

Erster Beratungsgegenstand:

Grundrechtsschutz der Privatheit

2. Referat von Professor Dr. *Oliver Diggelmann*, Zürich

Inhalt

	Seite
Ausgangspunkt: relativ ungesicherter Status des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes	52
I. Problemaufriss: Privatsphärenrelevante Grossentwicklungen	53
1. Technikentwicklung: Wahrnehmungsgrenzen, Privatheitsspuren, Sicherheitsaufwand	54
2. Wissensentwicklung: „Kollektivierung“ gesellschafts- relevanten Privatverhaltens	56
3. Ökonomieentwicklung: „customer relationship management“, Marktparadigma im Medienbereich . . .	58
4. Werteentwicklung: Innovationsvertrauen und Desensibilisierung	61
II. Schutzkonzepte im Vergleich: EMRK und US-Verfassung im Vergleich	62
1. Relative Gemeinsamkeit: Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitäts- bildung	63
2. Hauptdifferenz I: Schutz der „öffentlichen Privatheit“ . .	65
3. Hauptdifferenz II: Einbezug weiterer Aspekte selbstbestimmter Lebensführung	67
4. Deutung der Unterschiede: Freiheitskonzeption und Egalitarismus	69
III. Dogmatische Schlüsselfragen: Unmittelbare staatliche Eingriffe – Schutzpflichten	71
1. Begrenzungswirkung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei staatlichen Eingriffen: vermehrte Schaffung abwägungsfester Zonen?	71
2. Zunahme heimlicher Eingriffe: Möglichkeiten prinzipiengeleiteter Eingriffshegung? . . .	73

3. Abwicklungsorganisationen des Alltags und Personen-
daten: Erforderlichkeit grundrechtlicher Inpflichtnahme? 75
4. Rentabilität von Privatsphärenverletzungen durch
Massenmedien: Erweiterung der Schutzpflichten? 76

Ausgangspunkt: relativ ungesicherter Status des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes

Das auffälligste Merkmal des grundrechtlichen Schutzes der Privatheit ist bei rechtsvergleichender Betrachtung sein relativ ungesicherter Status.¹ Bemerkenswert ist zunächst, dass hoch entwickelte Grundrechtssysteme wie jene der USA und Deutschlands – aus unterschiedlichen Gründen allerdings – bis heute keine explizite Integralgarantie in ihren Verfassungstexten kennen; sie garantieren nur Aspekte der Privatsphäre.² Aus grundsätzlicher Sicht ist allerdings weit bedeutender, dass keine allgemein konsensfähige Antwort auf die Frage nach dem Schutzzweck existiert.³ Der Schutzzumfang divergiert entsprechend zwischen den einzelnen Grundrechtssystemen teilweise massiv.⁴ Dies gilt insbesondere bei Vergleichen zwischen Europa und den USA. Symptomatisch für die Unklarheiten ist auch, dass Gerichte definitorische Festlegungen etwa des Begriffs des Privatlebens nach Möglichkeit vermeiden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestimmt den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK gemäss seiner Standardformulie-

¹ Die Begriffe Privatheit, Privatsphäre und Privatleben werden im Folgenden als Synonyme verwendet.

² In den USA war die Schaffung einer über Aspektgarantien hinausreichenden integralen Garantie der Privatsphäre bei der Ausarbeitung der Bill of Rights kein Thema. Seither erfolgten Ausdehnungen der Grundrechtsgewährleistungen – soweit nicht durch Bürgerkrieg und Geschlechteremanzipation veranlasst – stets auf dem Rechtsprechungsweg, wobei das „right to privacy“ überwiegend in die Freiheitsklausel von Amendment XIV hineingelesen wird. In Deutschland ermöglichte der Entscheid des Verfassungsgebers für die Menschenwürdegarantie und ein allgemeines Freiheitsrecht (Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 2 Abs. 1 GG), den generellen Schutz der Privatsphäre in diesen unspezifischen Garantien zu situieren: *H.-D. Horn* Schutz der Privatsphäre, HStR VII, 2009, § 149 Rn. 24ff.

³ Anspruchsvolle Bestimmungen des Schutzobjekts sind regelmässig lang und von einer relativ hohen Theoretizität. James Q. Whitman bezeichnet den Begriff der Privatsphäre als ein „unusually slippery concept“: *J. Q. Whitman* The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, YLJ 113 (2004), 1151 (1153). Zum Spektrum der Schutzdimensionen vgl. etwa *W. Kälin/J. Künzli* Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl. 2008, 435 ff.; *M. Maus* Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht, 2006, 23 ff. Zur Komplexität des Privatsphärenbegriffs vgl. auch *R.C. Post* Three Concepts of Privacy, Georgetown Law Journal 89 (2001), 2087 ff.; *B. De Bruin* The Liberal Value of Privacy, Law and Philosophy 29 (2010), 505 ff.

⁴ Für einen systematischen Vergleich der Schutzkonzepte von EMRK und Grundgesetz: *T. Marauhn/K. Meljnik* Privat- und Familienleben, in: R. Grote/T. Marauhn (Hrsg.) EMRK/GG – Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 16, insb. Rn. 15 ff.

rung „fallweise“.⁵ Zuweilen bezeichnet er die Garantie des Privatlebens als „Konzept“, nicht nur als Garantie.⁶ Darin könnte sich die Intuition ausdrücken, dass es sich um etwas Komplexeres als um einen „normalen“ Grundrechtsbegriff mit etwas unscharfen Konturen handeln könnte.⁷

Dieser Bericht befasst sich mit ausgewählten grundsätzlichen Fragen der Thematik. Im ersten Teil geht es zunächst darum, ihre Virulenz im Grundsätzlichen näher zu bestimmen (I). Es wird aufgezeigt, dass ihre heutige Aktualität Folge des Zusammenwirkens eines ganzen Bündels von Entwicklungen ist – nicht nur des die öffentliche und die Fachdiskussion dominierenden Technikwandels. Weitere, teilweise subtil wirkende Entwicklungen spielen ebenfalls bedeutende Rollen. Der zweite Teil befasst sich mit der auffälligen Variabilität der grundrechtlichen Schutzkonzepte (II). Die Schutzkonzepte von EMRK und US-Verfassung werden einander gegenüber gestellt. Die Ausführungen sollen den sich spezifisch mit Deutschland befassenden Bericht meines Vorredners ergänzen. Der dritte Teil schliesslich wirft Schlaglichter auf praktisch-dogmatische Fragen von besonderer Bedeutung (III). Er behandelt dogmatisch-regulatorische Problemfelder, bei denen zu erwarten ist, dass sie uns in Zukunft länderübergreifend besonders beschäftigen werden.

I. Problemaufriss: Privatsphärenrelevante Großentwicklungen⁸

Hintergrund der heutigen Tragweite der Privatsphärenproblematik ist eine Reihe teilweise zusammenhängender gesellschaftlicher Großentwicklungen. Sie werden im Folgenden analytisch möglichst auseinander-

⁵ EGMR, Slg. 2002–VI, § 72 – Christine Goodwin; *L. Wildhaber* IK EMRK, Art. 8, Rn. 96ff.

⁶ EGMR, 12. 1. 2010, Nr. 4158/05, § 61 – Gillan and Quinton (zur Publikation in der amtl. Sammlung vorgesehen).

⁷ Symptomatisch für die Schwierigkeiten bei der Einordnung der Privatsphärengarantie ist auch die berühmte metaphorische Formulierung des U.S. Supreme Court in *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), wonach der Schutz der Privatsphäre im „Halbschatten“ mehrerer expliziter Garantien zu situieren sei: „The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. [...] Various guarantees create zones of privacy [...]“

⁸ Die privatheitsgefährdenden Entwicklungen werden im Folgenden skizziert, ohne dass der Begriff der Privatsphäre vorgehend näher bestimmt wird. Man kann dieses Vorgehen aus epistemischer Sicht als intuitivistisch kritisieren. Sein Vorteil besteht darin, dass der Blick nicht durch eine – ihrerseits wiederum kritisierbare – verengende Begriffsbestimmung beschränkt wird.

dergehalten, um den Blick auf das Spektrum aktueller und aufziehender grundrechtlicher Fragen zur Privatsphäre nicht unnötig zu verengen.

1. *Technikentwicklung: Wahrnehmungsgrenzen, Privatheitsspuren, Sicherheitsaufwand*

Die für die Privatsphäre einschneidendste Großentwicklung ist offenkundig die Technikentwicklung. Auf einer grundsätzlichen Ebene sind zwei Dimensionen zu unterscheiden. Die erste betrifft die laufenden Relativierungen von Wahrnehmungsgrenzen im Großen wie im Kleinen und den Abbau von Zugänglichkeitshindernissen, d.h. die Zunahme der Zugriffsmöglichkeiten auf das Private.⁹ Länderübergreifend immer mehr zur Schlüsselfrage wird etwa, unter welchen Voraussetzungen Datenbanken miteinander vernetzt werden dürfen.¹⁰ Von fundamentaler Bedeutung ist, dass – im Rahmen der Grenzen des Wachstums – laufend neue Zugriffsmöglichkeiten hinzutreten, zusätzlich zu den bereits bestehenden.¹¹ Ein sich derzeit erst richtig auffächerndes Großproblem sind etwa die Nutzungsmöglichkeiten der Gendiagnostik im Gesundheits- und Versicherungswesen.¹² Werden wir künftig dafür bezahlen müssen, wenn wir unsere Krankheitsprädispositionen nicht wissen wollen? Manche der durch die Technikevolution hervorgebrachten neuen Zugriffsmöglichkeiten erscheinen für sich genommen als harmlos. Der Einsatz von Wärmedetektoren zur Ortung von Indoor-Marihuana-Produktion beispielsweise lässt die meisten von uns

⁹ Für eine Übersicht über das technisch Mögliche und denkbare Szenarien im Umgang damit vgl. C. Arpagaus u.a. Die Zukunft der Privatheit. Expertenstudie im Auftrag von: Centre for Global Dialogue/Gottlieb Duttweiler Institut/IBM Forschungslabor Zürich, 2003.

¹⁰ Die länderübergreifend dominierenden Themen weisen 2010 einen klaren Schwerpunkt beim Datenschutz auf. Zu erwähnen sind in erster Linie: die Google-Street-View-Problematik, insbesondere das unautorisierte Speichern von über unsichere WLAN-Netze versendeten Daten; die Auseinandersetzung um die Modalitäten der Übermittlung und Nutzung von SWIFT-Daten durch die USA; die Nutzung von Daten von Telekommunikationsanbietern (vgl. BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2. 3. 2010 – Vorratsdatenspeicherung).

¹¹ Ewald Wiederin bezeichnet die Privatsphäre wegen der Technikentwicklung als „bedrohter denn je“: E. Wiederin Schutz der Privatsphäre, HbdGR VII/1, 2009, § 190 Rn. 2.

¹² Für eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Problemkomplex vgl. J. Schmidtke u.a. (Hrsg.) Gendiagnostik in Deutschland. Status quo und Problemerkundung, 2007, insbesondere den Beitrag W. van den Daele Droht präventiver Zwang im Public Health Genetics?, ebd., 143 ff.

schmunkeln.¹³ Ein grundlegendes Problem ist jedoch, dass die Kumulation vieler für sich genommen geringer Zugriffe die Privatheit verändert und einen diffus wahrnehmbaren Konformitätsdruck erzeugt.¹⁴ Ein illustratives Beispiel für das sanfte Eindringen der Technik in unser Privates und dessen Veränderung ist auch die Wirkungsweise sogenannter „smart meter“. „Smart meter“ sind Apparate, die den Energieverbrauch jedes einzelnen Haushaltsgeräts aufzeichnen. Sie sollen durch Transparenz zum Energiesparen beitragen und müssen EU-weit eingeführt werden.¹⁵ Aus grundrechtlicher Sicht ist relevant, dass sie nicht nur den Verbrauch jedes einzelnen Haushaltsgeräts aufzeichnen. Sie halten Lebenswandelsmuster fest. Das Außergewöhnliche wird transparent. Warum etwa war in der Ferienwohnung vor zwei Wochen nachts um drei die Dusche in Betrieb?

Die zweite Folge des Technikwandels betrifft die Gefahrenseite des Sicherheitsproblems. Technikfortschritt bedeutet, abstrakt und vereinfacht formuliert, mehr Schädigungspotential für Systemstörer: Amokläufer, Internetbetrüger, Virenprogrammierer, das organisierte Verbrechen, Terroristen. Die relative Macht des „Systemstörers“ nimmt zu, da die Verletzlichkeit der technikabhängigen Gesellschaft mit der Technikentwicklung ebenfalls wächst. Man muss kein Sicherheitsfanatiker sein, um diesen Zusammenhang auf einer grundsätzlichen Ebene anzuerkennen, bei allen notwendigen Relativierungen im Einzelnen. Er bedeutet zunächst einmal wenig Erfreuliches: Für ein gleich bleibendes Sicherheitsniveau muss tendenziell ein Mehr an Sicherheitsaufwand betrieben werden. Prävention muss tendenziell früher einsetzen, wenn sie wirksam sein soll.¹⁶ Ich sage dies in vollem Wissen um die freiheits-

¹³ Vgl. die Supreme Court-Entscheidung *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001). Das Gericht hielt in diesem Urteil fest, dass der Einsatz von Wärmebildgebungstechniken zwecks Feststellung von Wärmequellen in einem Haus als „Durchsuchung“ im Sinne von Amendment IV zu betrachten ist und daher einer richterlichen Durchsuchungsermächtigung bedarf.

¹⁴ A. von Arnaud spricht von der „systemkonformierenden“ Wirkung staatlichen Eindringens in die Privatsphäre, die sich von einer Aussenperspektive aus als Rationalisierung darstellen lässt: A. von Arnaud *Privatheit* bei Jürgen Habermas, in: G. S. Schaal (Hrsg.) *Das Staatsverständnis von Jürgen Habermas*, 2009, 185 (207).

¹⁵ Art. 13 der Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen. Die Einführungspflicht steht gemäss Abs. 1 unter einem ausdrücklichen Verhältnismässigkeitsvorbehalt.

¹⁶ Zu den Zusammenhängen zwischen Technikentwicklung und Prävention vgl. O. Diggelmann *Wohin treibt der Präventionsstaat?*, in: C. Abbt/O. Diggelmann (Hrsg.) *Zweifelsfälle*, 2007, 173 ff.

verkürzende Wirkung von Prävention.¹⁷ Sie ist flächendeckend, und sie trifft wesensgemäß zum grössten Teil jene, von denen keine Gefahr droht. Exemplarisch für dieses Problem ist etwa der Umstand, dass die SWIFT-Daten in den USA bis 2009 ohne jede rechtliche Zweckbindung gespiegelt wurden.¹⁸ Zwar haben mittlerweile Korrekturen eingesetzt.¹⁹ Das Entscheidende aber ist, dass das datenschützerische Netz jahrelang nicht nur Löcher aufwies, sondern gewissermaßen gerissen war.

2. *Wissensentwicklung: „Kollektivierung“ gesellschaftsrelevanten Privatverhaltens*

Die zweite Großentwicklung mit bedeutenden Folgen für das Private ist die Wissensentwicklung. Sie wird im Folgenden vom Technikwandel unterschieden, obschon auch dieser selbstredend Wissensfortschritt bedeutet. Gemeint ist an dieser Stelle Erkenntnisfortschritt im Allgemeinen, auch bezüglich des Sozialen und Psychologischen, d.h. auch Fortschritt des „nichttechnischen“ Wissens. Auch diese Grundentwicklung der Gesellschaft hat bedeutende Folgen für das Private.²⁰ Zentral ist, dass die wissenschaftliche Forschung laufend unbekannte oder bisher nur vermutete Folgen von privatem Verhalten aufdeckt, etwa von Erziehungsmethoden oder von Ernährungs- und Freizeitgewohnheiten wie beispielsweise Fernsehkonsum.²¹ Die Folgen werden nach Mög-

¹⁷ D. Grimm Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 69 (1986), 38 ff.

¹⁸ Vgl. E. de Busser Data Protection in EU and US Criminal Cooperation, 2009, 384 ff.

¹⁹ Auch heute noch werden Daten nicht verdächtigter Personen übermittelt. Das vom Europäischen Parlament am 8. Juli 2010 genehmigte und am 1. August 2010 in Kraft getretene neue „SWIFT-Abkommen“ (Abkommen zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Zahlungsverkehrsdaten und deren Übermittlung aus der Europäischen Union an die Vereinigten Staaten für die Zwecke des Programms zum Aufspüren der Finanzierung des Terrorismus) trägt Datenschutzanliegen weiterhin nur sehr partiell Rechnung. Die Übermittlung der SWIFT-Daten verdächtigter Personen erfolgt weiterhin in Grosspaketen, die neben den Daten der betreffenden Personen auch solche weiterer Personen enthalten.

²⁰ Die hier angesprochene Problematik gehört in den weiteren Kontext der von Michel Foucault unter den Titeln der „Gouvernementalität“ und der „Biopolitik“ erforschten Regierungstechniken. Für eine Zusammenfassung seiner Grundideen vgl. seine Vorlesung vom 1. Februar 1978 am Collège de France; deutsche Fassung abgedruckt in: M. Foucault Sicherheit, Territorium, Bevölkerung, 2006, 134 ff.

²¹ 2006 behauptete eine amerikanische Studie einen direkten Zusammenhang zwischen Autismus und kleinkindlichem Fernsehkonsum. Sollte sich der Befund der umstrittenen Studie erhärten, so ist absehbar, dass der Staat mindestens als eindringlicher

lichkeit quantifiziert und bewertet. Erfährt eine Verhaltensweise eine eindeutig positive oder negative Bewertung, so entsteht Druck, sie gesellschaftlich zu steuern. Der Staat wird auf den Plan gerufen und nimmt sich – gewissermaßen als „Wissensvollstrecker“ – immer neuer, ursprünglich als Privatsache betrachteter Lebenssachverhalte an. Er gebietet, verbietet und mahnt.²² Die Grenze zwischen Staat und staatsfreier Zone wird verschoben.²³

Dieser Mechanismus staatlichen Vordringens ins Private soll zunächst an einem harmlosen Beispiel verdeutlicht werden. Es liegt noch unterhalb der Schwelle grundrechtlicher Relevanz. Es gehört heute zum gesicherten Wissen über die Integration von Ausländern, dass positive Alltagserlebnisse sowohl von Migranten als auch der Aufnahmegesellschaft bei diesem Prozess eine wichtige Rolle spielen.²⁴ Weil Essen wichtiger Bestandteil unseres Alltags ist, kam der Kanton Zürich auf die Idee, in einer Informationskampagne dazu aufzurufen, man solle sich kulinarisch auf Neues einlassen. Neben Röschi und Fondue solle man auch Kebap und Sushi eine Chance geben.²⁵ Der Kanton Zürich kümmerte sich damit – im Hinblick auf die Integration – um positive Alltagserlebnisse in einem Bereich, den wir als Privatsache empfinden. So harmlos die Einmischung erscheinen mag: Hier wird eine Grenze verschoben, und die Kumulation solcher Verschiebungen verändert die Privatsphäre. Die Rechtfertigung dafür ist – abstrakt for-

Mahner auf den Plan gerufen wird. Vgl. *M. Waldman u.a.* Does Television Cause Autism? NBER Working Paper No. W12632, October 2006, abrufbar unter: www.nber.org/papers/w12632, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

²² Es sei daran erinnert, dass sanfter Paternalismus – in den Worten J. Isensees – nicht minder wirksam steuert als der gestrenge: *J. Isensee* Privatautonomie, HStR VII, 2009, § 150 Rn. 33.

²³ Aus grundsätzlicher Sicht ist mit Blick auf diesen Mechanismus auch zu bemerken, dass dort, wo der Staat regelnd oder mahnend eingreift, selbstverantwortetes Handeln tendenziell im Rückzug begriffen ist. Die staatliche Zuständigkeitsbeanspruchung – manchmal: -anmassung – entlastet tendenziell von der eigenen, konfliktiven Auseinandersetzung mit der Frage. Es findet gewissermassen eine Verschiebung von selbstverantworteter Moral zu systemkonformem Handeln statt. Wenn etwa das Gesetz Diskriminierungen bei der Wohnungsvermietung für unrechtmässig erklärt (man könnte Vermietungen auch als „reine Privatsache“ betrachten), so wird der Einzelne die Diskriminierungsfrage primär als Frage legalen Verhaltens und weniger als Problem individueller Moral empfinden; er wird vom moralischen Konflikt entlastet. In dieser Entlastung liegt – bei aller Rationalität, die ihr innewohnt – ein Stück Entmündigung, die Analogien mit der Entmündigung durch religiöse Regeln aufweist.

²⁴ Für eine Übersicht über den Stand der Integrationsforschung: *I. Oswald* Migrationssoziologie, 2007, 93 ff.

²⁵ Vgl. www.integration.zh.ch/internet/ji/integr/de/home.html, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

muliert – Wissen über das Gelingen von Sozialem.²⁶ Etwas weniger harmlos ist ein zweites Beispiel. 2005 wurde im Auftrag des schweizerischen Justizministeriums eine Expertenstudie zur außerfamiliären Kinderbetreuung erstellt.²⁷ Zu den wichtigen Erkenntnissen der Studie gehörte, dass die unqualifizierte Betreuung von Kindern ein bedeutendes Problem darstellt. Das Ministerium erarbeitete deshalb gestützt auf die Studie einen Verordnungsentwurf.²⁸ Folge der vorgesehenen Regelung wäre u.a. gewesen, dass Eltern, die während drei Tagen pro Woche arbeiten, ihre Kinder nicht mehr ohne staatliches Plazet bei einer Nachbarin unterbringen dürfen. Es gab in der Folge einen Proteststurm, und die Bewilligungspflicht für die geschilderte Konstellation wurde letztlich fallen gelassen.²⁹ Das Beispiel zeigt aber ebenfalls, wie Expertenwissen die Selbstverantwortung der Eltern als einen Kernbereich des Privaten massivem Druck aussetzen kann. Ein weiteres Beispiel sind die Rauchverbote, die in den letzten Jahren gestützt auf Erkenntnisse der Gesundheitsforschung für geschlossene Gaststätten erlassen wurden.

3. *Ökonomieentwicklung: „customer relationship management“, Marktparadigma im Medienbereich*

Von großer Relevanz für die Privatsphäre sind auch zwei wichtige Entwicklungen im Bereich der Ökonomie. An erster Stelle zu erwähnen ist die Ausbreitung der Verkaufsmethode des sogenannten „customer relationship management“ seit den 1990er-Jahren.³⁰ Gemeint ist damit

²⁶ Ähnliches wäre von anderen Botschaften derselben Kampagne vom Mai 2010 zu sagen, etwa: Man solle mehr lachen und die schlechte Laune zu Hause lassen; man solle mit Geld sparsam umgehen und es für härtere oder schönere Zeiten aufheben.

²⁷ K.B. Zatti Das Pflegekinderwesen in der Schweiz. Analyse, Qualitätsentwicklung und Professionalisierung, Expertenbericht im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Juni 2005, abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_kinderbetreuung.html, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

²⁸ Verordnung über die ausserfamiliäre Betreuung von Kindern, Vernehmlassungsvorlage vom 5. Juni 2009.

²⁹ Geblieben ist auch nach diesem Rückzieher eine Art „Umkehr der Beweislast“ in diesem Bereich elterlicher Eigenverantwortung, ablesbar etwa am Duktus der Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. Dezember 2009: „[...] Von der Bewilligungspflicht ausgenommen sind [...] Betreuungsleistungen durch Verwandte sowie weitere den Eltern nahestehende Personen. Bewilligungsfrei ist zudem die Betreuung im Haushalt der Eltern (z.B. durch Nannies). Der Verzicht auf die Bewilligungspflicht bedeutet, dass sowohl die Aufsicht durch die Behörden als auch die Pflicht zur Weiterbildung der Betreuungsperson vollständig entfällt.“

³⁰ Vielsagend ist etwa der Titel der folgenden, kommerziell sehr erfolgreichen Publikation: S. Brown Customer Relationship Management: A Strategic Imperative in the World of e-Business, 1999.

das gezielte Ansprechen potentieller Konsumenten oder Kunden, das mit dem Aufstieg der Informatik stark zugenommen hat.³¹ Antrieb ist der Umstand, dass der Wettbewerb in den westlichen Überangebotsmärkten nur teilweise über Preis und Qualität gewonnen werden kann. Von großer Bedeutung ist auch die Kundenpflege, die wesentlich über die individualisierte Ansprache zustande kommt.³² Grundlage solcher Ansprachen sind Personendaten und ganze Persönlichkeitsprofile. Sie stellen heute eine zentrale Wettbewerbsressource dar. Um an sie zu gelangen, setzen Unternehmen auch persönlichkeitsgefährdende und -verletzende Methoden ein.³³ Die Symptome dieser Entwicklung reichen von vergleichsweise harmlosen Belästigungen wie unerbetenen Telefonanrufen über adressierte Werbebriefe zur Umgehung von Direktwerbeverboten bis zum illegalen Datenhandel. Zur Erinnerung: 2008 wurde in Deutschland ein Fall kriminellen Datenhandels bekannt, bei dem Personendaten von sechs Millionen Bundesbürgern teilweise mit Kontonummern illegal für gerade 850 Euro angeboten worden waren.³⁴ Experten warnen seit Längerem, dass die Kluft zwischen technisch Möglichem und Realisiertem immer kleiner wird. So gehörten etwa die automatisierte Profilzuweisung bei Kundenanrufen und teilweise auch das gemeinsame Führen von Listen mit unerbetenen Kunden bereits 2003 zu den verbreiteten Methoden beim Kundenkontakt.

Die zweite Entwicklung im Ökonomiebereich betrifft die Medien.³⁵

³¹ Der Begriff der Verkaufsmethode ist wohl zu harmlos. Das sogenannte „Analytische CRM“ ist eine mit wissenschaftlicher Präzision betriebene Praxis der – wie es in der Sprache der Betriebswirtschaft heisst – Optimierung des Kundenwissens und des Kundenprofits in den verschiedenen Stadien der Kundenbeziehung. Eine junge Tendenz im Bereich des analytischen CRM ist die Entwicklung von Software für soziale Netzwerke wie etwa Facebook oder Xing. Diese Art von CRM wird – wohl mit unfreiwilliger Selbstironie – als „Social CRM“ bezeichnet.

³² Vgl. etwa *J. Gitomer* Customer Satisfaction is Worthless, Customer Loyalty is Priceless, 2003.

³³ Für eine detaillierte Analyse aus rechtlicher Sicht unter Einschluss grundrechtlicher Überlegungen vgl. etwa *A. Schweizer* Customer Relationship Management: Datenschutz- und Privatrechtsverletzungen beim CRM, 2007, insb. 349 ff.

³⁴ *T. Denkler* Datenhandel in unvorstellbarem Ausmass, *Süddeutsche Zeitung* vom 18. August 2008.

³⁵ Die hier beschriebene Entwicklung wird seit einem Jahrzehnt unter dem durch Otfried Jarren und Werner A. Meier geprägten Stichwort der Ökonomisierung und Kommerzialisierung der Medien diskutiert: *K.-D. Altmeyen* Die Medien – (k)ein Sonderfall der Ökonomisierung?, in: A. Maurer/U. Schimank (Hrsg.) *Die Gesellschaft der Unternehmen – Die Unternehmen der Gesellschaft. Gesellschaftstheoretische Zugänge zum Wirtschaftsgeschehen*, 2008, 237 ff.; *O. Jarren/W.A. Meier* Ökonomisierung und Kommerzialisierung von Medien und Mediensystemen, *Medien & Kommunikationswissenschaft* 49 (2001), 145 ff.

Die Grundproblematik besteht hier darin, dass die Ausdehnung des Marktparadigmas als organisierendes und regulierendes Prinzip – bei allen Differenzierungen, die hier im Einzelnen vorzunehmen wären – strukturelle Probleme schafft.³⁶ Medienauffächerung und Informationsbeschleunigung³⁷ haben den Kampf um Aufmerksamkeit in einer Weise verschärft, dass die Versuchung, absichtsvoll und ökonomisch kalkulierend die Privatsphäre zu verletzen, signifikant grösser geworden ist. Privatlebensinhalte gelten in diesem atemlosen Kampf als günstig „produzierbare“ und in der Wirkung verlässliche „Produkte“.³⁸ Das gilt nicht zuletzt gerade, wenn rechtliche Grenzen ausgereizt und teilweise überschritten werden. Aus grundsätzlicher Sicht ist von Bedeutung, dass die Vorteile von Privatsphärenverletzungen die Nachteile gerade bei größeren und mächtigen Medienunternehmen aufwiegen können. Nur ein kleiner Teil der Betroffenen beschreitet den ressourcenverzehrenden Rechtsweg. Außerdem verschafft auch das allgemeine Gespräch über die Grenzverletzung einen zusätzlichen Wettbewerbsvorteil im Kampf um Aufmerksamkeit. Als Beispiel für diese Strategie der kalkulierten Grenzverletzung sei ein Fall aus der jüngsten schweizerischen Vergangenheit angefügt. Im Jahr 2009 publizierte die Schweizer Boulevardzeitung „Blick“ – gewissermaßen die Schweizer Variante von „Bild“ – eine Meldung, wonach der dreijährige Sohn des Romanautors *Martin Suter* gestorben sei. Der Junge war beim Essen erstickt. Die Zeitung illustrierte die Meldung mit dem Bild des Photos des Jungen, das auf dessen Grab aufgestellt worden war. Die Verantwortlichen behaupteten in der Folge – wider besseres Wissen –, sie seien davon ausgegangen, die Privatsphäre sei mit dem Aufstellen des Photos auf dem Grab aufgegeben worden.³⁹

³⁶ Teilweise kritisch zum Informationsselektionsprozess und seinen Kriterien, die Folgen der Wettbewerbsverschärfung aber nicht spezifisch thematisierend *M. Kloepper* Öffentliche Meinung, Massenmedien, HStR III, 2005, § 42 Rn. 39f.

³⁷ J. Habermas verwendet 1990 im Vorwort zur Neuauflage seines Werkes zum Strukturwandel der Öffentlichkeit den Begriff der „Verdichtung des Kommunikationsnetzes“, der als allgemeine Metapher auch die seitherigen Entwicklungen einfängt: *J. Habermas* Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 27.

³⁸ Richard Sennett hat den Grundmechanismus, der hier am Werk ist, schon 1977 drastisch, im Kern wohl aber nicht unzutreffend erfasst, als er vom intimen Erleben als dem Allzweckmassstab zur Beurteilung der Wirklichkeit gesprochen hat: *R. Sennett* The Fall of Public Man, 1977, 25f.

³⁹ Das Selbstkontrollorgan der schweizerischen Presse rügte die Zeitung: Schweizer Presserat, Stellungnahme vom 7. Januar 2010 („Blick c. Suter“), abrufbar unter: www.presserat.ch/25580.htm, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

4. *Werteentwicklung: Innovationsvertrauen und Desensibilisierung*

Eine vierte Entwicklung von grundsätzlicher Bedeutung sei hier angefügt. Sie betrifft das Selbstverständnis westlich-liberaler Gesellschaften bzw. die Wirkungsweise des Anspruchs an den Einzelnen, sich „zeitgemäß“ zu verhalten. Gemeint ist das Problem, dass die mächtige soziale Erwartung der Offenheit gegenüber Innovationen beim Einzelnen ein Verhalten fördert und geradezu einfordert, das mit den wachsenden Bedrohungen des Privaten immer weniger Schritt hält. Auf der Höhe der Zeit – bei Jugendlichen: „in“ oder „cool“ – zu sein bedeutet, die Möglichkeiten der Technik zu nutzen wissen.⁴⁰ Es bedeutet, sich in der Welt der Kredit- und Kundenkarten, Mobiltelefone, Internetbuchungssysteme und des W-LAN leichtfüßig zu bewegen.⁴¹ Es bedeutet auch, technische Innovationen mit einem Vertrauensvorschuss auszustatten, der wiederum Ausdruck der eigenen Leichtfüßigkeit ist. Es bedeutet damit unvermeidlich die Bereitschaft, immer neue Datenspuren zu hinterlassen, zusätzlich zu den bereits selbstverständlich gewordenen. Zeitgemäß sein bedeutet nicht nur Hinnehmen und grundsätzliches Bejahen der eigenen Datenspuren, sondern auch ihres ständigen Anwachsens. Die Norm des Zeitgemäßseins erzeugt Druck, Zweifel in dieser Hinsicht zu unterdrücken. Wer bei Innovationen mehr Nach- als Vorteile sieht, gilt als unzeitgemäß. Kein Mobiltelefon zu haben, erzeugt Stirnrunzeln. Wer die Kundenkarte im Supermarkt ablehnt und auf Bonuspunkte verzichtet, zahlt mehr und gerät zudem leicht in den Ruch des Fundamentalisten. Unmodernsein wird sanktioniert, finanziell und sozial.⁴²

⁴⁰ Zur Bedeutung des Technologiewandels für Fragen des Menschenbildes vgl. R. Capurro *Menschenbilder. Einführung in die philosophische Anthropologie*, in: P. Grimm/R. Capurro (Hrsg.) *Menschenbilder in den Medien – ethische Vorbilder?*, 2002, 103 ff.

⁴¹ Ausdruck dieser Erwartung ist nicht zuletzt die Etablierung des pädagogischen Ziels der Medienkompetenz, die in erster Linie instrumentell und nicht kritisch-reflexiv verstanden wird. Zu diesem Problemkomplex vgl. N. Groeben/B. Hurrelmann (Hrsg.) *Medienkompetenz. Voraussetzungen, Dimensionen, Funktionen*, 2002.

⁴² Datengeiz kostet auch gegenüber dem Staat, wie das folgende, überraschende Beispiel aus der Schweiz zeigt: Die schweizerische Post – eine selbständige, öffentlich-rechtliche Anstalt – verlangt bei einem Umzug eine Gebühr von 30 Franken, wenn man ihr nicht gestattet, die neue Adresse an Personen weiterzuleiten, die weiterhin die alte Adresse benutzen – an jene also, denen der Umziehende die neue Adresse nicht mitteilen will, weil er keinen Kontakt wünscht, und denen er im Regelfall auch die alte Adresse nicht mitgeteilt hat. Wer die Mitteilung der neuen Adresse dagegen autorisiert, bezahlt nichts.

Die soziale Norm des Zeitgemäßseins wirkt hier als Komplize der Privatsphärenverletzung. Sie desensibilisiert auf einer grundsätzlichen Ebene für das Problem des ständigen Anwachsens technischer Zugriffsmöglichkeiten auf das Private. Sie erzeugt ein trügerisches Vertrauen, dass einem persönlich bestimmt nichts geschieht, wenn man die soziale Norm achtet.⁴³ Es kann nicht falsch sein, zeitgemäß zu leben, lautet die Botschaft, wenn dies der dominierende „way of life“ ist. Die Norm wächst den wachsenden technischen Zugriffsmöglichkeiten in einem negativen Sinne nach. Sie entschärft berechnete Fragen gewissermaßen atmosphärisch. Niederschlag ist etwa der Umstand, dass auch die zahlreichen Datenskandale der letzten Jahre an der Grundbereitschaft zu Datenfreizügigkeit wenig geändert haben.⁴⁴ Kurz: Unser Verständnis des Zeitgemäßseins spielt der Privatsphärenverletzung direkt in die Arme.

II. Schutzkonzepte im Vergleich: EMRK und US-Verfassung im Vergleich

Wenden wir uns dem zweiten Problemkomplex zu: dem auffälligen Spektrum möglicher grundrechtlicher Schutzkonzepte. Was sind die Hintergründe der großen Variabilität? Ausgangspunkt des folgenden Erklärungsversuchs bildet eine Gegenüberstellung der Konzepte von EMRK und US-Verfassung, wobei ich mich auf die Grundelemente beschränke.⁴⁵

⁴³ Ausgehend von Experimenten Solomon Aschs in den frühen 1950er-Jahren haben sozialpsychologische Forschungen gezeigt, dass Menschen besonders in mehrdeutigen Situationen und bei vermuteter Kompetenz der Majorität dazu neigen, mit den Urteilen der anderen konform zu gehen. Hinweise bei *E. von Avermaet Sozialer Einfluss in Kleingruppen*, in: W. Stroebe/M. Hewstone/G.M. Stephenson (Hrsg.) *Sozialpsychologie*, 3. Aufl. 1997, 503 (507ff.).

⁴⁴ Die von älteren Generationen zuweilen sorgenvoll beobachtete Tendenz vieler Angehöriger jüngerer Generationen, Privates in sogenannten sozialen Netzwerken preiszugeben, erscheint im Licht der hier skizzierten Grundproblematik als punktuelle Steigerung eines im Grundsatz von der Gesellschaft geradezu eingeforderten Verhaltens.

⁴⁵ Die im Folgenden für die Gegenüberstellung verwendete Differenzierung verschiedener Schichten der Privatsphäre fällt partiell, aber nicht vollständig mit B. Rösslers Unterscheidung verschiedener Privatheitsdimensionen zusammen. Während Rössler Kontrolle des Zutritts zu Räumen, Kontrolle des Zugangs zu Informationen und Kontrolle des Zugriffs auf autonome Entscheidungen voneinander abschichtet, werden hier der Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung, der Schutz von Rückzugsmöglichkeiten und Ansehen jenseits von

1. *Relative Gemeinsamkeit: Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung*

Als Mittelpunkt beider Systeme lässt sich meines Erachtens als gemeinsamer Nenner – bei allen Differenzen im Einzelnen – der Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung ausmachen. Solche Prozesse finden in erster Linie in der eigenen Wohnung statt. Beide Systeme garantieren explizit die Unverletzlichkeit der Wohnung.⁴⁶ Darin lebt ein Rest früherer Heiligkeit des Hauses,⁴⁷ die wesentlich älter ist als die liberale Gesellschaft.⁴⁸ Ohne Schutz eines solchen Rückzugsbereichs ist menschliche Spannkraft nicht denkbar.⁴⁹ Jede liberale Gesellschaft kennt ihn, auch wenn sie keine Integralgarantie der Privatsphäre vorsieht.⁵⁰ Als eine Art Verlängerung dieser physischen Rückzugszone schließt sich in beiden Systemen der Schutz vertraulicher Kommunikation an. Der Schutz dieser Anschlusszone hat sich selbstredend im Lauf der Zeit stark gewandelt.

Zonen der Vertraulichkeit, sowie der Schutz von Voraussetzungen autonomer Lebensführung unterschieden. Die hier gewählte Kategorienbildung ist vom Anliegen geleitet, möglichst alle in der grundrechtlichen Praxis unter dem Titel der Privatsphäre diskutierten Lebenssachverhalte einer Schicht zuweisen zu können. Zu den Privatsphären dimensionen bei Rössler vgl. *B. Rössler* Der Wert des Privaten, 2001, 23 ff.

⁴⁶ Art. 8 Abs. 1 EMRK; Amendment III (Verbot der Hausrequisitionierung durch Soldaten) und Amendment IV (Verbot der unautorisierten Haus- und Personendurchsuchung) der US-Verfassung. Für eine Übersicht über die durch die US-Verfassung explizit garantierten Aspekte der Privatsphäre: *D.J. Solove/P.M. Schwartz* Information Privacy Law, 2009, 33 f.; *W. Brugger* Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre in den Vereinigten Staaten von Amerika, AöR 108 (1983), 25 (31 ff.).

⁴⁷ Der Supreme Court spricht in einem Urteil von 1886 explizit von der „Heiligkeit“ (sanctity) des Hauses: *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886).

⁴⁸ Zur Wohnung als „Ort“ des Menschen in der Welt und zur Unantastbarkeit des umgrenzten Rückzugsbereichs, die bemerkenswerterweise erst durch die Entfaltung des Kapitalismus und die Einebnung der Differenzen zwischen Grundeigentum und Eigentum im Allgemeinen unter grösseren Druck geriet: *H. Arendt* Vita Activa [1958], 1981, 60 ff.

⁴⁹ Über die Zusammenhänge zwischen Privatsphäre und Totalitarismus wäre viel zu sagen. Kulturhistorisch interessant sind in diesem Punkt schon die Differenzen zwischen Platon und Aristoteles. Während bei Platon – zumindest in Bezug auf die Wächter – die institutionalisierten Privatheitsformen von Ehe und Familie zu Gunsten der Aufgabenerfüllung im Staat aufgehoben werden (Staat, 449 a ff.), lässt Aristoteles diese bewusst stehen (Politik, 30 ff.). Aristoteles lässt gewissermassen Privatheit zu, diese wird bei ihm sogar „staatstragend“, während sie bei Platon als „staatsgefährdend“ angesehen wird.

⁵⁰ Vgl. die Formulierung von Justice Douglas in seiner Dissenting Opinion in *Osborn v. United States*, 385 U.S. 323, 354 (1966): „If a man's privacy can be invaded at will, who can say he is free?“

Er ist in beiden Systemen den veränderten Kommunikationsmitteln im Wesentlichen nachgewachsen, wobei der Supreme Court Veränderungen zögerlicher nachvollzieht.⁵¹

Die Kongruenzen beim Schutz von Wohnung und vertraulicher Kommunikation sind allerdings relativer Natur. Die beiden Gerichte setzen die Akzente unterschiedlich. Tendenziell weiter geht der Schutz durch die US-Verfassung bei Hausdurchsuchungen. Ein offenkundiger Grund dafür sind die textuellen Garantien bei „searches and seizures“ in Amendment IV. Insbesondere durch rechtswidrige Hausdurchsuchungen erlangte Beweismittel unterliegen einem relativ weit gehenden Verwertungsverbot.⁵² Anders als in Europa findet in den USA zumindest im Grundsatz keine Abwägung statt, ob allenfalls ein höheres Interesse die Verwertung als verhältnismäßig erscheinen lässt.⁵³ Höher ist die Schwelle in den USA auch – auf den ersten Blick überraschend – bei Telefonüberwachungen im ordentlichen Strafverfahren. Es ist in den USA statistisch gesehen schwieriger, eine richterliche Genehmigung für solche Überwachungen zu erlangen.⁵⁴ Dieses Bild wurde im letzten Jahrzehnt jedoch durch die unautorisierten Überwachungen im Rahmen der Terrorismusbekämpfung stark relativiert, deren genauer Umfang bis heute unbekannt ist.⁵⁵ Die EGMR-Rechtsprechung zeichnet

⁵¹ In den USA existiert ein grundrechtlicher Schutz gegenüber Telefonüberwachungen seit *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), in Abkehr von *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), vgl. dort jedoch die Dissenting Opinion von Justice Brandeis. Seither erfolgen Ausdehnungen des Schutzes vertraulicher Kommunikation anhand eines „reasonable expectation of privacy-test“, wobei sich der Supreme Court etwa zum Miteinbezug von E-Mails noch nicht geäußert hat. Zur aktuellen Diskussion um die Ausdehnung im Bereich elektronischer Kommunikation vgl. etwa *S.N. Freiwald/P.L. Bellia* The Fourth Amendment Status of Stored E-Mail: The Law Professors' Brief in *Warshak v. United States*, University of San Francisco Law Review 41 (2007), 2009 ff. Zum weiten Begriff der Korrespondenz in Art. 8 EMRK: *C. Grabenwarter* Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, 213 f. mH.

⁵² Bereits: *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). Es gibt wenige Ausnahmen. Die Behörden haben einen tendenziell stärkeren Anreiz als in Europa, die Privatsphäre bei Strafverfolgungshandlungen strikt zu beachten.

⁵³ Vgl. demgegenüber etwa BVerfG, 2 BvR 2225/08 vom 2. 7. 2009.

⁵⁴ Vgl. die schon einige Jahre alte, umfassende Studie von *R. Albrecht/C. Dorsch/C. Krüpe* Rechtswirklichkeit und Effizienz der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmassnahmen, Abschlussbericht, Juni 2003, 104, abrufbar unter: www.iuscrim.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/krim/k115.htm.

⁵⁵ Zur Kontroverse um die Verfassungsmässigkeit des von Präsident Bush angeordneten „Terrorist Surveillance Program“: *T. Maclin* The Bush Administration's Terrorist Surveillance Program and the Fourth Amendment's Warrant Requirement: Lessons from Justice Powell and the Keith Case, UC Davis Law Review 41 (2008), 1259 ff.

sich ihrerseits durch eine ausgesprochene Sensibilität für Fragen der sexuellen Selbstbestimmung aus.⁵⁶ Dies gilt sowohl mit Blick auf die Vorgänge in den eigenen vier Wänden als auch darüber hinaus. Der EGMR löste den Schutz sexueller Selbstbestimmung weitgehend von der sexuellen Orientierung ab.⁵⁷ Der Supreme Court erwies sich in diesem Bereich dagegen als ausgesprochen widerständig. Er konnte sich insbesondere erst 2003 dazu durchringen, ein strafrechtliches Verbot einvernehmlicher homosexueller Handlungen in den eigenen vier Wänden für verfassungswidrig zu erklären.⁵⁸ Trotz der Unterschiede sind die Überschneidungen beim Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung und der vertraulichen Kommunikation insgesamt jedoch beträchtlich.

2. Hauptdifferenz I: Schutz der „öffentlichen Privatheit“

Grundlegende Differenzen bestehen dagegen beim Schutz der Privatsphäre jenseits vertraulicher Zonen. Erholung und Identitätsbildung finden nicht nur im Verborgenen statt. Es gibt auch eine Privatheitszone, die man – mit paradoxer Begrifflichkeit – „öffentliche Privatheit“ nennen kann.⁵⁹ Auch Spaziergänge, Gaststättenbesuche, Autofahren oder das Stehenbleiben an einem Ort, der einem gefällt oder dessen Hässlichkeit einen fasziniert, spielen für Erholung und Identitätsbildung eine Rolle. Hier wird zwar nicht die maximale Distanz zur Gesellschaft gewählt und damit auf bestimmte Verhaltensweisen wie etwa auf Nacktumhergehen verzichtet.⁶⁰ Auch hier geht es jedoch, graduell ab-

⁵⁶ Etwa EGMR, Serie A 45 (1981) – Dudgeon, § 41; EGMR, Serie A 142 (1988) – Norris, § 38.

⁵⁷ Zur Ausdehnung dieses Motivs auf den sensiblen Bereich der Adoption vgl. EGMR, 22. 1. 2008, Nr. 43546/02, §§ 43 ff. – E.B. v. France (zur Publikation in der amtl. Sammlung vorgesehen).

⁵⁸ Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003), in Abkehr von Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986); zu den Hintergründen der früheren Praxis und die angedeutete Aufgabe in Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996); B. Fassbender Die Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Ausschlusses einer Personengruppe vom Schutz vor Diskriminierung, EuGRZ 24 (1997), 608 ff.

⁵⁹ Regelungstechnisch gesehen kann der Schutz dieser „öffentlichen Privatheit“ wegen ihrer vielfältigen Erscheinungsformen nicht über Aspektgarantien erfolgen wie beim Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung oder der Korrespondenz. Für Überlegungen zur Begrifflichkeit im Schnittstellenbereich zwischen Öffentlichem und Privatem vgl. J. Lege Das Öffentliche, das Private und das Soziale, in: J. Bohnert u. a. (Hrsg.), FS für A. Hollerbach, 2001, 385 ff.

⁶⁰ Wichtig für das Verständnis der „öffentlichen Privatheit“ ist, dass verschiedene Formen von Öffentlichkeit unterschieden werden können. Grundlegend ist zunächst die Unterscheidung zwischen (massen-)medialer und nichtmedialer Öffentlichkeit

gestuft, um Möglichkeiten des Sichabwendens und des Alleingelassenwerdens.⁶¹

Die US-Verfassung schützt diese „öffentliche Privatsphäre“ grundrechtlich nur gerade mit Blick auf Durchsuchungen und Beschlagnahmen.⁶² Sie verlangt auch hier eine richterliche Genehmigung. Ansonsten ist der öffentliche Bereich nach amerikanischem Verständnis – vereinfacht gesagt – ein Feld für das freie Spiel der Kräfte, das verfassungsrechtlich primär im Licht von Entfaltungsmöglichkeiten und unter Gefahrengesichtspunkten betrachtet wird.⁶³ Die Freiheit der Presse und das Recht des Berichterstatters, Fakten zu benennen, sind hohe verfassungsrechtliche Werte.⁶⁴ So dürfen Medien sogar die Namen von Vergewaltigungsopfern publizieren, nicht nur von Tätern, sofern sie sich an die Fakten halten.⁶⁵ Auch für Behörden besteht kein grundrechtliches Gebot, das Ansehen des Einzelnen schonungsvoll zu behandeln. Es wird mit dem Rechtsbruch weitgehend verspielt. Einzelne Behörden gehen bei Sexualstraftätern so weit, dass sie Adressen und weitere persönliche Angaben mitsamt Bild im Internet bekanntgeben.⁶⁶ Auch von Steueründern werden teilweise öffentliche Register geführt.⁶⁷ In

(Präsenzöffentlichkeit). Von der massenmedialen Öffentlichkeit ist sodann die Internetöffentlichkeit als Spezialfall der Medienöffentlichkeit zu unterscheiden; was internetöffentlich ist, ist nicht automatisch im umfassenden Sinn medienöffentlich. Für eine Analyse des Öffentlichkeitsbegriffs vgl. *G. Kohler* Was ist Öffentlichkeit? Zur Bestimmung eines unübersichtlichen Wortfeldes, *Studia philosophica* 58 (1999), 197 ff. mH.

⁶¹ H.-D. Horn formuliert zutreffend, dass nicht die faktische Zugänglichkeit einer Situation, sondern die Interessenlage über ihre Schutzwürdigkeit als privat entscheide: ders. (Fn. 2), Rn. 64.

⁶² Massgeblich ist auch hier Amendment IV. Für eine kritische Annäherung an die Praxis zu diesem Verfassungszusatz: *A.R. Amar* Fourth Amendment First Principles, *HLR* 107 (1994), 757 ff.

⁶³ Vgl. *Whitman* Privacy (Fn. 3), 1193.

⁶⁴ Zur Diskussion über die Reichweite der durch Amendment I geschützten „free speech interests“: *M. Schachter* Informational Privacy and Decisional Privacy, *Durham NC* 2003, 556 ff.

⁶⁵ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975); *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989). – Samuel D. Warren und Louis D. Brandeis waren in ihrem klassischen Artikel von 1890 dagegen dezidiert dafür eingetreten, dass Wahrheit kein Rechtfertigungsgrund für den Zugriff auf Privates darstelle: *S. Warren/L.D. Brandeis* The Right to Privacy, *HLR* 4 (1890), 193 (218).

⁶⁶ Von der Webseite www.nsopw.gov des amerikanischen Justizministeriums gelangt man auf die Seiten der einzelnen Staaten, die die Täter in der Regel nach dem Schweregrad ihrer Tat in verschiedene Kategorien einteilen.

⁶⁷ South Carolina etwa führt eine Liste mit „Top-Delinquenten“, auf der neben dem Namen und dem Umfang der Steuerschuld auch die Adresse des Schuldners öffent-

Europa wäre dies undenkbar. Die Privatsphäre des Opfers, die einen Anspruch auf Ansehen einschließt, ginge vor.⁶⁸ Die EMRK kennt einen substantiellen Schutz des Privaten im öffentlichen Raum. Sie setzt dem unautorisierten Zugriff auf Inhalte aus dem Privatleben Schranken, die wesentlich höher sind als jene des US-Verfassungsrechts.⁶⁹

3. *Hauptdifferenz II: Einbezug weiterer Aspekte selbstbestimmter Lebensführung*

Es lässt sich ein zweiter Bereich grundsätzlicher Differenzen abschichten. Die beiden Systeme unterscheiden sich auch beim Einbezug weiterer Aspekte einer selbstbestimmten Lebensführung in die Privatsphärengarantie. Es geht hier um Autonomievoraussetzungen, die in einem etwas loseren Konnex zum Privaten im beschriebenen Sinne stehen.⁷⁰ Eine solche Voraussetzung selbstbestimmter Lebensführung, die in beiden Systemen bis zu einem gewissen Grad Schutz erfährt, ist die informationelle Selbstbestimmung.⁷¹ Dies gilt in beiden Systemen allerdings nur im Verhältnis zum Staat.⁷² Der EGMR geht beim Schutz der

lich gemacht werden: www.sctax.org/delinquent/delinquent.shtml, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

⁶⁸ Zur Schutzpflicht in Bezug auf den guten Ruf vgl. etwa EGMR, Slg. 2007-XII – Pfeifer.

⁶⁹ Vgl. insbesondere: EGMR, Slg. 2004-VI – Von Hannover, §§ 63 ff., die in der deutschen Rechtsprechung etablierte, ursprünglich auf H. Neumann-Duesberg (JZ 1960, 114 ff.) zurückgehende Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte aushebelnd und für den Einzelfall die Prüfung der öffentlichen Relevanz des Vorganges fordernd; Aufgabe der Differenzierung durch das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 120, 180. Zur Genese der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungsfreiheit vor dem Urteil des EGMR vgl. *D. Grimm* Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995, 1697 ff. Für eine kritische Würdigung des Von Hannover-Urteils statt vieler: *A. Peters* Die Causa Caroline: Kampf der Gerichte?, *Betrifft Justiz* 21 (2005), 160 ff.

⁷⁰ Vgl. etwa EGMR, Slg. 2002-III – Pretty, § 61: „[...] Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees.“

⁷¹ Leitentscheid in den USA ist *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977); seither nur geringe Weiterentwicklung: *Solove/Schwartz* (Fn. 46), 475 mH; zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vgl. EGMR, Serie A 116 (1987) – Leander; EGMR, Slg. 2000-II – Amann; EGMR, Slg. 2000-V – Rotaru (Grosse Kammer).

⁷² Damit sei – dies sei in Klammern angefügt – auch gesagt, dass in keinem der beiden Systeme eine grundrechtliche Vertraulichkeitsgarantie in Bezug auf Bankdaten existiert.

informationellen Selbstbestimmung allerdings weiter als der US-Supreme Court. Er stellt vergleichsweise hohe Anforderungen an das Sammeln, das Nutzen und an die Weitergabe von Daten durch Behörden, insbesondere wenn der Staat im Geheimen agiert.⁷³ Keines der beiden Systeme setzt allerdings dem Datenhunger des privaten Sektors grundrechtliche Grenzen. Er stellt ein eminentes Problem dar, auf das zurückzukommen ist.

Der EGMR schützt sodann eine Reihe weiterer Autonomievoraussetzungen unter dem Titel der Privatsphärengarantie. Er setzt etwa – auf den ersten Blick überraschend – staatlicher Untätigkeit gegenüber schädlichen Immissionen gewisse Grenzen. Das Nichtverhindern unerträglicher Immissionen aus einer Kehrrichtverbrennungsanlage verletzt das Recht auf Privatleben.⁷⁴ Der EGMR anerkennt hier eine Art Recht auf Minimalsauberkeit der Umwelt.⁷⁵ Er setzt auch den staatlichen Spielräumen bei migrationsrechtlichen Maßnahmen Grenzen. Europarats-Mitglieder können etwa straffällige Zweitgenerationsausländer nicht ohne Weiteres in ihr Heimatland ausweisen, wenn sie dort weder substantielle Kontakte noch realistische Integrationschancen besitzen.⁷⁶ Unter dem Titel des Privatsphärenschutzes werden auch hier Minimalanforderungen einer selbstbestimmten Lebensführung geschützt.

⁷³ Für die Zulässigkeit geheimer Überwachungen einschliesslich Datensammeln und -nutzen verlangt der EGMR eine klare gesetzliche Grundlage und „effektive Aufsichtsmechanismen“, normalerweise in Form unabhängiger Kontrollen durch die Justiz, zumindest in letzter Instanz: EGMR, Slg. 2000-V – Rotaru, § 59 mH (Fn. 71).

⁷⁴ EGMR, Serie A 303 (1994) – López Ostra; EGMR, Slg. 2003-VIII – Hatton (Grosse Kammer); EGMR, Slg. 2004-X – Taşkın u.a.; EGMR, Slg. 2005-IV – Fadeyeva.

⁷⁵ Skeptisch mit Blick auf das Vorliegen eines Eingriffs: *Marauhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 72. – Es stellt sich im Licht dieser Praxis auf einer grundsätzlichen Ebene die Frage, ob der Schutz der Privatheit generell den Schutz der Möglichkeiten von Privatheit mitumfasst.

⁷⁶ EGMR, Serie A 324 (1995) – Nasri. Zur Vereinbarkeit von Ausweisungsentscheidungen mit Art. 8 EMRK vgl. des Weiteren folgende Entscheide: EGMR, Serie A 195 (1991) – Moustaquim; EGMR, Serie A 234 (1992) – Beljoudi; EGMR, Slg. 1997-VI – Mehemi; EGMR, Slg. 2003-X – Slivenko (Grosse Kammer). Vgl. auch: *D. Thym* Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008), 87 ff.; *M. Caroni* Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, 1998.

4. Deutung der Unterschiede: Freiheitskonzeption und Egalitarismus

Ich schlage folgende Erklärung der Unterschiede vor: Die beiden Schutzkonzepte bilden in ihren Grundelementen zugleich die Grundelemente des *allgemeinen* Freiheitsverständnisses der betreffenden Grundrechtskultur ab. Das Privatsphärenschutzkonzept mit seinen heterogenen Schichten spiegelt dieses Freiheitsverständnis, das stets eine Mischung von „laissez faire, laissez passer“-Freiheit und ausgleichenden Momenten darstellt.⁷⁷

Das grundrechtliche privacy-Konzept des US-Verfassungsrecht entspricht präzise dem amerikanischen Freiheitsverständnis, wenn man es auf seine Grundelemente beschränkt: Freiheit als freies Spiel der Kräfte, Rückzugsmöglichkeit in ein – nach englischem Vorbild – als Burg imaginiertes eigenes Haus,⁷⁸ Minimierung staatlicher Intervention.⁷⁹ In dieser Freiheits- und privacy-Konzeption sind historische und mythisierte Grunderfahrungen der amerikanischen Gesellschaft gespeichert: die brutale und pauschal autorisierte Requirierung von Häusern durch die britische Kolonialmacht,⁸⁰ die Lebensbedingungen der Pioniergesellschaft, die Bedrohung individueller Freiheit durch einen als fremd empfundenen, damals noch britischen Staat. Das ausgleichend-egalitäre Moment im Freiheitsverständnis ist schwach. Entsprechend fehlt es auch weitgehend im grundrechtlichen privacy-Konzept.

Das Privatsphären-Konzept des EGMR dagegen spiegelt Grundelemente europäischer Freiheitsvorstellungen. Das egalitär-intervenierende Moment ist stärker. Art. 8 EMRK gleicht Übergriffe seitens des Staates oder Privater im öffentlichen Raum bis zu einem gewissen Grad aus. Dieser Schutz des Privaten im Öffentlichen, das ausgleichend-

⁷⁷ Diese Umschreibung möglicher Freiheitsverständnissen deckt selbstredend nur die liberalen Freiheitsverständnisse ab, wie sie sich ab dem 17./18. Jahrhundert vor dem Hintergrund der neuzeitlichen und liberalen Gefahrenperzeption entwickelten und bis heute als Referenzrahmen dienen. Zur Einordnung dieser Autonomiekonzeption in die Evolutionsgeschichte der Freiheitsverständnisse vgl. *W. Conze* Freiheit, in: O. Brunner u. a. (Hrsg.) *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, 425 (469 ff.).

⁷⁸ Vgl. *Semayne's Case* (1604) 77 Eng. Rep. 194; 5 Co. Rep. 91 und die dortige Formulierung des Gerichts „[T]he house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose [...]“.

⁷⁹ *Whitman Privacy* (Fn. 3), 1161 f.

⁸⁰ Amendment III der US-Verfassung ist die Antwort der Bill of Rights auf die genannte britische Praxis, auf die bereits die Unabhängigkeitserklärung Bezug nahm („for quartering large bodies of armed troops among us“). Es spielt in der Rechtsprechung des Supreme Court keine Rolle, wird jedoch in *Griswold v. Connecticut* unter jenen Verfassungsbestimmungen genannt, in deren „Halbschatten“ das right to privacy anzusiedeln sei: Fn. 7, 484.

intervenierende Wirken des Staates, hat ältere kulturhistorische Wurzeln als uns gemeinhin bewusst ist. Er ist maßgeblich ein Projekt des gehobenen europäischen Bürgertums⁸¹ des 19. Jahrhunderts.⁸² Dieses verstand Freiheit wesentlich auch als staatlicher Schutz von Ansehen und Rückzugsmöglichkeit, als Schutz von Diskretion und Würdeempfinden.⁸³ Dieses angereicherte, staatliche Interventionen schützende und bis zu einem gewissen Grad fordernde und legitimierende Freiheitsverständnis schlug sich im Privatsphärenschutz-Konzept nieder. Privatsphärenschutz ist im Europa des 19. Jahrhunderts Schutz von Vorgängen auch jenseits des Unzugänglichen, wenn auch lange Zeit noch nicht auf Grundrechtsebene.⁸⁴ Der Faschismus im 20. Jahrhundert war dann gewissermaßen der Auslöser für die Anhebung der Thematik auf die Grundrechts- bzw. Menschenrechtsebene.⁸⁵

⁸¹ Zur relativen Offenheit des höfisch-aristokratischen Lebens dagegen *N. Elias* Das höfische Leben [1969], 2002, 142 ff. Für die besondere Bedeutung der Privatsphäre für die Genese der bürgerlichen Gesellschaft in Europa vgl. *R. Koselleck* Kritik und Krise [1959], 1973, etwa 41: „Der Aufbruch der bürgerlichen Intelligenz erfolgt aus dem privaten Innenraum, auf den der Staat seine Untertanen beschränkt hatte. [...] Die Aufklärung nimmt ihren Siegeszug im gleichen Masse als sie den privaten Innenraum zur Öffentlichkeit ausweitet.“

⁸² *Whitman* Privacy (Fn. 3), 1164 ff. Whitman diskutiert die Differenzen zwischen Europa und Amerika vor dem Hintergrund der Schablone europäisches dignity- vs. amerikanisches liberty-Privatsphären-Konzept. Die Grundidee dieser Deutung scheint mir als Erklärungsansatz durchaus tragfähig, erweist sich bei näherer Betrachtung in den Einzelheiten aber als zu wenig differenziert. Die europäische Privatsphärenkonzeption ist keineswegs integral auf die Würdeidee ausgerichtet, sondern enthält auch starke liberty-Elemente. Richtig ist aber auf jeden Fall, dass die Würdeidee in der europäischen Konzeption der Privatsphäre eine wesentlich stärkere Rolle spielt.

⁸³ In der Idee des Schutzes dieses Würdeempfindens steckte eine enorme egalitäre Schubkraft, die in den weiten Kontext der durch die französische Revolution ausgelöste Statusrevolution einzuordnen ist. Zur Bedeutung der französischen Revolution als solcher und als Emanzipationsprojekt, dem die Gleichheitsidee eingeschrieben ist: *E.-W. Böckenförde* Die sozialen und politischen Ordnungsideen der französischen Revolution, in: ders., Staat–Nation–Europa, 1999, 11 (15 ff.).

⁸⁴ Interessant ist in diesem Zusammenhang Whitmans Hinweis, dass der berühmte Warren/Brandeis-Artikel „The Right to Be Let Alone“ (1890) von den Verhältnissen in Europa inspiriert war, wo im 19. Jahrhundert spektakuläre Prozesse stattfanden, in denen Prominente ihr Ansehen in der Öffentlichkeit vor dem Zugriff expandierender Medien zu schützen versuchten: *Whitman* Privacy (Fn. 3), 1204 ff.

⁸⁵ Vgl. dazu *Registry of the European Court of Human Rights* Preparatory Work on Article 8 of the European Convention on Human Rights, 1967, 9 mH.

III. Dogmatische Schlüsselfragen: Unmittelbare staatliche Eingriffe – Schutzpflichten

Im dritten Teil werden dogmatisch-regulatorische Fragen von besonderer Bedeutung herausgegriffen. Grundprobleme und allfällige Lösungsansätze werden in den zentralen Elementen skizziert und zur Diskussion gestellt.

1. *Begrenzungswirkung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei staatlichen Eingriffen: vermehrte Schaffung abwägungsfester Zonen?*

Ein erstes Schlüsselproblem kann mit dem Stichwort „strukturelle Überlegenheit des Sicherheitsparadigmas im Abwägungsprozess“ erfasst werden.⁸⁶ Das seit Längerem bekannte, virulenter werdende Problem besteht darin, dass die Begrenzungswirkung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes bei Eingriffen zum Schutz der Sicherheit limitiert ist. Dies gilt im Besonderen bei Maßnahmen zur Abwehr von Großrisiken, bei der Großrisikoprävention, die mit dem Technikwandel wichtiger wird. Die Schäden sind potentiell immens, aber nicht in einem gehaltvollen Sinne bestimm- und damit auch nicht abwägbar.⁸⁷ Das Verhältnismässigkeitsprinzip versagt hier, denn das Gewicht von Rechtsgütern ist nicht abstrakt bestimmbar. Wie groß das angesprochene Problem ist,

⁸⁶ Für eine grundsätzliche Analyse des komplexen Verhältnisses zwischen Sicherheit und Freiheit *J. Isensee* Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; mit Blick auf Deutschland, das hier im Einzelnen angesprochene Problem einschliessend: *O. Lepsius* Freiheit und Sicherheit – ein zunehmend asymmetrisches Verhältnis, in: G.F. Schupert u.a. (Hrsg.) *Der Rechtsstaat unter Bewährungsdruck*, 2010, 23 ff.; vgl. des Weiteren: *J. Saurer* Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung, NVwZ 2005, 275 ff.

⁸⁷ Abstrakt formuliert geht es bei diesem Fragenkreis um das Problem des Umgangs mit Nichtwissen. Das Faktum des Nichtwissens wird durch Praktiken wie wissenschaftliche Risikenabschätzungen anhand zuvor isolierter „Faktoren“ oder durch die Unterstellung einer Verrechenbarkeit solcher abstrakter Risiken mit konkreten Freiheitseinbussen bis zu einem gewissen Grad verschleiert. Bereits die qualitative Einschätzung eines Risikos als gross, mittel oder klein insinuiert Wissen oder Beinahewissen, wo in einem strengen Sinne nicht gewusst werden kann. Hinter dem hier interessierenden grundrechtlichen Problem steht die allgemeine und viel umfassendere Problematik, wie die Wissensgesellschaft unserer Zeit sich Nichtwissen nähert, wenn sie zu einem Entscheid kommen muss, und welche Rolle die Wissenschaft selbst bei der Transformation von Nichtwissen in Wissen spielt. Für die Grunddiagnose ist dem Soziologen Helmut Wilke zuzustimmen: Die kritische Nutzung des Wissens moderner Gesellschaften setzt die Existenz eines funktionalen Instrumentariums im Umgang mit Nichtwissen voraus: *H. Wilke* Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft, 2002, 19.

zeigen die exzessiven Privatsphäreneingriffe unter dem Titel der Terrorismusbekämpfung während des letzten Jahrzehnts. Das Bundesverfassungsgericht hat auf sie – das bleibe an dieser Stelle nicht unerwähnt – außerordentlich sensibel reagiert.⁸⁸ Die Grundproblematik aber bleibt, auch in Deutschland: Wie könnte, grundsätzlich betrachtet, eine Antwort auf das strukturelle Problem der abnehmenden Begrenzungswirkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aussehen?⁸⁹

Festzuhalten ist zunächst, dass das Problem nicht in einem ambitionierten Sinne „lösbar“ ist. Wenn die Sicherheitserwartungen unvermindert hoch bleiben, bedeuten mehr Sicherheitsgefahren grundsätzlich auch mehr Eingriffe. Dieses Dilemma ist im Grundsatz unentrinnbar. Das Problem kann jedoch allenfalls begrenzt werden: durch einen Entscheid für – ich schließe hier an Überlegungen in der jüngeren deutschen Staatsrechtslehre an – die vermehrte Anerkennung abwägungs-resistenter Zonen.⁹⁰ Mit anderen Worten: durch Bestimmen von Bereichen, in denen die Privatsphäre absolut geschützt ist – nicht nur dann, wenn Eingriffe in einem Abwägungsprozess als unverhältnismäßig erscheinen. Diskutierbar wäre eine solche bereichsspezifische, prinzipielle Prävalenz der Privatsphäre meines Erachtens nur beim Schutz der Unverletzlichkeit des Hauses und bei der Nutzung privater Computer als den engsten Vertraulichkeitszonen.⁹¹ Natürlich gäbe es Missbrauch. Doch es gibt auch Missbrauch des Missbrauchsargumentes, der den Blick auf die Grundtendenzen verstellen kann. Es bedürfte des

⁸⁸ So unterschiedlich die Konstellationen und dogmatischen Fragen in den Entscheiden zum Luftsicherheitsgesetz, zur Online-Durchsuchung und zur Vorratsdatenspeicherung im Einzelnen waren, ihr gemeinsamer Nenner ist eine im internationalen Vergleich hohe Widerständigkeit gegenüber der strukturellen Überlegenheit des Sicherheitsparadigmas. Vgl. BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz; BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung; BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2. 3. 2010 – Vorratsdatenspeicherung.

⁸⁹ Miteinzurechnen in das hier angesprochene Problem ist das Problem der nur schweren Erfassbarkeit der Kumulation geringfügiger Eingriffe. Was „zählt“ hier: der einzelne Eingriff oder die Kumulationswirkung?

⁹⁰ Etwa *Lepsius* Freiheit (Fn. 86), 43; vgl. auch die Erwägungen bei *Horn* (Fn. 2), Rn. 75.

⁹¹ Ein solcher Lösungsansatz würde eine aus rechtsvergleichender Sicht interessante grundrechtsdogmatische Verschiebung in der „Lastenverteilung“ bedeuten. Während der Fokus in Europa (EGMR, Deutschland, Schweiz) traditionell auf der Rechtfertigungsprüfung und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Besonderen liegt, würde eine Aufwertung des Schutzbereichs durch Schaffung abwägungssicherer Zonen eine gewisse Konvergenz mit der US-amerikanischen Dogmatik bedeuten, die viele Fragen bereits auf der Ebene des „scope“ einer Grundrechtsgarantie löst. Man kann die Schutzbereichsausdifferenzierung durch das Bundesverfassungsgericht im Entscheid zur Online-Durchsuchung als einen gewissen Schritt in diese Richtung betrachten.

politischen Willens, Sicherheitsrisiken in solch abwägungssicheren Zonen um der Privatsphäre willen hinzunehmen. Dies ist eine außerordentlich schwere Entscheidung, die möglichst vom Verfassungsgeber und nicht von Gerichten zu treffen wäre.

2. Zunahme heimlicher Eingriffe: Möglichkeiten prinzipiengeleiteter Eingriffshegung?

Ein zweites Kardinalproblem sind die weiter wachsenden Möglichkeiten im Bereich der Heimlichkeit.⁹² Wollte man nach einer Metapher für dieses Problem suchen, so wäre jene vom unmerklich wirkenden Gift passend – passender jedenfalls als jenes von der sich zuziehenden Schlinge um den Hals, die man spürt. Heimlichkeit ist ein hochgradig ambivalenter Funktionsmodus des Staates. Bis zu einem gewissen Grad ist er Voraussetzung für die Einlösung legitimer Sicherheitserwartungen des neuzeitlichen Staates.⁹³ Mit Blick auf Grundrechte allerdings schafft er zwei schwere Probleme: das Problem effektiver Kontrolle der Eingriffe und jenes des Konformitätsdrucks, wenn der Bürger auch bei rechtskonformem Verhalten mit Eingriffen rechnen muss. Hier kann die Existenz von Heimlichkeit per se einschüchternd wirken.⁹⁴ Verlust von Vertrauen in den Staat ist dann unvermeidlich.

Was sind die Optionen? Die Lösung könnte ein grundrechtlicher Anspruch auf Bindung heimlichen Staatshandelns an einfache und transparente Prinzipien sein.⁹⁵ Ich denke an ein Zusammenspiel von drei

⁹² Bei der Heimlichkeit staatlichen Handelns zeigt sich die von Foucault aufgezeigte Ambivalenz des Verhältnisses zwischen liberalem Staat und Freiheit in seiner ganzen Schärfe. Freiheit ist für den liberalen Staat nicht einfach eine „äussere Grenze“ für staatliches Handeln, wie es in der liberalen Narration heisst. Diese Lesart ist zwar nicht per se falsch, unterschlägt aber die entscheidenden neuralgischen Punkte. Weil Freiheit fragil ist, dient sie zugleich konstant als Grundlage für immer neue Interventionen. Der liberale Staat setzt nicht einfach Freiheit frei, sondern produziert selbst die Bedingungen der Freiheit, wobei das Grundproblem darin besteht, die „Produktionskosten“ zu bestimmen. Vgl. T. Lemke u. a. *Gouvernementalität, Neoliberalismus und Selbsttechnologie*, in: T. Lemke u. a. (Hrsg.) *Gouvernementalität der Gegenwart – Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*, 2000, 7 (14) mH auf Foucaults Vorlesung vom 24. Januar 1979 am Collège de France; deutsche Fassung abgedruckt in: M. Foucault, *Die Geburt der Biopolitik*, 2004, 81 ff.

⁹³ Zur Unvermeidbarkeit des Heimlichen und Geheimen im neuzeitlichen Staat: B. Fassbender *Wissen als Grundlage staatlichen Handelns*, HStR IV, 2006, § 76 Rn. 77 mH.

⁹⁴ Anerkannt etwa in BVerfGE 120, 274 (323) – Online-Durchsuchung.

⁹⁵ Die heutige Strassburger Rechtsprechung verlangt dagegen in relativ unspezifischer Weise einen angemessenen und effektiven Missbrauchsschutz: *Marauhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 95.

Prinzipien, die in der Gesamtheit zweierlei bewirken würden: dass heimliches Staatshandeln besser gehegt und dennoch das Vertrauen in die Beachtung der Privatsphäre durch den Staat gestärkt wird.⁹⁶ Das erste, Ausgangs-Prinzip sollte sein, dass heimliche Staatstätigkeit als Anlass eine Rechtsverletzung oder konkrete Anhaltspunkte für deren Bestehen erfordert. Ausnahmen müssen möglich sein, bedürfen jedoch starker Gründe. Das zweite Prinzip wäre – dieses wäre sehr wichtig –, dass sämtliche Eingriffe nach Ablauf einer transparenten Frist offenzulegen sind.⁹⁷ Denkbar wäre etwa eine Frist von zehn oder fünfzehn Jahren. Auch hier müssten Ausnahmen möglich sein, für die es erneut starker Gründe bedürfte. Das dritte Prinzip wäre schließlich, dass alle nicht transparent gemachten Eingriffe zwingend von einem unabhängigen Staatsorgan kontrolliert werden müssten. In Frage kämen etwa ein Ausschuss höchster Richter oder des Parlaments.⁹⁸ Diese Prinzipien würden in ihrem Zusammenspiel das Sicherheits- und das Privatsphärenproblem besser ausbalancieren. Sie versprechen zwar keine volle Transparenz, die auch gar nicht anzustreben ist, aber zumindest Transparenz beim Umgang mit Intransparenz.

⁹⁶ Die beiden Fragen fallen trotz ihrer engen Verwandtschaft nicht zusammen. Der Staat kann sich bei heimlichen Eingriffen in die Privatsphäre objektiv gesehen vergleichsweise korrekt verhalten, und der Bürger kann dennoch – etwa wegen einzelner, publik gewordener Fehlleistungen – das Gefühl haben, es existiere ein undurchschaubarer Komplex heimlicher Staatstätigkeit. Der hier skizzierte Vorschlag zielt darauf ab, auch das Systemvertrauen zu stärken. Dieses ist Voraussetzung für die Abwesenheit von Konformitätsdruck, der aus dem Umstand resultiert, dass der Einzelne subjektiv nicht sicher ist, ob er mit heimlichen Eingriffen in seine Privatsphäre rechnen muss.

⁹⁷ Eine grundrechtliche Offenbarungspflicht ist offenkundig ein wesentlich weiter gehendes Instrument als ein Auskunftsrecht. Als Lösungsansatz wird es grundsätzlich dann diskutierbar, wenn das Auskunftsrecht versagt, weil es in der Realität nicht mit der ihm zugedachten Wirkung nutzbar ist. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob der Einzelne in Anbetracht aller Umstände realistischerweise den Eindruck haben kann, das Auskunftsrecht ermögliche ihm die Überprüfung der Respektierung seiner Grundrechte. Das Bekanntwerden umfangreicher heimlicher Staatstätigkeit mindert den Wert des Auskunftsrechts, weil der Einzelne das Vertrauen verliert, mit diesem Instrument zu seinem Recht kommen zu können.

⁹⁸ Der EGMR stellte sich im Fall *Klass u.a.* auf den Standpunkt, dass die Kontrolle geheimer Überwachungsmaßnahmen durch einen Parlamentsausschuss vor Art. 8 EMRK standhält: EGMR, Serie A 28 (1978) – *Klaas u.a.*, §§ 48 ff.

3. *Abwicklungsorganisationen des Alltags und Personendaten: Erforderlichkeit grundrechtlicher Inpflichtnahme?*

Ein weiteres Kardinalproblem betrifft den Umgang privater Abwicklungsorganisationen unseres täglichen Lebens mit unserer Privatsphäre. Wir verschaffen Organisationen wie Internetprovidern, Banken oder Mobiltelefongesellschaften täglich Zugang zu vertraulichen Informationen, wie dies früher nur bei der Post und der Festnetztelefonie der Fall war.⁹⁹ Die neuen Abwicklungsorganisationen haben im Unterschied zu den alten vor der Privatisierungswelle ein eminentes kommerzielles Interesse an unseren Daten.¹⁰⁰ Sie möchten sie selbst nutzen, und sie möchten sie gegen Entgelt an Dritte weitergeben. Personendaten sind zu einer zentralen ökonomischen Ressource geworden. Die Datenskandale sprechen hier eine klare Sprache; ein Bewusstsein des Einzelnen für den ökonomischen Wert der Daten scheint jedoch zu fehlen. Es spricht vieles dafür, dass dieses Problem seinen Höhepunkt noch nicht erreicht hat.

Der grundrechtliche Schutz ist dieser strukturellen Gefährdung bisher nicht genügend nachgewachsen.¹⁰¹ Die Antwort könnte, allgemein formuliert, ein grundrechtlicher Anspruch sein, dass der Staat die privaten Organisationen prinzipiell auf Vertraulichkeit verpflichtet: eine Schutzpflicht.¹⁰² Die Vertraulichkeit von Personendaten würde in einer

⁹⁹ Aus grundsätzlicher Sicht ist von Bedeutung, dass die Verpflichtung zu absoluter Verschwiegenheit seit Beginn organisierter Postdienste im 17. Jahrhundert und seit den Anfängen der Telekommunikationsdienstleistungen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Selbstverständlichkeit war. Die Verschiebung hin zu den neueren Kommunikationsformen – die Entstaatlichung der Fernkommunikation – hat diese strafbewehrte Verschwiegenheitspflicht bis zu einem gewissen Grad entkernt. Vgl. *R.J. Schweizer* Selbstbestimmung in der transparenten Gesellschaft, in: *K. Hummler/G. Schwarz*, Das Recht auf sich selbst. Bedrohte Privatsphäre zwischen Sicherheit und Freiheit, 2003, 93 (101); *J.P. Müller/M. Schefer* Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., 2008, 207 ff.

¹⁰⁰ Die auf Unterstützung von Direktmarketing spezialisierte Unternehmung Schober International Group wirbt mit ihren „einzigartigen Datenbanken“, in denen sich über 50 Millionen Privatadressen aus Deutschland und 10 Milliarden Zusatzinformationen befinden. Vgl. www.schober.de/site/index.php?id=1, zuletzt besucht am 11. Juli 2010.

¹⁰¹ Vgl. zu dieser Frage mit Blick auf Deutschland bzw. die EMRK *Horn* (Fn. 2), Rn. 47 f., 105 mH; *Maruhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 20 f.

¹⁰² Denkbar wäre ein prinzipielles, strafbewehrtes Verbot der unautorisierten Weitergabe in Verbindung mit einer Auskunftspflicht über die Herkunft von Personendaten. Kommerziell mit Daten handelnde Unternehmungen müssten ein kommerzielles Interesse daran haben, die Legalität ihrer Tätigkeiten selbst nachweisen zu können. Grundsätzlich gilt, dass Schutzpflichten umso mehr an Bedeutung gewinnen, je mehr

gewissen Analogie zum Brief- und Fernmeldegeheimnis über eine Schutzpflicht geschützt, nicht nur einfachgesetzlich.¹⁰³ Eine solche Ausdifferenzierung des Grundrechts in der gesellschaftlichen Dimension würde dem Umstand Rechnung tragen, dass die Kommunikationswege heute nur noch teilweise vom Staat beherrscht werden. Der Staat kann sie gar nicht mehr selbst kontrollieren; er kann nur noch den „Kontext steuern“¹⁰⁴. Das Vordringen der Gesellschaft in den früheren staatlichen Monopolbereich der Kommunikation, dessen Entstaatlichung, würde sich mit der vorgeschlagenen Lösung im Grundrechtsschutz abbilden.

4. *Rentabilität von Privatsphärenverletzungen durch Massenmedien: Erweiterung der Schutzpflichten?*

Auf die grundrechtspolitische Diskussionsagenda gehört schließlich der gewachsene massenmediale Druck auf die Privatsphäre. Man muss sich heute die Frage stellen, ob das rechtliche Gesamtdispositiv den ökonomischen Versuchungen zur Privatsphärenverletzung noch genügend Rechnung trägt.¹⁰⁵ Ich hege hier große Zweifel.¹⁰⁶ Zentral ist zunächst, dass das Beschreiten des Rechtswegs von vornherein ein äußerst ambivalentes Instrument ist. Es bedeutet grundsätzlich erneute Exposition. Was als Wissen in der Welt ist, kann nicht mehr nicht gewusst werden.¹⁰⁷ Verhinderung der Indiskretion muss ein grundrechtliches Anliegen sein. Es darf nicht reflexartig als Zensurversuch diskre-

die Voraussetzungen realer Freiheitsausübung erhalten werden müssen und in Frage gestellt werden – für Hinweise auf die diesbezügliche deutsche Rechtsprechung *W. Hoffmann-Riem* Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, JZ 63 (2007), 1009 (1013).

¹⁰³ Die Bedenken gegenüber der Anerkennung von Schutzpflichten – Aushöhlung von Freiheitszonen unter dem Titel des Schutzes anderer Freiheitsbereiche – sind genügend bekannt und treffen offenkundig einen heiklen Punkt (statt vieler: *C. Enders* Die Privatisierung des Öffentlichen durch die grundrechtlichen Schutzpflichten – und seine Rekonstruktion aus der Lehre von den Staatszwecken, *Der Staat* 35 (1996), 351 ff.). So berechtigt die Einwände im Grundsatz sind: Sie stehen dem Anwachsen autonomiebedrohender Entwicklungen im gesellschaftlichen Bereich vergleichsweise hilflos gegenüber.

¹⁰⁴ Formulierung in Anlehnung an *Hoffmann-Riem* (Fn. 102), 1015.

¹⁰⁵ Dies für Deutschland bejahend: *Horn* (Fn. 2), Rn. 70.

¹⁰⁶ Erwähnung verdient mit Blick auf die ökonomischen Versuchungen, dass das Instrument der Gewinnabschöpfung (§§ 249 ff. BGB) dieses Problem von vornherein nicht zu lösen, sondern nur partiell zu entschärfen vermag. Es ist ein Instrument für den Einzelfall und dem Umstand gegenüber unempfindlich, dass das Unternehmen damit rechnen kann, dass sich nur ein Teil der Betroffenen wehrt.

¹⁰⁷ Vgl. *H. Kube* Persönlichkeitsrecht, HStR VII, 2009, § 148 Rn. 79 (98 f.).

ditiiert werden. Ein weiteres zentrales Problem ist die Kolonisierung der medialen Öffentlichkeit durch die einebnend-banalisierte Sprache der Betriebswirtschaft. Der Medienadressat mutierte bekanntlich zum Medienkonsumenten. Diese semantische Transformation arbeitet der Privatsphärenverletzung auf subtile Weise zu. Sie stattet Handeln gemäß ökonomischer Logik – konkret: die Befriedigung von Konsumentenbedürfnissen – kulturell mit einer Art Richtigkeitsvermutung aus. Sie erleichtert damit die Selbstimmunisierung der Medien gegenüber Grenzverletzungen. Die Differenzen zwischen „the public interest“ und „the public’s interest“ werden sprachlich eingeebnet.

Ist es nicht Aufgabe des Grundrechtssystems dafür zu sorgen, dass der Anreiz zur Respektierung der Privatsphäre prinzipiell grösser ist als die Versuchung zu ihrer kalkulierten Verletzung? Das Zusammenspiel von Schadenersatz-, Genugtuungs-, Gegendarstellungs- und Strafrecht sollte in der Gesamtheit diesen Effekt haben.¹⁰⁸ Heute scheint mir dies zu wenig der Fall. Es ist zwar nicht auszuschließen, dass der EGMR in seinem bekannten Urteil im Fall *Caroline von Hannover* etwas wenig Raum für eine kulturelle Betrachtung des Informationsinteresses gelassen hat.¹⁰⁹ Richtig aber war, die Neuvermessung der Begriffe angesichts veränderter Rahmenbedingungen auf den Weg zu bringen. Dies wird im Übrigen noch in einer anderen Dimension auf die Dauer unvermeidbar werden: beim fast unbegrenzten Wiederholen von Privatsphäreninhalten, die einmal medienöffentlich geworden sind. Gibt es in Zeiten von Mediendatenbanken kein Recht auf Vergessenwerden?¹¹⁰ Die Informationsgesellschaft hat ihre Antworten auf das menschliche Grundbedürfnis nach periodischem Neubeginn meiner Meinung nach noch nicht gefunden.

¹⁰⁸ Wenig sensibel für die angesprochene Problematik: *E. Schmidt-Jortzig* Meinungs- und Informationsfreiheit, HStR VII, 2009, § 162 Rn. 59 ff.

¹⁰⁹ EGMR, Slg. 2004-VI – *Von Hannover*, §§ 63 ff. (Fn. 69). Kritisch mit Blick auf die vom EGMR im *Von Hannover*-Urteil beanspruchte Kontrolldichte etwa *Marauhn/Meljnik* (Fn. 4), Rn. 99.

¹¹⁰ Diese Frage darf und muss auch mit Blick auf jene gestellt werden, die sich der Medien einmal „bedient“ haben, indem sie freiwillig Privates gegen Bekanntheit ausgetauscht haben. Die Frage nach allfälligen Konturen eines Rechts auf Vergessenwerden ist umso berechtigter als hier die Medien von vornherein keine „public watchdog“-Funktion wahrnehmen.

Leitsätze des 2. Referenten über:

Grundrechtsschutz der Privatheit

Ausgangspunkt: Relativ ungesicherter Status des grundrechtlichen Privatsphärenschutzes

(1) Das auffälligste Merkmal des grundrechtlichen Privatheitsschutzes ist sein vergleichsweise ungesicherter Status. Es existiert keine allgemein konsensfähige Antwort auf die Frage nach dem Schutzzweck; der Schutzzumfang zwischen den einzelnen Grundrechtssystemen divergiert teilweise massiv.

I. Problemaufriss: Privatheitsgefährdende Großentwicklungen

1. Technikentwicklung: Wahrnehmungsgrenzen, Privatheitsspuren, Sicherheitsaufwand

(2) Der Technikwandel führt in zwei Hinsichten zu einer ständigen Erhöhung des Druckes auf die Privatsphäre: (a) durch die permanenten Relativierungen von Wahrnehmungsgrenzen und Zugangshindernissen und (b) durch die Zunahme der Schädigungspotentiale von Systemstörern bei zunehmender Verletzlichkeit der Gesellschaft.

2. Wissensentwicklung: „Kollektivierung“ gesellschaftsrelevanten Privatverhaltens

(3) Die Forschung erzeugt laufend neues Wissen über Folgen von traditionell der Privatsphäre zugerechnetem Verhalten – beispielsweise im Bereich Erziehungsmethoden oder Freizeitverhalten. Eine eindeutige positive oder negative Bewertung der Folgen des jeweiligen Verhaltens erzeugt neue staatliche Steuerungsambitionen.

3. *Ökonomieentwicklung: „customer relationship management“, Marktparadigma im Medienbereich*

(4) Der Ökonomiewandel verschärft den Druck auf die Privatsphäre in zwei Hinsichten: Die Verkaufsmethode des „customer relationship management“ macht Personendaten zu einem zentralen Wettbewerbsfaktor; im Medienbereich erhöht die Ausdehnung des Marktparadigmas als regulierendes Prinzip die Versuchung der kalkulierten Persönlichkeitsverletzung.

4. *Werteentwicklung: Innovationsvertrauen und Desensibilisierung*

(5) Die Erwartung der Aufgeschlossenheit gegenüber Innovationen erzeugt ein trügerisches Systemvertrauen, dass das Normverhalten der Alltags-Datenfreizügigkeit zugleich vernünftiges Verhalten darstelle. Die Gleichsetzung von Innovation mit Fortschritt wirkt mit Blick auf die ständig wachsenden Zugriffsmöglichkeiten auf Personendaten desensibilisierend.

II. *Schutzkonzepte im Vergleich: EMRK und US-Verfassung*

1. *Relative Gemeinsamkeiten: Schutz nichtöffentlicher Alltagsprozesse im Dienst von Erholung und Identitätsbildung*

(6) Die grundrechtlichen Privatsphärenschutz-Konzepte von EMRK und US-Verfassung weisen bei der Unverletzlichkeit der Wohnung und beim Schutz vertraulicher Kommunikation einen substantiellen gemeinsamen Nenner auf. Auch im Bereich dieser Gemeinsamkeiten sind die Sensibilitäten im Einzelnen allerdings sehr unterschiedlich.

2. *Hauptdifferenz I: Schutz der „öffentlichen Privatheit“*

(7) Grundlegende Differenzen zwischen den beiden Systemen bestehen beim Schutz des Privaten jenseits der Zonen der Vertraulichkeit. Die US-Verfassung kennt einen substantiellen Schutz in diesem Bereich lediglich bei Durchsuchungen, während die EMRK grundrechtlich auch Diskretion und Ansehen innerhalb bestimmter Grenzen schützt.

3. *Hauptdifferenz II: Einbezug weiterer Aspekte selbstbestimmter Lebensführung*

(8) Die beiden Grundrechtssysteme schützen unter dem Titel der Privatsphäre in unterschiedlichem Umfang weitere Voraussetzungen der selbstbestimmten Lebensführung. Während die sog. informationelle Selbstbestim-

mung in beiden einen gewissen Schutz erfährt, bezieht die EMRK weitere Voraussetzungen wie etwa minimale Umweltstandards mit ein.

4. Deutung der Unterschiede: Freiheitskonzeption und Egalitarismus

(9) Die Schutzkonzepte bilden Grundelemente des Freiheitsverständnisses der jeweiligen Grundrechtskultur ab. Im amerikanischen verbinden sich die Ideen des freien Spiels der Kräfte und der Rückzugsmöglichkeit in ein als Burg imaginiertes Haus, während im europäischen auch jenseits des Unzugänglichen ein stark intervenierend-ausgleichendes Moment existiert.

III. Dogmatische Schlüsselfragen: Unmittelbare staatliche Eingriffe – Schutzpflichtenfragen

1. Staatliche Eingriffe und abnehmende Begrenzungswirkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Vermehrte Schaffung abwägungsfester Zonen?

(10) Die strukturelle Überlegenheit des Sicherheitsparadigmas im Abwägungsprozess ist ein in einem ambitionierten Sinne nicht lös-, sondern nur bereichsweise begrenzbares Problem. Als partielle, jedoch ambivalente Lösung ist die vermehrte Schaffung von Zonen prinzipieller Prävalenz der Privatsphäre denkbar.

2. Heimliche staatliche Eingriffe: Möglichkeiten prinzipiengeleiteter Eingriffshegung?

(11) Der staatliche Funktionsmodus der Heimlichkeit schafft zwei Grundprobleme: jenes der Effektivität der Rechtskontrolle und jenes des Konformitätsdrucks. Die grundrechtliche Antwort auf diese Grundkonstellation sollte ein Anspruch auf strikt prinzipiengeleiteten Umgang mit Heimlichkeit sein – auf Transparenz beim Umgang mit Intransparenz.

3. Abwicklungsorganisationen des Alltags und Personendaten: Erforderlichkeit grundrechtlicher Inpflichtnahme?

(12) Die neuen Abwicklungsorganisationen unseres täglichen Lebens haben im Unterschied zu den alten staatlichen Organisationen der Post und der Festnetztelefonie ein eminentes kommerzielles Interesse an den ihnen vertraulich überlassenen Personendaten. Die akute Gefährdungskonstellation

tion wirft die Frage einer grundrechtlichen Schutzpflicht mit zunehmender Schärfe auf.

*4. Rentabilität von Privatsphärenverletzungen durch Massenmedien:
Erweiterung der Schutzpflichten?*

(13) Die weiter fortschreitende Kommerzialisierung des Medienbereichs gefährdet die Effektivität des rechtlichen Schutzinstrumentariums zu Gunsten der Privatsphäre. Das Zusammenspiel der einzelnen Instrumente muss in der Gesamtheit die Wirkung haben, dass der Anreiz zu ihrer Respektierung grösser ist als die Versuchung zu ihrer kalkulierten Verletzung.