

Handbuch Persönlichkeitsrecht

Presse- und Medienrecht

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Horst-Peter Götting, LL.M., Prof. Dr. Christian Schertz, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Walter Seitz, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht a.D., Bearbeitet von Prof. Dr. Bernhard Becker, Rechtsanwalt, Simon Bergmann, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Volker Beuthien, Direktor, Julia Bezenberger, LL.M., Rechtsanwältin, Prof. Dr. Michael Bohne, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Oliver Castendyk, Rechtsanwalt, Eva Frauenschuh, Rechtsanwältin, Silke Freund, Rechtsanwältin, Dr. Holger Gauss, Rechtsanwalt, Dr. Sebastian Gorski, Rechtsanwalt, Prof. Dr. Georgios Gounalakis, Dr. Katrin Herresthal, Ministerialrätin, Dominik Höch, Rechtsanwalt, Dr. Kirsten Hutten, Rechtsanwältin, Ina Kamps, M.A., Rechtsanwältin, Dr. Daniel M. Krause, LL.M., Rechtsanwalt, Karl-Heinz Ladeur, Prof. Dr. Anne Lauber-Rönsberg, LL.M., Prof. Dr. Line Olsen-Ring, LL.M., Prof. Dr. Gerhard Ring, Dr. Anke Schierholz, Justiziarin, Kerstin Schmitt, Rechtsanwältin, Dr. Eva Spangler, Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht, Prof. Dr. Ursula Stein, Prof. Dr. Christoph Stollwerck, LL.M., Regierungsdirektor, Dr. Tomasz Targosz, Rechtsanwalt, Lutz Tillmanns, Rechtsanwalt, Dr. Anja Trebes, Regierungsdirektorin, Thomas Vesting, Dr. Endress Wanckel, Rechtsanwalt, Dr. Konstantin Wegner, Rechtsanwalt, und Prof. Dr. Guido Westkamp

2. Auflage 2019. Buch. LXXVIII, 1468 S. Hardcover (In Leinen)

ISBN 978 3 406 70669 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

	Rn.
III. Beeinträchtigung durch Verfälschen des eigenen Wortes oder falsche, aber nicht ehrenrührige Tatsachenbehauptungen	21
1. Verfälschen und Interpretieren eines Persönlichkeitsbildes	21
2. Besonderheiten des Schutzes gegenüber dem Staat	22
IV. Recht am Namen, Pseudonyme	23
V. Schutz der persönlichen Ehre	24
1. Besonderheiten des Schutzes des Achtungsanspruchs gegenüber dem Staat	24
2. Verfälschung der Persönlichkeit	26
3. Beachtung des Endes legitimer öffentlicher Aufmerksamkeit (Resozialisierung)	27
C. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in öffentlichen Versicherungen	28
D. Das Recht auf Bestimmung über die Verarbeitung von Datendurch technische Systeme (Datenschutz)	29
I. Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung	29
II. Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Abwehrrecht?	31
1. Selbstbestimmung über die eigenen „Daten“?	31
2. Kein eigentumsähnliches Recht (Immaterialgüterrecht) an „Daten“	32
3. Differenzierung nach Schutzbedürfnissen und Risikobereichen	33
4. „Informationelle Gewaltenteilung“	34
5. Neue Fahndungsmethoden: Rasterfahndung, Schleierfahndung, Videoüberwachung, „Online-Durchsuchung“	35
a) „Gefahrenvorsorge“	35
b) Neuer prozeduraler und technischer Schutz	36
6. Risikovorsorge mithilfe neuro-wissenschaftlicher Methoden	37
III. Humangenetische Methoden der Erfassung von Persönlichkeitsmerkmalen	38
1. DNA-Untersuchung für Zwecke der Identifizierung	38
2. Gesetzliche Regelung der Bestimmung genetischer Risiken für öffentliche und private Zwecke	39
3. Schutz der Persönlichkeit vor sich selbst; insbesondere Verbot der Selbstveränderung des Genoms?	40
E. Akteneinsichtsrechte, Auskunftsansprüche, Zeugnisverweigerungsrechte	41
I. Informationsrechte als Teil des objektiv-rechtlichen Schutzes der Persönlichkeit	41
II. Zeugnisverweigerungsrechte und informationelle Gewaltenteilung	42
F. Personeller Schutzbereich	43
I. Schutz natürlicher Personen	43
1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Menschenrecht	43
2. Kinder und Jugendliche	44
a) Altersgrenze	44
b) Persönlichkeitsrechte als Entwicklungsrechte	45
c) Verfassungsrechtliche Schutzpflichten im Zivilrecht zugunsten des Kindes – Haftungsgrenzen	47
d) Insbesondere: Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung und Recht des Vaters auf Auskunft über das Kind	48
e) Insbesondere: Klärung der Abstammung bei künstlicher Insemination	49
II. Betreuungsverhältnis	51
III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht für juristische Personen?	53
IV. Recht auf Sterben, postmortaler Persönlichkeitsschutz	54
1. Organentnahme	54
2. Postmortales Persönlichkeitsrecht	55
3. Postmortales Persönlichkeitsrecht als ökonomisches Recht?	56
G. Staatliche Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts	57
I. Vorbemerkung: Verhältnis von Schutzbereichsbestimmung und Schranken- definition	57
II. Beobachtung „riskanter Netzwerke“ – insbesondere Terrorprävention und der Grundsatz „in dubio pro libertate“	58

	Rn.
III. Ambivalentes Staatshandeln als „Grundrechtsberührung“?	59
1. Das frühere Beispiel der Sexualkunde	59
2. Der Vergleich mit der Dogmatik des zivilrechtlichen Persönlichkeits- schutzes	61
IV. Das Problem des Eingriffsbegriffs	63
1. Eingriffsdogmatik und neue Handlungsformen	63
2. Eingriffe und eingriffsähnliche Akte	65
3. Bedeutung der unterschiedlichen Folgewirkungen	66
4. Faktische nicht-ingriffsähnliche „Berührungen“ des Persönlichkeits- rechts	67
V. Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes um eine „objektiv-rechtliche Di- mension“	70
1. Persönlichkeitsrecht als Kommunikationsrecht	70
2. Zur Notwendigkeit der systematischen Beobachtung neuer Gefährdun- gen für das Individuum	71
H. Schranken des Persönlichkeitsrechts	72
I. Allgemeines zur Schrankenbestimmung	72
1. Entwicklung der Rechtsprechung	72
2. Informationelle Gewaltenteilung als Ordnungsprinzip	74
3. Insbesondere: Schutz durch Verfahren	76
II. Grenzen der Beschränkbarkeit	77
1. Verhältnismäßigkeitsprinzip	77
2. Prozeduralisierung der Schranken	78

Schrifttum:

vor § 7

A. Persönlichkeit und Geheimnisschutz**I. Räumliche Ausgrenzung des Privaten**

1. Intimgespräche, Selbstreflexion des Individuums. Im allgemeinen Persönlichkeitsrecht hat der **Schutz eines Raums der Privatsphäre**,¹ insbesondere der Wohnung, der über die Integrität des Wohnraums hinausgeht, der durch Art. 13 GG gewährleistet wird. Dort wird der Akzent bei der Ausgrenzung der räumlichen Sphäre selbst gesetzt (die dementsprechend auch Geschäftsräume umfasst), hier steht der Raum als „Möglichkeitsraum“ für die unbeobachtete Selbstbezüglichkeit der Person, der gegenüber die Zwänge der Sozialität gelockert werden oder zurücktreten.² Dieser Raum soll gegen die Beobachtung durch Kommunikationssysteme und andere Personen geschützt sein, er dient damit auch der Entlastung von sozialen Zwängen. Die nicht für den Anschluss an die öffentliche Kommunikation bestimmten Verhaltensweisen einschließlich der Intimkommunikation mit einer durch die Raumgrenzen bestimmten „Inklusivität“ sollen nicht ohne weiteres „rekodiert“ werden, z. B. als Geständnis gegenüber einem Träger öffentlicher Gewalt im Strafverfahren.³ Dies gilt ohne Rücksicht auf die Art der Selbstbezüglichkeit, z. B. das Selbstgespräch, das Intim- oder Privatgespräch,⁴ die Tagebuchaufzeichnung,⁵ sexuelles Verhalten etc.

Dies muss grundsätzlich auch für den virtuellen Raum einer paradoxen Intimkommunikation in technisch eingegrenzten privaten, auf Ausschluss externer Kommunikationsteil-

¹ v. Münch/Kunig/Kunig, Art. 2 Rn. 32 f.; Di Fabio, MDH Art. 2 Rn. 154.

² BVerfGE 90, 255, 261 f. (Briefkontrolle); 57, 170, 177 ff.; NJW-Spezial 2007, 1194; Dreier in: DR, Art. 2 Rn. 70; Starck in: vMKS, Art. 2 Rn. 173.

³ BVerfGE 18, 146, 147; 80, 367, 373 ff. – Tagebuch; Dreier in: DR, Art. 2 Rn. 70; Starck in: vMKS, Art. 2 Rn. 91 m. w. N.; Di Fabio, MDH Art. 2 Rn. 154; vgl. auch Amelung NJW 1990, 1753; Lorenz GA 1992, 254 ff. (Tagebuch).

⁴ BVerfGE 109, 279 ff. – großer Lauschangriff; vgl. allg. Roßnagel/Trute, Kap. 2.5 Rn. 14 f.

⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 46.

nehmer angelegten Foren wie dem Internet gelten, soweit sie ein funktionales Äquivalent zur räumlichen Ausgrenzung in der „Offline-Welt“ bilden. Dadurch dürfte auch das **Recht auf Anonymität** in virtuellen Räumen gerechtfertigt sein,⁶ soweit es dem persönlichen Austausch dient. Ähnliches gilt – soweit dies technisch möglich ist – für die Entscheidung über die Wahl der Kommunikationspartner.

- 3 **2. Rechtliche Begrenzung der funktional zulässigen Eingriffe in die Intimsphäre.** Soweit der Staat durch gerechtfertigte Einschränkung der räumlichen Bestimmung über die Ausübung des Persönlichkeitsrechts auch über die Intimkommunikation verfügt (Briefkontakt von Strafgefangenen⁷), muss die Beschränkung auf das für die Zwecke z. B. des **Verfahrens** nötige Mindestmaß begrenzt werden.⁸ Das bedeutet, dass die Briefkontrolle für die Verhinderung der Verfahrensabotage oder die Vorbereitung neuer Straftaten eingesetzt werden darf, nicht aber zur Kontrolle des „selbstbezüglichen“ Moments der Kommunikation. Dies gilt etwa für Beschimpfungen des Aufsichtspersonals oder der Richter, soweit sie im privaten Austausch mit Verwandten oder anderen Personen des Vertrauens geäußert werden. Insoweit bleibt der Intimschutz erhalten, weil die Kontrolle nur einem durch das Verfahren begrenzten Zweck dienen darf. Das BVerfG⁹ hat hier noch einmal einen Unterschied zwischen der privaten Kommunikation in eigenen Räumen und der Intimkommunikation im engeren Sinne gemacht. Dies hat Bedeutung für die Reichweite des Schutzes gegen das Abhören von Gesprächen durch Telefonkontrolle, Richtmikrofone („großer Lauschangriff“) o. ä. Techniken.¹⁰ Die Wahl abgelegener Orte, an denen keine Beobachtung erwartet wird, oder auch der Innenraum von Kraftfahrzeugen sind dem Schutz des Intimraumes gleichzusetzen.

II. Methodisch kontrollierte Beobachtung der persönlichen Identität

- 4 **1. Das Problem der Intransparenz der Methoden und Ziele der Begutachtung.** Probleme des Persönlichkeitsschutzes stellen sich auch bei der wissenschaftlichen Begutachtung durch methodisch reflektierte und deshalb für den Betroffenen vielfach intransparente Befragung, Messung von Körperfunktionen oder symptomatische Beobachtung zum Zwecke der Einschätzung persönlicher Merkmale, zur Bewertung der „Zurechnungsfähigkeit“ i. w. S. der Person für ihre Handlungsweisen.¹¹ Auch die Befragung von Verwandten als Zeugen für Zwecke der Aufklärung im Asylverfahren kann unverhältnismäßig sein, wenn dadurch ein Risiko für den Betroffenen entsteht oder wenn dadurch Informationen über das Intimverhalten preisgegeben werden.¹² Dies gilt etwa für **medizinisch-psychologische Gutachten**¹³ für die Zwecke der Feststellung der Fahrtüchtigkeit im

⁶ BGH NJW 1991, 1532; KG NJW-RR 2005, 350; vgl. auch die Beiträge in: Bäumler/von Mutius (Hrsg.), Anonymität im Internet, 2003; hier zeigt sich aber wieder die kommunikative Seite des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: Anonymität ist ein Modus der Kommunikation, der nicht auf die Abschirmung der Persönlichkeit reduziert werden kann; deshalb kann es ein Recht auf Anonymität nur geben, soweit dies nicht als Bedrohung oder Gefährdung der Interessen und Rechte der Kommunikationspartner erscheinen kann.

⁷ Aus dem Persönlichkeitsrecht ergibt sich auch ein Recht auf Kontakt zu Angehörigen BVerfGE 57, 170, 177.

⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 46; dazu Dreier in: DR Art. 2 Fn. 70; allg. Starck in: vMKS Art. 2 Rn. 131; Di Fabio, MDH, Art. 2 Rn. 156; Ladeur, Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit, 2007, S. 95 ff.

⁹ BVerfGE 90, 255, 261 f.; 57, 170, 177 ff. – Strafgefangene; 109, 279 ff. – großer Lauschangriff; vgl. allg. dazu Hillgruber JZ 2007, 209.

¹⁰ BVerfGE 112, 304 – GPS-Überwachungssystem; Vasiliki CR 2005, 572.

¹¹ BSGE 60, 284, 286 – Schwerbehindertenstatus; BVerfGE 78, 77, 84 – Unterlagen über Entmündigung; 44, 353, 372 – Suchtberatung; 33, 367, 374 – Akten des Sozialarbeiters; 89, 69, 82 – Daten zur psychischen Verfassung; 77, 121, 125 – persönliche wirtschaftliche Verhältnisse; 106, 28, 44 – Mithöranlage; 34, 238, 246 – heimlicher Tonbandmitschnitt; Starck in: vMKS Art. 2 n. 91 ff.; Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 44 ff.; Di Fabio, MDH, Art. 2 Rn. 161; kritisch zu den Grenzen der Beweiserhebung Kohlhaas ZRP 1972, 52.

¹² BVerwG NVwZ 2007, 51 (mit nicht unproblematischer Verallgemeinerung); vgl. auch Klatt NVwZ 2007, 51.

¹³ Beater, Medienrecht, Rn. 1122 f.

Straßenverkehr oder die Begutachtung besonderer körperlicher oder geistiger Merkmale, die für die Einstellung in besonders verantwortungsvolle Positionen für erforderlich gehalten werden kann.¹⁴ Wie noch zu zeigen sein wird, kann dies nicht grundsätzlich durch den Grundrechtsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausgeschlossen werden. Es handelt sich hier aber jedenfalls um Verhaltensweisen, mit denen der Persönlichkeitsschutz tangiert wird. Denn es geht um die Beobachtung und (unfreiwillige) Mitteilung von vor allem symptomalen Informationen, deren Bedeutung für den Betroffenen vielfach selbst nicht oder nicht in vollem Umfang erkennbar wird, z. B. schwere Krankheiten, deren Symptome zwar spürbar, nicht aber interpretierbar sind.¹⁵

2. Der Schutz des Intimraums und des Körpers vor intransparenten Formen der 5

Beobachtung. Dieser Schutzeffekt steht in einem engen Zusammenhang mit dem Schutz des Intimraums. Auch der **Körper der Person** soll nicht ohne besondere gesetzliche Legitimation als Träger von Informationen durch Experten oder Expertensysteme „abgelesen“ werden können: Während es bei den unter 1. beschriebenen Phänomenen um die „Entfremdung“ von Nicht-Kommunikation oder Intimkommunikation in realen oder virtuellen Räumen geht, steht hier die Psyche oder der Körper als Symptomträger im Vordergrund. Dabei kommt es im Ergebnis aber nicht darauf an, ob die Symptome nur für Experten „lesbar“ sind. Hier wird die Körperlichkeit und die Psyche der Person als solche geschützt, soweit bestimmte Eigenschaften nicht ohne weiteres der Beobachtung zugänglich sind – wie äußerliche persönliche Merkmale (Haarfarbe, Größe etc.). Unter diesem Gesichtspunkt kann auch die frühere Praxis der Eintragung „unveränderlicher körperlicher Merkmale“ in Personalprobleme problematisch sein, soweit sie über nicht-neutrale Angaben wie die genannten hinausgehen.

III. Patientendaten, Mitteilung privater Informationsdurch Angehörige etc. 6

Insbesondere bei **Patientendaten**¹⁶ ist der Schutz der Persönlichkeit von hohem Wert. Hier besteht insbesondere die Gefahr, dass Akten, die für medizinische Zwecke erhoben worden sind, durch Transfer in einen anderen öffentlichen oder privaten Entscheidungszusammenhang (Arbeitgeberfunktion) nicht nur fehlinterpretiert werden und zu falschen Schlussfolgerungen führen, sondern dass ohne eine „informationelle Gewaltenteilung“¹⁷ der Einzelne möglicherweise von einer bestimmten Krankenbehandlung oder -diagnose abgehalten wurde, wenn und soweit er mit der Verbreitung der Information rechnen müsste. Hier hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Abwehrrecht eine legitime Rolle.¹⁸ Eine neue Problemkonstellation entsteht durch Big Data im Sozialrecht und zwar insbesondere durch die Verwertung genetischer Informationen.¹⁹

Ähnliches gilt für **Ehescheidungsakten**²⁰ (z. B. Berücksichtigung in einem Disziplinarverfahren). Hier besteht die Gefahr, dass Informationen aus der Privat- oder gar Intimsphäre das Fortkommen im dienstlichen Bereich gefährden. Ähnliches gilt auch für die – z. B. aus privaten Gründen erfolgende – Anschwärmung eines Beamten oder öffentlichen Angestellten bei der Verwaltung. Solche Informationen dürfen grundsätzlich nicht gegen den Betroffenen verwendet werden, es sei denn es lägen gravierende Hinweise auf ein

¹⁴ BGHZ 98, 32, 34 – *psychiatrische Untersuchung*; BVerfGE 89, 69, kritisch dazu *Franzen* DVBl 1993, 998; BVerwGE 80, 224; NZV 1996, 84 m. Anm. *Gehrmann* – medizinisch-psychologischer Test – dazu bedarf es eines begründenden Anlasses – entweder Fehlverhalten oder – im Rahmen von Dienstverhältnissen – Erwartung der Aussagefähigkeit einer Methode.

¹⁵ BGHZ 98, 32, 34 – *psychiatrische Untersuchung*; BVerwG NJW 1986, 2332 – *systematische Beobachtung*; *Starck* in: vMKS Art. 2 Rn. 100;

¹⁶ BVerfGE 33, 373, 378 ff.; 89, 69, 82 f.; *Starck* in: vMKS Art. 2 Rn. 98.

¹⁷ Vgl. dazu nur *Podlech*, AK-GG, Art. 2 Rn. 80.

¹⁸ Vgl. auch zur gerichtlichen Weisung an Straftäter, einen Arzt von seiner Schweigepflicht zu entbinden, BVerfG MedR 2006, 586.

¹⁹ Vgl. *Fleischer* u. a. MedR 2016, 481.

²⁰ *Starck* in: vMKS Art. 2 Rn. 103; v. Münch/Kunig/Kunig, Art. 2 Rn. 34.

strafbares Verhalten vor. Diese Leistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht in der Separierung von Beziehungskreisen, die nicht wechselseitig füreinander durchlässig sein sollen und eigene Rationalitäten entwickeln können.

IV. Untersuchung von Persönlichkeitsmerkmalen in öffentlichen Verfahren, insbesondere Strafverfahren

- 8 **1. Herkömmliche Verfahren.** Das **Strafverfahrensrecht** lässt unter bestimmten Umständen allerdings auch eine Untersuchung der Persönlichkeit bzw. von Persönlichkeitsmerkmalen eines Angeklagten oder eines Zeugen zu. Auch hier muss das Risiko einer Stereotypisierung des Betroffenen beachtet werden. Solche Untersuchungen sind im Zusammenhang mit schweren Straftaten zulässig. Im Übrigen gilt der Grundsatz in dubio pro reo. Vor allem bei invasiven Maßnahmen (Eingriffe in das Gehirn etc.) ist auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen möglichen Folgen und möglicher Strafe abzustellen.²¹ Bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ist allerdings das Grundrecht auf Leben das speziellere.²² Auch in anderen Verfahren (z. B. sorgerechtl. Verfahren über den Umgang mit Kindern) kann eine medizinisch-psychologische Begutachtung zur Klärung der Frage, ob dies dem Kindeswohl entspricht, nicht ohne gesetzliche Grundlage angeordnet werden.²³
- 9 **2. Einsatz von Lügendetektoren.** Ob generell der Einsatz technischer Mittel zur Abschätzung der Glaubwürdigkeit von Personen das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder gar die Menschenwürde beeinträchtigt, ist zweifelhaft. Die Beobachtung der physiologisch zu erfassenden Seite persönlichen Verhaltens sollte nicht grundsätzlich als Verletzung des Persönlichkeitsrechts eingeordnet werden.²⁴ Die Frage kann aber letztlich offen bleiben. Entscheidend ist das Risiko von „false positives“ oder „false negatives“. Die Technik des Einsatzes von **Lügendetektoren**²⁵ kann nicht als so zuverlässig angesehen werden, dass die technologische Abstützung der Einschätzung einer Person als glaubwürdig oder unglaubwürdig angemessen erscheint. Deshalb ist auch das freiwillige Angebot, sich bei seiner Aussage der Kontrolle durch einen Lügendetektor auszusetzen, unzulässig.²⁶ Grundsätzlich zeigt dieses Beispiel aber die Grenzen der „Objekt-Formel“ zur Bestimmung der Menschenwürde und der Substantialisierung der menschlichen Persönlichkeit.
- 10 Die „maschinelle“ Bestimmung der Glaubwürdigkeit eines Menschen kann nicht schon für sich genommen deren Persönlichkeitsrecht beeinträchtigen, *wenn* nachgewiesen werden kann, dass die Gehirnaktivitäten bei wahren und bei unwahren Kommunikationen sich deutlich unterscheiden lassen. Ansätze zu einer solchen Bestimmung sind in der Tat vielversprechend, aber – und hier zeigt sich die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – die Fehlerquellen sind immer noch so bedeutsam, dass eine Verwendung zu Lasten von Individuen nicht akzeptabel erscheint: So hängt die **Zuverlässigkeit** offenbar von der Formulierung der Fragen ab; der Einfluss des Alters der Probanden ist ungeklärt, fraglich ist auch die Wirkung von pathologischen Veränderungen des Gehirns oder der einer starken ideologischen Fixierung (Terroristen!). Experimente sind bisher überwiegend mit durchschnittlich oder überdurchschnittlich intelligenten gesunden Probanden (Studenten) durchgeführt worden. Wie unterdurchschnittlich intelligente Probanden reagieren in einer nicht spielerisch-unverbindlichen Situation, ist jedoch weitgehend ungeklärt.²⁷ Solche Verfahren nehmen eine naturwissenschaftlich-technisch begründete Geltung in Anspruch, der gegenüber die Verteidigung des Betroffenen erschwert würde. Deshalb wäre ein Vertrauen in

²¹ BVerfGE 16, 194, 202; 47, 239, 248; Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 67.

²² Zu den Grenzen der Verwendung medizinisch-psychologischer Gutachten (Haschischkonsum) BVerfGE 89, 69, 83 ff.; Grenzen der Benutzung von Patientenakten im Strafverfahren BVerfGE 32, 373, 379 ff.; 44, 353, 372 f.

²³ BVerfG FamRZ 2004, 523.

²⁴ Vgl. Fn. 58.

²⁵ BVerfG NJW 1982, 375; Di Fabio, MDH Art. 2 Rn. 155.

²⁶ BVerfG NJW 1982, 375 = NSStZ 1982, 38 m. Anm. Amelung.

²⁷ Vgl. den Bericht www.nzz.ch/nzz am Sonntag/9.11.2007.

solche Methoden nur dann angemessen, wenn der Anspruch auf Verlässlichkeit tatsächlich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingelöst werden kann.

3. Brain Scanning. Ähnliches wie für das unter (b) Ausgeführte gilt auch für die Perspektive des „Brain Scanning“.²⁸ Mit dieser Methode werden bestimmte Gehirnaktivitäten und insbesondere Funktionsdefizite des Gehirns in „bildgebenden“ Verfahren sichtbar gemacht. Damit kann der Effekt, der dem „Lügendetektor“ zugeschrieben wird, möglicherweise mit anderen Mitteln realisiert werden. Andererseits können – so die Annahmen von Neurowissenschaftlern – emotionale Defizite belegt werden, aus denen sich Rückschlüsse auf die Schuldfähigkeit ziehen lassen. Dies wird in Zukunft möglicherweise eine Herausforderung für das Strafrecht werden.²⁹ Einstweilen steht aber auch hier die Sicherheit der Methode in Frage, soweit es um die Fähigkeit zur Feststellung der Glaubwürdigkeit von Personen geht. Was die Feststellung der für die Schuldfähigkeit möglicherweise relevanten Normalitätsabweichungen in den Gehirnaktivitäten betrifft, so bedarf es ebenfalls einer methodisch sehr viel genaueren Analyse der zugrunde liegenden Phänomene und vor allem einer präziseren Abschätzung des Zusammenhangs von physiologisch zu bestimmenden Prozessen und der rechtlich-moralischen Zuschreibung von Verantwortung. Hier kann es auch keinen Raum für die Geltung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ geben. Dieser Grundsatz gilt für Tatsachen, aber nicht für Grundsatzfragen der Feststellung des Zusammenhangs zwischen physiologisch zu beschreibenden Tatsachen und Prozessen einerseits und Grundannahmen über die Schuldfähigkeit andererseits. Dies schließt zunächst den unfreiwilligen Einsatz solcher Methoden z. Z. aus. Die gleichen Gründe sprechen aber auch gegen die Verwertung des Ergebnisses solcher Verfahren, wenn der Angeklagte sich freiwillig unterwirft.³⁰

B. Selbstentfaltung in öffentlichen Räumen

I. Vorbemerkung: Persönlichkeitsverletzung durch Beeinträchtigung der Selbstdarstellung in Kommunikationsprozessen

Die Persönlichkeit soll nicht nur vor der Veröffentlichung der Privat- und Intimsphäre i. e. S. (vgl. oben) geschützt werden,³¹ sondern auch ein Recht haben, über ihre **Beteiligung an Kommunikationen** weitgehend selbst zu bestimmen. Was in einem Kommunikationsnetzwerk geäußert worden ist (privater Gesprächskreis), darf nicht ohne weiteres in andere Kommunikationsnetzwerke (Zeitung etc.) transformiert werden. Hier zeigen sich neue Konfliktlinien, da die Wirkung von Kommunikationen in öffentlichen Räumen nicht von vornherein ausschließlich der Eigenbestimmung unterliegen kann. Insbesondere das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ ist in der Formulierung des BVerfG³² zu weit gefasst worden: das Handeln in öffentlichen Räumen unterliegt anderen Regeln als die Kommunikation in Intimräumen, in denen Kommunikationspartner und Kommunikationsinhalte sehr viel weiter gehend der persönlichen Bestimmung unterliegen: Hier ist immer auch zu beachten, dass sich in den Foren des Öffentlichen aufgrund der Beteiligung an vorangegangenen Kommunikationen und Kommunikationsnetzwerken bestimmte soziale Regeln, Anschlusszwänge und -muster durch Selbstorganisation heraus-

²⁸ Grafton/Sinnott-Armstrong/S. I. Gazzaniga/M. S. Gazzaniga, u.a., Scientific American – Mind Dezember 2006/Januar 2007, 30.

²⁹ Vgl. Ladeur/Augsberg Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, 2008, S. 71 ff.; Ladeur, in: Gröschner/Kapust/Lembcke (Hrsg.), Wörterbuch der Menschenwürde, 2013, S. 301.

³⁰ Morse in: Garland (Hrsg.), Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and the Scales of Justice, S. 157.

³¹ Vgl. zum Konzept der „Sphären“ auch Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 44; Di Fabio, MDH, Art. 2 Rn. 160.

³² BVerfGE 65, 1, 42; vgl. allg. Roßnagel/Trute, 2.5. Rn. 21 ff.; zur dogmatischen Konturierung ders. JZ 822, 825 (Bestandteil des „Rechts auf Selbstdarstellung“); Sachs/Murswiek Art. 2 80; Dreier in: DR Art. 2 Rn. 78; Starck in: vMKs Art. 2 Rn. 114 ff., kritisch zur Unschärfe des Gewährleistungsbereichs Di Fabio, MDH Art. 2 Rn. 173; Schmitt Glaeser, HStR VI § 129 Rn. 76, Placzek, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz, 2005, S. 164 ff.

gebildet haben, denen man sich, wenn man sich an dem jeweiligen Forum beteiligt, nicht durch Inanspruchnahme der Freiheit zur Selbstinterpretation der Regeln gänzlich entziehen kann. Hier verändert sich die Freiheit, wenn man einmal über das „ob“ der Teilnahme an der Kommunikation entschieden hat, auf der Ebene des „wie“: Dort unterliegt die Person der Obliegenheit der Vermeidung selbstwidersprüchlichen Verhaltens. (Diese Problematik stellt sich vor allem bei der Frage der Drittwirkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Privatrecht.)

- 13 Der Staat muss und kann seine Anschlüsse an die privaten Kommunikationen im öffentlichen Raum sehr viel stärker durch Standardisierung von Verfahren und Interventionszwecken festlegen. Deshalb kann hier noch am ehesten umgekehrt von einem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ die Rede sein,³³ das der Person das Recht einräumt, ihre Kommunikationskanäle gegen **externe Beobachtung und Erforschung (durch den Staat)** abzuschirmen.³⁴ Anders als bei Privaten (durch den gleichrangigen Schutz der Kommunikationsgrundrechte) ist die Beteiligung des Staates an den Persönlichkeitsrechte tangierenden öffentlichen Kommunikationsforen jeweils besonders legitimationsbedürftig.³⁵ Hier ist zu unterscheiden zwischen punktuellen Kommunikationen z. B. durch Minister (öffentliche Kritik an Personen oder Organisationen³⁶) und der systematischen, prozedural strukturierten Warnung durch Verwaltungsbehörden. Diese kann nicht allein durch legitime öffentliche Interessen gerechtfertigt werden.³⁷ Dazu bedarf es einer gesetzlichen Regelung. Rechtsverletzungen können auch in der unverhältnismäßigen Erweiterung des Auftrags eines Untersuchungsausschusses bestehen, soweit dadurch in die Persönlichkeitssphäre von Individuen oder juristischen Personen eingedrungen wird.³⁸

II. Einzelne Konfliktbereiche

- 14 **1. Recht am eigenen Bild. a) Begründung eines besonderen Bildnisschutzes.** Das BVerfG hat die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für den besonderen Schutz des **Rechts am eigenen Bild**³⁹ mit der medientechnischen Möglichkeit begründet, „das Erscheinungsbild eines Menschen in einer bestimmten Situation von diesem abzulösen, datenmäßig zu fixieren und jederzeit vor einem unüberschaubaren Personenkreis zu reproduzieren“.⁴⁰ Hier geht es einmal um den Schutz der Intimkommunikation gegen bildliche Intervention, deshalb ist der Schutz dort am stärksten ausgeprägt, vor allem aber geht es um die weitaus schwierigere Bestimmung der Grenzen der Anfertigung von Bildern i. w. S. aus dem Bereich des nicht auf die repräsentative Darstellung von Geltungsansprüchen gegenüber der Öffentlichkeit festgelegten Privaten: Nicht nur fotografische oder filmische Reproduktionen des Auftretens der Personen einer Privatsphäre (jenseits der Intimsphäre), der Sozialsphäre der Alltagskommunikation in öffentlichen Räumen und der Selbstdarstellung⁴¹ in der oder gegenüber der Öffentlichkeit (Repräsentation der Person).⁴² Die Charakterisierung des Konflikts durch das BVerfG geht an einem zentralen Moment des Bildmediums vorbei. Das Bild ist vor allem Medium der Erzeugung von Aufmerksamkeit und nicht nur der „Fixierung“ von Eindrücken geworden; es wird tendenziell positiv oder negativ mit Reizen

³³ Vgl. dazu allg. Hoffmann-Riem AöR 123 (1998), 503; Ladeur DuD 2000, 12.

³⁴ BVerfG NJW 2006, 976 – Verbindungsdaten für Internetkommunikation auf dem eigenen Computer geschützt durch Persönlichkeitsrecht; vgl. allg. Beater, Medienrecht, 2007, Rn. 336.

³⁵ Anders BVerfGE 105, 252 – Glykol; vgl. auch zutreffend Gröschner DVBl 1990, 619; Schulte DVBl 1988, 512.

³⁶ BVerfGE 40, 287, 291 – verfassungsfeindliche Bestrebungen.

³⁷ So aber BVerfGE 105, 252 – Glykol.

³⁸ BVerfGE 77, 1 – Neue Heimat; Masing Der Staat 1988, 273.

³⁹ Beater, Medienrecht, 2007, Rn. 338, spricht von „bildlicher Selbstbestimmung“.

⁴⁰ BVerfGE 101, 361, 381 – Caroline von Monaco; auch 35, 202, 220; 87, 334, 340; Dreier in: DR Art. 2 Rn. 72; Starck in: vMKS Art. 2 Rn. 97; Di Fabio in: MDH Art. 2 Rn. 193 ff.; allg. Schulz/Jürgens JuS 1999, 664 u. 770; Helle Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, S. 84 ff., 129 ff.

⁴¹ Vgl. dazu nur Podlech, AK-GG, Art. 2 Rn. 59c.

⁴² Vgl. zur Berechtigung des Denkens in Sphären unterschiedlichen Schutzes Di Fabio MDH, Art. 2 Rn. 162.

aufgeladen, die auf die unmittelbare Erzeugung von Prominenz dadurch zielen, dass sie – wie in den Massenmedien – von einer großen Vielzahl von Menschen gleichzeitig wahrgenommen werden.⁴³ Neue Probleme entstehen im Bereich der sog. sozialen Netzwerke.⁴⁴

Konflikte um das Recht am eigenen Bild stellen sich vielfältig vor allem gegenüber anderen Privaten (vgl. unten). Aber auch der Staat nimmt in tradierten ebenso wie in neuen elektronischen Formen das Recht zur Erstellung und Verwertung von Bildern für sich in Anspruch. Dazu gehört das **Fotografieren für Zwecke der Identifikation** in Ausweisen, die Erstellung von Fotografien für erkennungsdienstliche Zwecke⁴⁵ sowie die Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze, vgl. § 6b BDSchG.⁴⁶ Staatliche und massenmediale Erzeugung von Bildern sind dann miteinander verknüpft, wenn der Staat Bildinformationen (etwa für Zwecke der Fahndung) an die Medienöffentlichkeit weitergibt und dadurch vor allem negative Aufmerksamkeit erzeugt. Hier stellt sich die Frage, wieweit der Staat – über die privaten Medien vermittelt (Presse) – die öffentliche Aufmerksamkeit auf eine bestimmte Person lenken darf. Daneben besteht das Problem der unspezifischen Sammlung von Bildern zur „Risikovorsorge“ und zur Verknüpfung zwischen verschiedenen (Straf-)Verfahren. Ähnlich steht es mit der Fernsehberichterstattung aus Gerichtsverhandlungen.⁴⁷ Umgekehrt fragt sich, ob Amtsträger (Polizei) verpflichtet werden können, sich beim Einsatz namentlich oder sonst identifizierbar kennzeichnen zu lassen.⁴⁸

b) Vom herkömmlichen Gebrauch der Bilder zur ubiquitär einsetzbaren Digitalisierung. Im Privatrecht werden einzelne Aspekte des Rechts am eigenen Bild durch §§ 22 ff. KUG geregelt. Der Staat hat vor allem den Einsatz von Fotos und Videoaufnahmen für Zwecke der Gefahrenabwehr,⁴⁹ aber auch der **Gefahrenvorsorge** (Beobachtung von Plätzen und Einrichtungen ohne Verdacht) nur partiell gesetzlich geregelt (vgl. unten). Eine Regelung für die Erstellung von Fotos für Zwecke der Ermöglichung gegenwärtiger oder künftiger Strafverfahren.⁵⁰ Die Videoüberwachung des öffentlichen Straßenraums oder eines öffentlich zugänglichen Kunstwerks kann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigen.⁵¹ Die Videoüberwachung kann auch im privat-öffentlichen Raum Grundrechte beeinträchtigen.⁵²

Charakteristisch für die Tendenz, die bisher eher punktuelle und konventionelle Variante der Herstellung und Verarbeitung von Fotos zu dynamisieren, ist die **elektronische Bearbeitung** von Bildern in digitalen Datensätzen, die systematisch nach variablen Zwecken mit anderen Arten (auch anderen Fotos etc.) korreliert werden.⁵³ Den Anfang dazu bildet die biometrische Kodierung von Fotos, die die automatische Wiedererkennung einer Person anhand später aufgenommener Fotos erlaubt. Durch die Spezialisierung und Kom-

⁴³ Franck, Ökonomie der Aufmerksamkeit, 1994, S. 173 f.

⁴⁴ Lauber-Rönsberg NJW 2016, 744.

⁴⁵ Vgl. auch zur langfristigen Videoüberwachung wegen des Verdachts der Begehung strafbarer Handlungen BGH NJW 1998, 1237.

⁴⁶ BVerfG 1 BvR 2368/06 v. 23.2.2007 – Videoüberwachung eines öffentlichen Platzes – Regensburg; and. SchweizBG, EuGRZ 2007, 200; Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze in Baden-Württemberg zulässig: VG Karlsruhe NVwZ 2002, 117; Dreier, DR Art. 2 72; Stark in: vMKS Art. 2 Rn. 97; vgl. auch Roggan NVwZ 2001, 134; Maske NVwZ 2001, 1248; Büllfeld, Polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Straßen und Plätze zur Kriminalitätsvorsorge, 2002; Sachs/Murswiek Art. 2 Rn. 88a; Di Fabio MDH Art. 2 Rn. 176.

⁴⁷ BVerfGE 91, 125, 136 f.; 103, 44, 64; Britz, Fernsehaufnahmen aus dem Gerichtssaal, 1999; Gostomzyk JuS 2003, 228.

⁴⁸ Spitzer Persönlichkeitsschutz von Amtsträgern? Zur Kennzeichnungspflicht von Polizeivollzugsbeamten, 2016

⁴⁹ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. Rn. 30; Gusy, Polizeirecht, 6. Auflage, Rn. 257, 341; Rachor in: Liskin/Denninger, Hb des Polizeirechts, 4. Aufl., 2007, E 233.

⁵⁰ Dies gehört allerdings zur Gefahrenabwehr: BVerwG JZ 2006, 727 m. krit. Anm. Eisenberg/Puschke.

⁵¹ Zur Videoüberwachung des öffentlichen Raums BVerwGE 141, 329 – Reeperbahn.; VG Hannover, NVwZ-RR 2011, 943; zum Zwecke des Schutzes eines Kunstwerks vor Vanadlismus BVerfG, NVwZ 2007, 688.

⁵² ür den privat-öffentlichen Raum BVerfG, NJW 2015, 2485.

⁵³ Das BVerfG hat in einer neuen Entscheidung dafür eine detaillierte gesetzliche Grundlage verlangt, BVerfG 1 BvR 2368/06 v. 23.2.2007.