

# Allgemeines Persönlichkeitsrecht 2.0\*

## Braucht das APR im digitalen Zeitalter ein Update?

Von Stud. iur. **Britt Brüggens LL.B.**, Prof. Dr. **Emanuel V. Towfigh**, Wiesbaden\*\*

### I. Einleitung

„Privacy is no longer a social norm.“<sup>1</sup> Bei diesen Worten des Facebook-Gründers *Zuckerberg* drängt sich die Frage auf: Was ist mit der Privatheit in der Digitalität und deren Schutz durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht?<sup>2</sup> Um die grundrechtskonzeptionelle Einordnung des APRs in diesem Zusammenhang zu erfassen, bedarf es der Beschreibung der Digitalisierung als tatsächlichem und des APRs als rechtlichem Anknüpfungspunkt.

### II. Tatsächlicher Anknüpfungspunkt: Digitalisierung

Wir stehen noch am Anfang der Digitalität. Sie löst das „Industriezeitalter“ ab<sup>3</sup> und läutet mit der vierten Stufe der industriellen Revolution<sup>4</sup> den Übergang in die Digitalgesellschaft ein.<sup>5</sup>

Digitalisierung ist in ihrer mathematisch-physikalischen Banalität betrachtet die Darstellung binärer Einsen und Nullen mittels diskreter Signale.<sup>6</sup> Dennoch ist sie viel mehr. Digitalisierung führt über die „rechnende Bewältigung informatisierter Kommunikation“ zugleich zu einem Verlust des Körperlichen, einem Schwund des „haptisch Fassbaren“ mittels Virtualisierung.<sup>7</sup>

Hard- und auch Softwareentwicklungen als Treiber der Digitalisierung folgen unter anderem zwei Gesetzmäßigkeiten mit erheblichen Kräften. Nach der empirischen Faustregel von *Moore's Law* wächst die Anzahl der integrierten Schaltkreise regelmäßig von Generation zu Generation in wenigen

Jahren exponentiell an.<sup>8</sup> Ökonomisch führt das zu stark steigenden Leistungen bei gleichbleibenden oder fallenden Preisen.<sup>9</sup> Dieser Entwicklungstreiber hat nicht nur eine technische, sondern auch eine wichtige ökonomische Funktion und Wirkungsmacht auf der Angebotsseite.<sup>10</sup>

Auf der Nachfrageseite wirkt *Metcalf's Law*. Es beschreibt den Wert der Vernetzung, der mit der zweiten Potenz der Anzahl der Nutzer ( $n^2-n$ ) steigt.<sup>11</sup> Dabei drückt die Potenz von  $n^2$  die exponentielle Kraft der Vernetzung als technischen und ökonomischen Treiber aus. Das ist umso bemerkenswerter, als die Variable „ $n$ “ für menschliche Nutzer, aber auch für Computer oder RFID-Chips (= Radio Frequency Identification) der intelligenten Gegenstände (smart objects)<sup>12</sup> stehen kann.

Die Treiber der digitalen Ökonomie erklären die grundsätzliche Bedeutung der angebotsspezifischen Kapazitäts- und nachfrageorientierten Vernetzungspotenziale der Digitalität. Entscheidend ist: Ihre Wirkungsmacht ist exponentiell.

Die Zahlen zum Internet vermitteln einen skizzenhaften Eindruck seiner wachsenden Bedeutung. 91 % der Bevölkerung<sup>13</sup>, mehr als 75 Mio. Menschen<sup>14</sup>, nutzen in Deutschland das Internet; 90 % mindestens einmal pro Tag,<sup>15</sup> im Durchschnitt ca. drei Stunden.<sup>16</sup>

\* Der Beitrag fußt auf *Brüggens* Bearbeitung einer Hausarbeit im Rahmen des Schwerpunktbereichs „Recht und Digitalisierung“ an der EBS Law School, die für die Veröffentlichung überarbeitet wurde.

\*\* *Britt Brüggens* ist Studentin an der EBS Law School in Wiesbaden und dort studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Empirische Rechtsforschung und Rechtsökonomik von Prof. Dr. *Emanuel V. Towfigh*.

<sup>1</sup> *Johnson*, *The Guardian*, International Edition, 2010.

<sup>2</sup> Nachfolgend APR genannt.

<sup>3</sup> *Stengel/van Looy/Wallaschkowski*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski* (Hrsg.), *Digitalzeitalter – Digitalgesellschaft*, 2017, S. 1 f.; *Jischka*, in: *Parodi/Schaffer/Banse* (Hrsg.), *Wechselspiele: Kultur und Nachhaltigkeit*, 2010, S. 151 f.

<sup>4</sup> *Grünwied*, *Usability von Produkten und Anleitungen im digitalen Zeitalter*, 2017, S. 15.

<sup>5</sup> *van Looy*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski* (Fn. 3), S. 51 f.

<sup>6</sup> Vgl. z. B. *Scheithauer*, *Signale und Systeme*, 2. Aufl. 2004, S. 262.

<sup>7</sup> *Ernst*, in: *Jäger u.a.* (Hrsg.), *Sprache – Kultur – Kommunikation/Language – Culture – Communication: Ein internationales Handbuch zu Linguistik als Kulturwissenschaft*, 2016, S. 458 (461).

<sup>8</sup> Vgl. zum *Moore'schen Gesetz* z.B. *Vowinkel*, in: *Stengel/van Looy/Wallaschkowski* (Fn. 3), S. 91; *Grötschel/Lucas/Mehrmann*, *Produktionsfaktor Mathematik*, 2009, S. 211.

<sup>9</sup> *Tercek/Schieberle*, *Vaporisiert*, 2017, S. 1.

<sup>10</sup> *Yoo*, *Colorado Technology Law Journal* 14 (2015), 87 (88).

<sup>11</sup> *Downes/Mui*, *Unleashing the killer app*, 1998, S. 37; *Laudon/Laudon/Schoder*, *Wirtschaftsinformatik*, 2. Aufl. 2010, S. 223; *Stoll*, *IT-Management*, abrufbar unter

<https://www.degruyter.com/document/doi/10.1524/9783486844443/html> (27.7.2021);

*Hierholzer* (Hrsg.), *Phasensprünge und Stetigkeit in der natürlichen und kulturellen Welt*, 1998, S. 288.

<sup>12</sup> Vgl. zu Begriff und Funktionsweise von RFID-Chips, z.B. *Stapelkamp*, *Web X.0*, 2010, S. 560.

<sup>13</sup> Vgl. *Grafik Internetnutzung von Personen 2019*, in: *Statistisches Bundesamt, Private Haushalte in der Informationsgesellschaft (IKT)*, 2019, abrufbar unter

[https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/\\_Grafik/\\_Interaktiv/it-nutzung-alter.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/_Grafik/_Interaktiv/it-nutzung-alter.html) (28.7.2021).

<sup>14</sup> Bevölkerungsstand am 31.12.2019: 83,2 Mio. Einwohner, vgl. *Statistisches Bundesamt*, 2019, abrufbar unter

[https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/06/PD20\\_223\\_12411.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/06/PD20_223_12411.html) (11.7.2021),

voraussichtlich geringstes Bevölkerungswachstum seit 2012.

<sup>15</sup> Durchschnittliche Nutzung des Internets durch Personen (1. Quartal 2019), *Statistisches Bundesamt, Private Haushalte in der Informationsgesellschaft (IKT)*, 2019, abrufbar unter

Die „digital- und vernetzt getriebene Transformation“<sup>17</sup> in die Digitalität wirkt auf unsere Kommunikation, Interaktion, Arbeit und Privatheit ein.<sup>18</sup> Kurzgefasst: Unser aller Leben wird in einen neuen Kontext gestellt, mit enormer Kraft, rasanter Geschwindigkeit und einer erweiterten Realität als Ziel.

### III. Rechtlicher Anknüpfungspunkt: Beschreibung des APRs

Das APR wurde durch die Rechtsprechung des BVerfGs „verselbstständigt“<sup>19</sup>, um die engere persönliche Lebenssphäre und ihre Grundbedingungen zu gewährleisten.<sup>20</sup> Es begründet einen Abwehrensanspruch gegen den Staat. Im Verhältnis zu Dritten übernehmen das Zivil- und Strafrecht die Schutzfunktion als Ausdruck der staatlichen Schutzpflicht.<sup>21</sup>

#### 1. Schutzbereiche

Der Inhalt des APRs wird vom BVerfG weder allgemein noch abschließend definiert.<sup>22</sup> Es ist vielmehr durch die Kasuistik richterlicher Rechtsfortbildung geprägt, so dass es sich im Verhältnis zu den speziellen „benannten“ Freiheitsrechten um ein „unbenanntes“ Freiheitsrecht handelt,<sup>23</sup> dessen Gehalt durch spezifische Ausprägungen (Fallgruppen) des APRs bestimmt werden.<sup>24</sup> Dies ist sowohl für den sachlichen, aber auch für den persönlichen Schutzbereich des APRs von Bedeutung.

#### a) Sachlich

Diese Ausprägungen des APRs können durch sachliche Aggregation verschiedenen Kategorien zugeordnet werden, die keiner abschließenden Systembildung, sondern der Darstellung der Einzelaspekte dienen. Hierzu soll auf der Grundlage

<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Einkommen-Konsum-Lebensbedingungen/IT-Nutzung/Tabellen/durchschnittl-nutzung-alter-ikt.html> (28.7.2021).

<sup>16</sup> Vgl. ARD/ZDF Forschungskommission, ARD/ZDF Onlinestudie 2019, abrufbar unter <https://www.ard-zdf-onlinestudie.de/ardzdf-onlinestudie/infografik/> (11.7.2021).

<sup>17</sup> Lemke/Brenner/Kirchner, Einführung in die Wirtschaftsinformatik, 2017, S. 188.

<sup>18</sup> Stapelkamp, (Fn. 12), S. 3.

<sup>19</sup> Badura, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 2018, Teil C Rn. 34.

<sup>20</sup> Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 15.

<sup>21</sup> Badura (Fn. 19), Teil C Rn. 36.

<sup>22</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, Rn. 71.

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 3.6.1980 – 1 BvR 185/77, Rn. 13.

<sup>24</sup> Horn, in: Stern/Becker (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 37.

der selbstgewählten Systematik auf drei Oberbegriffe abgestellt werden.<sup>25</sup>

#### aa) Privatheit durch Selbstbestimmung

Die Kategorie der Selbstbestimmung umfasst die Intimsphäre und die informationelle Selbstbestimmung.<sup>26</sup> Selbstbestimmung ist das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner personenbezogenen Daten bestimmen zu können.<sup>27</sup> Die Intimsphäre umfasst den familiären Bereich und die persönlichen, einschließlich der geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner.<sup>28</sup> Beide Fallgruppen lassen im allgemeinen keine Defizite im Kontext der Digitalität erkennen, die ein Eingreifen des Verfassungsgesetzgebers oder eine Weiterentwicklung durch die Verfassungsgerichte erfordern würden. Mit Blick auf spezifische Ausprägungen der Digitalität wird dies unten aber noch näher zu thematisieren sein.

#### bb) Vertraulichkeit und Integrität der Privatheit

Dieser Kategorie können folgende Fallgruppen zugeordnet werden:

- Vertraulichkeit der persönlichen Unterlagen<sup>29</sup> (insbesondere Tagebücher sowie Krankenakten<sup>30</sup>),
- Vertraulichkeit der Kommunikation<sup>31</sup> (insbesondere private Kommunikation<sup>32</sup> wie z.B. private Chat-Nachrichten<sup>33</sup> oder ein Post innerhalb einer geschlossenen Gruppe<sup>34</sup>),

<sup>25</sup> Zu anderen Möglichkeiten der Kategorienbildung vgl. z.B. Martini, JA 2009, 839 (845); Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, S. 65 ff.; Horn, (Fn. 24), Art. 2 Rn. 37 ff.; Hufen, Staatsrecht II, Grundrechte, 8. Aufl. 2020, § 11 Rn. 5; Jarass, NJW 1989, 857 (858 f.).

<sup>26</sup> Dazu grundlegend BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, Rn. 145 ff.; weiterentwickelt u.a. z.B. durch BVerfG, Beschl. v. 11.6.1991 – 1 BvR 239/90, Rn. 10 ff.; BVerfG, Urt. v. 8.6.1997 – 1 BvR 2111/94, 38 ff.; BVerfG, Kammerbeschl. v. 14.12.2000 – 2 BvR 1741/99, Rn. 51 ff.; BVerfG, Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, Rn. 81 ff.; BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 68 ff.; BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1550/03, Rn. 84 ff.; BVerfG, Urt. v. 11.3.2008 – 1 BvR 2074/05, Rn. 61 ff.; BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, Rn. 191, 195.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.4.2006 – 1 BvR 518/02, Rn. 69 ff.

<sup>28</sup> Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 6.5.1997 – 1 BvR 409/90, Rn. 15; BVerfG, Beschl. v. 15.1.1970 – 1 BvR 13/68, Rn. 17.

<sup>29</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1689/88, Rn. 21 ff.; Schmidt, in: Müller-Glöge/Franzen/Preis (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, GG Art. 2 Rn. 36.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.7.1964 – 1 BvR 352/64, Rn. 22; BVerfG, Beschl. v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, Rn. 14 ff.

<sup>31</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1689/88, Rn. 21 (juris); BVerfG, Beschl. v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, Ls. 3.

<sup>32</sup> Schmidt (Fn. 29), GG Art. 2 Rn. 36.

<sup>33</sup> Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 4.2.2013 – 7 W 5/13, Ls. 1.

<sup>34</sup> Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 4.2.2013 – 7 W 5/13, Ls. 1.

- Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme<sup>35</sup>, sog. Computergrundrecht<sup>36</sup> sowie
- das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.<sup>37</sup>

Besondere Hürden sind mit Blick auf die zunehmende Digitalisierung im Kontext dieser Schutzbereiche zunächst nicht zu erkennen.

cc) Soziale Reflexion der Persönlichkeit

Die soziale Reflexion umfasst die Selbstdarstellung des Einzelnen in der Öffentlichkeit:

- das Recht
  - am eigenen Bild<sup>38</sup>,
  - am eigenen Wort<sup>39</sup>,
  - am eigenen Namen<sup>40</sup>,
  - auf Gegendarstellung<sup>41</sup>,
- das Schweigerecht im Strafverfahren<sup>42</sup> sowie
- den Ehrenschatz<sup>43</sup>.

Zu Letzterem ist anzumerken, dass vor dem Hintergrund des Rechts auf Anonymität im Internet Beleidigung, üble Nachrede oder Verleumdung oft ungeahndet bleiben.<sup>44</sup> Die Bedeutung des Ehrenschatzes basiert auf dem „Dilemma der Anonymität“<sup>45</sup> des Netzes. Zum einen kommt dem Bürger ein Recht auf Anonymität zu, als Ausfluss der geschützten Persönlichkeitsentfaltung, und zum anderen besteht die Pflicht des Staates den Einzelnen durch Schutzmaßnahmen vor Gefahren wie Terrordrohungen, Beleidigungen, etc. zu schützen.

<sup>35</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 167 ff.  
<sup>36</sup> Martini, JA 2009, 839 (840); Kutscha, NJW 2008, 1042 (1044).  
<sup>37</sup> BVerfG, Urt. v. 31.1.1989 – 1 BvL 17/87, Rn. 43.  
<sup>38</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Ls. 1; BVerfG, Urt. v. 5.6.1973 – 1 BvR 536/72, Rn. 50; BVerfG, Beschl. v. 3.6.1980 – 1 BvR 185/77, Rn. 14; BVerfG, Urt. v. 17.2.1998 – 1 BvF 1/91, Rn. 141.  
<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 32; BVerfG, Beschl. v. 3.6.1980 – 1 BvR 797/78, Rn. 23; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1990 – 1 BvR 776/84, Rn. 102; BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.12.1991 – 1 BvR 382/85, Rn. 17.  
<sup>40</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.3.1988 – 1 BvL 9/85, Ls. 1; BVerfG, Urt. v. 30.1.2002 – 1 BvL 23/96, Rn. 51; BVerfG, Urt. v. 18.2.2004 – 1 BvR 193/97, Ls. 1.  
<sup>41</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.2.1983 – 1 BvL 20/81, Rn. 13; BVerfG, Kammerbeschl. v. 25.8.1998 – 1 BvR 1435/98, Rn. 29.  
<sup>42</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.10.1974 – 2 BvR 747/73, Rn. 21; Martini, JA 2009, 839 (841).  
<sup>43</sup> Grundlegend dazu insbesondere BVerfG, Beschl. v. 3.6.1980 – 1 BvR 797/78, Rn. 23; ferner BVerfG, Beschl. v. 19.4.1990 – 1 BvR 40/86, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 26.6.1990 – 1 BvR 1165/89, Rn. 35.  
<sup>44</sup> Insgesamt zur Problematik Brunst, Anonymität im Internet – rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen, 2009, sowie Heckmann, NJW 2012, 2631 (2631 f.).  
<sup>45</sup> Vgl. dazu Heckmann, NJW 2012, 2631 (2632).

Dieser Schutz kann im Internet jedoch nur durch eine Identifizierung der einzelnen Akteure und somit mit einer Durchbrechung der Anonymität erreicht werden.<sup>46</sup> Demgegenüber erwächst die besondere Dimension, die das Recht am eigenen Bild einnimmt, aus der Masse und der Verfügbarkeit im Netz. Gleichzeitig verliert das gesprochene Wort im Netz seine sprichwörtliche Flüchtigkeit. Seine digitale Manifestation kann mit und ohne Zustimmung oder Kenntnis des Urhebers kopiert und vervielfältigt werden.<sup>47</sup> Trotz dieser Beispiele sind im Allgemeinen keine Probleme erkennbar, die das Eingreifen des Verfassungsgesetzgebers oder der Verfassungsrechtsprechung erzwingen oder nahelegen.

dd) Übersicht

Die Schutzbereiche lassen sich somit wie folgt systematisieren:

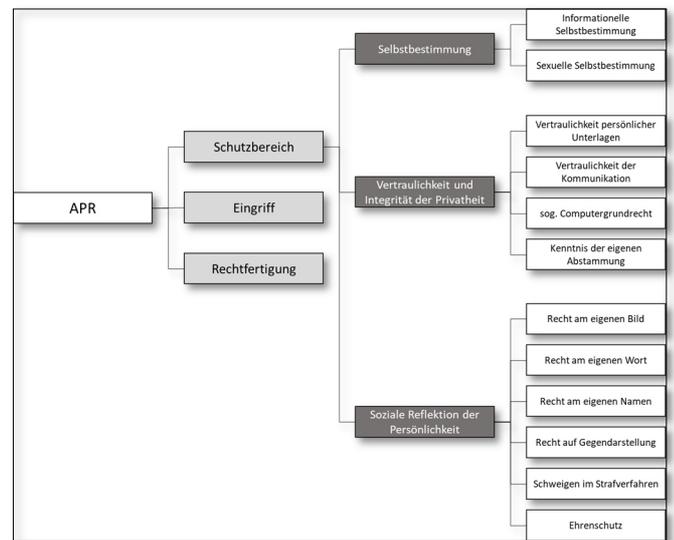


Abbildung 1: Kategorien der Schutzbereiche

Das APR ist ein durch richterliche Rechtsfortbildung geprägtes Grundrecht ohne abschließende Definition.<sup>48</sup> An die Stelle einer Definition treten an der personalen Autonomie orientierte Schutzbereiche.

Die Darstellung der Schutzbereiche belegt eine fortlaufende Anpassung an sich wandelnde Verhältnisse.<sup>49</sup> Diese erfolgt nicht durch die Entdeckung neuer Grundrechte<sup>50</sup>, sondern durch die Entwicklung „basisinnovativer“<sup>51</sup> Schutz- und

<sup>46</sup> Vgl. dazu Heckmann, NJW 2012, 2631 (2632).  
<sup>47</sup> Aus der neueren Rechtsprechung: BVerfG, Beschl. v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, Rn. 32; BGH, Urt. v. 18.2.2003 – XI ZR 165/02, Ls. 1, 2.  
<sup>48</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1783/05, Rn. 71.  
<sup>49</sup> Rensen/Brink, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 119.  
<sup>50</sup> So aber wohl Hornung, Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 282.  
<sup>51</sup> Hornung (Fn. 50), S. 282.

Gewährleistungsräume für neue Phänomene<sup>52</sup>, sobald eine Weiterentwicklung geboten ist.<sup>53</sup>

Die Offenheit gegenüber Weiterentwicklungen ist ein Strukturprinzip der Verfassung.<sup>54</sup> Diese ist nicht grenzenlos, weil insbesondere das Richterrecht das Schutzniveau nicht ändern darf.<sup>55</sup> Die Notwendigkeit der Weiterentwicklung und deren Grenzen bilden ein Spannungsverhältnis, das jeweils mit Blick auf den betroffenen Schutzbereich angemessen aufgelöst werden muss.<sup>56</sup>

#### b) Persönlich

Im persönlichen Schutzbereich ergeben sich bis jetzt keine Besonderheiten im Rahmen der Digitalität. Dennoch sind in der Zukunft vermehrt Diskussionen über die Rechtspersönlichkeit und somit auch über die Anwendbarkeit von Rechten auf autonome Systeme zu erwarten.<sup>57</sup>

#### 2. Eingriff

Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet die allgemeine Handlungsfreiheit in einem umfassenden Sinn.<sup>58</sup> Dies gilt so nicht für das APR. Die durch Einzelatbestände geprägte Kasuistik des APRs ist Ausdruck der personalen Autonomie.<sup>59</sup> Folglich ist der Schutzbereich des APRs deutlich klarer bestimmt und enger gefasst als der offene Tatbestand der allgemeinen Handlungsfreiheit.<sup>60</sup> Es bedarf keines einengenden Eingriffsbegriffs, um eine Uferlosigkeit der Gewährleistungen zu verhindern.<sup>61</sup> Jede unmittelbare oder mittelbare, rechtliche oder tatsächliche staatliche Beeinträchtigung des APRs ist ein schutzbereichsrelevanter Eingriff.<sup>62</sup> Insoweit ergeben sich unter dem Gesichtspunkt der Digitalisierung keine Besonderheiten.

#### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Bei der Rechtfertigung wird zunächst zwischen Schranken und Schranken-Schranken unterschieden.

##### a) Schranken der Gewährleistung

Die Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG findet Anwendung. Jedoch legt das BVerfG hier strenge Maßstäbe an.<sup>63</sup> Im Rahmen des APR findet die Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung besondere Bedeutung.<sup>64</sup> Weil das APR nur durch ein Gesetz beschränkt werden kann,<sup>65</sup> erfordert die verfassungsmäßige Ordnung für das APR ein förmliches Gesetz. Damit ist beim APR die Qualität eines Parlamentsvorbehalts<sup>66</sup> als Folge der personalen Autonomie<sup>67</sup> und der Nähe zu Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG gefordert.<sup>68</sup> Den Schranken des Sittengesetzes und der Rechte Dritter kommen insoweit eher eine zweitrangige Bedeutung zu.<sup>69</sup> Jedenfalls misst das BVerfG ihnen keine eigenständige Bedeutung im Rahmen des APR zu.<sup>70</sup>

##### b) Schranken-Schranken-Vorbehalt

Zu diesen Begrenzungen der Begrenzung gehören insbesondere die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, die praktische Konkordanz und vor allem die Verhältnismäßigkeit.

Die Verhältnismäßigkeit ist der Anknüpfungspunkt für die „Sphärentheorie“ des BVerfGs, die der Frage nach den Grenzen der Begrenzbarkeit des APRs dient.<sup>71</sup> Für die Verhältnismäßigkeit kommt es auf die Eingriffsintensität an, die drei Sphären zugeordnet wird.<sup>72</sup> Die äußere Sphäre ist die Sozialsphäre.<sup>73</sup> Eingriffe werden nach den üblichen Kriterien der allgemeinen Handlungsfreiheit gerechtfertigt.<sup>74</sup> Die mittlere Sphäre ist die Privatsphäre. Sie erfasst den Menschen als

<sup>52</sup> Aernecke, Der Schutz elektronischer Daten im Verfassungsrecht, 2012, S. 154; a.A. Volkman, der das Computergrundrecht als Qualität eines Grundrechts betrachtet, ders., DVBl. 2008, 590 (590 f.).

<sup>53</sup> Hornung (Fn. 50), S. 282.

<sup>54</sup> Herdegen, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 2.

<sup>55</sup> Michael/Morlok, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, § 22 Rn. 601; Wehage, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und seine Auswirkungen auf das Bürgerliche Recht, 2013, S. 17 f.

<sup>56</sup> Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 1. Aufl. 2019, S. 29, 39.

<sup>57</sup> So beispielhaft Teubner, Ancilla Iuris, 2018, 35 (36).

<sup>58</sup> BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, Rn. 62.

<sup>59</sup> Horn (Fn. 24), Art. 2 Rn. 36; Degenhart, JuS 1992, 361 (368).

<sup>60</sup> Starck (Fn. 20), Art. 2 Rn. 15.

<sup>61</sup> So aber zur allgemeinen Handlungsfreiheit Pietzker, in: Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984, 1984, S. 131 (145 f.); Kingreen/Poscher, Grundrechte, 52. Aufl. 2016, Rn. 421 f.

<sup>62</sup> Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 2, 2010, § 56 Rn. 61.

<sup>63</sup> Schmidt (Fn. 29), GG Art. 2 Rn. 54.

<sup>64</sup> Martini, JA 2009, 839 (843).

<sup>65</sup> Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, Rn. 151; BVerfG, Beschl. v. 9.3.1988 – 1 BvL 49/86, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 26.4.1994 – 1 BvR 1299/89, Rn. 27.

<sup>66</sup> Kloepfer (Fn. 62), § 56 Rn. 63; Kunig (Fn. 55), Art. 2 Rn. 42; Wermeckes, NVwZ 2002, 49 (49); zweifelnd Murswiek/Rixen, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 107; vgl. auch Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992, S. 61; Wülfing, Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken, 1981, S. 181.

<sup>67</sup> Horn (Fn. 24), Art. 2 Rn. 36; Degenhart, JuS 1992, 361 (368).

<sup>68</sup> Murswiek/Brixen (Fn. 66), Art. 2 Rn. 90.

<sup>69</sup> Martini, JA 2009, 839 (843).

<sup>70</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.6.1989 – 1 BvR 921/85, Rn. 78.

<sup>71</sup> Hofmann, in: Birkenmaier/Butzer/Decken (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 18.

<sup>72</sup> Murswiek/Brixen (Fn. 66), Art. 2 Rn. 104.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 21.8.2006 – 1 BvR 2606/04, Rn. 31.

<sup>74</sup> Murswiek/Brixen (Fn. 65), Art. 2 Rn. 104.

gemeinschaftsbezogenes Wesen,<sup>75</sup> ein Eingriff kann nur unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, sprich durch schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit bzw. Rechtsgüter von besonderem Gewicht, gerechtfertigt werden.<sup>76</sup> Die Kernsphäre ist die Intimsphäre als unantastbarer Bereich der privaten Lebensgestaltung und unmittelbarer Ausfluss der Menschenwürde. Dort ist ein Eingriff nicht zu rechtfertigen.<sup>77</sup> Die Übergänge zwischen den Sphären sind fließend. Dies ist mit Blick auf die Praktikabilität ein wichtiger Kritikpunkt.<sup>78</sup> Auch der Versuch einer Objektivierung für eine gestufte Betrachtung höchst subjektiver Sachverhalte, wie die Personalität und Individualität, birgt Schwierigkeiten.<sup>79</sup>

Die Sphärentheorie wird vom BVerfG in jüngeren Entscheidungen nicht mehr stringent angewendet. Zu einer Zuweisung der automatisierten Datenverarbeitung zu einer bestimmten Sphäre sah sich das Gericht nicht im Stande, weil dann der Schutz vor Verarbeitung und Weitergabe nicht ausreichend gewahrt sei.<sup>80</sup> Ob hier ein Rückzug eingeläutet wird, die Sphären lediglich „Anhaltspunkte für die Intensität der Betrachtung“ sind<sup>81</sup> oder das Gericht die Sphärentheorie für die Digitalität weiterentwickelt<sup>82</sup>, ist noch nicht absehbar. Schließlich fungiert die Sphärentheorie nur als Hilfsmaßstab für die jeweiligen Anforderungen an die stets erforderliche Einzelfallprüfung. Das hat keine strukturellen Auswirkungen.

#### 4. Konkurrenzen und Spezialität

Nach dem Grundsatz der Spezialität kann sich der Einzelne nur dann auf das APR berufen, wenn seine Freiheit in einem „[...] betroffenen Lebensbereich unter dem gleichen Gesichtspunkt nicht bereits durch eine besondere Grundrechtsnorm geschützt wird.“<sup>83</sup> Das APR ist also gegenüber besonderen grundgesetzlichen Ausprägungen des Persönlichkeits-

rechts, wie z.B. der Gewissens- oder der Meinungsfreiheit,<sup>84</sup> subsidiär. Demgegenüber ist eine echte Grundrechtskonkurrenz zu anderen Grundrechten<sup>85</sup>, wie z.B. dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG, denkbar. Bei der vertraulichen Kommunikation kommt ein Schutz nach Art. 10 und 13 GG ebenso in Betracht wie ein Schutz durch das APR.<sup>86</sup>

Wenn die aktuellen digitalen Themen, wie

- Bewertungsportale (Internet)<sup>87</sup>
- Demonstration (online)<sup>88</sup>
- Elektronische Petitionen<sup>89</sup>
- Online Eltern-Kind-Besuchszeiten<sup>90</sup>
- E-Mails<sup>91</sup>
- Digitales Erbe<sup>92</sup>
- Hybride Briefe<sup>93</sup>
- Recht auf Internet<sup>94</sup>
- Internetdienste<sup>95</sup>
- Intimsphäre (digital)<sup>96</sup>

<sup>84</sup> Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 94. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 231.

<sup>85</sup> *Di Fabio* (Fn. 83), Art. 2 Rn. 235; zur partiellen Überschneidung des APRs mit speziellen Grundrechten vgl. BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 85.

<sup>86</sup> *Kloepfer* (Fn. 62), § 56 Rn. 67.

<sup>87</sup> BGH, Urt. v. 23.06.2009 – VI ZR 196/08, Rn. 27 ff.; *Petrizzelli*, MMR 2017, 800 (801); dazu insgesamt auch *Wiese*, JZ 2011, 608 (608 ff.).

<sup>88</sup> Zu Online-Treffen in der virtuellen Welt vgl. z.B. *Möhlen*, MMR 2013, 221 (228); zu Denial-of-Service-Attacken und virtuellen Sit-in vgl. z.B. *Dißmann*, Das virtuelle Sit-in als grundrechtlich geschützte Protestform? Betrachtung der verfassungsrechtlichen Rechtslage und deren Einfluss auf das Privatrecht, 2015, S. 15 ff.

<sup>89</sup> Vgl. z.B. *Schmitz*, NVwZ 2003, 1437 (1438).

<sup>90</sup> *Hoffmann/Luch/Schulz*, Die digitale Dimension der Grundrechte, 2015, S. 156 f.; zur Erweiterung des „persönlichen Umgangs“ auf „Umgang“ z.B. in Form von Briefen und Telefongesprächen bereits 1996: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts, (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG), BT-Drs. 13/4899, v. 13.6.1996, Begründung, S. 104 f.

<sup>91</sup> Vgl. z.B. BVerfG, Kammerbeschl. v. 18.2.2010 – 1 BvR 2477/08, Rn. 24 ff.; BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 94 ff.; *Hoffmann/Luch/Schulz* (Fn. 90), S. 182 ff.

<sup>92</sup> *Herzog*, NJW, 3745 (3745).

<sup>93</sup> Zum Ausdrucken und Verschicken von elektronischen Nachrichten als Briefe vgl. z.B. *Hoffmann/Luch/Schulz* (Fn. 90), S. 156 f.; und zum Schutz z.B. BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 BvR 2099/04, Rn. 94 ff.

<sup>94</sup> Vgl. z.B. BGH, Urt. v. 24.1.2013 – III ZR 98/12, Rn. 16 ff. zum Schadensersatz bei Ausfall des Internets; für ein Recht auf Internet z.B. *Baer*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2011, 90 (93, 100); kritisch *Lewinski*, RW 2 (2011), 70 (70); ebenfalls kritisch *Hain*, K&R 2012, 98 (98 ff.).

<sup>95</sup> *Hain*, K&R 2012, 98 (100).

<sup>75</sup> Zum Sozialbezug als Abgrenzungskriterium Intim-/Privatsphäre vgl. z.B. *Gössel*, GA 1991, 483 (504).

<sup>76</sup> BVerfG, Beschl. v. 15.01.1970 – 1 BvR 13/68, Rn. 23; BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 30 ff.

<sup>77</sup> Vgl. z.B. BVerfG, Urt. v. 16.1.1957 – 1 BvR 253/56, Rn. 33; BVerfG, Beschl. v. 16.7.1969 – 1 BvL 19/63, Rn. 25; BVerfG, Beschl. v. 15.1.1975 – 2 BvR 65/74, Rn. 25; vgl. aber auch BVerfG, Beschl. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71, Rn. 42 und insgesamt dazu *Teifke*, Das Prinzip Menschenwürde, 2011, S. 19 ff.

<sup>78</sup> *Murswiek/Brixen* (Fn. 66), Art. 2 Rn. 105.

<sup>79</sup> Vgl. hierzu *Firgt*, Strukturelle Analyse des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anhand des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, 2015, S. 264.

<sup>80</sup> BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, Rn. 53; *Dreier*, in: Hrsg. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 2 Rn. 93.

<sup>81</sup> BVerfG, Beschl. v. 13.06.2007 – 1 BvR 1783/05, Rn. 89.

<sup>82</sup> Kontextabhängig, weil keine Daten belanglos sind, vgl. *Kloepfer* (Fn. 61), § 56 Rn. 92.

<sup>83</sup> Vgl. z.B. BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 52/81, Rn. 29; BVerfG, Beschl. v. 21.10.1981 – 1 BvR 52/81, Rn. 114.



lückenschließende Aufrechterhaltung des gegebenen Schutzniveaus. Letzteres kann nur der Verfassungsgesetzgeber ausweiten.<sup>109</sup> Der technische Fortschritt als Wandel der Wirklichkeit führt also über die offene Architektur des APRs als einzeltatbestandsorientiertes Richterrecht zum Verfassungswandel bei Konstanz des gegebenen Schutzniveaus. Dieser Verfassungswandel wird im Ergebnis durch die strukturell bedingte „Freiheitsreserve“<sup>110</sup> des APRs als unbenanntes Grundrecht bewirkt und durch ein konstantes Schutzniveau begrenzt.

Diese Flexibilität und Zukunftsoffenheit resultiert aus dem Charakter des APRs als Richterrecht. Dieser strukturelle Vorteil kann zum Bumerang werden, wenn die erforderlichen Konkretisierungen durch die Rechtsprechung „Jahre bis Jahrzehnte“ benötigen, mit Vollzugsdefiziten und einem Verlust an Rechtssicherheit.<sup>111</sup> Die strukturelle Offenheit als Voraussetzung der Wandlungsfähigkeit sollte aber nicht der Geschwindigkeit geopfert werden. Schließlich ist dies nur ein scheinbarer Widerspruch. Der Gesetzgeber wird durch das APR nicht gehindert, schützende Gesetze als Ordnungsrahmen der Digitalisierung zu erlassen. Das gilt auch für den Verfassungsgesetzgeber, wenn er wegen der Digitalität grundrechtliche Schutzbereiche schaffen will. Um solche besonderen Ausprägungen des APRs als spezielle Grundrechtsgehalte aus dem Verbund des APRs in die verfassungsrechtliche Selbstständigkeit zu entlassen, muss in das APR weder eingegriffen noch muss es diesbezüglich weiterentwickelt werden.

## 2. Chancen und Gefahren der Digitalität

Getrieben durch die technischen Zyklen wirkt die Kraft der Vernetzung nicht nur zugunsten der neuen Chancen, sondern befördert auch Gefahren. So vermittelt das Internet als aktueller Brennpunkt der Digitalität eine nicht mehr quantifizierbare Zahl von Informationen und Dienstleistungen<sup>112</sup> als Chance. Als Gefahr kann zum Beispiel die scheinbare Unentgeltlichkeit des Angebots benannt werden. Die Gegenleistung, mit der bezahlt wird, sind die Daten des Nutzers, seines Verhaltens, seiner Vorlieben etc. Diese Währung kann z.B. für Social Scorings<sup>113</sup> oder Credit Scoring<sup>114</sup>, Verhaltensvoraus-

sagen (Predictions)<sup>115</sup>, Microtargetings<sup>116</sup> zur Wahlbeeinflussung mittels psychometrischer Analysen<sup>117</sup>, Vorhersagen zu persönlichen und gesellschaftlichen Einstellungen, sexueller Orientierung oder Drogenkonsum eingesetzt werden.<sup>118</sup> Dabei verursachen die „Big Data“-Analysen<sup>119</sup> und zum Einsatz kommende Algorithmen, die mehr zu Tage fördern, als wir selbst über uns wissen, eine Informationsasymmetrie.<sup>120</sup> Verstärkt wird all dies durch das Internet of Things (IoT), in dem in „smarten“ Umgebungen digitale und reale Welten zu einer „augmentierten“ Welt verschmelzen.<sup>121</sup>

Der klassische Schutz vor solchen Gefahren und vergleichbaren Problemen kann durch Nichtnutzung erreicht werden. Das ist aber insbesondere dann keine wirkliche Alternative, wenn der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung auf die Nutzung angewiesen ist.<sup>122</sup>

Das gilt im Ergebnis auch für den Schutz durch Einwilligung, weil Informationsasymmetrien wie künstliche Monopole wirken und zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen (können).<sup>123</sup> Schließlich kommt es insoweit nicht auf einen „consent“ als solchem, sondern auf eine freie und informierte Einwilligung an.<sup>124</sup>

Was bleibt, ist der Schutz durch entwicklungsgerechten Verfassungswandel. Dieser muss durch die Flexibilität des jeweiligen grundrechtlichen Schutzes oder durch den offenen Tatbestand des APRs gewährleistet werden. Eine Konzentration nur auf das APR wäre weder sachgerecht noch zielführend.

## V. Fazit

Der Zeitenwandel zur Digitalität wird nicht bruchlos verlaufen. Es wirken exponentiell wachsende Kräfte. In bewegten Zeiten muss wohlüberlegt werden, ob dem Rückgriff auf Bewährtes und vor allem Funktionierendes der Vorzug vor Ex-

in: Schierenbeck/Moser (Hrsg.), Handbuch Bankcontrolling, 1995, S. 905 (918).

<sup>115</sup> *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, 2016, S. 54; *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1 (15); *Martini*, JZ 2017, 1017 (1018); *Härtel*, LKV 2019, 49 (55).

<sup>116</sup> *Klaas*, MMR 2019, 84 (89); *Papakyriakopoulos u.a.*, Big Data & Society 5 (2018), 1 (1 ff.); *Gräfe*, PinG 2019, 1 (5 ff.).

<sup>117</sup> *Klaas*, MMR 2019, 84 (89); *Künast*, ZRP 2019, 62 (63); *Steinbach*, ZRP 2017, 101 (104 f.).

<sup>118</sup> *Martini*, JZ 2017, 1017 (1018); *Bachmann/Kemper/Gerzer*, Big Data – Fluch oder Segen?, 2014, S. 34.

<sup>119</sup> *Holznel*, JZ 2011, 57 (60); *Richter*, in: Richter (Hrsg.), Privatheit, Öffentlichkeit und demokratische Willensbildung in Zeiten von Big Data, 2015, S. 45 ff.

<sup>120</sup> Datenethikkommission der Bundesregierung (Fn. 111), S. 55; *Di Fabio* (Fn. 115), S. 55; *Hauser* (Fn. 97), S. 5; *Holznel*, JZ 2011, 57 (60).

<sup>121</sup> Vgl. z.B. *Adamowsky*, in: Sprenger/Engemann (Hrsg.), Internet der Dinge, 2015, S. 119.

<sup>122</sup> So für die Nutzung informationstechnischer Systeme im Ergebnis BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 201.

<sup>123</sup> Datenethikkommission der Bundesregierung (Fn. 111), S. 96.

<sup>124</sup> *van Hoof/Widdershofen*, AME Med. J 2017, 1 (1); *Di Fabio* (Fn. 115), S. 47.

<sup>109</sup> *Michael/Morlok* (Fn. 55), § 22 Rn. 601.

<sup>110</sup> *Kloepfer* (Fn. 62), § 56 Rn. 106.

<sup>111</sup> So die Bedenken der Datenethikkommission vgl. Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten der Datenethikkommission, abrufbar unter [https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191128\\_DEK\\_Gutachten\\_bf\\_b.pdf](https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191128_DEK_Gutachten_bf_b.pdf) (28.7.2021), S. 99.

<sup>112</sup> Vgl. BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, Rn. 170.

<sup>113</sup> *Organesian/Heermann*, ZD-Aktuell 2018, vgl. insbesondere Ziff. 2 und 4; *Kühling*, JZ 2010, 600 (601 f.); insgesamt dazu Wissenschaftlicher Dienst, Big Data unter Berücksichtigung der Situation in der Volksrepublik China – WD 10 – 3000 – 068/17, S. 1 ff.

<sup>114</sup> Vgl. z.B. *Steinhöfel*, Risikokontrolle in der Mikrofinanzierung, 2014, S. 37; *Kühling*, JZ 2010, 600 (601); *Dismann*,

perimenten zu geben ist, solange diese nicht unbedingt notwendig erscheinen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der konservative Ansatz strukturell gegenüber Veränderungen offen ist. Eine Definition des APRs, der Verlust seiner offenen Architektur oder andere in gleicher Weise wirkende Maßnahmen bergen die Gefahr des Verlustes an Flexibilität und Wandlungsfähigkeit. Diese offene Struktur wird aber für die rasanten Entwicklungen benötigt, die sich abzeichnen.

Als ein weiteres Argument muss wohl der politische Diskurs herangezogen werden. Das Volkszählungsgesetz 1983 und zahlreiche andere Gesetze bis hin zum Verfassungsschutzgesetz in NRW mit der Regelung zur Online-Durchsuchung, die in das APR eingegriffen haben, wurden von Landes- oder vom Bundesgesetzgeber erlassen. Natürlich muss zwischen dem einfachen und dem verfassungsgebenden Gesetzgeber unterschieden werden. Diese Gesetzgebungsverfahren belegen, wie zur Förderung anderer Interessen und zum Schutz der Bevölkerung vor vermeintlichen oder wirklichen Gefahren nicht nur bis an die Grenze des Schutzes der Persönlichkeit gegangen, sondern diese möglicherweise überschritten wurde. Wie würde der Bundestag wohl über eine Definition des APRs im Lichte der unterschiedlichen Interessen und der erforderlichen verfassungsändernden Mehrheit entscheiden, die zum Konsens zwingt? Was würde aus dem APR im politischen Diskurs?

Die Antwort auf diese Fragen kann nur die Empfehlung sein, es gar nicht erst mit einem Update des APR als Zäsur zu versuchen. Der Wandel durch Digitalität sollte wie bisher beim Persönlichkeitsschutz mit dem APR als Garant eines angemessenen Ordnungsrahmens erfolgen. Sodass auch morgen noch Herrn *Zuckerberg* und anderen Protagonisten der Ökonomisierung der Privatheit entgegenhalten werden kann:

„Privacy is protected by law!“