereich innerhalb der Privatsphäre von den Umständen des einzelnen Falles abhängig sein muss. Sie gründet auch auf dem Unterschied zwischen personenbezogener Information und Privatsphäre, d.h., dass der Eingriff in die Herrschaft über die eigene Information nicht unmittelbar einen Eingriff in die Privatsphäre bedeutet. Im Urteil zu *Yang Xianhong v. Li Guodong* (杨先洪诉李国琼等名誉权案) z.B. hat das Gericht die Veröffentlichung der Verwandtschaftsverhältnisse des Klägers nicht als Eingriff in das RPS anerkannt, weil die Verwandtschaft nicht zur Privatsphäre gehöre.⁹⁹⁵

3. Kommentar zum Schutz des Rechts auf Privatsphäre

Den Zustand der chinesischen Rechtpraxis kann man in Bezug auf das RPS derart zusammenfassen, dass sie bisher die neue Auffassung des Herrschaftsrechts nicht vollständig übernommen hat und daher auch keinen umfassenden Schutz personenbezogener Information bieten kann. Ausführlich können die Fehlbestände hinsichtlich der Schutzgehalte des RPS wie folgt formuliert werden.

⁹⁹³ (2008) 朝民初字第 29276 号.

⁹⁹⁴ A.a.O., o.S.

⁹⁹⁵ (2000) 大邑民初字第 27 号.

1) Das Recht auf Verheimlichung der Privatsphäre: Zunächst sei angemerkt, dass die Privatsphäre als Gegenstand des RPS nicht mit personenbezogener Information gleichzusetzen ist, da Privatsphäre einen abstrakten Zustand bezeichnet, die Information sich aber auf einen konkreten Inhalt bezieht.⁹⁹⁶ In der Privatsphäre bezieht sich darauf nur ein begrenzter Teil der personenbezogenen Information, deren Offenlegung die private Lebensruhe schwer verletzen würde. Deshalb kann das RPS bereits offengelegte Information grundsätzlich nicht schützen, es sei denn, dass der tatsächliche Eingriff in die Lebensruhe schwer ist. Z.B. kann für das neue „Recht auf Vergessenwerden“⁹⁹⁷ kein entsprechender Schutzbereich im chinesischen RPS gefunden werden, weil einerseits der Gegenstand des neuen Rechts die bereits offengelegte Information ist, die durch Suchmaschinen wieder verarbeitet wird, und andererseits tatsächliche Schäden häufig zu geringfügig sind.⁹⁹⁸ Darum schließt der Schutzbereich des Rechts auf Verheimlichung nicht alle personenbezogenen Informationen ein. Nach der Auffassung, dass es „keine belanglosen Daten“⁹⁹⁹ gibt, ist der Schutzbereich des RPS für den Schutz personenbezogener Information außerdem nicht vollständig.

2) Das Recht auf Verwendung der Privatsphäre: Es gibt bisher keine Rechtsprechung, die das Recht auf Verwendung der eigenen Privatsphäre ablehnt oder eindeutig anerkennt. Nach dem Prinzip „Alles, was durch das Gesetz nicht verboten ist, darf nicht verhindert werden“¹⁰⁰⁰ muss die Verwendung der eigenen Privatsphäre teilweise erlaubt sein, wenn die Gesetze sie nicht verbieten. Aber der Schutz der Verwendung bzw. Wahrung offengelegter Informationen kann nicht durch das RPS gestützt werden, sondern er wird teilweise durch andere

⁹⁹⁶ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 501.

⁹⁹⁷ Vgl. das Urteil in der Rechtssache C-131/12. Darin bestimmt der EuGH, dass die Suchmaschinen für ihre Verarbeitungen der veröffentlichten personenbezogenen Informationen verantwortlich sind, sodass den Betroffenen das Recht erteilt wird, die Sperrung und Löschung relevanter Suchergebnisse zu verlangen. Ausführlich vgl. Teil. 3, Kap. 2.1.2, II, 2.

⁹⁹⁸ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 547, Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 616.

⁹⁹⁹ BVerfGE 65 1 (45).

¹⁰⁰⁰ Vgl. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen/Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, § 5.

Persönlichkeitsrechte, wie das Recht am guten Ruf, das Recht am eigenen Bild und das Namensrecht, geschützt.¹⁰⁰¹ Fragwürdig ist, ob die Schutzbereiche dieser Rechte so umfassend sind, dass ein völliger Schutzgehalt aufgestellt werden kann. Das Recht am guten Ruf setzt die Herabminderung objektiver sozialer Bewertung voraus¹⁰⁰², und das Recht am eigenen Bild muss sich auf eine gewerbliche Nutzung beziehen.¹⁰⁰³ Im Gegensatz dazu bietet das US-amerikanische Right of Privacy einen umfassenden Schutzgehalt. Nach der US-amerikanischen h.M. enthält das Right of Privacy den besonderen Schutzgehalt des „False Light“, um die Veröffentlichung falscher Information zu verhindern.¹⁰⁰⁴ Anders als bei der Diffamierung setzt die Haftung für „False Light“ nicht die Herabminderung sozialer Bewertung, sondern nur die Unwahrheit der offengelegten Information sowie die Entstehung eines falschen sozialen Eindrucks voraus.¹⁰⁰⁵ Darum kann die Nutzung personenbezogener Information durch das Right of Privacy geschützt werden, wenn offengelegte Informationen durch Verantwortliche oder Dritte unzulässig verändert werden, unabhängig davon, ob die soziale Bewertung des Betroffenen verletzt worden ist.¹⁰⁰⁶ Leider besteht dieser Schutzgehalt des Right of Privacy nicht im chinesischem RPS, außerdem ist das sog. „Publicity Right“, das als eine Weiterentwicklung des Right of Privacy betrachtet werden kann, im chinesischem Rechtssystem noch nicht anerkannt worden.¹⁰⁰⁷ Deshalb könnte das Recht auf Verwendung des RPS allein das Bedürfnis nach Wahrung der Richtigkeit und Vollständigkeit personenbezogener Information nicht völlig erfüllen.

¹⁰⁰¹ Chen, Netzwerkpersönlichkeitsrecht, S. 180 ff.

¹⁰⁰² Vgl. AGZ § 101 Bürger und juristische Personen haben ein Recht auf ihrem Ruf; die Achtung vor der Persönlichkeit des Bürgers genießt den Schutz des Gesetzes und es ist verboten, mit Mitteln wie Beleidigung und Verleumdung den Ruf von Bürgern und juristischen Personen zu schädigen. Siehe dazu auch Yang Xiuling v. Shenyang Tageszeitung (杨秀玲与沈阳日报社肖像权、名誉权、隐私权纠纷上诉案) (2005)沈民(1)权终字 2026号; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 446; Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz, S. 262 f.

¹⁰⁰³ Vgl. AGZ § 100: Der Bürger genießt das Recht an seinem Bildnis; ohne sein Einverständnis darf das Bildnis eines Bürgers nicht mit dem Ziel verwandt werden, Gewinn zu erzielen.

¹⁰⁰⁴ Vgl. Restatement of the Law, Second, Torts, § 652E; Prosser, Privacy, 48 Calif. L. Rev., 1960, 389.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Restatement of the Law, Second, Torts, § 559, § 652E.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Schwartz v. Edrington, 133 La. 235, 62 So. 660 (1913); Varnish v. Best Medium Publishing Co., 405 F. 2d 608 (1968); Holmes v. Curtis Publishing Co., 303 F. Supp. 522 (Dist. Court, D. South Carolina, 1969).

¹⁰⁰⁷ Vgl. L. Wang, Falv Kexue, 4/2013; Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht, S. 222.

3) Das Recht auf Wahrung der eigenen Privatsphäre: Wahrung bedeutet hier Schadensersatzansprüche des Betroffenen, wenn sein RPS verletzt wird.¹⁰⁰⁸ § 15 DHG bestimmt die hauptsächlichen Arten von Schadensersatz, nämlich Einstellung des Verstoßes, Entfernung der Behinderung, Beseitigung der Gefahr, Rückgabe der Vermögenswerte, Wiederherstellung des ursprünglichen Status, Entschädigung für Verluste, Entschuldigung und Beseitigung der Folgen sowie Wiederherstellung der Reputation. Diese sind zwar ausführlich, aber für Rechtsmaßnahmen des Schutzes der eigenen Information sind sie noch zu allgemein. Nach BDSG und EU-DSGVO umfassen die notwendigen Schutzmaßnahmen außer dem Schmerzensgeld zumindest noch das Recht auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Widerspruch (siehe Kap. 3, B, I, 2, b, i und ii). Darum benötigt das Gericht in der Praxis weitere Auslegungen über konkrete Inhalte dieser Schadensersatzmethode, insbesondere über die Einstellung des Verstoßes, die Entfernung der Behinderung und die Beseitigung der Gefahr, damit diese den Schutzmaßnahmen des Datenschutzes entsprechen können. Ferner sei bemerkt, dass nach chinesischer gerichtlicher Gewohnheit die Anwendung des seelischen Schadensersatzes und der Bemessungsmethode der Gewinnherausgabe sehr beschränkt ist.¹⁰⁰⁹ Deswegen entsteht die Besorgnis, dass die Wahrung der Informationsinteressen des Betroffenen und die Präventionsfunktion nicht vollständig sein könnten.

Neben diesen Fehlbeständen liegt noch eine andere Beschränkung des Schutzes im RPS vor. Das größte Problem des Datenschutzes besteht oft in einer Benachteiligung der Betroffenen aufgrund ihrer Informations- und Technikkompetenz, deshalb ist es für die Betroffenen schwierig, die Verarbeitungszustände in Erfahrung zu bringen und unrechtmäßige Handlungen der Verantwortlichen nachzuweisen. Daher wird die Einführung passender Maßnahmen gefordert, um diese Benachteiligung zu

¹⁰⁰⁸ J. Ma, Persönlichkeitsrecht, S. 260; Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 603; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 534.

¹⁰⁰⁹ Vgl. Diao, Netzwerkdelikt gegen personenbezogene Information, S. 227 f. Im Gegensatz dazu wurde die Bemessungsmethode des Lizenzbeitrags bereits von der Rechtsprechung anerkannt, wie z.B. im Urteil zu Zhang Bozhi (张柏芝案) (2006) 苏民终字第 0109 号.

beseitigen, wie eine Berichtspflicht oder eine Umkehr der Beweislast. Diese Forderungen sind jedoch im Schutzgehalt des RPS nicht zu finden. Im Gegenteil wird im DHG die Umkehr der Beweislast nur bei bestimmten Deliktshaftungen, wie medizinische Haftung, Umweltschadenshaftung sowie Produkthaftung und die Berichtspflicht bei medizinischer Haftung, ausdrücklich verordnet, aber im Schutz des RPS besteht sie nicht.¹⁰¹⁰ Deshalb beschränkt sich das RPS in der Rechtspraxis grundsätzlich auf den Schutz der Lebensruhe und die Herrschaft über die Privatinformation. Damit ist es mit dem RPS allein unmöglich, das Bedürfnis eines umfassenden Schutzes personenbezogener Information zu erfüllen, besonders in Fällen von Verwertung eigener Information und der Wahrung offengelegter Information.¹⁰¹¹

II. Gewährleistung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht

In Deutschland fungiert das RiS, das auf Grundlage des APR entwickelt worden ist, als verfassungsrechtliche Grundlage des Datenschutzes. Es bietet einen umfassenden Schutzbereich unter Einbeziehung sowohl der öffentlichen als auch der privaten Datenverarbeitung, um die Informationsinteressen der Betroffenen vollständig zu wahren. In China ist das APR ebenfalls anerkannt worden, darum ergibt sich die Frage, ob das umfassende RiS auch im chinesischen Rechtssystem ausgelegt und in der Rechtspraxis angewendet werden kann.

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in China

Das APR im chinesischen Rechtssystem ist eine Rezeption des deutschen Rechts, um Mängel der besonderen Persönlichkeitsrechte im AGZ auszugleichen.¹⁰¹² Doch obwohl es kein textliches APR im materiellen Recht gibt, kann man das Bestehen des Rechts nach h.M. nicht verneinen. Nach der Auffassung des Gesetzgebers hinsichtlich

¹⁰¹⁰ Vgl. §§ 42, 55, 58, 66 DHG.

¹⁰¹¹ In den USA gibt es auch bei „Information Privacy“ keinen umfassenden Schutzbereich, sondern es wird grundsätzlich im einzelnen Fall angewendet. Vgl. Buchner, Informationelle Selbstbestimmung, S. 14 f.

¹⁰¹² Yang/Yin, Hebei Faxue, 2/1995; Yao, Faxuejia, 5/1995; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 159 f.; J. Ma, Persönlichkeitsrecht, S. 197.

der „Erklärung zu einigen Fragen der seelischen Schadensersatzhaftungen (2001)“ wird die geschützte persönliche Würde (人格尊严/ personal dignity) in § 1 erstmalig als APR anerkannt.¹⁰¹³ Außerdem bestehen in dieser gerichtlichen Auslegung noch andere seelische Schadensersatzansprüche, um unregelte Persönlichkeitsinteressen zu schützen, z.B. zur Gewährleistung des guten Rufs, der Privatsphäre und der Leiche gemäß § 3 sowie zum Schutz einer bestimmten Sache mit Persönlichkeitsbedeutung gemäß § 4, die allesamt Konkretisierungen der persönlichen Würde bzw. des APR sind. Später wurde das APR den „anderen persönlichen Rechten und Interessen“ in § 2 DHG zugeordnet.¹⁰¹⁴ Im Gegensatz dazu besteht die Auffassung, das APR im Zivilrecht zu verneinen, weil das APR einerseits ein Grundrecht und damit nicht geeignet sei, im Zivilrecht reguliert zu werden. Andererseits sei der Schutzbereich des APR viel zu allgemein, und darum könne seine Anwendung problematisch sein.¹⁰¹⁵ Diese Argumentation ist jedoch nicht stark vertreten, da die verfassungsrechtliche Schutzwürdigkeit nicht gegen den Schutz im Zivilrecht steht und die Offenheit des Rechts genau dessen Vorteil darstellt. Trotz der Vereinbarung über das Bestehen eines APR sind seine Inhalte noch umstritten. Einer Auffassung zufolge beziehe sich das Recht auf die Menschenwürde und stelle ein Auffangrecht mit umfassendem und offenem Schutzbereich dar, einschließlich aller Persönlichkeitsinteressen.¹⁰¹⁶ Eine andere Auffassung betrachtet das APR als abstraktes Persönlichkeitsrecht, das allgemeine Persönlichkeitsinteressen wie die Persönlichkeitsabhängigkeit, -freiheit und die Menschenwürde überdecke und als Grundlage für die Entnahme anderer besonderer Persönlichkeitsrechte diene, um die Lücken besonderer Rechte zu schließen.¹⁰¹⁷ Die Unterschiede in diesen Auffassungen können wie folgt zusammengefasst werden.

¹⁰¹³ Chen, Xianjie: Auslegung, Verständnis und Anwendung der „Auslegung von Problemen der geistigen Schadensersatzhaftungen“ (2001), Renminfayuan Bao (Volksgerichtszeitung), 28.03.2001.

¹⁰¹⁴ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 160; Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 254.

¹⁰¹⁵ Ma/Wang, Hebei Faxue, 8/2009; Ran, Faxue, 8/2009; Shen, Zhengzhi yv Falv, 1/2012.

¹⁰¹⁶ Liang (Hrsg.), BGB AT, S. 105; Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz, S. 188.

¹⁰¹⁷ Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 296; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 148.

1) Die Eigenschaft des APR: Manche meinen, das APR sei ein Zivilrecht¹⁰¹⁸, andere sehen es als Rechtsgut an.¹⁰¹⁹ Die Befürworter des APR als Zivilrecht haben die deutsche Theorie akzeptiert, aber ohne Erläuterung ihrer Begründungen. Die Befürworter des APR als Rechtsgut betonen, dass der Zweck des APR bzw. die Ausfüllung der Lücken und die Entnahme neuer Persönlichkeitsausprägungen einen offenen Schutzbereich fordere, deshalb muss das Auffangrecht eine angemessene Unbestimmtheit behalten, die genau der Eigenschaft des Rechtsguts entspreche. Ferner können beim Rechtsgut die Beziehungen zwischen dem APR und den besonderen Persönlichkeitsrechten geklärt werden.¹⁰²⁰ Der Unterschied zwischen Recht und Rechtsgut findet sich in den Schutzmaßnahmen. Der Schutz des Zivilrechts gründet auf konkreten Rechtsnormen, in denen regelmäßig bestimmte Bedingungen angeordnet werden. Im Gegensatz dazu setzt der Schutz eines Rechtsguts grundsätzlich die Interessenabwägung voraus, darum muss er meistens nach dem einzelnen Fall angewendet werden, besonders dann, wenn keine Rechtsgewohnheit besteht.¹⁰²¹ Demgegenüber betrachten Befürworter des Zivilrechts das APR nach der deutschen Theorie als ein „Rahmenrecht“¹⁰²², das weder konkret noch bestimmt, sondern abstrakt und allgemein ist. Deshalb müssen Anwendungen des APR auch nach einer Interessenabwägung im einzelnen Fall bestimmt und sein Inhalt in der Rechtspraxis konkretisiert werden. Alle Rechtsgüter können dem APR zugeordnet werden, wenn sie nach der Gewährleistung der Menschenwürde und der Persönlichkeitsentfaltung schutzwürdig sind. In diesem Sinn unterscheiden sich diese zwei Auffassungen nicht so deutlich, weil beide einen offenen Schutzbereich und die Interessenabwägung in der Praxis betonen.

¹⁰¹⁸ Liang (Hrsg.), BGB AT, S. 105; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 148; Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz, S. 188.

¹⁰¹⁹ Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 287; Yao, Persönlichkeitsgesetz, S. 222.

¹⁰²⁰ Yao, Persönlichkeitsgesetz, S. 222 ff.

¹⁰²¹ Yao, Persönlichkeitsgesetz, S. 224.

¹⁰²² L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 148; Yin, Falv Kexue, 4/2002. Andere vgl. Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 287.

2) Die Beziehung zwischen dem APR und den besonderen Persönlichkeitsrechten: Über diese Beziehung bestehen zwei Auffassungen. Eine plädiert dafür, dass das APR eine übergeordnete Stelle einnehmen und als eine abstrakte Sammlung besonderer Persönlichkeitsrechte dargestellt werden soll.¹⁰²³ Eine andere Auffassung positioniert das APR an einer den besonderen Persönlichkeitsrechten gleichwertigen Stelle und schließt die besonderen Persönlichkeitsrechte aus dem Schutzbereich des APR aus. Damit kann das APR nur gültig sein, wenn andere besondere Persönlichkeitsrechte unanwendbar sind.¹⁰²⁴ Abgesehen von diesen Unterschieden erkennen beide Auffassungen drei Schwerpunkte an: a) Das APR besitzt eine führende Funktion bei der Anwendung besonderer Persönlichkeitsrechte; b) Das APR dient durch seinen offenen Schutzbereich der Erweiterung des Schutzgehalts der Persönlichkeitsrechte; c) Die besonderen Persönlichkeitsrechte werden vorrangig angewendet, da das APR nach § 2 Abs. 2 DHG eine allgemeine Klausel ist.¹⁰²⁵ Deswegen sind die Unterschiede zwischen den beiden Auffassungen in der Rechtspraxis nicht von erheblicher Bedeutung.

3) Der Inhalt des APR. Nach h.M. werden die Inhalte des APR wie folgt ausgedrückt: Persönlichkeitsunabhängigkeit (und -gleichheit), -freiheit und Menschenwürde.¹⁰²⁶ Aber diese Ausdrücke sind sehr allgemein und bedürfen weiterer Auslegung. Deshalb besteht bei der Anwendung des Rechts für die Richter eine große Flexibilität, und die Auswirkung des APR erfolgt je nach Einzelfall sowie Erfahrung des einzelnen Richters. Durch diese Lage entsteht die Gefahr der Unvorhersehbarkeit und die Notwendigkeit der Konkretisierung des APR. Dazu setzt die Gerechtigkeit der Anwendung des APR ein gereiftes Rechtssystem und eine ebensolche Rechtserziehung voraus.

¹⁰²³ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S.170 f.; Yao, Persönlichkeitsgesetz, S. 222 f.

¹⁰²⁴ Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 287.

¹⁰²⁵ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 152 f.; Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 287.

¹⁰²⁶ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 162 f.; Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 302 f.; Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz, S. 192. Persönlichkeitsunabhängigkeit bedeutet, dass jede Person im sozialen Leben gleich ist und gleich behandelt werden muss. Die Persönlichkeitsfreiheit umfasst sowohl konkrete körperliche Handlungsfreiheit als auch abstrakte Entfaltungsfreiheit (Selbstbestimmung). Die Menschenwürde fordert die wesentliche Würdigung des sozialen Status.

2. Die Möglichkeit des Schutzes der eigenen Information durch das APR

Nach der Entwicklung des RiS sowie der deutschen Rechtsprechung kann man drei Schwerpunkte festlegen, die die Grundlage für die Entwicklung eines RiS bilden:

1) Die personenbezogene Information ist der Schutzgegenstand des APR. 2) Das APR ist offen gestaltet, aus ihm kann eine neue Ausprägung des Persönlichkeitsrechts entnommen werden. 3) Das APR enthält den Schutzgehalt der Selbstbestimmung der eigenen Daten. Diese drei Elemente können auch im chinesischen APR gefunden werden.

1) Nach h.M. sind der Gegenstand des APR die Persönlichkeitsinteressen, nicht ein konkretes, bestimmtes Interesse, sondern ein abstraktes, allgemeines Interesse, das eng mit der Persönlichkeitsentfaltung verbunden ist.¹⁰²⁷ Darum können alle Persönlichkeitsinteressen, wenn sie rechtlich schutzwürdig sind, logischerweise Gegenstände des APR werden. Wie zuvor erwähnt, sind personenbezogene Informationen von erheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung. Fragwürdig ist, ob alle personenbezogenen Informationen gleich schutzwürdig sind. Das BVerfG hat diese Frage bereits im Volkszählungsurteil so beantwortet, dass es wegen der technischen Entwicklungen „kein belangloses Datum mehr“ gebe.¹⁰²⁸ Mit Hilfe moderner Technik, besonders durch Computer, Internet und Suchmaschine, ist es jetzt möglich, viele private sowie heimliche personenbezogene Informationen zu enthüllen und damit die Persönlichkeitsentfaltung zu verhindern. Alle personenbezogenen Informationen sind je nach Einzelfall für die Gewährleistung des APR schutzwürdig.

2) Nach h.M. ist eine der Hauptfunktionen des APR die Entnahme neuer Persönlichkeitsrechte.¹⁰²⁹ Deshalb kann das APR als ein Rahmenrecht neue persönliche Güter einbeziehen, wenn sie schutzwürdig sind. So können sich diese

¹⁰²⁷ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 161; Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 297; Yao, Persönlichkeitsgesetz, S. 211.

¹⁰²⁸ Vgl. BVerfGE 65, 1(45).

¹⁰²⁹ L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 152 f.; Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 301.

persönlichen Güter in neue Ausprägungen des APR verwandeln und dem wesentlichen Rechtsschutz unterstellt werden.

3) Die Herrschaftskompetenz des RiS ist mit dem Selbstbestimmungsrecht verbunden (siehe Kap. 3, B, I, 2, b, iii). Diese Verbindung setzt die Selbstbestimmung der eigenen Darstellung (freie Persönlichkeitsentfaltung) voraus. Dadurch soll der Betroffene berechtigt sein, wegen der engen Beziehung zwischen personenbezogener Information und der eigenen Darstellung die Verarbeitung und besonders die Veröffentlichung der eigenen Information zu kontrollieren. Bei diesem Selbstbestimmungsrecht kann das APR nicht nur als traditionelles passives Abwehrrecht fungieren, sondern auch als positives Herrschaftsrecht, um die Verwertung der eigenen Daten zu schützen. Aber aufgrund der Auslegungen dieses Inhalts des APR bestehen unterschiedliche Auffassungen in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht. Einige befürworten, dass die Persönlichkeitsfreiheit die Handlungs- und Geistesfreiheit einschließt und das Selbstbestimmungsrecht ein wichtiger Gehalt der Geistesfreiheit ist, darum kann das Selbstbestimmungsrecht ebenfalls zum APR gehören.¹⁰³⁰ Die Gegner meinen, dass das Selbstbestimmungsrecht anders als APR ein abstraktes selbstständiges Persönlichkeitsrecht ist.¹⁰³¹ Allerdings beschränkt sich diese Selbstständigkeit auf die Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die Anwendung typischer persönlicher Merkmale, d.h., die Entscheidungsfreiheit über untypische persönliche Merkmale gehört ebenfalls zum Schutzgehalt des APR. Deshalb kann der Gegner das Selbstbestimmungsrecht innerhalb des APR nicht ablehnen, sondern er entnimmt den besonderen Persönlichkeitsrechten ein selbstständiges Selbstbestimmungsrecht. Die Selbstbestimmung im APR gehört nicht zu irgendeinem besonderen Recht, daher ist dieses Selbstbestimmungsrecht nicht selbstständig.

¹⁰³⁰ Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz, S. 192; L. Wang, Persönlichkeitsgesetz, S. 167.

¹⁰³¹ Yang, Persönlichkeitsgesetz, S. 314 f.

Entsprechend der Auffassung des BVerfG im Volkszählungsurteil kann nach diesen drei Punkten ein Herrschaftsrecht über die eigene Information aufgrund des APR anerkannt werden. Ähnlich wie das RiS soll dieses Herrschaftsrecht einen Schutzbereich über umfassende personenbezogene Information gestalten, einschließlich nicht nur der Verhinderung unzulässiger Erhebung, Verarbeitung und Preisgabe, sondern auch der Wahrung der Richtigkeit und Integrität der Information nach ihrer Veröffentlichung, unabhängig davon, ob die Privatsphäre bzw. Lebensruhe des Betroffenen verletzt wird. Hier stellt sich die Frage, ob die Rechtspraxis diese Auffassung anerkennt.

3. Rechtspraxis des APR

Weil der Schutzzinhalt des APR zu allgemein und abstrakt ist, gestalten sich die Anwendungen des APR in der chinesischen Rechtspraxis etwas unklar. Nach den hier gesammelten und sortierten Entscheidungen beziehen sich die meisten auf Verletzungen des Lebens und der Gesundheit, obwohl das Recht auf Leben und Gesundheit schon vor mehr als 30 Jahren im § 98 AGZ anerkannt wurde. Aber manche der Entscheidungen des APR sind von erheblicher Bedeutung, sie können den Schutzbereich des APR konkretisieren und neue Ausprägungen entwickeln helfen.

Zunächst dient das APR als Grundlage der Rechtsfortbildung, wenn ein unnormiertes Persönlichkeitsinteresse schutzwürdig ist. Die Anerkennung eines Rechts auf Beteiligung der Trauerfeier (祭奠权/ Right of Participating Sacrificial Ceremony) ist ein gutes Beispiel. Im Urteil zu *Yan v. Shi* (史某与严某某等一般人格权纠纷上诉案)¹⁰³² hat der Beklagte die Knochenasche des Vaters des Klägers heimlich begraben, und der Kläger konnte deshalb seinem Vater kein Opfer darbringen. Darauf erhob der Kläger Anspruch gemäß dem APR und verlangte, dass ihm die Knochenasche seines Vaters zurückgegeben wird. Weil das Verlangen des Klägers den guten Sitten

¹⁰³² (2010) 沪二中民一(民)终字第 971 号.

entsprach und das Verhalten des Beklagten ernstlich sittenwidrig war, war der Anspruch des Klägers erfolgreich. Dadurch erkannte das Gericht eine Ausprägung des APR an, nach der die Angehörigen des Toten berechtigt sind, eine Trauerfeier für den Toten zu veranstalten und daran teilzunehmen. Im Urteil zu *Ge v. Wang* (王甲与葛甲一般人格权纠纷上诉案)¹⁰³³ wiederum hat der Beklagte die Knochenasche des Toten eigenmächtig beerdigt. Der Kläger, der ebenfalls ein Angehöriger des Toten war, erhob Anspruch auf Rückgabe der Knochenasche und verlangte seelischen Schadensersatz. Das Gericht erkannte an, dass dieser Rechtsstreit über die eigenmächtige Behandlung der Knochenasche zum APR gehört und dass das eigenmächtige Verhalten des Beklagten seelische Schäden auf der Seite des Klägers auslöst. Auch im Urteil zu *Yu v. Zhou* (周某与俞甲一般人格权纠纷上诉案)¹⁰³⁴ wurde der Schutzbereich des Rechts auf Trauerfeiern auf die Wahrung der Ordnung der Feier erweitert. Nach der Rechtsprechung gehört die Ordnung einer Trauerfeier zur guten Sitte und ist auch schutzwürdig. Das Verhalten des Beklagten (Störung der Feier und Schändung der Totenurne) habe diese Ordnung verletzt und Schäden an den seelischen Interessen der Angehörigen des Toten verursacht, darum habe der Beklagte nicht nur die guten Sitten, sondern auch die persönliche Würde naher Angehöriger verletzt.

Nach diesen Entscheidungen setzt die Anerkennung eines neuen Rechts auf Beteiligung der Trauerfeier folgende Grundlage voraus. Zunächst sei die Trauerfeier ein wichtiger Teil schutzwürdiger traditioneller Kulturen und allgemeine Volksgewohnheit. Zweitens sei das Verhalten des Beklagten, der die Feier stört, sittenwidrig, darum könne es als Verletzung der persönlichen Würde bewertet werden. Drittens sei der dadurch ausgelöste Schaden schwerwiegend genug, dass es notwendig sei, sie durch das APR zu schützen. Demnach können auch andere persönlichen Interessen innerhalb des Schutzbereichs des APR eingeordnet werden,

¹⁰³³ (2011) 沪二中民一(民)终字第 1778 号.

¹⁰³⁴ (2011) 浙舟民终字第 86 号.

solange sie zu den Volksgewohnheiten und guten Sitten gehören und das Schadensereignis schwerwiegend ist.¹⁰³⁵ Das Recht auf Trauerfeiern ist nicht schrankenlos, und im Urteil zu *Cui Yan v. Cui Shufang* (崔妍诉崔淑芳侵犯祭奠权案)¹⁰³⁶ hat das Gericht den Anspruch der Klägerin abgelehnt, weil sie ihrer Betreuungspflicht für den Toten nicht nachgekommen sei. Diese Ablehnung der Betreuungspflicht weise darauf hin, dass die Klägerin keine Gefühle für den Toten habe, deshalb sei die Feier von keiner Bedeutung für die Klägerin gewesen, und es habe kein seelisches Interesse bestanden. Nach dieser Rechtsprechung muss der Betroffene beweisen, dass die Gegenstände der guten Sitten für den Betroffenen selbst von besonderem persönlichen Interesse sind.

In einigen Entscheidungen kann die personenbezogene Information auch dann das APR betreffen, wenn sie sich unmittelbar auf die persönliche Würde bezieht. Im Urteil zu *Wang v. Zimmervermittlungsgesellschaft* (王某与某物业顾问公司因一般人格权纠纷上诉案)¹⁰³⁷ hat das Gericht anerkannt, dass das APR personenbezogene Informationen vor Missbrauch schützen kann. Der Sachverhalt stellt sich so dar, dass der Kläger den Beklagten anrief, um seine Wohnung zu vermieten. Danach hat die Gesellschaft den Kläger oft zurückgerufen. Zunächst hatten sich die Anrufe auf die Vermietung bezogen, aber später tätigte der Beklagte so viele unerhebliche Anrufe, dass die Lebensruhe des Klägers gestört wurde. Daraufhin hat der Kläger gegenüber der Gesellschaft beansprucht, die Störungen durch Anrufe und SMS-Nachrichten einzustellen, sowie Entschuldigung und Schadensersatz verlangt. Das Gericht erkannte den Anspruch auf Einstellung der Störung und Entschuldigung gemäß dem APR an, da das Verhalten der Gesellschaft einen Missbrauch der Information des Klägers (Rufnummer) dargestellt habe und dadurch faktisch die Lebensruhe des Klägers gestört worden sei. Allerdings lehnte das Gericht, weil der Schaden zu klein

¹⁰³⁵ Vgl. *Li Shoufu v. Xu Aizhi* (2011) 青民五终字第 476 号. Hier hat der Beklagte die Ahnengräber des Klägers zerstört, und das Gericht hat dem Anspruch auf geistigen Schadensersatz des Klägers gemäß APR anerkannt.

¹⁰³⁶ (2007) 丰民初字第 08923 号.

¹⁰³⁷ (2011) 沪一中民一(民)终字第 1325 号.

gewesen sei, den Anspruch auf seelischen Schadensersatz ab. In dieser Rechtsprechung setzt das Gericht bei der Anwendung des APR zwei Grundlagen voraus: den Missbrauch personenbezogener Information und einen kleinen Schaden. Kleiner Schaden bedeutet, dass die Bedingungen des RPS nicht erfüllt sind, aber der Missbrauch personenbezogener Information eine faktische Störung verursacht hat, darum muss das Gericht das APR als Auffangrecht anwenden, um die vorhandene Schutzlücke des RPS zu schließen. Nach dieser Rechtsprechung ist das Gericht noch unsicher, wie das APR für den Schutz personenbezogener Information angewendet werden soll. Einerseits versteht es, dass der Missbrauch personenbezogener Information einen Schaden verursachen würde, andererseits bezieht es diesen Schaden nicht auf die Persönlichkeitsentfaltung, sondern nur auf die Privatsphäre, deshalb fordert das Gericht auch die Störung der Lebensruhe als Voraussetzung des Schutzes. Jedoch ist der faktische Schaden zu gering, um ihn auf das RPS anzuwenden, dazu kommt für das Gericht nur das Rahmenrecht des APR in Betracht. D.h., nach dieser Rechtsprechung kann das APR den Missbrauch personenbezogener Information abwehren, wenn der faktische Schaden zu klein bzw. das RPS nicht anwendbar ist. Im Urteil zu *Sun v. Xia* (夏重华与孙丽苹一般人格权纠纷上诉案)¹⁰³⁸ hat das Gericht anerkannt, dass das APR die Menschenwürde schützt, wenn die unzulässige Datenerhebung und Veröffentlichung mehrere Rechtsgüter verletzen. In diesem Fall hat der Beklagte Aktfotos der Klägerin unzulässig in Besitz genommen, im Internet veröffentlicht und mittels SMS und MMS die Klägerin belästigt. Deshalb machte die Klägerin Ansprüche gemäß dem Recht am guten Ruf, dem Recht auf Menschenwürde und dem RPS geltend und verlangte die Einstellung des Verstoßes, eine Entschuldigung, eine Beseitigung der Auswirkungen und seelischen Schadensersatz. Das Gericht meinte, dass das Recht am guten Ruf nicht alle Beeinträchtigungen der Klägerin abdecken könne, deswegen hätte die unzulässige Datenerhebung und Veröffentlichung des Beklagten das APR der Klägerin verletzt.

¹⁰³⁸ (2009) 沪二中民一(民)终字第 451 号.

Diese Rechtsprechung ist mangelhaft, da sie nicht den Schutzbereich des APR bestimmt und sich von anderen Persönlichkeitsrechten (besonders vom RPS) unterscheidet. Aber sie weist darauf hin, dass die unzulässige Datenverarbeitung so kompliziert und umfassend ist, dass nur der Schutzbereich des APR diese allgemeine Geltung anbieten kann. Mit diesen Entscheidungen wurde schließlich nach dem APR der erste Schritt hin zu einem umfassenden Schutz personenbezogener Information gemacht, aber die Rechtspraxis zeigt, dass die Abstraktion des APR dessen Anwendung schwierig gestaltet und dazu weitere Auslegungen und Konkretisierungen erforderlich sind.

III. Kommentar zur chinesischen Rechtspraxis in Bezug auf den Schutz der eigenen Information

Obwohl im chinesischen Recht sowohl das US-amerikanische RPS als auch das deutsche APR starken Einfluss haben und theoretisch den Schutzgehalt des RiS umfassen können, ist in der Rechtspraxis der Schutz personenbezogener Information dennoch beschränkt. Jedoch können die Bedürfnisse des Datenschutzes in China kaum erfüllt werden, weil in der Praxis 1) die Bedeutung personenbezogener Information für die Persönlichkeitsentfaltung nicht völlig anerkannt wird, 2) das RPS und das APR in China den entsprechenden Rechten in den USA sowie in Deutschland nicht genau gleichen und 3) es nach traditionellem Recht an notwendigen Maßnahmen fehlt, die Ungleichheit zwischen Betroffenenem und Verantwortlichem auszugleichen.

Das Rechtssystem der VR China, das dieses von der vor 1949 bestehenden Republik China übernommen hat, ist das Ergebnis einer Rechtsrezeption des kontinentaleuropäischen Rechtskreises, in dem es damals keinen Raum für das RPS gab. Nach dem steigenden Einfluss der US-amerikanischen Rechts- und Gesellschaftsentwicklung hat der chinesische Rechtskreis den Begriff des RPS angenommen. Jedoch ist sein Schutzzinhalt in China ein anderer als in den USA, da es

als ein besonderes Recht und nicht als umfassendes Auffangrecht betrachtet wird. Damit beschränkt sich sein Schutzbereich auf den Schutz der Lebensruhe und die Abwehr fremder Eingriffe. Darum sind Teile des Schutzbereichs des RPS in den USA, wie das „False Light“ (siehe Kap. 4, A, I, 3), in China nicht anerkannt worden. Das APR, das gemäß dem Bedürfnis nach einem Auffangrecht in den Schutz der Persönlichkeitsinteressen aus Deutschland übernommen wird, ist allerdings für die Rechtspraxis zu allgemein. Seine Anwendung gründet auf systematischer, langfristiger, dogmatischer Rechtstheorie und -praxis, an der es im chinesischen Rechtskreis gerade mangelt. Darum ist die Anwendung des APR noch nicht systematisch, und seine Konkretisierung sowie Rechtsfortbildung sind nicht erfolgreich.

In der Rechtspraxis verbindet das Gericht die personenbezogene Information mit der Privatsphäre und dem Geheimnis des Einzelnen, deshalb wird die personenbezogene Information grundsätzlich nach dem RPS geschützt, und dieser Schutz setzt die Störung der Lebensruhe des Betroffenen voraus. Aber durch das RPS allein kann kein umfassender Schutz personenbezogener Information angeboten werden (siehe Kap. 4, A, I, 3). In einigen Entscheidungen bemerkt das Gericht die Beschränkung des RPS und versucht ein umfassendes APR anzuwenden. Durch den Einfluss des RPS und das begrenzte Verständnis personenbezogener Information beachtet das Gericht jedoch den Schutz der Privatsphäre, dazu unterliegt die Anwendung des APR der Auswirkung des RPS. Deshalb kann beim APR die Beschränkung des RPS nicht überwunden werden, weswegen das Gericht bei der Anerkennung der neuen Ausprägung des APR sehr konservativ handelt.¹⁰³⁹

Weil der Verantwortliche oft an den Vorteilen von Information und Technik festhält, sind nach deutschen Erfahrungen besonders Rechtsmaßnahmen wie Berichtspflicht,

¹⁰³⁹ Z.B. hat das Gericht das Recht auf Vergessenwerden abgelehnt, vgl. Ren v. Baidu (任某某诉百度公司侵犯名誉权、姓名权、一般人格权(“被遗忘权”)案) (2015) 海民初字第 17417 号; (2015) 一中民终字第 09558 号, weil 1) die Suchergebnisse objektiv und neutral seien, 2) die betroffenen Informationen bereits im Internet offengelegt worden seien, 3) die Informationen dem Lebenslauf des Klägers entsprechen und wichtig für Dritte seien, um den Kläger zu beurteilen. Deshalb bestimmte das Gericht, dass das APR kein Recht auf Vergessenwerden enthält.

Auskunftsrecht und Umkehr der Beweislast erforderlich, um die Interessen des Betroffenen vollständig zu schützen. Aber diese Maßnahmen bestehen weder innerhalb des RPS noch des APR.¹⁰⁴⁰ Darum ist es für den Betroffenen schwierig, beim RPS oder APR die Haftung des Verantwortlichen zu beweisen. In Deutschland werden diese Rechtsmaßnahmen durch das BDSG (§§ 33 ff.) und die EU-DSGVO (Art. 12 ff.) aufgestellt.¹⁰⁴¹ Obwohl in China seit dem 2. Entwurf des BGB AT ein Recht auf personenbezogene Information anerkannt ist, ist diese neue Rechtsnorm nur eine allgemeine Klausel, die diese Rechtsmaßnahmen nicht enthält. Weil die Rechtsfortbildung in der chinesischen Rechtspraxis sehr begrenzt ist, ist es die Aufgabe der Gesetzgebung, diese Maßnahmen einzuleiten.

B. Recht auf personenbezogene Information in der Persönlichkeitsgesetzgebung

I. Notwendigkeit und Möglichkeit eines Rechts auf personenbezogene Information im chinesischen Rechtssystem

Eine Gesetzgebung ist nur dann angezeigt, wenn die neuen Rechtsnormen notwendig für die Rechtspraxis sind. D.h., dem sozialen Bedürfnis gemäß ist das betroffene Rechtsgut schutzwürdig, und der gegebene Rechtsschutz kann das Bedürfnis nicht erfüllen. Außerdem darf die neue Rechtsnorm die vorhandene Rechtsordnung nicht beeinträchtigen. Die Aufstellung eines Rechts auf personenbezogene Information (RPI) im chinesischen Rechtssystem muss ebenfalls nach diesen Maßstäben überprüft werden.

¹⁰⁴⁰ Gemäß den §§ 2, 6 und 7 DHG sind das RPS und das APR als normale Deliktshaftung angeordnet, sodass der Kläger die normale Beweispflicht übernehmen muss.

¹⁰⁴¹ Ausführlich siehe Kap. 3, B, I, 2, b, i und ii.

1. Notwendigkeit des Rechts auf personenbezogene Information

Um die Notwendigkeit eines RPI nachzuweisen, sollen die Schutzwürdigkeit personenbezogener Information, das objektive soziale Bedürfnis und die Beschränkung des gegebenen Rechtsschutzes dargestellt werden.

Aufgrund der sozialen Entwicklung, besonders durch die verbreitete Anwendung der automatischen Datenverarbeitung und des Internets, hat die Geschwindigkeit des Umlaufs von Information erheblich zu- und der für den Umlauf notwendige Aufwand gleichzeitig abgenommen. Deshalb spielt Information eine immer wichtigere Rolle im sozialen Umgang, und dabei ist nach der Selbstdarstellungstheorie die personenbezogene Information von erheblicher Bedeutung.¹⁰⁴² Weil man durch die selbstbestimmte Anwendung personenbezogener Information Zugriff auf die erforderlichen sozialen Ressourcen (wie sozialer Dienst und guter Ruf) erhalten kann (siehe Kap. 1, C, I, 2), sind diese Anwendungen eine wesentliche Voraussetzung für die freie Persönlichkeitsentfaltung. Aber man würde sich im sozialen Umgang an einer benachteiligten Position befinden, wenn die Veröffentlichung oder Übermittlung personenbezogener Information nicht auf dem Willen des Betroffenen gründen würde. Im Volkszählungsurteil bestimmte das BVerfG, dass es in der modernen Gesellschaft kein „belangloses Datum mehr“¹⁰⁴³ gebe und alle personenbezogene Information eng mit der Persönlichkeitsentfaltung verbunden werden könnten. Darum muss der Schutz der Selbstbestimmung personenbezogener Information umfassend sein. Tatsächlich kann man jedoch diese Selbstbestimmung kaum verwirklichen, und der häufigste Zustand ist, dass die Verantwortlichen die Informationen leicht unzulässig verarbeiten können, weil sie als Berufsorganisationen in vielen Fällen über erhebliche informationelle und technische Vorteile verfügen. Deshalb kann der Betroffene allein die Details der Datenverarbeitung nicht erfahren. Somit ist es also schwierig, die Unzulässigkeit und Unrichtigkeit dieser

¹⁰⁴² Ausführlich vgl. Teil. 1, Kap. 2.2.2.

¹⁰⁴³ BVerfGE 65, 1 (45).

Datenverarbeitung nachzuweisen. Darum wird vom Recht erwartet, durch seine Hebelwirkung die Ungleichheit zwischen Betroffenen und Verantwortlichem auszugleichen.

Zweitens bestehen im vorhandenen chinesischen Rechtssystem sowohl das RPS als auch das APR, die in den USA und in Deutschland als Grundlage eines umfassenden Schutzes personenbezogener Information dienen. Darum könnte nach chinesischem Recht theoretisch eine vollständige Gewährleistung angeboten werden. Jedoch ist der Schutz in der Rechtspraxis so beschränkt, dass die Informationsinteressen des Betroffenen kaum geschützt werden und unzulässige Datenverarbeitung überall vorhanden ist.¹⁰⁴⁴ Diese Widersprüche werden im Folgenden in Verbindung mit der Beachtung der Besonderheiten der chinesischen Rechtspraxis analysiert.

1) Schutz bei besonderen Persönlichkeitsrechten: In vielen Fällen werden die Informationsinteressen des Betroffenen durch besondere Persönlichkeitsrechte geschützt, speziell beim Recht am eigenen Bild, beim Recht am guten Ruf, beim Namensrecht und beim RPS.¹⁰⁴⁵ In einigen Entscheidungen haben die Gerichte sogar anerkannt, dass das RPS eine Befugnis zur Herrschaft über personenbezogene Information enthält. Aber in den meisten Fällen haben die Gerichte verlangt, dass der Schutzbereich eines besonderen Persönlichkeitsrechts auf einen bestimmten Schutzzweck beschränkt werden muss. Damit ist das RPS nur dann gültig, wenn tatsächlich in die Lebensruhe eingegriffen wird, und das Recht am guten Ruf wird nur dann anerkannt, wenn die soziale Beurteilung des Betroffenen verletzt wird. Um diesen Schutzzweck zu wahren, ist die Herrschaft über die eigenen Informationen von erheblicher Bedeutung, aber diese Herrschaft bezieht sich nicht unmittelbar auf den Schutzzweck. Der Anspruch gemäß diesen besonderen Rechten wurde nicht anerkannt, wenn nur die Herrschaft selbst ohne den Eingriff in den Schutzzweck des

¹⁰⁴⁴ Statistikdaten vgl. „Statistischer Bericht über die Internetentwicklung in China“ von China Internet Network Information Center (CNNIC), Fn. 958 oben.

¹⁰⁴⁵ Vgl. Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz, S. 262–264; Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht, S. 33.

Rechts verletzt wurde. Deshalb besteht hier kein umfassender Schutz personenbezogener Information gemäß den besonderen Persönlichkeitsrechten.

2) Schutz durch das APR: Nach deutscher Theorie und Rechtsprechung kann das APR beim Schutz der persönlichen Würde und der freien Persönlichkeitsentfaltung einen umfassenden Schutz personenbezogener Information ausprägen. Anders als die besonderen Persönlichkeitsrechte berücksichtigt diese Ausprägung unmittelbar die Herrschaft über die eigene Information. In der chinesischen Rechtspraxis führte dies zu einigen Entscheidungen, durch die die Gerichte versuchten, die Informationsinteressen nach dem APR zu schützen. Allerdings ist die Anwendung des APR im Allgemeinen konservativ in der Rechtsfortbildung, weil seine abstrakten und umfassenden Schutzgehalte von Interessenabwägung und wissenschaftlicher Rechtsauslegung abhängig sind. Deshalb erfordern diese Anwendungen eine systematische Rechtsdogmatik und eine hohe Kompetenz der Richter, sonst wären die Anwendungen unbestimmt. So kann bei der Rechtsfortbildung des APR kein allgemeines RPI aufgestellt werden, und der Schutz der Information nach dem APR beschränkt sich auf den Einzelfall.

Außer den Beschränkungen der besonderen Persönlichkeitsrechte und des APR können beim vorhandenen Rechtssystem die Nachfragen zu Rechtsmaßnahmen wie der Berichtspflicht, dem Auskunftsrecht und der Umkehr der Beweislast noch nicht erfüllt werden. Gemäß §§ 6 Abs. 2 und 7 DHG können diese besonderen Rechtsmaßnahmen nur angewendet werden, wenn sie sich in gesetzlichen Vorschriften ausdrücken. Aber gemäß § 2 DHG bestehen keine solche Maßnahmen für das APR und die besonderen Persönlichkeitsrechte wie das Recht am guten Ruf, das Recht am eigenen Bild und das RPS.¹⁰⁴⁶ In der EU und in Deutschland bestehen diese Maßnahmen in einem selbstständigen Datenschutzgesetz. Darin bilden die

¹⁰⁴⁶ Vgl. Chen, Netzwerkpersönlichkeitsrecht, S. 84 ff.

Rechtsnormen sogar ein kompliziertes Rechtssystem, um den Betroffenen vollständigen Schutz anzubieten und das RiS zu wahren.¹⁰⁴⁷

Drittens besteht die Funktion einer selbstständigen Persönlichkeitsgesetzgebung darin, die Bedeutung der Persönlichkeit zu betonen, die wesentlichen Begriffe zu erklären, das Bewusstsein des Volks über den Rechtsstaat zu schärfen und die gerichtliche Anwendung des Persönlichkeitsrechts anzuleiten. Sie sind auch für ein RPI von Bedeutung. In einer Informationsgesellschaft spielt die Information die entscheidende Rolle, aber das Bewusstsein der Bevölkerung dafür ist nicht so tiefgehend, dass Einzelne die eigenen Informationen nur auf ihr privates Leben und ihren sozialen Ruf beziehen. Sie nehmen nicht wahr, dass eigene Informationen eng mit der eigenen Persönlichkeitsentfaltung, persönlichen Würden und sogar Eigentumsinteressen verbunden sind. In der Rechtspraxis wird diese Bedeutung der Information ebenfalls nicht beachtet, und darum ist in der Rechtsprechung der Schutz des Informationsinteresses gemäß APR lange nicht anerkannt worden. Deshalb ist es notwendig, die chinesische Gesetzgebung voranzutreiben, um Aufmerksamkeit für das RPI zu schaffen.

So kann zusammengefasst werden, dass in der chinesischen Rechtspraxis kein umfassendes Recht auf personenbezogene Information besteht. Dem vorhandenen Rechtssystem fehlt es an notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, und der Bevölkerung ist die Wichtigkeit der eigenen Information nicht vollständig bewusst. Diese Beschränkungen führen zu der Notwendigkeit eines umfassenden RPI, das bei der Gesetzgebung, nicht bei der Rechtsfortbildung, aufgestellt werden muss.

Um diese Beschränkungen darzustellen, gibt es eine typische Rechtsprechung. Im Urteil zu *Zhu Yinguang v. China Unicon Lian Yun Gang Ltd.* (朱迎光等诉中国联合网络通信有限公司连云港市分公司隐私权纠纷案)¹⁰⁴⁸ hat der Kläger einen

¹⁰⁴⁷ Siehe Kap. 3, B, I, 2, b, i und ii.

¹⁰⁴⁸ (2014) 连民终字第 0006 号.

Rechtsstreit mit einem Dritten verloren, weil der Dritte eine Telefonaufzeichnung des Klägers durch den Beklagten (einen Telekommunikationsanbieter) erhalten hatte. Der Kläger meinte, dass der Beklagte seine Telefonaufzeichnung dem Dritten unzulässigerweise gegeben habe, weil die Telefonaufzeichnung so ausführlich gewesen sei (ausführlicher als die normale Aufzeichnung, die der Kläger selbst von dem Beklagten bekommen konnte), dass der Dritte sie nur von dem Beklagten erhalten haben könne. Deswegen erhob er Anspruch gemäß dem RPS. Aber im Verfahren konnte der Kläger nicht beweisen, dass der Beklagte tatsächlich die Aufzeichnung herausgegeben hatte, sondern nur die Möglichkeit dieser Sachlage darstellen. Der Beklagte lehnte auch ab, die Quelle der Aufzeichnung anzugeben, weil er nach der Beweislast des RPS nicht verpflichtet war, die eigene Unschuld zu beweisen. Zusätzlich erkannte das Gericht an, dass die Telefonaufzeichnung nur die Dauer, die Kosten und die Rufnummer, aber nicht den Inhalt der Anrufe betreffe, darum bezöge sich die Aufzeichnung nicht auf die Privatsphäre. So konnte das Gericht den Anspruch des Klägers nicht anerkennen. Diese Rechtsprechung zeigt Beschränkungen in Bezug auf drei Aspekte: 1) Nach dem Anspruch gemäß RPS wird die Beschränkung der Wahrnehmung des Klägers dargestellt, dass die meisten Menschen das Rechtsgut der eigenen Information nur mit der Lebensruhe statt mit der Persönlichkeitsentfaltung verbinden. 2) Die Ablehnung des Beklagten im Verfahren zeigt, dass beim vorhandenen Rechtssystem der Vorteil des Beklagten nicht ausgeglichen wird. Dadurch ist es dem Betroffenen fast unmöglich, die Schuldhaftigkeit des Verantwortlichen zu beweisen. 3) Die Auffassung des Gerichts zeigt, dass sich der Schutz der eigenen Information nach einem besonderen Persönlichkeitsrecht auf einen bestimmten Schutzbereich begrenzt und nicht ermöglicht, einen umfassenden Schutzbereich aufzustellen.

2. Möglichkeit eines Rechts auf personenbezogene Information

Die hier angesprochene Möglichkeit weist auf eine Vereinheitlichung von neuer Rechtsnorm und vorhandener Rechtsordnung hin. Die vollständige Beweisführung

des Vorhandenseins dieser Möglichkeit ist tatsächlich eine gewaltige Aufgabe, weil man nicht nur die Einheitlichkeit des Schutzgegenstandes und des Schutzbereiches, sondern auch die der inneren Strukturen beweisen muss. Aber für das RPI ist die Aufgabe nicht so schwierig zu lösen, weil es kein ganz neues Recht, sondern nur eine Ausprägung des APR ist, die einen bestimmten Schutzbereich über das Informationsinteresse des Betroffenen konkretisiert und sich als Herrschaftsrecht darstellt. Nach deutscher Theorie und Rechtspraxis bezieht sich die Herrschaft über die eigene Information auf die freie Persönlichkeitsentfaltung und stellt sich durch das RiS dar. Der Schutz der Persönlichkeitsentfaltung ist der Wesensgehalt des Schutzbereichs des APR. Darum enthält das APR theoretisch den Schutzgehalt der Herrschaft über die eigene Information bzw. das RPI. In der Rechtspraxis haben die chinesischen Gerichte in einigen Entscheidungen anerkannt, dass das APR eine Herrschafts- bzw. Selbstbestimmungskompetenz enthält. Kurz, das RPI ist nur die Konkretisierung des APR, und die Aufstellung dieses Rechts begründet sich nur in sozialen Nachfragen und der Forderung der notwendigen Rechtsmaßnahmen.

II. Struktur eines Rechts auf personenbezogene Information im chinesischen Rechtssystem

§ 111 BGB AT erkennt die Schutzwürdigkeit der personenbezogenen Information. Er fordert, dass die personenbezogene Information einer natürlichen Person gesetzlich geschützt werden muss. Jegliche Organisation oder Einzelperson, die die Informationen der anderen erhalten möchte, muss die Maßnahmen zulässig durchführen und die Informationssicherheit gewährleisten. Sie kann die personenbezogene Information nicht unzulässig erheben, nutzen, verarbeiten und übermitteln sowie diese Information unzulässig handeln, bereitstellen oder veröffentlichen. Aber darin besteht kein selbstständiges Recht über eigener Daten, sondern nur wird die unzulässige Datenverarbeitung verboten. Deshalb stellt diese Rechtsnorm sich mehr als eine Erklärung oder eine Generalklausel, die weitere

Auslegungen und Gesetzgebungen benötigen muss. Sie vermeidet die wichtigste Aufgabe, ein umfassendes Recht auf personenbezogene Information als Schutzgrundlage aufzustellen, und kann kaum in der Rechtspraxis anwendbar sein. In der kommenden Gesetzgebung muss dieses Recht in Betracht gezogen werden. Im Folgenden ist seine Rechtsstruktur zu berücksichtigen.

1. Der Schutzgehalt des Rechts

Zunächst zum Gegenstand des Rechts. Entsprechend der h.M. schützt das Recht, anders als das RPS, die personenbezogene Information.¹⁰⁴⁹ Dabei soll personenbezogene Information ein umfassender Begriff sein, einschließlich aller Informationen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen.¹⁰⁵⁰ Deshalb kann sie das Bedürfnis völliger Herrschaft über die eigene Information erfüllen.

Der Begriff der personenbezogenen Information soll noch weitere Faktoren enthalten:

- 1) Bestimmbarkeit. Die Bestimmung des Betroffenen ist mit dem Aufwand dafür verbunden und wenn die Kosten zu hoch sind, ist die Bestimmung unmöglich.
- 2) Natürliche Person. In früheren Gesetzgebungen und in der Literatur begrenzt sich der Betroffene nur auf natürliche Personen.¹⁰⁵¹ In der jüngsten Literatur ist bei der Begrenzung allerdings umgedacht worden, weil man wegen der Entwicklung der Sozialwirtschaft die Möglichkeit eines Schutzes der Information von juristischen

¹⁰⁴⁹ Vgl. Diao, Hebei Faxue, 6/2011; Qi/Li, Faxue Pinlun, 3/2011; Zhang, Hebei Faxue, 2/2012; Tang, Huadong Zhenfa Daxue Xuebao, 5/2000; Mei, Suzhou Daxue Xuebao, 2/2005; L. Wang, Faxuejia, 1/2012. Anders vgl. Wang, Xuzhou Daxue Xuebao, 1/2005. Darin besteht er darauf, dass es einen Schutz auf eigene Information gibt und diese sich auf Privatheit gründet.

¹⁰⁵⁰ Diao, Beijing Ligong Daxue Xuebao, 3/2011; Zhang, Nanjing Youdian Daxue Xuebao, 1/2007; Qi, Suzhou Daxue Xuebao, 2/2005. In Teilen der Literatur werden Daten als Medium der Information betrachtet. Vgl. dazu Zhang, Nanjing Youdian Daxue Xuebao, 1/2007.

¹⁰⁵¹ Wie z.B. Schoch, Jura 2008, 352 (356); Hufen, Staatsrecht II, S. 196 f.; Weidner-Braun, Schutz der Privatsphäre, S. 81; Simitis, in: ders., BDSG, Einl. Rn. 206. Zur Gesetzgebung vgl. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, § 1 (b); Richtlinie 95/46, § 2 (a); UK Data Protection Act 1998, § 1; etc.

Personen durch das Recht nicht ganz ausschließen kann.¹⁰⁵² Aber diese Anwendung kann nur im Ausnahmefall aufgrund der Interessenabwägung und des Schutzbedürfnisses erfolgen. 3) Bezüglichkeit. Die Bezüglichkeit zwischen dem Betroffenen und der Information soll durch Inhalt, Zweck und Ergebnis der Information analysiert werden.¹⁰⁵³ Deshalb ist die Bezüglichkeit auch nicht unbedingt und soll im Einzelfall nach Abwägung mit anderen Interessen, wie der Informationsfreiheit, entschieden werden.

Ferner: Der Schutzzinhalt des Rechts. Gemäß dem Volkszählungsurteil ist das RiS eine Befugnis für Einzelne, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung ihrer personenbezogenen Daten bzw. die Herrschaft über die eigene Information zu bestimmen. Aufgrund dieser Herrschaft umfasst das Recht einerseits eine negative Abwehr gegen Fremdeingriff, andererseits eine positive Verwertung.¹⁰⁵⁴ Nach § 111 BGB AT muss das RPI vor unzulässiger Erhebung, Nutzung, Verarbeitung oder Übermittlung sowie unzulässigem Handel, unzulässiger Bereitstellung oder Veröffentlichung schützen, um die Informationssicherheit zu wahren. Diese Rechtsnorm unterteilt die unzulässige Datenverarbeitung in zwei Gruppen. Die eine beinhaltet die Datenverarbeitung, die sich auf den Verantwortlichen allein bezieht, und die andere betrifft Dritte oder die Öffentlichkeit. Ähnlich wie die Begriffe im BDSG und in der EU-DSGVO sind diese Datenverarbeitungsbegriffe sehr umfassend, besonders die der Verarbeitung und der Nutzung, die als Auffangbegriffe alle Arten des Umgangs mit Information einschließen können.¹⁰⁵⁵ Damit beinhalten sie nicht nur unzulässige Informationsenthüllungen, sondern auch Verletzungen der Richtigkeit und Integrität offengelegter Informationen, um einen umfassenden Schutzbereich sowohl durch die Abwehr fremder Eingriffe als auch die Wahrung der positiven Verwertung zu gestalten. Allerdings sei bemerkt, dass diese Rechtsnorm

¹⁰⁵² Siehe Kap. 2, B, I.

¹⁰⁵³ Siehe Kap. 1, A, II.

¹⁰⁵⁴ Vgl. Diao, Beijing Ligong Daxue Xuebao, 3/2011; Hong, Hebei Faxue, 1/2007; Mei, Suzhou Daxue Xuebao, 2/2005; S. Zhang, Suzhou Daxue Xuebao, 2/2005; Qi, Suzhou Daxue Xuebao, 2/2005.

¹⁰⁵⁵ Vgl. § 3 BDSG und Art. 4 EU-DSGVO.

nur ein RPI anerkennt, aber weder konkrete Tatbestände noch ein vollständiges Rechtssystem aufstellt. Deshalb dient die Rechtsnorm als Erklärung oder generelle Klausel, die weitere Rechtsauslegung, -fortbildung und Gesetzgebung verlangt.

Ausgehend von deutscher Gesetzgebung und Rechtspraxis, soll der Schutzzinhalt des RPI folgendermaßen konkretisiert werden:

- 1) Die Einwilligung des Betroffenen ist außer dem Gesetzesvorbehalt grundsätzlich die zulässige Voraussetzung aller Datenverarbeitung. Eine berechtigte Einwilligung muss sich durch ausreichende Informiertheit und eigene Freiwilligkeit auszeichnen. Deshalb ist der Verantwortliche verpflichtet, dem Betroffenen das Ziel, den Umfang und die Maßnahmen der Datenverarbeitung auf verständliche Weise mitzuteilen. Danach muss die weitere Datenverarbeitung auch der Einwilligung unterliegen, um die Herrschaft des Betroffenen im gesamten Umgang mit der Information zu wahren. Deshalb würde der Verantwortliche das Recht verletzen, wenn die weitere Verarbeitung außerhalb der ehemaligen Einwilligung erfolgt, und ihre Zulässigkeit muss auf einer erneuten Einwilligung des Betroffenen beruhen. Die weitere Verarbeitung der bereits offengelegten Information setzt eine erneute Einwilligung des Betroffenen voraus, wenn sie die soziale Duldungspflicht übertroffen hat oder sittenwidrig ist.¹⁰⁵⁶ Z.B. würde die böswillige Änderung eines Porträts des Betroffenen das Recht verletzen. Wenn diese Demütigung so schwer ist, dass sein sozialer Ruf herabgesetzt worden ist, wird das Recht am guten Ruf verletzt. Auch kann der Betroffene die Einwilligung widerrufen, solange der Widerruf das allgemeine Interesse, die gesetzliche Vorschrift und den Vertrag nicht beeinträchtigt.
- 2) Das RPI soll nicht allein bestehen. Ausgehend von der Ungleichheit zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen fordert der Betroffene angemessene Rechtsmaßnahmen wie das Benachrichtigungsrecht und das Auskunftsrecht. Anders

¹⁰⁵⁶ Aber die Bestimmung der Duldungspflicht des Rechts auf personenbezogene Information muss im Einzelfall von einer Interessenabwägung abhängig sein.

als die Einwilligung gehören diese ganz neuen Rechte nicht zu dem Schutzzinhalt des traditionellen APR oder RPS. Damit ist der Verantwortliche verpflichtet, den Betroffenen über die Tatsache einer Datenverarbeitung zu informieren, wenn der Betroffene verlangt, ihm die Details über die Verarbeitung rechtzeitig vollständig anzuzeigen. Dies ermöglicht dem Betroffenen, nach den berichteten Informationen selbst zu entscheiden, ob die Verarbeitung mit dem eigenen Interesse übereinstimmt. Danach kann der Betroffene die Datenverarbeitung unter Bezug auf das Recht auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Widerruf korrigieren oder stoppen.¹⁰⁵⁷ Im Vergleich zu der Umkehr der Beweislast sind diese Rechte geeigneter, die Ungleichheit auszugleichen, weil die Umkehr der Beweislast nur dann eine Maßnahme des Rechtsverfahrens ist, wenn der Schaden bereits eingetreten ist und es nicht leicht wäre, den Einfluss der Schädigung der Informationsinteressen zu beseitigen. Es sei allerdings angemerkt, dass in der Praxis die vollständige Auswirkung der Präventionsfunktion des Auskunftsrechts von dem hohen Rechtsbewusstsein des Betroffenen abhängig ist, weil das Recht die Beantragung des Betroffenen voraussetzen muss. Darum kommt es bei der Präventionsfunktion des Rechts auf die andauernde Aufmerksamkeit des Betroffenen an, und das ist für die meisten Menschen nicht realistisch. Deshalb ist es auch notwendig, die Umkehr der Beweislast im Rechtsverfahren zu vollziehen.

3) Außer den Pflichten der Benachrichtigung, der Auskunft, der Löschung und der Sperrung ist der Verantwortliche auch verpflichtet, eine sichere Umgebung für die Datenspeicherung, -verarbeitung und -übermittlung anzubieten, um Eingriffe von Dritten in die Informationen zu verhindern. Ähnlich wie der Besitzer von Sachen anderer im Schuldverhältnis muss der Verantwortliche eine Obhutspflicht als Nebenpflicht übernehmen, wodurch er die Richtigkeit und Integrität der Information wahren muss, sonst würde er sich nach § 280 Abs. 1 BGB (in China nach § 60 Abs. 2

¹⁰⁵⁷ Vgl. Hong, Schutz der personenbezogenen Information, S. 164 ff.

Vertragsgesetz) schuldig machen.¹⁰⁵⁸ Und wenn diese Sicherheit bedroht oder bereits verletzt worden ist, muss der Verantwortliche rechtzeitig die Notmaßnahme anwenden und auch dem Betroffenen die Gefährdung oder Verletzung mitteilen. Darauf kann der Betroffene selbst entscheiden, ob die Einwilligung zurückgegeben wird, um seine Selbstdarstellung im Sozialleben zu schützen.

Drittens: Die Beschränkung des Rechts. Rechte sind nicht grenzenlos. Eine Beschränkung ist besonders wichtig für die Anwendung des RPI, weil die Vorteile des Informationszeitalters gerade auf der hohen Geschwindigkeit und den niedrigen Kosten des Umgangs mit Information beruhen.¹⁰⁵⁹ Das RPI bzw. die Herrschaft über die eigene Information stört jedoch den freien Umlauf der Information, sodass die ungebührliche Beachtung der Herrschaft die Allgemeininteressen und insbesondere die Weiterentwicklung der Informationsgesellschaft behindern könnte.¹⁰⁶⁰ In den USA und in Deutschland gibt es allerdings noch keine abschließende Antwort auf diesen Konflikt. In den USA wird die Veröffentlichung in der Rechtsprechung als Begrenzung des Schutzes des RPS gesehen, aber die Beurteilung dieser Veröffentlichung muss vom Einzelfall abhängig sein.¹⁰⁶¹ In Deutschland hat das BVerfG sogar deutlich gemacht, dass die Anwendung eines RiS nur durch allgemeine Interessen, Gesetzesvorbehalt und verfassungsrechtliche Ordnung begrenzt werden kann.¹⁰⁶² Allerdings sind zwei von diesen drei Maßstäben noch unbestimmt, die Festlegung der allgemeinen Interessen und der verfassungsrechtlichen Ordnung muss in der Rechtspraxis im Einzelfall konkretisiert werden. Diese Unbestimmtheit der Begrenzung des Auffangrechts ist jedoch von Bedeutung, um die neuen Schutzbedürfnisse des Datenschutzes durch Rechtsauslegung und -fortbildung zu erfüllen.¹⁰⁶³ Das neue Computer-Grundrecht zur Online-Durchsuchung ist ein gutes

¹⁰⁵⁸ Zur Obhutspflicht im Schuldverhältnis vgl. MüKoBGB/Ernst, § 280, Rn. 105.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Chen, Netzwerkpersönlichkeitsrecht, S. 7 f.

¹⁰⁶⁰ Vgl. M. Guo, Recht auf personenbezogene Information, S. 225 f.; Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht, S. 196 f.

¹⁰⁶¹ Vgl. Solove/Schwartz, Information Privacy Law, S. 78 ff.

¹⁰⁶² Vgl. BVerfGE 65, 1 (45 f.); Simitis, NJW 1984, 398 (400); Gallwas, NJW 1992, 2785 ff.

¹⁰⁶³ Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht, S. 40.

Beispiel dafür, mit diesem hat das BVerfG den Schutzbereich des APR mit der Wahrung der Vertraulichkeit und Integrität eines Computersystems ausgeweitet (siehe Kap. 2, C, IV).

Die Begrenzungen nach allgemeinen Interessen und Gesetzesvorbehalten sind auch im chinesischen Rechtssystem gültig, und seine Konkretisierung ist nicht nur Aufgabe der Gesetzgebung, sondern auch der Rechtstheorie, der Rechtspraxis und der gerichtlichen Auslegung.¹⁰⁶⁴ Darum kann der Verantwortliche aufgrund des allgemeinen Interesses oder des Gesetzesvorbehaltes die personenbezogene Information des Betroffenen unter dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit erheben, verarbeiten und übertragen, solange er den Betroffenen über den Zustand der Datenverarbeitung rechtzeitig benachrichtigt.

Zuletzt muss die Haftung angesprochen werden. Die personenbezogene Information beinhaltet Vermögensgüter und Persönlichkeitsgüter, deshalb löst der Eingriff in das Informationsinteresse sowohl materiellen als auch immateriellen Schaden aus. Der immaterielle Schaden ist normalerweise schwierig zu bemessen, und in Fällen von Zwangskommerzialisierung müssen besondere Bemessungsmethoden in Betracht kommen, um die Präventionsfunktion des Zivilrechts zu wahren.¹⁰⁶⁵ In der chinesischen Rechtspraxis ist die Anwendung des immateriellen Schadensersatzes sehr beschränkt. Sie setzt einen sehr schwerwiegenden Schaden voraus, und die zu verhängende Geldsumme ist zudem niedrig.¹⁰⁶⁶ Dazu müssen besondere Bemessungsmethoden wie Lizenzgebühr, Gewinnherausgabe oder „statutory damages“¹⁰⁶⁷ in Betracht gezogen werden, um die wesentlichen Interessen des

¹⁰⁶⁴ Hong, Personenbezogene Information, S. 172 ff.; M. Guo, Recht auf personenbezogene Information, S. 253 f.; Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht, S. 190.

¹⁰⁶⁵ Siehe Kap. 3, B, I, 2, c, ii.

¹⁰⁶⁶ Diao, Netzwerkdelikt gegen personenbezogene Information, S. 227 f.; Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht, S. 227.

¹⁰⁶⁷ Der Ausdruck „statutory damages“ bedeutet, dass, wenn der Schaden eingetreten ist, der Kläger nach der betroffenen Rechtsnorm direkt ein bestimmtes Schmerzensgeld verlangen kann, unabhängig davon, wie hoch der echte Schaden ist. Diese Bemessungsmethode besteht besonders im Urheberrecht.

Betroffenen zu schützen.¹⁰⁶⁸ Diese Bemessungsmethoden wurden bereits im chinesischen Urheberrecht anerkannt¹⁰⁶⁹, aber in der Rechtspraxis des Persönlichkeitsschutzes ist die Lizenzgebühr nur in Fällen des Schutzes des Rechts am eigenem Bild und des Namensrechts angewendet worden.¹⁰⁷⁰ Dazu sollen in die Persönlichkeitsgesetzgebung außer der Umkehr der Beweislast besondere Bemessungsmethoden für den Schadensersatz aufgenommen werden. Es sei noch bemerkt, dass Eingriffe in das RPI in vielen Fällen nur kleinere Schäden auslösen. Deshalb sollte der Methode der Haftungsübernahme, anders als bei der Geldentschädigung nach § 6 DHG, erhöhte Aufmerksamkeit gewidmet werden.¹⁰⁷¹

2. Beziehung zu anderen Persönlichkeitsrechten

Über die Beziehung zwischen dem RPI und anderen besonderen Persönlichkeitsrechten bestehen zwei unterschiedliche Auffassungen. Die eine sieht alle diese Rechte jeweils als selbstständiges Recht¹⁰⁷², und die andere betrachtet das RPI als Ausprägung des APR und die anderen besonderen Persönlichkeitsrechte als dessen Konkretisierungen in Einzelfällen.¹⁰⁷³ Nach der erstgenannten Auffassung entstünde eine Gesetzeskonkurrenz, wenn die unzulässige Datenverarbeitung die Rechtsgüter anderer Persönlichkeitsrechte verletzt würden. Z.B. verletzt die unzulässige Erhebung privater Daten auch das RPS, und der unzulässige Handel mit einem Abbild verletzt gleichzeitig das Recht am eigenen Bild. Dazu kann der Betroffene selbst entscheiden, mit welchem Recht er sein eigenes Interesse schützen will. Nach der zweiten Auffassung soll dieses Recht, ähnlich wie das APR, als Auffangrecht nur dann anwendbar sein, wenn das Interesse des Betroffenen bei

¹⁰⁶⁸ Wilhelmi, Risikoschutz durch Privatrecht, S. 64. Ähnlich auch Diao, Netzwerkdelikt gegen personenbezogene Information, S. 229 f.; M. Guo, Recht auf personenbezogene Information, S. 292 f.

¹⁰⁶⁹ Vgl. § 63 MarkenG; § 65 PatG.

¹⁰⁷⁰ Vgl. das Urteil zu Zhang Baizhi (2006) 苏民终字第 0109 号; Urteil zu Zhao Yazhi (2014) 崇民初字第 0412 号.

¹⁰⁷¹ Vgl. Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht, S. 226; Diao, Netzwerkdelikt gegen personenbezogene Information, S. 223 f.; Chen, Netzwerkpersönlichkeitsrecht, S. 110 ff.; Hong, Schutz der personenbezogenen Information, S. 181.

¹⁰⁷² Vgl. L. Wang, Xiandai Faxue, 7/2013, 62 (68); L. Wang, Guojia Jianchaguan Xuebao, 5/2016, 16 (22 f.).

¹⁰⁷³ Vgl. M. Guo, Recht auf personenbezogene Information, S. 225; Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht, S. 204 f.

besonderen Persönlichkeitsrechten nicht geschützt werden kann. Es sei darauf hingewiesen, dass der Schutzbereich des RPI den Schutzgehalt anderer Persönlichkeitsrechte umfassen kann und seine Beweislast zudem erleichtert ist. Deshalb würde der Kläger, wenn eine Gesetzeskonkurrenz bestünde, normalerweise andere Persönlichkeitsrechte ablehnen. Als ein Rahmenrecht mit unbestimmtem Schutzbereich würde eine übertriebene Anwendung dieses Rechts nicht nur andere Rechte abschwächen, sondern auch die Stabilität und die Vorhersehbarkeit des vorhandenen Persönlichkeitsrechtssystems beeinträchtigen, so wie bei Missbrauch des APR. Darum wäre es besser, das RPI als Ausprägung des APR sowie das Auffangrecht zu sehen und nur die Ausgleichs- und Ergänzungsfunktion anzubieten.

C. Zwischenergebnis

Trotzdem bestehen im chinesischen Rechtssystem sowohl das PRS als auch das APR. Sie können jedoch nicht einen umfassenden Schutzbereich bilden, um die Informationsinteressen des Betroffenen zu wahren. Gründe dieser Beschränkung finden sich grundsätzlich in den begrenzten Rechtsauslegungen und Rechtsfortbildungen in der Praxis. Dazu entsteht die Notwendigkeit der Gesetzgebung neuer Rechtsnormen, die Rechte des Betroffenen und Pflichten der Verantwortlichen gesetzlich aufzustellen. Im neuen chinesischen BGB AT wird die Schutzwürdigkeit der personenbezogenen Information anerkannt. Aber dieser Artikel ist nur eine Generalklausel, und seine Anwendung setzt weitere Auslegung und Konkretisierung voraus. Deshalb sind deutsche Rechtsnormen und Rechtserfahrungen für die spätere Persönlichkeitsgesetzgebung von erheblicher Bedeutung, um informationelle Selbstbestimmung in China völlig zu schützen.

Kapital 5: Fazit

Personenbezogene Information ist ein umfassender Begriff. Er betrifft alle Informationen, die sich je nach ihrem Inhalt, ihrem Ziel oder ihrer Auswirkung mittelbar oder unmittelbar auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen können. Weil nach der Selbstdarstellungstheorie der soziale Umgang tatsächlich ein Umgang mit Informationen ist, spielt die personenbezogene Information als Mittel der Selbstdarstellung eine wesentliche Rolle für die Persönlichkeitsentfaltung. Um die eigene Persönlichkeit frei entfalten zu können, muss man aber selbst bestimmen können, wie die eigenen Informationen verwendet werden. Darum soll die Verwendung eigener Information auf Selbstbestimmung beruhen und auch die Wahrung der Richtigkeit sowie Vollständigkeit der angewendeten Information fordern, um das erwartete Ziel der Verwendung zu erreichen. Also muss die unzulässige Erhebung, Enthüllung, Änderung oder anderweitige Verarbeitung solcher Informationen beschränkt werden.

Auf der Grundlage des Bewusstseins über die Wichtigkeit der personenbezogenen Information und der Gefährdung der automatischen Datenverarbeitung entstand die Idee der informationellen Selbstbestimmung. Deswegen hat das BVerfG im Volkszählungsurteil ein RiS anerkannt, d.h., der Einzelne ist berechtigt, grundsätzlich selbst zu entscheiden, „wann und innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Lebenssachverhalte offenbart werden“.¹⁰⁷⁴ Die Anerkennung dieses Grundrechts ist keine Überraschung, sondern beruht auf einer langfristigen Rechtspraxis zum Schutz der Freiheit und der Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen. Das RiS als eine Ausprägung des APR beinhaltet einen umfassenden Schutzbereich, der alle Arten personenbezogener Informationen und alle Phasen der Datenverarbeitung einschließt, und es kann nur durch die Einwilligung von Betroffenen, das Allgemeininteresse und gesetzliche Vorschriften beschränkt werden. Danach ist das

1074 BVerfGE 65, 1 (45).

RiS in der Rechtspraxis in bestimmten Fallgruppen konkretisiert worden, wie in Bezug auf DNA-Analyse, Videoüberwachung, Vorratsspeicherung usw. Insbesondere für die Online-Durchsuchung ist ein neues „IT-Grundrecht“ entwickelt worden. Die Kritik am RiS konzentriert sich auf seinen umfassenden Schutzzinhalt und die übermäßige Beachtung der informationellen Selbstbestimmung. So ist es nicht leicht, dieses Recht von anderen Persönlichkeitsrechten zu unterscheiden, zudem könnte es die notwendige Informationsfreiheit beschränken. Deswegen muss dies Grundrecht, um den Konflikt zwischen Sicherheit und Freiheit zu beseitigen, fortentwickelt und weiter konkretisiert werden.

Das RiS als ein Grundrecht kann sich auch auf die privaten Rechtsbeziehungen auswirken. Nach der Schutzpflicht des Grundrechts muss die gesamte Rechtsordnung den Wesensgehalt des Verfassungsrechts schützen. Dazu wird die Idee der informationellen Selbstbestimmung in vielen Rechtsnormen durchgesetzt. So wird hinsichtlich des Datenschutzgesetzes (BDSG und zukünftig EU-DSGVO), des zivilrechtlichen APR und sonstiger Persönlichkeitsrechte dargestellt, dass mit diesen Rechten die Selbstbestimmung über die eigenen Informationen geschützt wird, wenn sie sich auf den Umgang mit Informationen beziehen. Außerdem werden in das Datenschutzgesetz ein dreistufiges Schutzsystem und die Umkehr der Beweislast aufgenommen, um die Ungleichheit der Betroffenen auszugleichen. Nach der mittelbaren Drittwirkung kann das Grundrecht auch durch wertausfüllungsfähige Begriffe und Generalklauseln in privaten Rechtsbeziehungen angewendet werden. Darum kann die informationelle Selbstbestimmung gemäß der Privatautonomie bei der Einwilligung und dem Rechtsgeschäft des Betroffenen durchgeführt werden. Allerdings muss die Ausübung des RiS auch den Voraussetzungen der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts unterliegen, wie Geschäftsfähigkeit, „Treu und Glauben“ und auch gute Sitten. Eingriffe in das RiS bzw. unzulässige Datenverarbeitungen können sowohl materiellen also auch immateriellen Schaden verursachen. Die Bemessung des immateriellen Schadens ist jedoch schwierig. Deswegen werden besondere

Bemessungsmethoden wie die Lizenzgebühr und die Gewinnherausgabe in Betracht gezogen, um die Interessen des Betroffenen und die Präventionsfunktion des Zivilrechts vollständig zu wahren. Für kleine Verletzungen, bei denen nur ein geringes Schmerzensgeld verlangt werden kann, können sonstige Ansprüche gemäß § 35 BDSG oder § 1004 BGB erhoben werden.

Nach dem deutschen Recht können die vorhandene chinesische Rechtstheorie und -praxis in Bezug auf den Schutz personenbezogener Information überprüft und ihre Beschränkungen dargestellt werden. Das chinesische Rechtssystem hat sowohl das RPS als auch das APR anerkannt, und in der Rechtstheorie können diese Rechte den Schutzgehalt über die Herrschaft der eigenen Information umfassen. Allerdings ist der Schutz personenbezogener Information bei diesen Rechten in der Rechtspraxis so beschränkt, dass sie die aktuelle soziale Nachfrage nach Informationssicherheit nicht vollständig erfüllen. Dieser Zustand beruht zunächst auf der konservativen Haltung der Gerichte, deren Verständnis der Inhalte des RPS und des APR veraltet ist und die nicht bereit sind, eine Rechtsfortbildung durchzuführen. Außerdem ist es wegen des Mangels an erforderlichen Rechtsmaßnahmen, durch die die Vorteile des Verantwortlichen ausgeglichen werden können, für Betroffene schwieriger, von der unzulässigen Datenverarbeitung zu erfahren und die Schuld des Verantwortlichen zu beweisen. Darum ist es beim vorhandenen Rechtssystem unmöglich, einen vollständigen wirksamen Schutz der eigenen Information anzubieten, und so ist es notwendig, durch Gesetzgebung ein selbstständiges Recht auf personenbezogene Information als Ausprägung des APR aufzustellen. Seit dem 2. Entwurf des BGB AT ist die Schutzwürdigkeit der personenbezogenen Information anerkannt worden, und nach der Rechtsnorm könnte unzulässige Datenverarbeitungen abgewehrt werden, wie unzulässige Erhebung, Verarbeitung, Übermittlung und Veröffentlichung. Deshalb könnte diese Rechtsnorm auch die Integrität offengelegter Informationen wahren, um sowohl die traditionelle Abwehrfunktion als auch die positive Verwertungsfunktion zu schützen. Aber diese Rechtsnorm erkennt kein

selbstständiges Recht auf personenbezogene Information und mangelt am Haftungstatbestand. Deshalb ist diese Rechtsnorm nicht vollständig und kann nur als eine Erklärung oder eine Generalklausel betrachtet werden. Ihre Anwendung benötigt weitere Auslegung und Konkretisierung. Nach deutscher Rechtstheorie und -praxis muss ein völliger Schutz der personenbezogenen Information die folgenden Inhalte besitzen: 1) einen umfassenden Schutzgegenstand bzw. die personenbezogene Information; 2) die Herrschaftsstellung der Einwilligung des Betroffenen zur Datenverarbeitung; 3) notwendige Rechtsmaßnahmen wie Umkehr der Beweislast, Benachrichtigungsrecht, Auskunftsrecht usw.; 4) eine angemessene Beschränkung des Rechts und eine Abwägung mit der Informationsfreiheit; 5) Vielfältigkeit der Schadensersatzmethode. Diese Inhalte und Rechtsmaßnahmen sollten in späterer Persönlichkeitsgesetzgebung aufgestellt werden. So kann dieses Informationsrecht nicht nur die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen gewährleisten, sondern auch die erforderliche Entwicklung der Informationstechnik und -freiheit bzw. die Allgemeininteressen sicherstellen.

Literaturverzeichnis

1. *Ahlberg/Götting*, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 2016 (zitiert: BeckOK UrhR).
2. *Albers, Marion*, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005 (zitiert: Albers, Informationelle Selbstbestimmung).
3. *Albers, Marion*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle(Hrsg.)*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, München 2012, § 22, S. 107-234 (zitiert: Albers, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten).
4. *Alexy, Robert*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985 (zitiert: Alexy, Theorie der Grundrechte).
5. *Amelung, Knut*, Die zweite Tagebuch Entscheidung des BVerfG, NJW 1990, 1753-1760 (zitiert: K. Amelung, NJW 1990, 1753).
6. *Amelung, Ulrich*, Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht, Tübingen 2002 (zitiert: U. Amelung, Der Schutz der Privatheit).
7. *Baston-Vogt, Marion*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997 (zitiert: Baston-Vogt, Persönlichkeitsrecht).
8. *Baumann, Reinhold*, Stellungnahme zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 15. 12. 1983 zum Volkszählungsgesetz 1983, DVBl 1984, 612 – 619 (zitiert: Baumann, DVBl 1984, 612).
9. *Beaney, William M.*, The Right to Privacy and American Law, 31 L. & Contemp. Probs. 253 (1966).
10. *Benzanson, Randall P.*, The Right to Privacy Revisited, Privacy, News, and Social Change, 1890-1990, 80 Cali.L.Rev. 1133 (1992).
11. *Bernhardt, Rudolf*, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963, 302-308 (zitiert: Bernhardt, JZ 1963, 302).
12. *Bethge, Herbert*, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 2011, § 203, S. 1111-1218 (zitiert: Bethge, Grundrechtswahrnehmung).
13. *Bethge, Herbert/Weber-Dürler, Beatrice*, Der Grundrechtseingriff, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, Berlin 1998 (zitiert: Bethge/Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff).
14. *Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1992, S. 115-145 (zitiert: Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen).
15. *Boeckh, Tobias*, Markenschutz an Namen und Bildnissen realer Personen, GRUR 2001, 29-38 (zitiert: Boeckh, GRUR 2001, 29).
16. *Bok, Sissela*, Secrets, On the Ethics of Concealment and Revelation, Vintage 1989 (zitiert: Bok, Secrets: On the Ethics of Concealment and Revelation).
17. *Brossette, Josef*, Der Wert der Wahrheit im Schatten des Recht auf informationelle

- Selbstbestimmung, Ein Beitrag zum zivilrechtlichen Ehren-, Persönlichkeits- und Datenschutz, Berlin 1991 (zitiert: Brossette, Der Wert der Wahrheit).
18. *Buchner, Benedikt*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen 2006 (zitiert: Buchner, Informationelle Selbstbestimmung).
 19. *Bull, Hans Peter*, Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion? Tübingen 2009 (zitiert: Bull, Informationelle Selbstbestimmung).
 20. *Bull, Hans Peter*, Informationsrecht ohne Informationskultur? RDV 2008, 47-54 (zitiert: Bull, RDV 2008, 47).
 21. *Bull, Hans Peter*, Sind Video-Verkehrskontrollen „unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar“? NJW 2009, 3279-3282 (zitiert: Bull, NJW 2009, 3279).
 22. *Bull, Hans Peter*, Zweifelsfragen um die informationelle Selbstbestimmung – Datenschutz als Datenaskese? NJW 2006, 1617-1624 (zitiert: NJW 2006, 1617).
 23. *Burgi, Martin*: Das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung durch einfaches Gesetz, ZG 1994, 341-366 (zitiert: Burgi, ZG 1994, 341).
 24. *Busch, Ralf*, Vorratsdatenspeicherung – noch nicht am Ende! ZRP 2014, 41-45 (zitiert: Busch, ZRP 2014, 41).
 25. *Busch, Ralf*, Zur Zulässigkeit molekulargenetischer Reihenuntersuchungen, NJW 2001, 1335-1337 (zitiert: Busch, NJW 2001, 1335).
 26. *Bussche, Axel von dem / Stamm, Markus*, Data Protection in Germany, München 2013 (zitiert: Bussche/Stamm, Data Protection in Germany).
 27. *Campbell, Tom*, Rights, A Critical Introduction, New York 2006 (zitiert: Campbell, Right).
 28. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Festschrift für Erwin Deutsch, Köln 1999 (zitiert: Canaris, Gewinnabschöpfung).
 29. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201-246 (zitiert: Canaris, AcP 184 (1984), 201).
 30. *Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, eine Zwischenbilanz, Berlin 1999 (zitiert: Canaris, Grundrechte und Privatrecht).
 31. *Caspar, Johannes*, Datenschutz im Verlagswesen, Zwischen Kommunikationsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung, NVwZ 2010, 1451-1457 (zitiert: Caspar, NVwZ 2010, 1451).
 32. *Chen, Changyi*, Wangluo RengeQuan QinquanZeren Yanjiu (Forschung an Deliktshaftung Netzwerkpersönlichkeitsrecht), Beijing 2014 (zitiert: Chen, Netzwerkpersönlichkeitsrecht).
 33. *Cherry, Colin*: Kommunikationsforschung-eine neue Wissenschaft, Hamburg 1963 (zitiert: Cherry, Kommunikationsforschung).
 34. *Collin, Peter*, Die Videoüberwachung von Kriminalitätsschwerpunkten, JuS 2006, 494-497 (zitiert: Collin, JuS 2006, 494).
 35. *Cooley, Thomas*, A Treatise on the Law of Torts, 3rd ed., Chicago, Ill., Callaghan & company 1906.
 36. *Cornils, Matthias*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, Freiheitsrecht, Heidelberg 2009, § 168, S. 1155-1224 (zitiert: Cornils, Allgemeine Handlungsfreiheit).

37. *Cornils, Matthias*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005 (zitiert: Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte).
38. *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie Kommentar, Baden-Baden 1997.
39. *Dasch, Norbert*, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München 1990 (zitiert: Dasch, Recht am eigenen Bild).
40. *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert*, Kompaktkommentar zum BDSG, Frankfurt am Main 2009 (zitiert: DKWW, BDSG).
41. *Diao, Shenxian*, GerenXinxi Wangluo Qinquan WentiYanjiu (Forschung an Netzwerkdelikt gegen personenbezogene Information), Shanghai 2013 (zitiert: Diao, Netzwerkdelikt gegen personenbezogene Information).
42. *Diao, Shenxian*, GerenXinxi WangluoQinquan Guizeyuanze de BijiaoYanjiu (Vergleich der Zurechnung der Deliktshaftung personenbezogener Information), Hebei Faxue, 6/2011 (zitiert: Diao, Hebei Faxue, 6/2011).
43. *Dierks, Chritian (usw.)*, Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, Berlin 2003 (zitiert: Dierks, Genetische Untersuchungen).
44. *Donos, Pelopidas Konstantinos*, Datenschutz: Prinzipien und Ziele, Baden-Baden 1998 (zitiert: Donos, Datenschutz).
45. *Dreier, Horst*, Grundgesetz Kommentar, Tübingen 2013 (zitiert: Dreier, GG).
46. *Dreier, Thomas*, Kompensation und Prävention, Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2002 (zitiert: Dreier, Kompensation und Prävention).
47. *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz Kommentar, München, 2015 (zitiert: Dreier/Schulze, UrhG).
48. *Druey, Jean Nicolas*, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995 (zitiert: Druey, Information als Gegenstand).
49. *Dürig, Günter*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung; Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, S. 157 ff. (zitiert: Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung).
50. *Ehmann, Horst*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Jura 2011, 437-448 (zitiert: Ehmann, Jura 2011, 437).
51. *Elixmann, Robert*, Datenschutz und Suchmaschinen, Neue Impulse für einen Datenschutz im Internet, Berlin 2012 (zitiert: Elixmann, Datenschutz und Suchmaschinen).
52. *Enders, Christoph*, Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, Heidelberg 2011, § 89, S. 159-232 (zitiert: Enders, Schutz der Persönlichkeit).
53. *Erichsen, Hans-Uwe*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, Freiheitsrecht, Heidelberg 2001, § 152, 1185-1219 (zitiert: Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit).
54. *Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2, Heidelberg 2000 (zitiert: Esser/Schmidt, Schuldrecht AT).
55. *Evers, Hans-Ulrich.*, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, Berlin 1960 (zitiert: Evers,

- Privatsphäre und Ämter).
56. *Faber, Michael*, Verrechtlichung – Ja, aber immer noch kein „Grundrecht“! – Zwanzig Jahre informationelles Selbstbestimmungsrecht, RDV 2003, 278-285 (zitiert: Faber, RDV 2003, 278).
 57. *Fetzer, Thomas/Zöller, Mark A.*, Verfassungswidrige Videoüberwachung - Der Beschluss des BVerfG zur geplanten Überwachung des Regensburger Karavan-Denkmals durch Videotechnik, NVwZ 2007, 775-779 (zitiert: Fetzer/Zöller, NVwZ 2007, 775).
 58. *Firgt, René*, Strukturelle Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anhand des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Hamburg 2015 (zitiert: Firgt, Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts).
 59. *Fluck, Peter*, Anwendung und Auslegung der DNA-Identifizierung, NJW 2001, 2292-2295 (zitiert: Fluck, NJW 2001, 2292).
 60. *Frenz, Walter*, Informationelle Selbstbestimmung im Spiegel des BVerfG, DVBI 2009, 333-339 (zitiert: Frenz, DVBI 2009, 333).
 61. *Frenz, Walter*, Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht versus Opferschutz und Fahndungserfolg, NVwZ 2007, 631-635 (zitiert: Frenz, NVwZ 2007, 631).
 62. *Fried, Charles*, Privacy, 77 Yale L.J. 475 (1968).
 63. *Gallwas, Hans-Ullrich*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Datenschutzes. In: Der Staat, 18 (1979), 507-520 (zitiert: Gallwas, Der Staat 18 (1979), 507).
 64. *Gallwas, Hans-Ulrich*, Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW 1992, 2785-2790 (zitiert: Gallwas, NJW 1992, 2785).
 65. *Gavison, Ruth*, Privacy and the Limits of Law, 89 Yale L. J. 421 (1980).
 66. *Glaeser, Walter Schmitt*, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, Freiheitsrecht, Heidelberg 2001, § 129, S. 41-107 (zitiert: Glaeser, Schutz der Privatsphäre).
 67. *Goffman, Erving*, Wir alle spielen Theater, München 2004
 68. *Gola/Schomerus*, BDSG Kommentar, München 2015.
 69. *Götting, Horst-Peter*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen 1995 (zitiert:).
 70. *Götting, Horst-Peter/Bernhard, Becker (Hrsg.)*, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, München 2008 (zitiert: Götting/Bernhard, HdbPR).
 71. *Gounalakis, Georgios*, Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, AfP 1998, S. 10-25 (zitiert: Gounalakis, AfP 1998, 10).
 72. *Grimm, Dieter*, Der Datenschutz vor einer Neuorientierung, JZ 68, 585-592 (zitiert: Grimm, JZ 68, 585).
 73. *Gross, Hyman*, The Concept of Privacy, 42 N.Y.U. L. Rev. 34 (1967).
 74. *Guo, Minglong*, GerenXinxi Quanli de QinquanFa Baohu (Schutz des Rechts auf personenbezogener Daten im Deliktsrecht), Beijing 2012 (zitiert: M. Guo, Recht auf personenbezogene Information).
 75. *Guo, Yu*, GerenShuju BaohuFa Yanjiu (Forschung an individuelle Datenschutzrecht), Beijing 2012 (zitiert: Y. Guo, Individuelles Datenschutzrecht).
 76. *Gurlit, Elke*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010,

- 1035-1041 (zitiert: Gurlit, NJW 2010, 1035).
77. *Haag, Ernest Van Den*, On Privacy, in *Homos Xiii*, Privacy, J. Ronald Pennock & J. W. Chapman eds., 1971 (zitiert: Haag, On Privacy).
 78. *Haase, Martin Sebastian*, Datenschutzrechtliche Fragen des Personenbezugs, Tübingen 2015 (zitiert: Haase, Datenschutzrechtliche Fragen).
 79. *Heidegger, Martin*, Sein und Zeit, Tübingen 1967 (zitiert: Heidegger, Sein und Zeit).
 80. *Held, Cornelius*, Intelligente Videoüberwachung, verfassungsrechtliche Vorgaben für den polizeilichen Einsatz, Berlin 2015 (zitiert: Held, Intelligente Videoüberwachung).
 81. *Helms, Tobias*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007 (zitiert: Helms, Gewinnherausgabe).
 82. *Hohmann-Dennhardt, Christine*, Informationelle Selbstschutz als Bestandteil des Persönlichkeitsrechts, RDV 2008, 1-7 (zitiert: Hohmann-Dennhardt, RDV 2008, 1).
 83. *Hong, Hailing*, GerenXinxi de MinfaBahu Yanjiu (Forschung an zivillichem Schutz der personenbezogenen Information), Beijing 2010 (zitiert: Hong, Personenbezogene Information).
 84. *Hong, Hailing*, GerenXinxiBaohu Lifa Linian Tanjiu (Idee der Gesetzgebung von Schutz personenbezogener Information), Hebei Faxue, 1/2007 (zitiert: Hong, Hebei Faxue, 1/2007).
 85. *Horn, Hans-Detlef*, Schutz der Privatsphäre, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, Freiheitsrecht, Heidelberg 2009, § 149, S. 147-206 (zitiert: Horn, Schutz der Privatsphäre).
 86. *Hornung, Gerrit*, Ein neues Grundrecht. Der verfassungsrechtliche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, CR 2008, 299-306 (zitiert: Hornung, CR 2008, 299).
 87. *Hornung, Gerrit*, Grundrechtsinnovationen, Tübingen 2015.
 88. *Hornung, Gerrit*, Zwei runde Geburtstage, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das WWW, MMR 2004, 3-8 (zitiert: Hornung, MMR 2004, 3).
 89. *Hubmann, Heinrich*, Das Persönlichkeitsrecht, Köln 1967.
 90. *Hufen, Friedhelm*, Schutz der Persönlichkeit und Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Badura/Dreier (hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 105 ff. (zitiert: Hufen, Schutz der Persönlichkeit).
 91. *Inness, Julie C.*, Privacy, Intimacy, and Isolation, Oxford University Press, 1992 (zitiert: Inness, Privacy, Intimacy, and Isolation).
 92. *Isensee, Josef*, Anwendung der Grundrechte auf juristische Person, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 2011, § 199, S.911-980 (zitiert: Isensee, Anwendung der Grundrechte auf juristische Person).
 93. *Isensee, Josef*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 2011, § 191, S. 413-568 (zitiert: Isensee, Das Grundrecht).
 94. *Isensee, Josef*, Privatautonomie, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, Freiheitsrecht, Heidelberg 2009, § 150, S.207-279

- (zitiert: Isensee, Privatautonomie).
95. *Jarass, Hans D.*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857-862 (zitiert: Jarass, NJW 1989, 857).
 96. *Kamlah, Ruprecht*, Datenüberwachung und Bundesverfassungsgericht, DÖV 1970, 361-364 (zitiert: Kamlah, DÖV 1970, 361)
 97. *Kamlah, Ruprecht*, Right of privacy, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in amerikanischer Sicht, unter Berücksichtigung neuer technologischer Entwicklungen, Köln 1969 (zitiert: Kamlah, Right of Privacy).
 98. *Kau, Wolfgang*, Vom Persönlichkeitsschutz zum Funktionsschutz, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen des Privatrechts in verfassungsrechtlicher Sicht, Heidelberg 1989 (zitiert: Kau, Persönlichkeitsschutz).
 99. *Kelsen, Hans*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (zitiert: Kelsen, Allgemeine Staatslehre).
 100. *Klein, Oliver*, Offen und (deshalb) einfach – Zur Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails beim Provider, NJW 2009, 2996-2999 (zitiert: Klein, NJW 2009, 2996).
 101. *Klement, Peter*, Zulässigkeit medizinischer Datenerhebungen vor und zu Beginn von Arbeitsverhältnissen, Hamburg 2011 (zitiert: Klement, Zulässigkeit medizinischer Datenerhebungen).
 102. *Kloepfer, Michael / Neun, Andreas*, Informationsrecht, München 2002 (zitiert: Kloepfer/Neun, Informationsrecht).
 103. *Klotz, Christopher*, (Keine) Beeinträchtigung der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen durch Videoüberwachung? NJW 2011, 1186-1189 (zitiert: Klotz, NJW 2011, 1186)
 104. *Kornbichler, Hendrik/Polster, Julian/Tiede, Wolfgang*, Verfassungsrecht, Schnell Erfasst, Berlin Heidelberg 1995 (zitiert: Kornbichler, u. a., Verfassungsrecht)
 105. *Kube, Hanno*, Persönlichkeitsrecht, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 7, Freiheitsrecht, Heidelberg 2009, § 148, S.79-146 (zitiert: Kube, Persönlichkeitsrecht).
 106. *Kühling, Jürgen /Seidel, Christian /Sivridis, Anastasio*, Datenschutzrecht, Heidelberg 2011.
 107. *Kunig, Philip*, Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595-604 (zitiert: Kunig, Jura 1993, 595).
 108. *Ladeur, Karl-Heinz*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Eine juristische Fehlkonstruktion? DÖV 2009, 45-55 (zitiert: Ladeur, DÖV 2009, 45).
 109. *Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, Tübingen 2003.
 110. *Leisner, Walter*, Grundrechte und Privatrecht, München 1960 (zitiert: Leisner, Grundrechte und Privatrecht).
 111. *Leisner, Walter*, Grundrechte und Privatrecht, München 1960.
 112. *Lewinski, Kai von*, Geschichte des Datenschutzrechts von 1600 bis 1977, in: 48 Assistenten-tagung Öffentliches Recht, Freiheit - Sicherheit - Öffentlichkeit, Baden-Baden und Basel 2009., S.196-220 (zitiert: Lewinski, Geschichte des Datenschutzrechts).
 113. *Liang, Huixin (Hrsg.)*, Allgemeiner Teil des BGB, Beijing 1996 (zitiert: Liang (Hrsg.), BGB AT).
 114. *Lowenheim (Hrsg.)*, Handbuch des Urheberrechts, München 2010 (zitiert: HdbUrR).
 115. *Lübbe-Wolff, Gertrude*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988 (zitiert:

- Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte).
116. *Luch, Anika D.*, Das neue „IT-Grundrecht“ - Grundbedingung einer „Online-Handlungsfreiheit“, MMR 2011, 75-79 (zitiert: Luch, MMR 2011, 75).
 117. *Luhmann, Niklas*, Grundrechte als Institution, Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 2009 (zitiert: Luhmann, Grundrechte als Institution).
 118. *Ma, Junju*, Rengequan he Rengequan Lilun Jianggao (Manuskript des Persönlichkeitsrechts und der Theorie des Persönlichkeitsrechts), Beijing 2009 (zitiert: J. Ma, Persönlichkeitsrechts).
 119. *Ma, Junju/Wang, Heng*, Weilai Woguo Minfadian Buyicaiyong Yibanrengequan Gainian (Unpassendheit des APR im künftigen Bürgerlich Gesetzbuch), Hebei Faxue, 8/2012 (zitiert: Ma/Wang, Hebei Faxue, 8/2012).
 120. *Ma, Te/Yuan, Xueshi*, RengequanFa Jiaocheng (Lehrbuch des Persönlichkeitsgesetzes), Beijing 2007 (zitiert: Ma/Yuan, Persönlichkeitsgesetz).
 121. *Mahlmann, Ulrike*, Schaden und Bereicherung durch die Verletzung „geistigen Eigentums“, Berlin 2005 (zitiert: Mahlmann, Schaden und Bereicherung).
 122. *Mallmann, Christoph*, Datenschutz in Verwaltungsinformationssystemen, München 1976 (zitiert: C. Mallmann, Datenschutz).
 123. *Mallmann, Otto*, Zielfunktionen des Datenschutzes, Frankfurt am Main 1977 (zitiert: O. Mallmann, Zielfunktion des Datenschutzes).
 124. *Manssen, Gerrit*, Staatsrecht 2. Grundrechte, München 2011 (zitiert: Manssen, Staatsrecht 2).
 125. *Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, München 2014 (zitiert: Maunz/Dürig, GG).
 126. *Mei, Shaozu*, GerenXinxiBaohu de Jichuxing Wenti Yanjiu (Grundsätzliche Fragen des Schutzes personenbezogener Information), SuzhouDaxue Xuebao, 2/2005 (zitiert: Mei, Suzhou Daxue Xuebao, 2/2005).
 127. *Meister, Herbert*, Das Schutzgut des Datenrechts, DuD 1983, 163-180 (zitiert: Meister, DuD 1983, 163).
 128. *Meister, Herbert*, Datenschutz im Zivilrecht, Das Recht am eigenen Datum, Bergisch Gladbach, 1981 (zitiert: Meister, Datenschutz im Zivilrecht).
 129. *Merten, Detlef*, Grundrechtliche Schutzpflichten und Untermaßverbot, in: Stern/Röger (hrsg.), Gedächtnisschrift für Joachim Burmeister, Heidelberg 2005, S. 227 ff. (zitiert: Merten, Grundrechtliche Schutzpflichten).
 130. *Merten, Detlef*, Grundrechtsverzicht, in: ders./Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd III, Heidelberg 2009, § 73, S. 717-748 (zitiert: Merten, Grundrechtsverzicht).
 131. *Miller, Arther R.*, The Assault on Privacy, University of Michigan Press, 1971.
 132. *Müller, Paul*, Die Gefährdung der Privatsphäre durch Datenbank, in: U. Dammann, u.a., Datenbanken und Datenschutz, Frankfurt/Main 1974, S.63-94 (zitiert: Müller, Die Gefährdung der Privatsphäre).
 133. *Münch/Kunig*, Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, München 2012 (zitiert: Münch/Kunig, GG).
 134. *Niedermaier, Robert/Schröcker, Stefan*, Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden auf Grund rechtswidriger Datenverarbeitung, RDV 2002, 217-224 (zitiert: Niedermaier/Schröcker, RDV

- 2002, 217).
135. *Nipperdey, Hans Carl*, Grundrechte und Privatrecht, Krefeld, 1961 (zitiert: Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht).
 136. *Nipperdey, Hans Carl*, Grundrechte und Privatrecht, Krefeld, 1961 (zitiert: Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht).
 137. *O'Brien, David M.*, Privacy, Law, and Public Policy, Praeger, 1979 (zitiert: O'Brien, Privacy).
 138. *Papier, Hans-Jürgen*, Drittwirkung, in: Merten/ders. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, Heidelberg 2006, § 55, S. 1331-1361 (zitiert: Papier, Drittwirkung)
 139. *Peine, Franz-Joseph*, Der Grundrechtseingriff, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd III, Heidelberg 2009, § 57, S. 87-112 (zitiert: Peine, Der Grundrechtseingriff).
 140. *Pethig, Rüdiger*, Information als Wirtschaftsgut in wirtschaftswissenschaftlicher Sicht, in: Herbert Fiedler/Hanns Ullrich (Hrsg.), Information als Wirtschaftsgut, Köln 1997, S. 1-28 (zitiert: Pethig, Information als Wirtschaftsgut).
 141. *Placzek, Thomas*, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz, Eine schutzgutbezogene Untersuchung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, Hamburg 2006 (zitiert: Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht).
 142. *Plath (Hrsg.)*, BDSG Kommentar, Köln 2012 (zitiert: Plath, BDSG).
 143. *Podlech, Adalbert*, Das Recht auf Privatheit, in: Joachim Perels (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt am Main 1979 (zitiert: Podlech, Recht auf Privatheit).
 144. *Polenz, Sven*, Datenschutz, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, München 2013, § 13 (zitiert: Polenz, Datenschutz).
 145. *Prosser, William L.*, Privacy, 48 Calif. L. Rev. 383 (1960) (zitiert: Prosser, Privacy).
 146. *Qi, Aiming/Li, Yi*, Lun Liyi Pinheng Shiyexia de Geren Xinxi Quan Zhidu (Auf dem Recht auf individueller Information im Aspekt von Interessensabwägung), Faxue Pinlun, 3/2011 (zitiert: Qi/Li, Faxue Pinlun, 3/2011).
 147. *Radlanski, Philip*, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, Tübingen 2016 (zitiert: Radlanski, Konzept der Einwilligung).
 148. *Ran, Kepin*: Yibanrengequan Lilun de Fansi yu Woguo Rengequan Lifa (Überdenken der Theorie des APR und die Gesetzgebung des Persönlichkeitsrechts), Faxue, 8/2009 (zitiert: Ran, Faxue, 8/2009).
 149. *Regan, Priscilla M.*, Legislating Privacy, Technology, Social Values, and Public Policy, University of North Carolina Press, 1995 (zitiert: Regan, Legislating Privacy).
 150. *Rittner, Christian/Rittner, Natascha*, Rechtsdogma und Rechtswirklichkeit am Beispiel so genannter heimlicher Vaterschaftstests, NJW 2005, 945-948 (zitiert: Rittner/Rittner, NJW 2005, 945).
 151. *Rohlf, Dietwalt*, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, Berlin 1980 (zitiert: Rohlf, Privatsphäre).
 152. *Rosen, Jeffrey*, The Unwanted Gaze, The Destruction of Privacy in America, Random House, New York, 2000 (zitiert: Rosen, The Unwanted Gaze).
 153. *Roßnagel, Alexander*, Modernisierung des Datenschutzrechts, Empfehlungen eines

- Gutachtens für den Bundesinnenminister. RDV 2002, 61-70. (zitiert: Roßnagel, RDV 2002, 61).
154. *Roßnagel, Alexander/ Pfitzmann, Andreas/ Garstka, Hansjürgen*, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Berlin 2001 (zitiert: Roßnagel, Modernisierung des Datenschutzrechts).
 155. *Roßnagel, Alexander/Schnabel, Christoph*, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und sein Einfluss auf das Privatrecht, NJW 2008, 3534-3538 (zitiert: Roßnagel/Schnabel, NJW 2008, 3534).
 156. *Rudolf, Walter*, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. IV, Grundrechte in Deutschland, Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011, § 90, S. 233 ff (zitiert: Rudolf, Recht auf informationelle Selbstbestimmung).
 157. *Ruebhausen, Oscar M./Brim jr., Orville G.*, Privacy and behavioral research, 65 Colum.L.Rev. 1184 (1965).
 158. *Ruepke, Giselher*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit, Baden-Baden 1976 (zitiert: Ruepke, Privatheit).
 159. *Ruffert, Matthias*, Die Rechtsprechung des BVerfG zum Privatrecht, JZ 2009, 389-398 (zitiert: Ruffert, JZ 2009, 389).
 160. *Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001 (zitiert: Ruffert, Vorrang der Verfassung).
 161. *Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen, 2001 (zitiert: Ruffert, Vorrang der Verfassung).
 162. *Sachs*, Grundgesetz Kommentar, München 2014 (zitiert: Sachs, GG).
 163. *Sachs, Michael*, Begriff und Arten der Begrenzung der Grundrechte, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III/2, München 1994, § 79 (zitiert: Sachs, Begrenzung der Grundrechte).
 164. *Sachs, Michael*, Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III/2, München 1994, § 80 (zitiert: Sachs, Grundrechtseingriff und Grundrechtsbetroffenheit).
 165. *Sachs, Michael/Krings, Thomas*, Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, 481-486 (zitiert: Sachs/Krings, JuS 2008, 481).
 166. *Schaffland/Wiltfang*, BDSG Ergänzbare Kommentar nebst einschlägigen Rechtsvorschriften, Berlin 2015 (zitiert: Schaffland/Wiltfang, BDSG).
 167. *Schertz, Christian*, Bildnisse, die einem höheren Interesse der Kunst dienen - Die Ausnahmevorschrift des § 23 I Nr. 4 KUG, GRUR 2007, 558-565 (zitiert: Schertz, GRUR 2007, 558).
 168. *Schladebach, Marcus*, Gentechnische Daten im Datenschutzrecht, CR 2003, 225-229 (zitiert: Schladebach, CR 2003, 225).
 169. *Schmid-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG Kommentar, 13. Auflage, Köln 2014 (zitiert: Schmid-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG).

170. *Schmidt, Walter*, Die bedrohte Entscheidungsfreiheit, JZ 1974, 241-250 (zitiert: Schmidt, JZ 1974, 241).
171. *Schmidt, Walter*, Die Freiheit vor dem Gesetz, AÖR 91 (1966), S. 42-85. (zitiert: Schmidt, AÖR 91 (1966), 42).
172. *Schmidt-Jortzig, Edzard*, Die DNA-Analyse, Ethische Perspektiven aus Sicht des Verfassungsrechts, DÖV 2005, 732-737 (zitiert: Schmidt-Jortzig, DÖV 2005, 732).
173. *Schoch, Friedrich*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Jura 2008, 352-359 (zitiert: Schoch, Jura 2008, 352).
174. *Scholz, Rupert*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 100 (1975), S. 80 ff. und 265 ff. (zitiert: Scholz, AÖR 100(1975), 80).
175. *Scholz, Rupert/Pitschas, Rainer*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin 1984 (zitiert: Scholz/Pitschas, informationelle Selbstbestimmung).
176. *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht Kommentar, München, 2010 (zitiert: Schriker, UrhG).
177. *Schwabe, Jürgen*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, München 1971 (zitiert: Schwabe, Drittwirkung).
178. *Shen, Jianfeng*, Deguofa shangde YibanrengequanZhidu jiqi Fansi (APR in deutschem Recht und sein Überdenken), Zhengzhi yu Falv, 1/2012 (zitiert: Shen, Zhengzhi yu Falv, 1/2012).
179. *Siebert, Melanie*, Geheimnisschutz und Auskunftsansprüche im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen 2011 (zitiert: Siebert, Recht des Geistigen Eigentums).
180. *Siegel, Thorsten*, Grundlagen und Grenzen polizeilicher Videoüberwachung, NVwZ 2012, 738-742 (zitiert: Siegel, NVwZ 2012, 738).
181. *Sienknecht, Ted*, IA column, Information advantage, Bulletin of the American Society for Information Science and Technology, Volume 34, Issue 5, 2008 (zitiert: Sienknecht, Information advantage).
182. *Simitis, Spiros*, Die Vorratsspeicherung – ein unverändert zweifelhaftes Privileg, NJW 2014, 2158-2160 (zitiert: Simitis, NJW 2014, 2158).
183. *Simitis, Spiros*, Hat der Datenschutz noch eine Zukunft? RDV 2007, 143-153(zitiert: Simitis, RDV 2007, 143).
184. *Simitis, Spiros*, Datenschutz – Rückschritt oder Neubeginn? NJW 1998, 2473-2479 (zitiert: Simitis, NJW 1998, 2473).
185. *Simitis, Spiros*, Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398-405 (zitiert: Simitis, NJW 1984, 398).
186. *Simitis, Spiros*, Informationelle Selbstbestimmung und "staatliches Geheimhaltungsinteresse", NJW 1990, 2713-2717 (zitiert: Simitis, NJW 1990, 2713).
187. *Simits (Hrsg.)*, Nomos Kommentar BDSG, 7.Auflage, Baden-Baden 2011 (zitiert: Simitis, BDSG).
188. *Solove, Daniel J. / Schwartz, Paul M.*, Information Privacy Law, Aspen Publishers, 3th ed., 2008 (zitiert: Solove/Schwartz Information Privacy Law).
189. *Song, Xiao*, Panli Shencheng yu Zhongguo AnliZhidaoZhidu (Entstehung der Rechtsprechung und chinesisches Rechtsprechung-Führung System), Faxue Yanjiu, 4/2011 (zitiert: Song,

- Faxue Yanjiu, 4/2011).
190. *Steinbuch, Karl*, Maßlos informiert. Die Enteignung des Denkens, München 1987 (zitiert: Steinbuch, Maßlos informiert).
 191. *Steinmüller, Wilhelm*, u.a. 1972, Grundfragen des Datenschutzes, BT-Drucksache VI/3826 (zitiert: Steinmüller, u.a., BT-Drucksache VI/3826).
 192. *Stern, Klaus*, Das Grundrecht und ihre Schranken, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 1 ff. (zitiert: Stern, Grundrecht und ihre Schranken).
 193. *Stern, Klaus*, Der Grundrechtsverzicht, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III/2, München 1994, § 86 (zitiert: Stern, Grundrechtsverzicht).
 194. *Stern, Klaus*, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, München 2006, § 99, S. 177 ff. (zitiert: Stern, Der Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre).
 195. *Stern, Klaus*, Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte, Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, 241-249 (zitiert: Stern, DÖV 2010, 241).
 196. *Stern, Klaus*, Die Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung, in: ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III/1, München 1988, § 76, S. 1509 ff (zitiert: Stern, Die Wirkung der Grundrechte).
 197. *Stern, Klaus*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 2011, § 185, S. 57 f. (zitiert: Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte)
 198. *Ströbele/Hacker*, Markengesetz Kommentar, Köln, 2011 (zitiert: Ströbele, MarkenG).
 199. *Suhr, Dieter*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin 1976 (zitiert: Suhr, Entfaltung der Menschen).
 200. *Suhr, Dieter*, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungsgemeinschaften und des Eigentums, Berlin 1976 (zitiert: Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen).
 201. *Taeger/Gabel (Hrsg.)*, Kommentar zum BDSG, Frankfurt am Main, 2010 (zitiert: Taeger/Gabel, BDSG).
 202. *Tang, Qin*: Shilun Gerenshuju yu Xiangguan Falvguanxi (Auf personenbezogener Daten und relevanter Rechtsverhältnisse), HuadongZhenfaXueyuan Xuebao, 5/2000 (zitiert: Tang, HuadongZhenfaXueyuan Xuebao, 5/2000).
 203. *Tong, Rou (Hrsg.)*, Zhongguo Minfa (Chinesisches Zivilrecht), Beijing 2000 (zitiert: Tong, Chinesisches Zivilrecht).
 204. *Trute, Hans-Heinrich*, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Alexander Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003, S. 156 ff. (zitiert: Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen).
 205. *Vogelgesang, Kraus*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung? Baden-Baden 1987 (zitiert: Vogelgesang, Grundrecht).
 206. *Vortmann, Jürgen*, Rechtsfolgen der Falschen Datenübermittlung an die Schufa, ZIP 1989,

- 80-83 (zitiert: Vortmann, ZIP 1989, 80).
207. *Wang, Chuanli*, Sishenhuo de Quanli yu Falvbaohu (Rechte und Rechtsschutz des Privatlebens), in: Mingshangfa Luncong, Beijing 2000 (zitiert: C. Wang, Privatleben).
208. *Wang, Guan*, Lun Rengequan (Auf Persönlichkeitsrecht), Zhengfa Luntan, 3/1991 (zitiert: G. Wang, Zhengfa Luntan, 3/1991).
209. *Wang, Limin*: RengequanFa Yanjiu (Forschung an Persönlichkeitsgesetz), Beijing 2012 (zitiert: L. Wang, Persönlichkeitsgesetz).
210. *Wang, Liming*, Lun GerenXinxi de Falvbaohu (Auf gesetzlichem Schutz der personenbezogenen Information), XiandaiFaxue, 7/2013 (zitiert: L. Wang, XiandaiFaxue, 7/2013).
211. *Wang, Liming*, Lun Gerenxinxiqian zai RegequanFa zhongde Diwei (Auf der Stelle des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Persönlichkeitsrechtsgesetz), SuzhouDaxue Xuebao, 6/2012 (zitiert: L. Wang, SuzhouDaxue Xuebao, 6/2012).
212. *Wang, Liming*, Lun Rengequan Shangpinghua (Auf der Kommerzialisierung des Persönlichkeitsrechts), Falv Kexue, 4/2013 (zitiert: L. Wang, Falv Kexue, 4/2013).
213. *Wang, Liming*, RengequanFa de Fazhan he Wanshan (Entwicklung und Verbesserung des Persönlichkeitsrechts), Faxuejia, 1/2012 (zitiert: L. Wang, Faxuejia, 1/2012).
214. *Wang, Lisha*, XinxiQuan de Duli RengeQuan Diwei ji Neirong (Unabhängige Stellung und Inhalt des Informationsrechts), Guojia JianchaGuan Xueyuan Xuebao, 5/2016 (zitiert: Guojia JianchaGuan Xueyuan Xuebao, 5/2016).
215. *Wang, Xiuzhe*, XinxiShehui GerenZixunYinsiQuan de FalvBaohu (Rechtsschutz des Recht auf personenbezogener Informationsprivatheit), XuzhouDaxue Xuebao, 1/2005 (zitiert: Wang, XuzhouDaxue Xuebao, 1/2005).
216. *Wang, Zejian*, RengequanFa (Persönlichkeitsgesetz), Taipei, 2012 (zitiert: Z. Wang, Persönlichkeitsgesetz).
217. *Warren, Samuel D / Brandeis, Louis D.*, The right to Privacy, Harv. L. Rev., 193 (1890) (zitiert: Warren/Brandeis, The Right to Privacy).
218. *Watzlawick, Paul / Beavin: Janet / Jackson, Donald*, Menschliche Kommunikation, Formen, Störungen, Paradoxien, 8.A., Bern, 1990 (zitiert: Watzlawick/Beavin/Jackson, Menschliche Kommunikation).
219. *Wehage, Jan-Christoph*, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und seine Auswirkungen auf das Bürgerliche Recht, Göttingen, 2013 (zitiert: Wehage, Das Grundrecht auf Gewährleistung).
220. *Weichert, Thilo*, Der Schutz genetischer Informationen, DuD 2002, 133-145 (zitiert: Weichert, DuD 2001, 264).
221. *Weichert, Thilo*, Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, NJW 2001, 1463-1469 (zitiert: Weichert, NJW 2001, 1463).
222. *Weidner-Braun, Ruth*, Der Schutz der Privatsphäre und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, am Beispiel des personenbezogenen Datenverkehrs im WWW nach deutschem öffentlichen Recht, Berlin 2012 (zitiert: Weidner-Braun, Schutz der Privatsphäre).
223. *Welsing, Ruth*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Rahmen der Terrorabwehr, Darstellung anhand einer Untersuchung der präventiven Rasterfahndung,

- Hamburg 2009 (zitiert: Welsing, Recht auf informationelle Selbstbestimmung).
224. *Westin, Alan F.*, Privacy and Freedom, Athenum, New York, 1967 (zitiert: Westin, Privacy and Freedom).
225. *Wiebe, Andreas*, Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums, in: Herbert Fiedler/Hanns Ullrich (hrsg.), Information als Wirtschaftsgut, Köln 1997, S. 93-152 (zitiert: Wiebe, Information als Schutzgegenstand).
226. *Wielmi, Rüdiger*, Risikoschutz durch Privatrecht: eine Untersuchung zur negatorischen und deliktischen Haftung unter besonderer Berücksichtigung von Umweltschäden, Tübingen 2009 (zitiert: Wielmi, Risikoschutz durch Privatrecht).
227. *Wilms, Jan/Roth Jan*, Die Anwendbarkeit des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf juristische Personen i.S. von Art. 19 III GG, JuS 2004, 577-580 (zitiert: Wilms/Roth, JuS 2004, 577).
228. *Wintrich, Josef Marquard*, Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG, Sonderdruck aus der Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag, München 1958 (zitiert: Wintrich, Auslegung und Anwendung).
229. *Wintrich, Josef Marquard*, Zur Problematik der Grundrechte, Köln 1957 (zitiert: Wintrich, Problematik der Grundrechte).
230. *Wolff/Brink*, Datenschutzrecht in Bund und Ländern Kommentar, München 2013 (zitiert: Wolff/Brink, BDSG).
231. *Yang, Lixin/Yin: Yan*, Lun YibanRengequan Jiqi MinfaBaohu (Auf allgemeinem Persönlichkeitsrecht und seinem zivilrechtlichen Schutz), Hebei Faxue, 2/1995 (zitiert: Yang/Yin, Hebei Faxue, 2/1995).
232. *Yang, Lixin: RengequanFa* (Persönlichkeitsgesetz), Beijing 2011 (zitiert: Yang, Persönlichkeitsgesetz).
233. *Yao, Hui*, Lun YibanRengequan (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), Faxuejia, 5/1995 (zitiert: Yao, Allgemeines Persönlichkeitsrecht).
234. *Yao, Hui*, RengequanFa Lun (Analyse des Persönlichkeitsgesetzes), Beijing 2011 (zitiert: Yao, Persönlichkeitsgesetz).
235. *Yin, Tian*, Lun Yibanrengequan (Allgemeines Persönlichkeitsrecht), Falv Kexue, 4/2002 (zitiert: Yin, Falv Kexue, 4/2002).
236. *Zech, Herbert*, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012 (zitiert:).
237. *Zhang, Li*, GerenXinxiQuan de Fazhexue Lungang (Erläuterung der Rechtsphilosophie über Recht auf personenbezogener Information), Hebei Faxue, 2/2010 (zitiert: L. Zhang, Hebei Faxue, 2/2010).
238. *Zhang, Li*, Lun Yinsi de FalvBaohu (Rechtsschutz der Privatsphäre), Beijing 2006 (zitiert: L. Zhang, Privatsphäre).
239. *Zhang, Suhua*, GerenXinxi ShangyeYunyong de FalvBaohu (Rechtsschutz der kommerziellen Anwendung der personenbezogenen Information), SuzhouDaxue Xuebao, 2/2005 (zitiert: S. Zhang, SuzhouDaxue Xuebao, 2/2005).
240. *Zhang, Xinbao*, Yinsiquan de Falvbaohu (Rechtsschutz des Rechts auf Privatsphäre), Beijing 1997 (zitiert: X. Zhang, Rechts auf Privatsphäre).
241. *Zhang, Zhengliang*, Gere.nXinxiQuan jiqi MinfaBaohu (Recht auf eigener Information und

sein zivilrechtlicher Schutz), Nanjing YoudianDaxue Xuebao, 1/2007 (zitiert: Z. Zhang, Nanjing YoudianDaxue Xuebao, 1/2007).

242. *Zilkens, Martin*, Datenschutz in der Kommunalverwaltung, Berlin 2014 (zitiert: Zilkens, Datenschutz).