

Schutz personenbezogener Daten im Internet

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

John Joon Yong Eun
aus Seoul (Korea)

2014

Dekan: Prof. Dr. Jörg Kinzig

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Michael Ronellenfitsch

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Karl-Hermann Kästner

Tag der mündlichen Prüfung: 10. Februar 2014

Schutz personenbezogener Daten im Internet
- eine verfassungsrechtliche Untersuchung -

von

John Joon Yong Eun

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	
1. 1 Datenschutz in der Ära des Internets	1
1. 2 Untersuchungsgegenstand	3
2. Notwendigkeit für ein neues Grundrecht zum Schutz personenbezogener Daten im Internet?	
2. 1 Entwicklung der Technologie und Schutz gegen die Gefährdung personenbezogener Daten	7
2. 2 Möglichkeit der Grundrechtsverletzung im Internet	9
3. Rechtliche Grundlagen für den Schutz privater Daten	
3. 1 Methoden und rechtliche Grundlagen zum Schutz privater Daten	15
3. 1. 1 Datenschutzrechtliche Regelungssysteme in Bundesrepublik Deutschland	15
3. 1. 2 Gesetzgebungskompetenz in der Bundesrepublik Deutschland	17
3. 2 Verfassungsrechtlicher Rechtsrahmen im Grundgesetz und „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“	18
3. 2. 1 Einleitung	18
3. 2. 2 Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Schutz privater Daten	20
3. 2. 2. 1 Fernmeldegeheimnis	21
3. 2. 2. 2 Unverletzlichkeit der Wohnung	22
3. 2. 2. 3 Datenschutzrecht	23
3. 2. 3 Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	24
3. 2. 3. 1 Entstehungsgeschichte und heutige Lage	24
3. 2. 3. 1. 1 Entwicklung	24
3. 2. 3. 1. 2 Heutige Lage	26
3. 2. 3. 2 Rechtliche Konstruktion des informationellen Selbstbestimmungsrechts in Deutschland und der EU	27

3. 2. 3. 3. Staatliche Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und Schutz personenbezogener Daten	29
3. 2. 3. 4 Staatliche Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht und die erforderliche Rechtfertigung sowie Schranken beim staatlichen Eingriff	34
3. 2. 3. 4. 1 Allgemeines	34
3. 2. 3. 4. 2 Verhältnismäßigkeitsprinzip	35
3. 2. 3. 4. 3 Zweckbindung und Zweckbegrenzung	36
3. 2. 3. 4. 4 Informationelle Gewaltenteilung	38
3. 2. 3. 5 Sonderfall: Schutz vor Selbstbelastung	39
3. 2. 3. 6 Recht auf Nichtwissen	40
3. 2. 3. 7 Recht auf Vergessen?	41
3. 3 Internationale Grundlagen für den Schutz privater Daten	42
3. 3. 1 Vereinte Nationen	42
3. 3. 2 Die Richtlinie des Rats der OECD	43
3. 4 Die Grundlagen der Europäischen Union	44
3. 4. 1 Das Datenschutzrecht und die Gesetzgebungskompetenzen	44
3. 4. 2 Europarat	45
3. 4. 2. 1 Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz	45
3. 4. 2. 2 Datenschutz-Konvention des Europarats	47
3. 4. 3 Der Vertrag von Lissabon (2007)	49
3. 4. 3. 1 Recht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation (Art. 7 EU-Charta)	49
3. 4. 3. 2 Datenschutzgrundrecht (Art. 8 EU-Charta)	50
3. 4. 3. 3 Datenschutzgrundrecht und datenschutzrechtliche Kompetenzbestimmung in Art. 16 AEUV	51

4. Die verfassungsrechtliche Herausforderung bei der Grundrechtsgefährdung durch Private - Schutzwirkung der Grundrechte im Privatrechtsbereich	
4. 1 Fehlende Grundrechtsbindung Privater	73
4. 2 Theoretische Untersuchung der Schutzpflicht - Möglichkeit zu unmittelbarer Grundrechtswirkung?	75
4. 2. 1 Die klassische These der Lehre der unmittelbaren Grundrechtswirkung	76
4. 2. 2 Die These der mittelbaren Grundrechtswirkung	76
4. 2. 3 Schutzwirkung der Grundrechte im Privatrechtsbereich - Die Schutzpflichtenlehre	78
4. 3 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	80
4. 3. 1 „Handelsvertreterentscheidung“	80
4. 3. 2 „Bürgschaftsentscheidung“	81
4. 3. 3 „Mietrechtsentscheidung“	83
4. 3. 4 „Ehefrauentcheidung“	83
4. 4 Der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts unter Privaten - eine Schutzpflicht des Staates?	84
4. 4. 1 Einleitung und Problemstellung	84
4. 4. 1. 1 Einleitung	84
4. 4. 1. 2 Zu enge Begrenzung des Schutzbereichs des informationellen Selbstbestimmungsrechts	87
4. 4. 2 Die ersten Ansätze für objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte in der Weimarer Reichsverfassung	89
4. 4. 3 Das Bundesverfassungsgericht als Vorreiter der Multifunktionalität der Grundrechte	91
4. 4. 4 Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte	94
4. 4. 5 Ein Grundrecht auf Sicherheit?	97
4. 4. 6 Die Schutzpflicht bei anderen Grundrechten	99
4. 4. 7 Die Durchsetzung der Schutzpflichtenfunktion	101
4. 4. 7. 1 Die Verfassungsgerichtsbarkeit als letztverbindliche Instanz zur Durchsetzung der Schutzpflichtenfunktion	101

4. 4. 7. 2 Die Konkretisierung der Schutzpflichten durch die Gesetzgebung	102
4. 4. 7. 3 Die verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischen Unterlassens	103
4. 4. 7. 4 Die Subjektivierung des Schutzpflichtensystems	104
4. 4. 7. 4. 1 Ein subjektives Recht auf Tätigkeit des Gesetzgebers	105
4. 4. 7. 4. 2 Kein subjektives Recht auf eine bestimmte Maßnahme	106
4. 4. 8 Zwischenergebnis	107
4. 5 Stellungnahme	108
4. 6 Resümee: Datenschutz an den Grenzen des Rechts	117
5. Schutz personenbezogener Daten im Streitfall	
5. 1 Rechtsschutz vor Gericht	125
5. 1. 1 Individualrechtsschutz und objektive Rechtskontrolle	125
5. 1. 2 Effektiver Rechtsschutz	126
5. 1. 3 Materielle Gerechtigkeit	128
5. 2 Möglichkeit zum Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Einführung von Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich	129
5. 2. 1 Einleitung	129
5. 2. 2 Mediation	131
5. 2. 2. 1 Mediation als Kommunikationsmethode	131
5. 2. 2. 1. 1 Kommunikationsstörungen - Befund und Hilfe	131
5. 2. 2. 1. 2 Verhadeln und Vermitteln als Kommunikationsmethode bei der Mediation	132
5. 2. 2. 2 Bedeutung des Mediationsverfahrens	133
5. 2. 2. 3 Verfahrensablauf	134
5. 2. 2. 4 Prozesse für das Mediationsverfahren	135
5. 2. 2. 5 Verfahren gerichtlicher Mediation - Rechtsschutz durch gerichtliche und gerichtsnahe Mediation	136

5. 2. 2. 6 Austrägalverfahren als Vorfahr des Mediationsverfahrens	137
5. 2. 2. 7 Außergerichtliche Mediation (gerichtsfern und gerichtsnah)	137
5. 2. 3 Ergebnis	138
5. 3 Verfassungsmäßigkeit der Datenschutzkontrolle durch den/die Datenschutzbeauftragten	139
5. 3. 1 EG-Datenschutzrichtlinie und Rechtsprechung des EuGH	139
5. 3. 1. 1 RL 95/46/EG	139
5. 3. 1. 2 EuGH	140
5. 3. 2 Verfassungsmäßigkeit der Datenschutzbeauftragten	142
5. 4 Zwischenergebnis	144
5. 4. 1 Parlamentarische Verantwortlichkeit	144
5. 4. 2 Sachliche Unabhängigkeit	146
5. 4. 3 Aufsicht	146
5. 4. 4 Eingriffsbefugnisse	147
5. 4. 5 Resumée	147
6. Ergebnis	149
Literaturverzeichnis	153

1. Einleitung

1.1 Datenschutz in der Ära des Internets

Weiss Google bald mehr über uns als wir selbst?

Google ist schon lange mehr als eine Suchmaschine. Mittlerweile gibt es mehr als 60 eigene Dienste. Wie z. B. Google Maps, Google Mail oder das Soziale Netzwerk Google Plus. Für viele muss man sich anmelden und jedes dieser Angebote hatte bislang seine eigenen Datenschutzbestimmungen. Ab 1. März 2012 gilt eine einschneidende Änderung: ¹ Der Nutzer gibt nur noch eine Datenschutzerklärung² ab, die dann für alle Angebote gültig ist. Laut Google soll die Internetsuche noch einfacher und besser auf den Anwender zugeschnitten sein. Es soll etwa Möglichkeiten für neue Anwendungen für die sog. „Google-Dienste“ schaffen, die bisher gerichtlich nicht möglich waren. Google soll mit den Änderungen der Datenschutzbestimmungen „nur“ das Recht gesichert haben, die Daten zwischen beliebigen Diensten auszutauschen. Es erhoben sich aber einige Kritiken.

Das zentrale Problem ist, dass Google Daten zusammenführt, die aus völlig unterschiedlichen Diensten stammen, und dass der Betroffene keine Eingriffsmöglichkeiten hat, darüber zu bestimmen. Das Argument von Google ist , dass je mehr Google über den Nutzer weiss, desto besser die Suche funktionieren soll. Aber der Nutzer weiss nicht welche Informationen verknüpft werden. Es könnte zu einer schweren Verletzung des Informationellen Selbstbestimmungsrechts führen.

¹ Quelle: FAZ.NET, Lockert Google den Datenschutz?, <http://www.faz.net/aktuell/technik-motor/neue-richtlinien-lockert-google-den-datenschutz-11624445.html> (Stand: 3. 2. 2013)

² <http://www.google.com/intl/de/policies/privacy/>

Die Formulierung der Datenschutzerklärung wird kritisiert. Das Wort „möglicherweise“ wurde 15mal benutzt, was mit europäischen Datenschutzrecht nicht vereinbart werden kann. Google sagt aber nur, dass keine Daten an Dritte verkauft werden.

Dazu wird geplant, dass die EU-Kommission eine neue eigene Richtlinie regelt, in der vor allem ein Anspruch auf die Löschung nicht nur im Internet, sondern auch anderswo verwendeter persönlicher Daten („Recht auf Vergessen“) garantiert wird. Es soll auch geregelt werden, dass jeder das Recht hat, eine Kopie der von einem Netzwerk gesammelten persönlichen Daten zu bekommen und die Daten zu anderen Netzwerken mitzunehmen.³ Das Recht auf Vergessen gilt nicht, wenn die Daten aus historischen oder statistischen Gründen gesammelt werden. Auch Journalisten sind von der Regelung weitgehend ausgenommen sein, was zum Schutz der Meinungsfreiheit angemessen erscheint. Ob dieses „Recht auf Vergessen“ als ein Grundrecht angesehen werden kann, könnte noch in der Literatur umstritten sein, aber es scheint, dass die europäische Regierung schon damit befasst hat, in der europäischen Datenschutz hereinzunehmen.⁴ Es könnte aber wichtig sein, dass es im Gesetz sorgfältig geregelt wird, damit dieses „Recht auf Vergessen“ nicht gegen die anderen Grundrechte wie Schutz der Privatsphäre aber auch sogar die Freiheit auf Berufswahl und Vermögen allzu sehr verstoßt.⁵

Mit der enorm schnellen Entwicklung der Technik im Internet und „sozialer Netzwerke“ wie Facebook oder Twitter, ist das Problem des Schutzes privater Daten wie in den oben dargestellten Beispielen ganz aktuell und wichtig. Daher ist es nötig, im heutigen Stand eine detaillierte Untersuchung auf der verfassungsrechtlichen und grundrecht-

³ Quelle: FAZ.NET, „Ein Recht auf Vergessen im Netz“, <http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/eu-kommission-will-mehr-datenschutz-ein-recht-auf-vergessen-im-netz-11623455.html> (Stand: 3. 2. 2013); Vgl. näher über die Debatte um die Novellierung des Europäischen Datenschutzes aber auch Bonner Presseblog, „Das neue Europäische Datenschutzrecht“, <http://bonner-presseblog.de/2013/01/24/das-neue-europaische-datenschutzrecht/> (Stand: 3. 2. 2013).

⁴ Vgl. darüber die Bemerkungen von der EU-Kommissionsvizepräsidentin zuständig für Justiz Viviane Reding in der Pressekonferenz am 10. 1. 2013. http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/11107_de.htm (Stand: 3. 2. 2013)

⁵ S. weiter darüber unten 3. 2. 3. 7

lichen Ebene zum Schutz privater Daten bei der Verletzung der Grundrechte insbesondere durch Drittparteien auszuführen.

1. 2 Untersuchungsgegenstand

„Die Situation des Datenschutzes ist paradox.“⁶ Als sich zu Beginn der 70er Jahre die Risiken einer rechnergestützten massenhaften und schnellen Verarbeitung personenbezogener Daten für die informationelle Selbstbestimmung und die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen erst abzeichneten, hatte der Datenschutz Hochkonjunktur. Heute ist die Informationsgesellschaft Realität. In der Informationsgesellschaft besteht nicht nur der Wunsch, sondern auch die Möglichkeit, automatisierte Informationen zu beschaffen und zu verarbeiten, um Profile zu erstellen (Persönlichkeitsprofile, Kundenprofile, Wählerprofile). Der früher nur als Schlagwort vielbeschworene „gläserne Mensch“ nimmt Gestalt an. Gleichwohl sieht sich der Datenschutz in den Hintergrund gedrängt. Die Sensibilisierung für die Bedeutung des Datenschutzes im Hinblick auf die Persönlichkeitsentfaltung der Bürgerinnen und Bürger, die, geleitet von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,⁷ zu einer hochentwickelten und weltweit vorbildlichen Datenschutzkultur in Deutschland geführt hat, hat abgenommen. Belange der äußeren und inneren Sicherheit, Wandel der Staatsaufgaben, Privatisierung und Verwaltungsmodernisierung, Belange der Wirtschaft, Konsequenzen der Globalisierung, Umbau der Sozialsysteme entwickeln eine Eigendynamik, angesichts derer der Datenschutz vielfach als effektivitätshemmender Störfaktor betrachtet wird. Das ändert indessen nichts an der datenschutzrechtlichen Relevanz der Funkerfassung.

So wird in dieser Arbeit untersucht, ob es erforderlich ist zum Schutz personenbezogener Daten im Internet ein neues Grundrecht zu entwickeln.(2) Danach wird untersucht,

⁶ Vgl. u. a. *Ronellenfötsch*, Funkerkennung (RFID) und Datenschutz, in: Europa im Wandel 2008, 172f.; *ders.*, Datenschutz in der Planfeststellung, in: FS Bartlsperger zum 70. Geburtstag, 2006, 373 ff, 374 f; *ders.*, Terrorismusbekämpfung und Datenschutz, in:3 jurpc. de..

⁷ BVerfGE 65, 1.

Einleitung

welche Methoden und rechtliche Grundlagen sowohl auf nationaler als auch internationaler Ebene zum Schutz privater Daten sich ergeben können.(3)

Da die meisten rechtlichen Grundlagen zum Schutz personenbezogener Daten „nur“ als ein Anspruch „gegen“ oder „zum“ Staat erhoben werden können, wird als nächstes untersucht ob es eine „verfassungsrechtlich-rechtstheoretische“ Art und Methode geben könnte zum Schutz gegen die Gefährdung personenbezogener Daten durch Private.(4)

Zuletzt wird untersucht, welche Methoden es schon gibt und welche es noch geben könnte beim Schutz gegen die Verletzung(5).

2. Notwendigkeit für ein neues Grundrecht zum Schutz personenbezogener Daten im Internet?

2. 1 Entwicklung der Technologie und Schutz personenzbezogener Daten

Durch die Entwicklung der Technologie wurde die Notwendigkeit des Schutzes für personenbezogene Daten als Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informations-technischer Systeme als eine ganz neue Art des Individualschutzes offenbar.⁸ Dieses Grundrecht soll als ein Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor besonderen Gefahren des Datenzugriffs durch unberechtigte Dritte schützen, die durch informationstechnische Systeme wie Computer, Netzwerk, Mobiltelefone, PDA's, USB-Sticks, externe Festplatten usw. begangen werden können.⁹ Da diese Eindringung durch Onlinezugriff vom Standort des informationstechnischen Systems unabhängig ist, ist der Schutz durch Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) vom Bundesverfassungsgericht zu Recht ausgeschlossen.¹⁰ Auch da das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich des Telekommunikationsgeheimnisses (Art. 10 GG) auf laufende Telekommunikationsvorgänge beschränkt hat und deshalb Zugriff auf schon gespeicherten Daten nicht vorsah, könnte bei solchen Grundrechtsverletzungen nicht genügend Schutz gewährt werden.¹¹

Die wichtigste Kritik, die das Bundesverfassungsgericht dazu eingenommen hat, war, dass das informationelle Selbstbestimmungsrecht gegen die staatliche Eindringung

⁸ BVerfGE 120, 274 (302ff.).

⁹ BVerfGE 120, 274 (313.f); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1012).

¹⁰ BVerfGE 120, 274 (309ff.); in der Literatur s. *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (926f.); *Gurliit*, NJW, 2010, 1037 (1038); zu krit. Erläuterungen und Befürwortung zu Art. 13 GG s. *Kutscha*, NJW 2007, 1169 (1170); *Rux*, JZ 2007, 285 (292ff.).

¹¹ BVerfGE 120, 274 (308); im Literatur s. *Rux*, JZ 2007, 285 (292).

und den Zugriff auf gespeicherte Daten der informationstechnischen Systeme nicht genügend geschützt wird. Diese Art unfreiwilliger Selbstgefährdung der Persönlichkeit, die bei einzelnen Betroffenen bei „Anvertrauen“ von Daten an informations-technische Systeme entstehen kann, ist nicht im Schutzbereich der „einzelnen Datenerhebung“, die nicht durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt werden kann.¹² Denn das informationelle Selbstbestimmungsrecht ist zum Schutz gegen die Gefahr der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen vom Bundesverfassungsgericht entwickelt worden und nicht für einzelne Datenerhebungen besonders durch Private.¹³ Weil noch Probleme wie Integritätsverletzung beim Zugriff auf gespeicherte Daten¹⁴ oder Beschlagnahme von E-Mails beim Internetprovider¹⁵ geklärt werden müssen,¹⁶ ist zum Schutz bei solchen Verletzungen noch viel zu diskutieren und zu entwickeln.

Das BVerfG hatte in seiner von der Öffentlichen Meinung geradezu euphorisch aufgenommenen¹⁷ Entscheidung¹⁸ diese Gefahrenlage angesichts der vom nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz eröffneten Möglichkeiten der Online-Durchsuchung von Computern und der sonstigen heimlichen Internet-Aufklärung durch Verfassungsschutzbehörden geschaffenen Lage verfassungsrechtlich zu bewerten. Das Gericht hat hohe Hürden für den staatlichen Zugriff errichtet und dabei im Ergebnis vor allem die Linie der Erwägungen zum Bestimmtheitsgebot und zur Verhältnismäßigkeit solcher Maßnahmen verlängert,¹⁹ die insbesondere mit den

¹² BVerfGE 120, 274(313).

¹³ *Eifert*, NVwZ 2008, 521; *Britz*, DÖV 2008, 411(413f.); *Kutscha*, NJW 2008, 1042 (1043); *Gurilit*, NJW, 2010, 1037 (1038); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009(1016f.).

¹⁴ *Eifert*, NVwZ 2008, 521(522).

¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat den Vorrang des Art. 10 GG bereits anerkannt. S. dazu BVerfG, NJW 2009, 2431 Rdnr. 51.

¹⁶ S. zu weiteren Überlegungen *Gurilit*, NJW, 2010, 1037.

¹⁷ Vgl. *Darnstädt*, Das Computer-Urteil des BVerfG hat ungeahnte Folgen, Der Spiegel Nr. 10 v. 3. 3. 2008, 42 („Schritt von historischer Dimension“); s. *ausf. Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung im Internet - Das BVerfG, NJW 2008, 521 f.

¹⁸ BVerfG, NJW 2008, 822.

¹⁹ BVerfG, NJW 2008, 822 (827., 829 ff., 835).

Telefonüberwachung²⁰ bereits deutlich gezogen wurden. Seine besondere Bedeutung hat das Urteil vor allem in zweierlei Hinsicht:

Das Gericht hat mit dem „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ ein neues, mit großem Entwicklungspotenzial versehenes Grundrecht benannt, mit dem gerade der neuen Qualität des Internets Rechnung getragen werden soll. Und das Gericht hat das Konzept des unantastbaren Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltungen fortgeführt, obwohl dessen Verletzung bei der Online-Durchsuchung besonders deutlich als praktisch unvermeidbar eingestuft wurde und sich damit ein typischer Kritikpunkt aus der Literatur²¹ aktualisierte, der insbesondere im Zusammenhang mit Art. 13 GG geäußert wurde.

2. 2 Möglichkeit der Grundrechtsverletzung im Internet

Die enorme Bedeutung des Internets für die private Lebensgestaltung ist unbestreitbar, aber es ist weit weniger eindeutig, dass die Bürger bei dieser Entwicklung nur durch ein neues Grundrecht angemessen geschützt werden können. Das BVerfG entwickelt das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ als Antwort auf die Diagnose einer Schutzlücke. Weder Art. 10 GG noch Art. 13 GG noch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung könnten einen angemessenen Schutz gegen die Gefährdungen durch Private sicherstellen. Während es überzeugt, dass Art. 10 GG als

²⁰ BVerfGE 113, 1 = NJW 2005, 2443.

²¹ Vgl. *Lepsius*, Jura 2005, 433 (439); *Gusy*, JuS 2004, 457 (458f.); *Denninger*, ZRP 2004, 101 (103); *Schenke*, Polizei- und OrdnungsR, 4. Aufl. (2005), Rdnr. 194 m. Fn. 452.

Schutz der spezifischen Gefahren räumlich-distanzierter Kommunikation insbesondere nicht die schützenswerten Daten erfassen kann, die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeichert bleiben,²² und es ebenso einsichtig ist, dass Art. 13 GG wegen seines räumlichen Bezugs weder gegen die Datenerhebung selbst in Anschlag gebracht werden kann, noch die standortunabhängige Möglichkeit der Datenerhebung zu begrenzen vermag,²³ ist die angenommene²⁴ Schutzlücke des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung weit weniger offensichtliche.

Der unzulässige Rückschluss von hoher Eingriffsintensität auf eine Schutzlücke hinsichtlich der Vertraulichkeit (Datenerhebung) ist nicht erlaubt. Das BVerfG argumentiert hier zentral damit, dass der Zugriff bei der Online-Durchsuchung „in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt, weit hinaus“ gehe.²⁵ Damit wird aber letztlich unzulässigerweise aus einer besonderen Intensität des Eingriffs auf eine Lücke im Schutzbereich geschlossen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung umfasst grundsätzlich den Schutz vor Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe personenbezogener Daten,²⁶ und zwar von Beginn an,²⁷ gerade auch wegen der Gefahr der Erstellung von Persönlichkeitsprofilen.²⁸ Dass bei der Online-Durchsuchung besonders viele und besonders sensible Daten in einem Vorgang erhoben werden können, macht sie zu einem besonders gravierenden Eingriff in dessen Schutzbereich, ändert aber nichts daran, dass dieses Recht genau davor schützen soll. Soweit es also um die Gewährleistung der Vertraulichkeit der in einem informations-technischen System gespeicherten Daten geht, liegt keine Schutzlücke vor,

²² BVerfG, NJW 2008, 822 (823 f.).

²³ BVerfG, NJW 2008, 822 (826).

²⁴ BVerfG, NJW 2008, 822 (826f.).

²⁵ BVerfG, NJW 2008, 822 (827).

²⁶ BVerfGE 65, 1 (43) = NJW 1984, 419, und seitdem st. Rspr.

²⁷ BVerfGE 65, 1 (42) = NJW 1984, 419.

²⁸ Umfassende Aufarbeitung der Entwicklung und des Inhalts des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bei *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, 149 ff.; krit. Anm. zur Figur der Persönlichkeitsprofile *Trute*, in: Roßnagel(Hrsg.), Hdb, DatenschutzR, 2003, Abschn. 2.5 Rdnr. 26.

sondern nur die Notwendigkeit, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die besonders hohe Eingriffsintensität mit entsprechend hohen Schutzanforderungen zu reagieren. Das neue Grundrecht nimmt hier angesichts der regelmäßig hohen Eingriffsintensität eine Vertypung vor, mittels derer die Gefährdung des Persönlichkeitsrechts hervorgehoben und so die Eingriffsschwelle besonders deutlich markiert werden kann. Es sollte dann aber als Unterfall der informationellen Selbstbestimmung und nicht, wie vom Gericht konstruiert, als parallele, wenn auch subsidiäre Ausprägung eingeordnet werden.

Kein eigener Schutzbedarf hinsichtlich der Integrität. Das Grundrecht schützt allerdings ausweislich seines Namens auch darüber hinaus die Integrität der informations-technischen Systeme. Gerade hier werden die spezifische Qualität des Internets und die technischen Bedingungen und Auswirkungen der Online-Durchsuchung aufgegriffen und reflektiert.²⁹ Hier greift das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch in der Tat nicht mehr. Allerdings stellen sich dann grundsätzliche Fragen hinsichtlich der grundrechtlichen Ableitung, wie z. B. die des Schutzbedarfs.

Während das Grundrecht hinsichtlich des Vertraulichkeitsschutzes entsprechend den gerichtlichen Ausführungen³⁰ ebenso überzeugend wie schon früher das hier genauso gut schützende Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet werden kann, fällt dies hinsichtlich des Integritätsschutzes schwerer. Der Bezug zur Persönlichkeit ist hier nur noch mittelbar und instrumentell. Das Gericht begrenzt den Schutz deshalb auch überzeugend auf solche Systeme, die in hohem Maße Zugang zu personenbezogenen Daten ermöglichen.³¹ Gerade vor diesem Hintergrund wird dann aber der eigenständige Schutzbedarf zweifelhaft. Die Integrität der Systeme ist nur deshalb gefährdet, weil deren Verletzung den letztlich angestrebten Zugriff auf die im System gespeicherten Daten ermöglicht.

²⁹ S. BVerfG, NJW 2008, 822 (830).

³⁰ BVerfG, NJW 2008, 822 (826).

³¹ BVerfG, NJW 2008, 822 (827).

Es handelt sich also gewissermaßen um eine Annex-Gefahr, der nicht selbstständig begegnet werden muss, sondern beim Schutz der Daten immer zugleich hinreichend Genüge getan wird. Wenn aber der Zugriff auf die Daten grundrechtlich gerechtfertigt ist, ist immer auch die dazu erforderliche Integritätsbeeinträchtigung gerechtfertigt. Das wird besonders deutlich an den Ausführungen des Urteils, in denen näher auf die technischen Fragen der Online-Durchsuchung eingegangen wird, denn sie erfolgen im Rahmen der umfassenderen Bestimmung der Eingriffsintensität.³² Jedenfalls müsste ein realistisches, persönlichkeitsrelevantes, eigenständiges Gefahrenpotenzial für die Integrität der technischen Systeme aufgezeigt werden können, wenn das neue Grundrecht nicht nur für den Schutz vor dem Staat, sondern auch vor Privaten aufgeboten werden soll; wie das gehen soll ist (noch?) nicht ersichtlich.

Damit ist es unnötig in dieser Untersuchung über dieses vom Bundesverfassungsgericht „neu entwickelte“ Grundrecht zu diskutieren. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet prinzipiell schon den Schutz der Persönlichkeitsentfaltung.

³² BVerfG, NJW 2008, 822 (830).

3. Rechtliche Grundlagen für den Schutz privater Daten

3. 1 Methoden und rechtliche Grundlagen zum Schutz privater Daten

3. 1. 1 Datenschutzrechtliche Regelungssysteme in der Bundesrepublik

Deutschland

Es gibt auf unterschiedlichen normativen Ebenen verschiedene datenschutzrechtliche Anforderungen. Das deutsche Verfassungs- und einfaches Recht sind die grundlegenden Rechtsquellen. Aber in Zeiten der Globalisierung ist es selbstverständlich, auch völkerrechtliche und europarechtliche Normen zu beachten, da der grenzüberschreitende Charakter der Daten durch Internet, Netzwerke und Daten-transportationsmittel, wie USB-Sticks nicht nur soziale und technische Seiten, sondern auch normative Seiten umfasst.

Da die deutsche rechtliche Anforderung zum Datenschutz meistens viel höher und stärker als die Anforderungen anderer europäischer³³ und völkerrechtlicher Regelungen steht,³⁴ müssen die innerstaatlichen Normen entsprechend mit internationalen Verpflichtungen ausgelegt werden. Wenn ein völkerrechtlicher Vertrag durch Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in den innerstaatlichen Bereich umgesetzt wird, bekommt dieses Gesetz den Rang eines einfachen Bundesgesetzes,³⁵ für das im Prinzip die *lex posterior* Regel gilt. Das Bundesverfassungsgericht leitet jedoch aus der Entscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit einen

³³ S. dazu näher *Hornung*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2005, 340 (343 f.).

³⁴ Zur Entwicklung deutscher Datenschutzrechte s. *Simitis*, in: Simitis(Hrsg.), 2006, Einl. Rn. 112 ff.; zur Entwicklung außerhalb Europas *Burkert*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2003, Kap. 2.3, Rn. 78 ff., 90 ff.; zur Umsetzung der DSRL *ders.*, Rdnr. 64 ff.; *Brühann*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2003, Kap. 2.4, Rdnr. 64 ff.

³⁵ S. dazu *Streinz*, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Art. 59 Rn. 60 ff.; *Zuleeg*, in: Denninger/Hoffmann/Schneider/Stein(Hrsg.), Art. 24 Abs. 3/Art. 25 Rdnr. 10 ff., Losebl.

Auslegungsgrundsatz ab, der in Zweifelsfällen einer Deutung Vorrang gibt, die in Übereinstimmung mit dem völkerrechtlichen Vertrag steht.³⁶ Eine derartige Auslegung ergibt sich aus der Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG).³⁷ Eine Abweichung von dieser Regelung gilt nur, wenn der Gesetzgeber eine klare Absicht gezeigt hat, vom Vertragsinhalt abweichen zu wollen.³⁸ Wenn diese Anforderung nicht erfüllt ist, liegt eine Verletzung des Grundrechts in Verbindung mit dem Rechtsstaatprinzip vor.³⁹

Danach ist es erforderlich, dass das deutsche Datenschutzrecht mit dem Europäischen Gemeinschafts- und Unionsrecht⁴⁰ und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁴¹ ausgelegt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat bislang zwar nur wenige Beispiele gegeben, internationale und europäische Menschenrechte ins deutsche Verfassungsrecht zu übernehmen.⁴² Jedoch ist es wichtig, bei der Auslegung des Grundgesetzes „Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen“⁴³ und „die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes“⁴⁴ zu untersuchen.

Der folgende Überblick gibt eine Orientierung über die innerstaatlich-deutschen, europäischen und internationalen Grundlagen des Datenschutzrechts, mit Erörterung einzelner Details rechtlicher Anforderungen.

³⁶ S. zuletzt sehr ausdrücklich BVerfG, JZ 2004, 1171; dazu *Klein*, JZ 2004, 1176 ff.; *Grupp/Stelkens*, JZ 2005, 133 ff.; *Sauer*, ZaöRv 2005, 35 ff.

³⁷ BVerfG, JZ 2004, 1171 (1174 f.).

³⁸ BVerfGE 74, 358 (370); BVerwGE 110, 203 (210 ff.).

³⁹ BVerfG, JZ 2004, 1171(1172).

⁴⁰ *Lorenz*, DVBl. 2001, 428, 431; *Streinz* 2003, Rdnr. 168 ff.

⁴¹ S. BVerfGE 74, 358 (370); BVerwGE 94, 35 (48 ff.); 100, 287 (296 f.); vgl. ausführlich *Uerpmann* 1993, 35 ff.; 109 ff.; *Grabenwarter* 2003, 21 ff.

⁴² S. dazu *Bryde*, *Der Staat* 2003, 61, 68 ff.

⁴³ BVerfGE 74, 358(370).

⁴⁴ BVerfGE 74, 358 (370); JZ 2004, 1171, 1173 f.; vgl. zur Wirkung von Urteilen des EGMR in der deutschen Rechtsordnung *Pache*, *EuR* 2004, 393, 402 ff. m.w.N.; s.a. *Sauer*, *ZaöRv* 2005, 35 ff.

3. 1. 2 Gesetzgebungskompetenz in der Bundesrepublik Deutschland

In Deutschland gab es bisher noch keinen Anlass für Kompetenzstreitigkeiten im Vergleich mit der EU. Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG steht den Ländern durch die allgemeine Kompetenzverteilung des Grundgesetzes das Recht der Gesetzgebung zu, soweit keine Bundeskompetenz besteht. Zu beachten ist aber, dass es keine spezifische Kompetenzgrundlage für Datenschutzgesetze gibt. Obwohl im BDSG vielfältige Regelungen vorgesehen sind, ist eine einheitliche, gesamte und abdeckende Regelungsbreite des Gesetzes nicht vorhanden.⁴⁵

Bei dem nicht-öffentlichen Bereich - wie Datenverarbeitung durch Private - ist im Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 und 11 GG bei konkurrierender Gesetzgebungskompetenz sowie auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bei Übermittlung von Arbeitnehmerdaten der Schutz vorgesehen.

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung des Bundes trifft der Anwendungsbereich des BDSG auf Grund der Gesetzgebungskompetenz durch Art. 73 und 74 GG.⁴⁶ Aus der durch Art. 74 GG vorgesehenen konkurrierenden Gesetzgebung ergibt sich die Kompetenz der Gesetzgebung aus Art. 72 Abs. 2 GG. Dabei ist zu bedenken, dass eine abdeckende und einheitliche Regelung zur Sicherung der gemeinschaftlichen Interessen erforderlich ist.⁴⁷

Auch außerhalb des Bereichs von BDSG und LDSGen ergeben sich die Regelungskompetenzen bei den jeweiligen spezifischen Normen. Dadurch können die

⁴⁵ *Simitis*, in: *Simitis(Hrsg.)*, 2006, § 1 Rdnr. 6.

⁴⁶ *Gola/Klug*, 2003, S. 7; so auch *Simitis*, in: *Simitis(Hrsg.)*, 2006, § 1 Rdnr. 6.

⁴⁷ *Gola/Klug*, 2003, S. 8.

Länder auf das Datenschutzrecht einwirken, wie im Bereich des Rundfunks oder der Polizei-, Kommunal- und Schulverwaltung.⁴⁸

3. 2 Verfassungsrechtlicher Rechtsrahmen im Grundgesetz und „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“

3. 2. 1 Einleitung

Das BVerfG hat das informationelle Selbstbestimmungsrecht als einen Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts konstruiert und unter den Schutz von Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG gestellt.⁴⁹ Auch für den Schutz der spezifischen Grundrechte stehen jeweilige vorgesehene Grundrechte,⁵⁰ wie der Schutz der Privatsphäre,⁵¹ das Recht am eigenen Wort⁵² und das Recht am eigenen Bild⁵³ für den Schutz der Daten. Bei dem Schutz der Privatsphäre werden „nur“ solche Grundrechte gewährt den Schutz wie in sozialen und räumlichen Hinsicht, während bei dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch vorgesehen ist, durch das Recht am eigenen Wort und am eigenen Bild die private Freiheit (Privatheit) - wie über die Präsentation der eigenen Person selbst zu entscheiden - zu schützen.⁵⁴ Das BVerfG hat seit dem Jahr 1984 im Volkszählungsurteil⁵⁵ das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

⁴⁸ *Gola/Klug*, 2003, S. 8.

⁴⁹ BVerfGE 65, 1 (42).

⁵⁰ *Gurliit*, NJW 2010, 1036 f.

⁵¹ BVerfGE 80, 367 (373f.); 101, 361 (382f.); 120, 180 (199).

⁵² BVerfGE 34, 238 (246f.); 54, 148 (155); 106, 28 (41).

⁵³ BVerfGE 101, 361 (381); *BVerfG*, NJW 2005, 3271 (3272); BVerfGE 120, 180 (198).

⁵⁴ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2 I Rdnr. 166; *ausf. Britz*, 2007, 37ff., 52ff.; s. auch *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513(521).

⁵⁵ BVerfGE 65, 1(42).

entwickelt, das dem Einzelnen das Recht und die Befugnis, „selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“, gewährleisten soll.⁵⁶

Ein absolutes „Naturrecht“ über die eigenen Daten folgt aber hieraus nicht. Das informationelle Selbstbestimmungsrecht soll eher als ein Selbstdarstellungsrecht die freie Entfaltung der Persönlichkeit absichern, darf aber nicht gegen das in „Kommunikationsprozesse eingebundene Individuum“⁵⁷ einwirken, um Fremdzuschreibungen abzuschirmen.⁵⁸ Bei dem Schutz personenbezogener Daten ist aber bisher der Grundrechtsschutz als nicht bedeutend anzusehen, da die privaten Daten unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung nicht in den Bereich des Schutzes fallen.⁵⁹

Andererseits ist in der Literatur herrschende Meinung, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus der Menschenwürde abgeleitet wird.⁶⁰ Daher können sich die juristischen Personen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht berufen. Aus diesem Grund hat das BVerfG für das allgemeine Persönlichkeitsrecht für die Unternehmen die Möglichkeit geöffnet, wenn die Eigenschaften der natürlichen Personen nicht berührt sind. Da das informationelle Selbstbestimmungsrecht auch als ein Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrecht besteht,⁶¹ gilt es auch für das informationelle Selbstbestimmungsrecht, soweit der Mangel an Gesetz für unternehmensbezogene Daten es erfordert.⁶² Auch das BVerfG hat nicht davon abgehalten, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bei spezifischem Persönlichkeitsschutz subsidiär von Art. 1 Abs. 1 GG herzuleiten.⁶³

⁵⁶ ständige Wendung seit BVerfGE 65, 1(43).

⁵⁷ *Gurlit*, NJW 2010, 1036.

⁵⁸ *Britz*, 2007, 47 f.; *Albers*, 2006, S. 152ff., 454ff.;

⁵⁹ BVerfGE 65, 1 (45) = NJW 1984, 419; krit. zum weiten Schutzbereich *Ladeur*, DÖV 2009, 45 (48ff.).

⁶⁰ Vgl etwa BVerfGE 54, 148(153); 72, 155(170). Krit. dazu *Britz*, 2007, S. 25f.

⁶¹ BVerfGE 118, 168 (203); über „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ vgl. BVerfGE 106, 28 (42ff.).

⁶² Unternehmensbezogene Daten werden normalerweise als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, BVerfGE 115, 205 (230).

⁶³ *Gurlit*, NJW 2010, 1036.

Aus dem Grund ergibt sich das Bedürfnis, auch auf andere Grundrechte einen Blick zu werfen, aus denen man - auch wenn es nur subsidiär wirken würde - den Schutz privater Daten gewährleisten kann.

3. 2. 2 Verfassungsrechtliche Grundlagen zum Schutz privater Daten

3. 2. 2. 1 Fernmeldegeheimnis

Im Art. 10 Abs. 1 GG werden die Kommunikationsgeheimnisse, insbesondere das Telekommunikationsgeheimnis geschützt. Da dieses Grundrecht private Kommunikation vor der Öffentlichkeit schützt, hat dieses Grundrecht einen Vorrang vor dem Grundrecht auf informationellen Selbstbestimmung.⁶⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat die Erweiterung des Schutzbereichs durch technischen Fortschritt schon anerkannt, dadurch werden alle Arten von Telekommunikation geschützt i. S. d. Art. 10 Abs. 1 GG.⁶⁵ D. h. Kommunikationsmittel des Internets wie E-Mail⁶⁶ und Verkehrsdaten (§3 Nr. 30 TKG) wie z. B. der Kommunikationspartner, Zeit, Ort und Häufigkeit der Kontakte sind im Schutzbereich.⁶⁷

Aber bei den mitgeführten betriebsbereiten Mobiltelefonen reicht das bloße Bereitsein zur Kommunikation, dass für IMSI-Catcher die Geräte- und Kartenummer usw. erfassbar sind, die zugriffsmöglich aber außerhalb des Schutzbereichs liegen.⁶⁸

⁶⁴ BVerfGE 67, 157 (171); vgl. auch BVerfGE 107, 299 (312); 113, 348 (364); jüngst BVerfG, NJW 2010, 833 Rdnr. 191.

⁶⁵ Der Schutzbereich ist ungeachtet der Übertragungsart (Kabel, Funk, analog or digital) und der Ausdrucksformen (Sprache, Bilder, Töne, Zeichen). S. dazu BVerfGE 106, 28 (36); BVerfGE 115, 166 (182); BVerfGE 120, 274 (307); u. im Literatur *Gurilit*, NJW 2010, 1036 f.

⁶⁶ BVerfGE 113, 348 (383); BVerfGE 120, 274 (307).

⁶⁷ BVerfGE 67, 157 (172); s. auch BVerfGE 107, 299 (312f.); 115, 166 (183); jüngst *BVerfG*, NJW 2010, 833 Rdnr. 189.

⁶⁸ BVerfG, NJW 2007, 351 Rdnr. 57ff.

Das Bundesverfassungsgericht ist der Meinung, dass, anders als ein normales Gespräch unter Anwesenden, das von den Kommunikationsparteien beherrscht werden kann, das Gespräch, das mit technischen Übermittlungsvorgängen erfolgt, den primären Zweck im Schutz vor Risiken benötigt.⁶⁹ Durch diese Rechtsprechung, hat sich das Bundesverfassungsgericht selbst den Schutzbereich des Grundrechts funktional beschränkt. Wenn nur allein die Vertraulichkeit der Nutzung des technischen Mediums bei der Entscheidung die Rolle spielt, nicht vom Kommunikationspartner aktivierte Mithörvorrichtungen, die einem Dritten die Informationsteilnahme ermöglichen, zu unterbinden kann man sich nicht mit dem Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses dagegen wehren.⁷⁰ Auch wenn die Gesprächspartner andere eigene Schutzvorkehrungen gegen einen ungewollten Zugriff auf die in den Geräten gespeicherten Daten treffen können, kann man sich auch nicht mit dem Grundrecht des Telekommunikationsgeheimnisses dagegen wehren.⁷¹ Aus diesem Grund soll man sich bei der Beschlagnahme für den Zweck des Auslesens der gespeicherten Daten nicht auf Art. 10 Abs. 1 GG berufen, sondern soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Alternative sein.⁷² Art. 10 Abs. 1 GG bleibt nur maßgeblich, sofern der Zugriff auf Daten einer abgeschlossenen Kommunikation nicht im alleinigen Herrschaftsbereich des Empfängers, sondern bei einem zur Übermittlung eingeschalteten Dritten wie dem Internetprovider usw. vorgenommen wird.⁷³ Dadurch kam die Diskussion um den Schutz von gespeicherten Daten (wie E-Mails) zu Ende.⁷⁴ Aber die Meinung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Schutzbereichszuordnung nach der Beherrschbarkeit geändert werden soll, ist nicht überzeugend, weil diese Rechtsprechung gegen die Kritik, dass die Beherrschung vom Betroffenen (Gesprächspartner) aus technischen Gründen kaum möglich sein soll, sich nicht wehren kann.⁷⁵

⁶⁹ BVerfGE 85, 386 (396); BVerfGE 106, 28 (36); BVerfGE 107, 299 (313); BVerfGE 115, 166 (184).

⁷⁰ BVerfGE 106, 28 (38).

⁷¹ BVerfGE 115, 166 (184); BVerfGE 120, 274 (307f., 340).

⁷² BVerfGE 115, 166 (183ff.).

⁷³ BVerfG, NJW 2009, 2431 Rdnr. 42ff.; s. auch *Klein*, NJW 2009, 2996; *Gurlit*, NJW 2010, 1036.

⁷⁴ Zur Bedeutung im Arbeitsrecht *Wolf/Mulert*, BB 2008, 442; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290; jüngst *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80.

⁷⁵ *Frenz*, NVwZ 2007, 631 (632), *Gurlit*, NJW 2010, 1036f.

3. 2. 2. 2 Unverletzlichkeit der Wohnung

Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung schützt den räumlichen Bereich der Privatsphäre, in dem jeder das Recht hat, in Ruhe gelassen zu werden.⁷⁶ Das Grundrecht ist nicht nur für den Schutz gegen physisches, sondern auch gegen technisch vermitteltes Eindringen.⁷⁷ Art. 13 Abs. 1 GG hat Vorrang vor dem Schutz der räumlichen Privatsphäre als dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.⁷⁸ Das Bedürfnis auf Abgrenzung vom Telekommunikationsrecht liegt insbesondere bei Lauschangriffen vor.⁷⁹ Aber wenn durch technische Verwanzung - Anzapfen - der Wohnung Äußerungen in einem Telefongespräch abgehört werden, ist das Abhören von Ferngesprächen nicht im Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG.⁸⁰

3. 2. 2. 3 Datenschutzrecht

Das Datenschutzrecht ist konkretisiertes Verfassungsrecht, das, auf mehrere Regelungen verstreut, geregelt wird.⁸¹ Auf die Erhebung und Verarbeitung der wichtigen personenbezogenen Daten wird in den allgemeinen Datenschutzgrundsätzen, wie der Europäische Datenschutzrichtlinie⁸² über die Anforderungen an die Datenqualität,⁸³ an die Datenverarbeitung⁸⁴ und an die Informationserfordernisse eingegangen.⁸⁵

⁷⁶ BVerfGE 51, 97 (107); 109, 279 (313f.).

⁷⁷ BVerfGE 65, 1 (40); BVerfGE 109, 279 (309).

⁷⁸ BVerfGE 109, 279 (325f.).

⁷⁹ *Gurlit*, NJW 2010, 1036 f.

⁸⁰ *Hermes*, in: *Dreier* (Hrsg.), 2004, Art 10 Rdnr. 97

⁸¹ S. dazu *Ronellenfitsch*, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl*(Hrsg.), 2009, 651ff.

⁸² Richtlinie 95/46/EG (ABl. EG Nr. L 281/31 v. 23. 11. 1995, S. 31); s. dazu *Brühmann*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2003, S. 131 ff.

⁸³ Art. 5 RL 95/46/EG.

⁸⁴ Art. 7 f. RL 95/46/EG.

⁸⁵ Art. 10 ff. RL 95/46/EG.

Wie auch andere Europäischen Richtlinien, wurden diese Grundsätze durch innerstaatliche Gesetze sowohl des Bundes als auch der Länder umgesetzt. Nach diesen innerstaatlichen Gesetzen ist die Verarbeitung personenbezogener Daten absolut verboten mit der Ausnahme, wenn es eine Regelung dafür gibt oder wenn die Einwilligung der Betroffenen ohne jeden Zweifel existiert (*repressives Verbot mit Zulassungsvorbehalt*).⁸⁶ Es ist klar, dass die Zulassung personenbezogener Daten nur für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke erfolgen soll (*Zweckbindungsgrundsatz*).⁸⁷ Die Zulässigkeit bei der Verarbeitung personenbezogener Daten liegt nur vor, wenn die rechtmäßige Erfüllung der Aufgaben der datenverarbeitenden Stelle für den jeweils damit verbundenen Zweck erforderlich ist (*Erforderlichkeitsgrundsatz*).⁸⁸ Die Erweiterung des Erforderlichkeitsgrundsatzes darf nur anerkannt werden, wenn zur Zweckerreichung nur die geringste nötige Menge personenbezogener Daten durch Entwicklung oder Auswahl des Verfahrens wie automatisierte Verarbeitung der Daten benutzt wird.⁸⁹ Das Ziel der Datenvermeidung und Datensparsamkeit soll bei der Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen bewusst beachtet werden (Grundsatz der „Datenaskese“).⁹⁰

⁸⁶ § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 Abs. 1 Nr. 1 BDSG. S. dazu *Ronellenfitsch*, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl*(Hrsg.), 2009, 651.

⁸⁷ Art. 6 Abs. 1 lit. b DatenschutzRL; vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl* (Hrsg.), 2009, 651.

⁸⁸ § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 1, § 15 Abs. 1 Nr. 1, § 16 Abs. 1 Nr. 1 BDSG; s. dazu *Ronellenfitsch*, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl*(Hrsg.), 2009, 651.

⁸⁹ Vgl. *Ronellenfitsch*, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl*(Hrsg.), 2009, 651

⁹⁰ § 3a BDSG. S. dazu *Ronellenfitsch*, in: *Manssen/Jachmann/Gröpl*(Hrsg.), 2009, 651(652).

3. 2. 3 Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

3. 2. 3. 1 Entstehungsgeschichte und heutige Lage

3. 2. 3. 1. 1 Entwicklung

Mit dem EU-Verfassungsvertrag vom 29. Oktober 2004⁹¹ glaubte man, dem Traum zu dem Europäischen Bundesstaat einen großen Schritt näher gekommen zu sein, da durch diesen Vertrag alle bestehenden EU-Verträge aufgehoben und durch einen einheitlichen Text mit der Bezeichnung „Verfassung“ ersetzt werden sollten.⁹² Vor dem Inkrafttreten des Verfassungsvertrags war jedoch seine Ratifikation durch die nationalen Parlamente oder durch Volksabstimmungen notwendig. Franzosen und Niederländer empfanden mehrheitlich den europäischen Superstaat als Albtraum. Sie lehnten den Verfassungsvertrag kurzerhand ab. Die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten riefen daraufhin eine Reflexionsphase aus, um nach Möglichkeiten zu suchen, den Bevölkerungen das Vertragswerk ohne größere substantielle Veränderungen doch noch schmackhaft zu machen („Rettung des Verfassungsprojekts“⁹³). Auf dem Treffen des Europäischen Rates in Brüssel vom 21./22. Juni 2007 beschlossen sie schließlich, lediglich die bestehenden EU-Verträge zu ändern, statt sie durch eine „Verfassung“ zu ersetzen. Beim EU-Gipfel am 18./19. Oktober 2007

⁹¹ ABl. EU Nr. C 310 vom 16. 12. 2004; BT-Drs 15/4900.; hierzu Callies/Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union*, Komm., 2006.

⁹² *Schwarze*, Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza, NJW 2002, 993 ff.; *Oppermann*, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl. 2003, 1165 ff.; *Oppermann*, Eine Verfassung für Europa, DVBl. 2003, 1165 ff., 1234ff.; *Meyer / Hölscheidt*, Die Europäische Verfassung des Europäischen Konvents, EuZW 2003, 613 ff.; *Magiera*, Die Arbeit des europäischen Verfassungskonvents und der Parlamentarismus, DÖV 2003, 578 ff.; *Görlitz*, Europäischer Verfassungsvertrag und künftige EU-Kompetenzen, DÖV 2004, 374 ff.; *Albi / van Elsuwege*, The EU-Constitution, National Constitutions and Sovereignty, European Law Review, 2004, 741 ff.; *Kotzur*, Die Ziele der Union: Verfassungsidentität und Gemeinschaftsidee, DÖV 2005, 313ff.; *Putler*, Die neuen Vertragsänderungsverfahren der Europäischen Verfassung im Lichte des Grundgesetzes, DÖV 2005, 401 ff.; v. *Bogdandy*, Konstitutionalisierung des europäischen Öffentlichen Rechts in der europäischen Republik, JZ 2005, 529 ff..

⁹³ *Oppermann*, Von der Gründungsgemeinschaft zur Mega-Union, DVBl. 2007, 329 ff.(336).

vereinbarten die Staats- und Regierungschefs den endgültigen Vertragstext, der am 13. Dezember 2007 unterzeichnet wurde.⁹⁴

Da man von diesen „Unfall“ mit den Volksabstimmungen gelernt hatte, sollte durch die 26 EU-Mitgliedstaaten die Ratifizierung des Vertrags allein durch (zustimmende) Abstimmung der nationalen Parlamente erfolgen. Lediglich Irland als einer der größten Nutznießer der EU durfte die Änderung der EU-Verträge von einem Referendum abhängig machen. Bis Ende 2008 sollte der Vertrag durch alle Mitgliedstaaten ratifiziert sein, so dass er am 1. Januar 2009 hätte in Kraft treten können. Am 12. Juni 2008 stimmten 53% der Iren gegen den Vertrag. Der damalige Staatspräsident von Frankreich, Sarkozy, der 2008 die EU-Ratspräsidentschaft innehatte und im Juli 2008 Dublin besuchte, um die Iren zur Wiederholung der Volksabstimmung zu bewegen, löste mit diesem Anliegen Verärgerung aus, die der damalige irische Premierminister Brian Cowen auch deutlich zum Ausdruck brachte.⁹⁵ Am 15. Oktober 2008 stellte Cowen dem Europäischen Rat eine Analyse zum irischen Referendum über den Lissabon-Vertrag vor. Der Europäische Rat verständigte sich darauf, auf diese Problematik beim Treffen im Dezember zurückzukommen und dann Lösungswege für das Jahr 2009 zu suchen. Am 10. Dezember 2008 einigte man sich auf einen Kompromiss. Danach sollte Irland ein zweites Referendum durchführen gegen die Zusage, weiter einen Kommissar stellen zu dürfen. Außerdem sollte der Vertrag der militärischen Neutralität Irlands Rechnung tragen und das Abtreibungsverbot in Irland respektieren.⁹⁶ Trotz der Verfassungsbeschwerden in Deutschland, ist der kaum geänderte Vertrag dann doch in Kraft getreten.

⁹⁴ Hierzu näher *Ronellenfitsch*, Der Vorrang des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung vor dem AEUV, DuD 2009, 452f.

⁹⁵ FAZ 169/22.7.2008, 2.

⁹⁶ CO-CL 5;17271/08.

3. 2. 3. 1. 2 Heutige Lage

Seit Erlass des Volkszählungs-Urteils ist die Informationsgesellschaft Wirklichkeit geworden. Die früher überzogenen Gefährdungsvorstellungen haben sich zu realen Gefahren verdichtet. Dennoch und trotz seiner verfassungsrechtlichen Verankerung tut sich der Datenschutz heute schwer. Mehrere Entwicklungen drängen ihn in den Hintergrund. Seit dem Volkszählungsurteil hat sich das Datenumfeld gravierend verändert. In Zeiten des weltweiten Terrorismus⁹⁷ ist das Sicherheitsbedürfnis so groß, dass man geneigt ist, alle Formen der Datenvernetzung und Zusammenarbeit der Dienste, der Telefonüberwachung und der biometrischen Erfassungen zuzulassen. Dem hat das Bundesverfassungsgericht einen Riegel vorgeschoben. Vor allem im Jahr 2008 ergingen einige schwerwiegende Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Datenschutz.

Am spektakulärsten war das Urteil v. 27. 2. 2008 zur „Online-Durchsuchung“,⁹⁸ mit dem das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme kreierte.⁹⁹ Unmittelbar auf Hessen bezogen war das Urteil vom 11. 3. 2008,¹⁰⁰ mit dem die Regelung des § 14 Abs. 4 HessSOG über die automatisierte Erfassung von Autokennzeichen aufgehoben wurde. Durch diese Entscheidungen bekräftigte das Bundesverfassungsgericht das deutsche Grundrechtssystem, das sich trotz häufig deckungsgleichen Sprachgebrauchs von der europäischen Grundrechtecharta grundlegend unterscheidet.

⁹⁷ Hierzu *Ronellenfitsch*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Krieg gegen den Terrorismus, in: Kossoy-Symposium 2006, 115 ff.

⁹⁸ 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07-, NJW 2008, 1042 m. Anm. *Kutscha*, NJW 2008, 1042ff.

⁹⁹ Kritisch *Britz*, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DÖV 2008, 411ff.; *Sachs/Krings*, Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, 481ff.; positiv *Hirsch*, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, NJOZ 2008, 1907 ff.; *Leisner*, Das neue „Kommunikationsgrundrecht“ - Nicht Alibi für mehr, sondern Mahnung zu weniger staatlicher Überwachung, NJW 2008, 2902 ff..

¹⁰⁰ 1 BvR 2074/05, 1 BvR 1254/07-, NJW 2008, 1505; hierzu Besprechung durch *Roßnagel*, Verfassungsrechtliche Grenzen polizeilicher Kfz-Kennzeichenerfassungen, NJW 2008, 2547 ff.

3. 2. 3. 2 Rechtliche Konstruktion des informationellen Selbstbestimmungsrechts in Deutschland und der EU

In Deutschland ist die informationelle Selbstbestimmung eine rechtstaatliche Fundamentalnorm im Sinne des Art. 23 GG. Da ein Grundrecht auf Datenschutz im Grundgesetz nicht ausdrücklich genannt ist, hätte das Bundesverfassungsgericht an sich allein auf die allgemeine Handlungsfreiheit zurückgreifen können. Das tat es aber nicht, sondern stützte das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ - wie zuvor das Recht auf Privatheit - auf Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Dogmatisch war die Kombination des am weitesten beschränkbarsten Grundrechts des Art. 2 Abs. 1 GG mit der nach h. M. unbeschränkbarsten Menschenwürde eine fragwürdige Angelegenheit. Eine schematisch-starre Sichtweise wäre hier unangebracht. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist flexibler Bestandteil der Grundrechteordnung des Grundgesetzes. Diese nimmt in Art. 2 Abs. 1 GG ihren Ausgang und markiert lediglich den Grundbereich unbenannter Freiheitsrechte, die sich auf einer gleitenden Skala auf Art. 1 Abs. 1 GG zu bewegen. Je näher das Pendel bei Art. 1 Abs. 1 GG ausschlägt, desto strenger sind die Voraussetzungen für die Einschränkung, desto größer wird die Begründungslast für die Beschränkung. Ratio legis ist die Möglichkeit zu differenzieren. Grundsätzlich handelt es sich bei der informationellen Selbstbestimmung um ein beschränkbares Grundrecht.¹⁰¹ Generell bedürfen solche Beschränkungen einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich ihre Voraussetzungen und ihr Umfang klar und für die Betroffenen erkennbar ergeben. Ferner sind die Datenschutzgrundsätze zu beachten.

In der EU erfasste die Datenschutz-RL nur die Erste Säule der Gemeinschaften. Ob ein gemeineuropäisches Datenschutzgrundrecht aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und den internationalen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte herausdestilliert werden kann, erscheint zweifelhaft.¹⁰² Ausgenommen

¹⁰¹ Vgl. *Künast*, „Meine Daten gehören mir“ - und der Datenschutz gehört ins Grundgesetz, ZRP 2008, 201 ff.

¹⁰² Vgl. aber *Siemen*, Datenschutz als europäisches Grundrecht, 2006.

von der Anwendung der Datenschutz-RL sind die zweite und dritte Säule der EU, also der Bereich der GASP und der PJZS. Am Freitag, dem 28. November 2008, wurde eine Presse-Mitteilung bekannt, wonach der Rat Datenschutzgrundsätze für die zweite und Dritte Säule beschlossen hat.

Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon wurden die Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, die bisher Teil der intergouvernementalen Zusammenarbeit waren (Titel VI EU-Vertrag) und die Dritte Säule bildeten, in den allgemeinen Rahmen der Union als Teil der geteilten Zuständigkeit für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und die in diesem Bereich erweiterten beziehungsweise neu geschaffenen - neuen Handlungsmöglichkeiten der Union überführt. Das bedeutet jedoch „noch“ nicht, dass es durch die Verschmelzung der Ersten und Dritten Säule zu einer automatischen Unterwerfung der Dritten Säule unter den Normbestand der Ersten Säule kommt. Vielmehr sind die Überleitungsbestimmungen in Betracht zu ziehen, die den Besonderheiten der Dritten Säule Rechnung tragen. Dies folgt auch aus der inhaltlich eingeschränkten Regelungsermächtigung des Art. 16 Abs. 2 der Grundrechtecharta. Danach erlässt weiterhin der Rat einen Beschluss zur Festlegung von Vorschriften über den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich dieses Kapitels fallen, und über den freien Datenverkehr.

Da die Datenschutz-RL die allgemeinen Datenschutzgrundsätze zum Ausdruck bringt und auch die Grundrechtecharta einen effektiven Datenschutz bezweckt, besteht in der Regel die gleiche Zielsetzung wie im nationalen Datenschutzrecht. Die Schutzintensität ist aber unterschiedlich, zumal der dynamische Datenschutz sich in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich entwickeln kann. Deshalb kann es beim Erlass und der Anwendung der europäischen und nationalen Normen des Datenschutzes zu Kollisionen

kommen.¹⁰³ Dann ist das Rangverhältnis der Rechtsordnungen zu bestimmen, Dies gilt erst recht bei indirekten Kollisionen, bei denen die informationelle Selbstbestimmung mit Regelungen der EU aus einem anderen Bereich in Konflikt gerät.¹⁰⁴ Schließlich ist das Rangverhältnis selbst dann zu klären, wenn EG-Recht unmittelbar von nationalen Behörden, aber auch im Verwaltungsverbund¹⁰⁵ vollzogen wird.

3. 2. 3. 3 Staatliche Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und Schutz personenbezogener Daten

Ein besonderer Schutz für personenbezogene Daten wurde zuerst vom Grundrecht auf Privatsphäre herangezogen, da die Daten der Informationsbetroffenen eng mit ihrem persönlichen Lebensbereich zusammenhängen.¹⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat durch mehrere Entscheidungen das Bedürfnis des Schutzes personenbezogener Daten mehrmals ausdrücklich ausgesprochen¹⁰⁷ und hat danach das Recht auf informationelle Selbstbestimmung¹⁰⁸ entwickelt, das auf den ersten Blick als von Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitetes neues „Grundrecht auf Datenschutz“¹⁰⁹ ansieht, für dessen Konstituierung - so die Kritik - nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern der Verfassungsgeber zuständig sein soll. Diese Meinung kommt dadurch zu Stande, dass

¹⁰³ *Albert / Widmaier*, Mögliche Konfliktbereiche von Divergenzen im europäischen Grundrechtsschutz, EuGRZ 2006, 113 ff. Zu europa-permissiv *Uerpmann-Witzack*, Doppelter Grundrechtsschutz für die zukünftige Europäische Union, DÖV 2005, 152 ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Niedobitek*, Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, VerwArch 2001, 58 ff.

¹⁰⁵ *Sydow*, Vollzug des europäischen Unionsrechts im Wege der Kooperation nationaler und europäischer Behörden, DÖV 2006, 66 ff.

¹⁰⁶ BVerfGE 27, 1 (7 f.); 27, 344 (351); 34, 205 (208 f.); 32, 373 (378 f.); 44, 353 (372 ff.); 89, 69 (82 f.); 33, 367 (375); 80, 367 (373 ff.). In der Literatur s. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 173f. S. aber auch o. 3.2.3.2.

¹⁰⁷ Siehe die Verweise in BVerfGE 65, 1 (42) auf: BVerfGE 27, 1 (6); 27, 344 (350 f.); 32, 373 (379); 35, 202 (220); 44, 353 (372 f.); 54, 148 (155); 56, 37 (41 ff.); 63, 131 (142 f.).

¹⁰⁸ BVerfGE 65, 1(43 sowie Leitsatz Nr.2), 78, 77(84); 84, 192(194); 92, 191(197); 96, 171(181); 191, 106(121); BVerwG, Urt. v. 20. 2. 1990, DVBl. 1990, 707(708); BVerfG, Beschl. v. 10. 10. 2000, NVwZ 2001, 185; BVerfG, Beschl. v. 14. 12. 2000, NJW 2001, 879; BVerfG, Beschl. v. 28. 8. 2000, NJW 2001, 503(505); BVerfG, Beschl. v. 15. 3. 2001, EuGRZ 2001, 249 (252). Aus der Literatur: *Lang*, 1997, 28 ff.

¹⁰⁹ So aber *Bäumler*, JR 1984, 361(362).

bei allgemeinen Persönlichkeitsrechten anders als beim herkömmlichen Schutz der Privatsphäre und dahinzufügbaren - durch Entwicklung moderner Techniken wie Datenspeicherung, Datenvernetzung und -verarbeitung bedrohten (neu erkannten) - Grundrechten die Entwicklung der Grundrechte offen stehen und deshalb durch Grundrechte selbst beeinflusst werden kann.¹¹⁰ Auf Grund dieser neu erkannten Grundrechtsverletzungsmöglichkeit soll das aber nicht heißen, dass dadurch eine neue Form für den Grundrechtsschutz erforderlich ist.¹¹¹ Aber dieses neu erkannte Grundrecht soll dazu wirken, dass dadurch eine neue (andere) Möglichkeit für die steigenden Grundrechtsschutzanforderungen hinzukommt.

Bei diesem Grundrechtsschutz handelt es sich darum, dass nicht nur der Missbrauch der personenbezogenen Daten, sondern auch die Bedrohung durch die Gefahr einer „totalen Registrierung und Katalogisierung und damit eine einfache Abrufbarkeit eines umfassenden Persönlichkeitsprofils einer betroffenen Person“¹¹² und – sogar noch gefährlicher - bei Fehlern im Ergebnis eines Datenverarbeitungsprozesses wegen inhaltlich unrichtiger Daten die Möglichkeit einer Fehlentscheidung hinzukommt, welche beide beim Grundrechtsschutz berücksichtigt werden müssen.¹¹³ Der Einzelne, der natürlich nicht wissen kann, was für Daten von ihm gesammelt werden oder gar was für Daten er hinterlässt, weiß nicht, dass er nun als ein bloßes Objekt des Staataktes oder - noch problematischer - unternehmerischen Marketings behandelt wird. Heutzutage ist es nicht mehr selten, dass die Unternehmen solche Datensammlungen aufbauen und verarbeiten, dass sich womöglich ein Szenario wie in George Orwell's Roman „1984“ vorstellen lässt. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist deshalb ein Grundrechtsschutzmittel des der modernen Entwicklung angepassten Persönlichkeitsschutzes.¹¹⁴ Wie schon oben geschrieben handelt es sich bei dem informationellen Selbstbestimmungsrecht nicht um ein neu

¹¹⁰ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/ders.(Hrsg.), Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 108.

¹¹¹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 173f.

¹¹² Di Fabio, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 173f.

¹¹³ BVerfGE 65, 1 (42); Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, 27 ff.; Heußner, BB 1990, 1281;

¹¹⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 173f.

erfundenes Grundrecht, sondern um eine „interpretatorische Fortschreibung“¹¹⁵ und eine Ableitung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zum Schutz auf Selbstdarstellung.¹¹⁶ Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht davon abhängig, dass bei Verletzung der Privatsphäre die Intimsphäre berührt wird,¹¹⁷ und es wird immer unabhängiger von der „Qualität“ der betroffenen personenbezogenen Daten, weil die Entwicklung der Informationstechnologie leicht ein umfassendes Persönlichkeitsprofil verfügbar macht und es dadurch keinen Sinn mehr macht, die Qualität der Daten zu erwähnen.¹¹⁸

Das informationelle Selbstbestimmungsrecht¹¹⁹ ist i. S. d. Grundrechts auf Selbstdarstellung ein Selbstbestimmungsrecht über personenbezogene Informationen.¹²⁰ Dadurch wird dem Grundrechtsträger anerkannt, dass er eine grundsätzliche Befugnis hat, selbst über die Sammlung und Verwendung seiner personenbezogenen Daten zu bestimmen.¹²¹ Bei dem Begriff der persönlichen Daten - Informationen als Schutzobjekt - wird im Bundesdatenschutzgesetz (in der derzeitigen Fassung § 3 Abs. 1 BDSG) klar dargestellt, dass er alle Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person schützt.¹²²

Zuerst hat das Bundesverfassungsgericht das informationelle Selbstbestimmungsrecht als Schutzmittel für das durch die Entwicklung der Technologie bedrohte Grundrecht entwickelt,¹²³ aber der Schutzbereich hat sich immer weiter ausgebreitet und erfasst heutzutage nicht nur den Schutz über die automatische Datensammlung und -verarbeitung

¹¹⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 173f.

¹¹⁶ *Simitis*, NJW 1984, 398 (399); *Kunig*, Jura 1993, 595 (596).

¹¹⁷ Bei früheren Entscheidungen war es ein wichtiger Entscheidungsgrund. S. dazu BVerfGE 27, 1(7 f.).

¹¹⁸ BVerfGE 65, 1(45). Hierzu *Heußner*, BB 1990, 1281(1282 f.).

¹¹⁹ So BVerfGE 96, 171(181).

¹²⁰ *Vogelgesang*, 1987, 23.

¹²¹ BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); EuGRZ 2001, 249 (252); *Jarass*, NJW 1989, 857 (858).

¹²² *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 175f.; Vgl. auch *Vogelgesang*, , 1987, 25.

¹²³ BVerfGE 65, 1 (41 f.). Im Literatur vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 176.

personenbezogener Daten, sondern auch manuell registrierter Daten.¹²⁴ Allerdings ist ein staatlicher Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Hinblick auf den Erhebungsakt ausgeschlossen, wenn die Information aus offenen Quellen stammt.¹²⁵ Was die Informationserhebung angeht, so stellen sich einige Fragen bezüglich zielgerichteter Ermittlungsmaßnahmen (z.B. bei Polizeikontrollen, insbesondere im Rahmen sog. Schleierfahndungen¹²⁶ zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung) bei Zeugenbefragungen, Ausforschung beschlagnahmter Unterlagen, Observationen,¹²⁷ beim Einsatz von V-Leuten¹²⁸ oder gar bei staatlicher Videoüberwachung,¹²⁹ die als staatliche Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu bewerten sind.¹³⁰ Der Grundrechtsträger wird somit durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs.1 GG vor Persönlichkeitsausforschung in Form grafologischer Gutachten geschützt. Automatische Datenverarbeitungsvorgänge, wie die Erstellung und Verarbeitung von Persönlichkeitsprofilen durch Genuntersuchungen und Genanalysen und auch die Speicherung oder Verwendung der DNA-identifizierbaren Daten stehen unter Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹³¹ In der Rechtsprechung wird Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG als ableitbares Grundrecht durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dargestellt, das jede Art der Verletzung durch Dritte,¹³² Behörden¹³³ und auch die Öffentlichkeit¹³⁴ - sowie auch vor Übermittlung an dieselben - schützt. Diese Arten von Dateneingriffen dürfen nur vorgenommen werden,

¹²⁴ BVerfGE 78, 77 (84). Aus der Literatur: *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), 1999, Art. 2, Rdnr. 71; *Starck*, in: v. Mangoldt/ Klein/ders.(Hrsg.), 1999, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 86 ff. u. 108.

¹²⁵ *Kunig*, Jura 1993, 595 (601).

¹²⁶ Zur verfassungsrechtlichen Problematik von Schleierfahndungsmaßnahmen: *Lisken*, NVwZ 1998, 22 ff.

¹²⁷ Vgl. BVerwGE 74, 115 (117).

¹²⁸ *Duttge*, JZ 1996, 556(559 f.). Siehe dazu § 110a StPO.

¹²⁹ Zur Videoüberwachung des öffentlichen Raumes: *Dolderer*, NVwZ 2001, 130 (131); *Roggan*, NVwZ 2001, 134 (135).

¹³⁰ S. dazu *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 176f.

¹³¹ BVerfG, Beschl. v. 14. 12. 2000, NJW 2001, 879 ff.; BVerfG, Beschl. v. 15. 3. 2001, EuGRZ 2001, 249 (252); *Busch*, NJW 2001, 1335 ff.

¹³² BVerfG, Beschl. v. 25. 7. 1988, NJW 1988, 3009 f.; *Pardey*, NJW 1989, 1647 ff.; *Erichsen*, in: ders./ Kollhossler/Welp(Hrsg.), 1996, 23 ff.

¹³³ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 176; S. auch *Heckel*, NVwZ 1994, 224 ff.

¹³⁴ BVerfGE 78, 77 (84). S. dazu *Trute*, JZ 1992, 1043 ff.; ders., JZ 1995, 255.

wenn der Betroffene zustimmt¹³⁵ oder gesetzliche Regelungen, die nicht anonyme Verwendung personenbezogener Daten erlaubt.¹³⁶ Anonymisierte Verwendung und Übermittlung von personenbezogenen Daten werden zwar dadurch nicht geschützt,¹³⁷ was aber für einzelne Datenerhebungen nicht der Fall sein sollte. Dabei verlangt das Bundesverfassungsgericht prozedurale und organisatorische Schutzregelungen, die vor Datenmissbrauch grundsätzlich schützen.¹³⁸ Für verfahrensgemäße Schutzregelungen gibt es Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten zum Verfassungsgebot.¹³⁹ Wie §19 Abs. 1 Nr. 1 BDSG regelt, bestehen Rechtsgrundlagen für Auskunft und Aktenvorlagen i. S. d. Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung. Dabei bestehen aber Anwendungs- und Auslegungsprobleme¹⁴⁰ im Zusammenhang mit Beweisfragen in gerichtlichen Verfahren.¹⁴¹

Die betroffene Person hat das Recht, gegenüber dem Staat über die Verwendung und Verarbeitung seiner eigener Daten (über alle ihn betreffenden gespeicherten Informationen) Auskunft zu erhalten, wobei aber aus Gründen des Gemeinwohls oder zum Schutz Dritter - natürlich unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – sein Schutzrecht eingeschränkt werden kann.¹⁴² Wenn also Sammlung, Verwendung und Verarbeitung sowie auch Übermittlung an andere Behörden¹⁴³ ohne spezielle Rechtsgrundlagen der personenbezogenen Daten erfolgt, verletzt dieser Akt das Grundrecht i. S. d. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, und es bestehen dadurch die Rückgabepflicht an den Berechtigten und ein Beweisverwertungsverbot.¹⁴⁴

¹³⁵ Jarass, NJW 1989, 857(858).

¹³⁶ Hierzu *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 184

¹³⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 177; *Murswiek*, in : Sachs(Hrsg.),1999, Art. 2, Rdnr. 121, vgl. auch BVerfGE 65, 1 (51)

¹³⁸ BVerfGE 65, 1 (48 ff.). S. dazu auch *Di Fabio*, in Mauz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 182 ff.

¹³⁹ BVerfGE 65, 1 (46); BVerfG, Beschl. v. 10. 10. 2000, NVwZ 2001, 185; BVerfG, Beschl. v. 14. 12. 2000, NJW 2001, 879 (881)

¹⁴⁰ Vgl. z. B. für Art. 1 Abs. 1 LV Rh.Pf.: VerfGH RH.-Pf., Entsch. v. 4. 11. 1998, DVBl. 1999, 309 (310 ff.).

¹⁴¹ BVerfGE 101, 106 (121 f.)

¹⁴² *Gallwas*, NJW 1992, 2785 (2789); *Simitis/Fuckner*, NJW 1990, 2713 ff.

¹⁴³ *Di Fabio*, in: Mauz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 184.

¹⁴⁴ BVerfGE 65, 1 (46); 84, 239 (280). Siehe bereits BVerfGE 44, 353 (383 f.).

3. 2. 3. 4 Staatliche Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht und die erforderliche Rechtfertigung sowie Schranken beim staatlichen Eingriff

3. 2. 3. 4. 1 Allgemeines

Durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung werden nicht alle - anscheinenden - Grundrechtsverletzungen schrankenlos geschützt.¹⁴⁵ Der Staat könnte zur vielfachen Erledigung der Aufgaben Vorratsdaten gebrauchen,¹⁴⁶ um effektiv handeln zu können. Dabei soll der einzelne Betroffene als homo socialis rechtmäßige Eingriffe auf personenbezogene Daten grundsätzlich hinnehmen.¹⁴⁷ Wenn aber diese Eingriffe ohne rechtmäßige Ermächtigungsgrundlage das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verletzen, könnte man durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG diese Verletzung abwehren¹⁴⁸ und Vernichtung seiner betroffener Daten verlangen.¹⁴⁹ Die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht unter Orientierung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt, sind ziemlich hoch.¹⁵⁰ Allgemein muss der Grundrechtsträger Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nur im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen; die Einschränkung darf nicht weitergehen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich

¹⁴⁵ BVerfG, Beschl. v. 14. 12. 2000, NJW 2001, 879 (880); BVerfG, Beschl. v. 15. 3. 2001, EuGRZ 2001, 249 (252)

¹⁴⁶ Scholz/Pitschas, 1984, 104.

¹⁴⁷ BVerfGE 65, 1 (43 f.); 78, 77 (85); BVerfG, Beschl. v. 25. 7. 1988, NJW 1988, 3009 f.

¹⁴⁸ OVG Lüneburg, Urt. v. 12. 2. 1991, NJW 1992, 192 ff.; VG Berlin, Urt. v. 3. 6. 1993, NJW 1993, 2548 ff.; OVG Koblenz, Beschl. v. 7. 1. 1986, NVwZ 1986, 575 f.

¹⁴⁹ BVerfGE 65, 1 (46). An diesem Punkt gibt es eine Ähnlichkeit mit dem neu „erfundenen“ Grundrecht auf Vergessen. S. weiteres u. 3. 2. 3. 7.

¹⁵⁰ BVerfGE 78, 77 (85 ff.); BVerfG, Beschl. v. 14. 12. 2000, NJW 2001, 879 (880 f.).

ist.¹⁵¹ Es könnte aber dazu kritische Meinungen geben, da je höher die Anforderungen gestellt werden, desto weniger haben die Betroffenen selbst die Kontrolle über die Daten, und als Folge davon werden desto mehr personenbezogener Daten benutzt werden können.¹⁵² Bei sog. verdachtslosen Kontrollen wie Schleierfahndungsmaßnahmen könnten als präventive Maßnahme Vorratsdaten gespeichert werden, dass das aber nur zum Schutz des Staats und dessen Mitglieder benutzt werden soll.¹⁵³ Da der Schutzbereich nach Arten der Daten und Gefahren der Verletzungen geändert werden soll, soll der Gesetzgeber möglichst früh Regelungen treffen, um diese Gefahren möglichst zu beseitigen.¹⁵⁴

3. 2. 3. 4. 2 Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein fundamentaler Grundsatz für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit allen staatlichen Handelns, der als „principle of proportionality“ auch in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert ist.¹⁵⁵ Durch Art. 8 Abs. 2 EMRK darf das Recht auf Privatleben nur dann eingeschränkt werden, wenn es „erforderlich“ ist. Diese Art von Regelung kann auch in Art. 6 Abs. 1 lit. c DSRL¹⁵⁶ und in Art. 52 Abs. 1 EU-Charta¹⁵⁷ gefunden werden. Für das Verhältnismäßigkeitsprinzip gibt es zwar keine ausdrückliche Regelung im Grundgesetz in deutschen Rechtsraum, aber es wird durch das Rechtsstaatsprinzip,¹⁵⁸ und manchmal auch durch die Grundrechte¹⁵⁹ gestützt, was in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und

¹⁵¹ S. dazu *Di Fabio*, in: Mauz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 181. In der Rechtsprechung vgl. BVerfGE 65, 1 (44); 67, 100 (143); 78, 77 (85); 84, 239 (279 f.); 85, 219 (224)

¹⁵² *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., 1999, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 109.

¹⁵³ S. dazu *Di Fabio*, in: Mauz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Fn. 1021.

¹⁵⁴ BVerfGE 65, 1 (44). Hierzu: *Vogelgesang*, 1987, 77 ff.; *Di Fabio*, in: Mauz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 184.

¹⁵⁵ *Hornung*, 2005, 155 ff.

¹⁵⁶ *Bizer*, in: Simitis(Hrsg.), § 3a Rdnr. 32; *Brühann*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2003, Kap. 2.4, Rdnr. 30.

¹⁵⁷ Näher *Borowsky*, in: Meyer(Hrsg.), Art. 52 Rdnr. 18 ff.

¹⁵⁸ BVerfGE 23, 127 (133); *Stern* 1994, 771 ff.; *Sachs*, in: ders.(Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 146 m.w.N.

¹⁵⁹ BVerfGE 90, 145 (173); *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig(Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 32; *Pieroth/Schlink* 2003, Rn. 273.

in der Literatur überwältigend anerkannt wird.¹⁶⁰ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt vor allem die Verfolgung des rechtmäßigen Zwecks, den Einsatz des rechtmäßigen Mittels und zuletzt die Eignung, Erforderlichkeit und objektive Zumutbarkeit des Mittels zur Zweckerreichung.¹⁶¹

Für die Rechtmäßigkeit einer Erhebung, Verarbeitung und Verwendung der Daten kann dieses Verhältnismäßigkeitsprinzip verwendet werden.¹⁶² Bei der Erforderlichkeitsprüfung ist stets zu fragen, ob auf ein konkretes Datum, einen konkreten Datenzugriff oder eine eingriffsintensive Datenvorhaltung nicht verzichtet werden kann, ohne dass die Zweckerreichung gefährdet wird.¹⁶³ Im Rahmen der Beurteilung der objektiven Zumutbarkeit muss entschieden werden, ob die Gefahren im Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung bestehen. Zur Bejahung der Verhältnismäßigkeit ist auch erforderlich, dass die verantwortliche Stelle ohne die Datenverwendung nicht, nicht rechtzeitig, nicht vollständig oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand in der Lage wäre, ihre Aufgabe ordnungsgemäß zu erfüllen.¹⁶⁴

3. 2. 3. 4. 3 Zweckbindung und Zweckbegrenzung

Das datenschutzrechtliche Zweckbindungsprinzip ist i. V. m. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verstehen, und daher sind Zweckentfremdungen verfassungsrechtlich unzulässig.¹⁶⁵ Die Datenverwendung muss eindeutig und ausdrücklich in der

¹⁶⁰ BVerfGE 7, 377 (405, 407 f.); im Literatur s. *Stern* 1994, 762 m.w.N.

¹⁶¹ v. *Münch*, in: ders./Kunig(Hrsg.), vor Art. 1-19 Rn. 55; *Sachs*, in: ders.(Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 149 ff.; *Stern* 1994, 775 ff.; *Hornung*, 2005, 155 ff.; zur weiteren Verwendungsmöglichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips s. in der Rechtsprechung: BVerfGE 30, 292 (316); 50, 217 (227); 67, 157 (173); 80, 103 (107); u. in der Literatur: *Sachs*, in: ders.(Hrsg.), Art. 20 Rdnr. 150 f.; *Stern* 1994, 780.

¹⁶² Vgl. *Gola/Schomerus*, 2007, § 13 Rn. 3 ff.; insbes. der Grundsatz der Erforderlichkeit zieht sich durch das gesamte BDSG, vgl. *Sokol*, in: *Simitis*(Hrsg.), § 13 Rdnr. 25.

¹⁶³ *Hornung*, 2005, 156 f.

¹⁶⁴ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 98; BVerfGE 65, 1 (46); das ist im Sinne einer *conditio sine qua non* zu verstehen, s. *Auernhammer*, § 13 Rdnr. 6; *Sokol*, in: *Simitis*(Hrsg.), § 13 Rdnr. 26.

¹⁶⁵ *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 2 Rn. 186; *Podlech*, in: *Denniger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein*(Hrsg.), 2002, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 82; *Bizer* 1992, 148; *Schmitz* 2000, 14 m.w.N.; v. *Zeuschwitz*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, Kap. 3.1, Rdnr. 3; *Trute*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, Kap. 2.5, Rdnr. 37 ff.

Regelung bestimmt werden und darf nur im Bezug auf einen konkreten Zweck geeignet verwendet werden.¹⁶⁶ Nur allgemein formulierte Aufgabennormen - wie §§ 32, 34 StGB - dürften auch nicht genügen.¹⁶⁷ Vielmehr sollte es nur genügen, wenn Zweck und Ermächtigungsumfang hinreichend deutlich aus der Norm hervorgehen¹⁶⁸ oder bestimmt auch systematisch von einer sonstigen Norm ausgelegt werden kann.¹⁶⁹ Nachträgliche Zweckänderungen, die zu einer Datenverwendung außerhalb des ursprünglichen Zwecks führen, stellen einen selbständigen Grundrechtseingriff dar,¹⁷⁰ da auch bei einer „harmlosen“ Änderung des Verarbeitungszwecks eine neue Bedeutung sich ergeben kann.¹⁷¹ Aus diesem Grund ist bei diesem neuen Eingriff eine neue gesetzliche Ermächtigungsgrundlage oder eine Einwilligung erforderlich, damit man den Zweck erreichen kann, dass die Daten nicht zu anderen, unbestimmten Zwecken verwendet werden.¹⁷²

Die Zweckbindung bei der Datenverwendung ist nicht nur mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern auch dem Gebot der Normenklarheit verbunden.¹⁷³ Dadurch wird dem Betroffenen deutlich, wozu die Verwendung seiner Daten dient, und es bestimmt das Ziel und den Umfang zulässiger Datenverarbeitung und die Begrenzung auf diese.¹⁷⁴ Im Vergleich mit der Normenklarheit und Zweckbindung ergeben sich einige Begrenzungen. Erstens: wenn der Zweck der Verwendung erreicht ist, müssen die Daten zugleich gelöscht werden, weil von diesem Zeitpunkt an i. V. m der Zweckbestimmung eine Speicherung nicht mehr erforderlich ist.¹⁷⁵ Zweitens: wenn im Laufe des Verwendungsprozesses sich ergibt, dass ein Personenbezug der Daten

¹⁶⁶ BVerfGE 65, 1, (46); *Gola/Schomerus*, § 14 Rdnr. 9.

¹⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 20. 2. 1990, JZ 1991, 471 (474) in Literatur : *Deutsch*, Die heimliche Erhebung von Informationen und deren Aufbewahrung durch die Polizei, 1992, 170 ff.

¹⁶⁸ BVerfGE 92, 191 (198).

¹⁶⁹ BVerfGE 92, 191 (197 f.).

¹⁷⁰ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, 2001, 115; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 157.

¹⁷¹ *Roßnagel/Wedde/Hammer/Pordesch*, 1990, 120; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 157.

¹⁷² *Denninger*, KJ 1985, 215, 220; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 157.

¹⁷³ *Denninger*, KJ 1985, 215, 223; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 157.

¹⁷⁴ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka*, 2001, 111.

¹⁷⁵ BVerfGE 100, 313 (362).

nicht mehr notwendig ist, müssen diese Daten anonymisiert oder pseudonymisiert werden.¹⁷⁶ Sog. Informationshilfe - also ein Austausch personenbezogener Daten als eine Art der Amtshilfe - ohne konkrete Ermächtigungsgrundlage und „nur“ i. S. einer aus Art. 35 Abs. 1 GG abgeleiteten Kompetenzverleihung ist nicht gerechtfertigt.¹⁷⁷ Sogar innerhalb einer Behörde soll bei der Verarbeitung personenbezogener Daten so wenig wie möglich verbreitet werden,¹⁷⁸ was aber heutzutage, wo alle Daten durch Computer und zentrale Netzwerke etwa Internet gebunden sind, ganz schwer fallen mag. Schließlich muss das rechtliche Gebot der Zweckbindung nach Nr. 8 der Anlage zu § 9 BDSG auch technisch abgesichert werden.¹⁷⁹

3. 2. 3. 4. 4 Informationelle Gewaltenteilung

Das Prinzip der informationellen Gewaltenteilung hängt eng mit dem Zweckbindungsgedanken zusammen.¹⁸⁰ Die Idee der informationellen Gewaltenteilung kann zwei sich ergänzende Grundgedanken teilen. Wenn über Informationen der Betroffenen unkontrolliert und unbegrenzt verfügt werden kann, müsste es erstens zu einer staatlichen Machtkonzentration,¹⁸¹ und zweitens zur Erschwerung der Selbstdarstellungs- und Identitätsbildungsmöglichkeit der Betroffenen in vielfältigen Kommunikationsbeziehungen führen.¹⁸² Um diese Probleme zu vermeiden, verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass bei Datenverarbeitungen zu unterschiedlichen Zwecken in der Verwaltung eine Trennung gewährleistet werden

¹⁷⁶ BVerfGE 65, 1 (51); *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 100; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 142.

¹⁷⁷ BVerfGE 65, 1 (46), 84, 239 (280). Zu weiteren Diskussionen über die Amtshilfe s. *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*(Hrsg.), 2009, Art. 2, Fn. 1037.

¹⁷⁸ BVerwG, Beschl. v. 20. 2. 1989, NJW 1989, 1942.

¹⁷⁹ S. dazu *Hornung*, *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 303(309 f.). Zu internationalen Grundlagen der Zweckbindung s. o. 20f.; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 157 ff..

¹⁸⁰ *Simitis*, in: *Simitis*(Hrsg.), Einl. Rn. 36; *Topp*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2003, Kap. 8.12, Rdnr. 44; *Dix*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2003, Kap. 3.5, Rdnr. 7; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 157 ff.

¹⁸¹ *Heußner*, BB 1990, 1281, 1283 f.

¹⁸² *Podlech*, in: *Denniger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein*(Hrsg.), 2002, Art. 2 Abs. 1 Rn. 45; v. *Zeuschwitz*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, Kap. 3.1, Rdnr. 1.

soll.¹⁸³ Aber der Staat darf nicht als Informationseinheit angesehen werden, wobei das Wissen einer Behörde nicht heißen soll, dass alle anderen Behörden über die bestimmten Daten verfügen können.¹⁸⁴

Die informationelle Gewaltenteilung¹⁸⁵ könnte im Hinblick auf vielfältige Gefahren und Entwicklungen als nicht mehr aktiv erscheinen,¹⁸⁶ aber da zum Schutz der personenbezogenen Daten höhere Anforderungen gestellt werden sollen, hat dies immer noch einen Sinn. Womöglich aber könnte es durch gesellschaftliche und technische Entwicklungen der sog. Informationsgesellschaft inhaltliche Änderungen geben. Da der Gesetzgeber nicht mehr immer für alle personenbezogener Daten sorgen kann, sieht das Bundesverfassungsgericht den Datenschutzbeauftragten als ein wichtiges Organ an.¹⁸⁷

In internationalen Rechtsnormen ist jedoch das Prinzip der informationellen Gewaltenteilung nicht leicht zu finden. Aber da dieses Prinzip einen Bezug zu dem Grundsatz der Zweckbindung hat, soll dieses Prinzip als ein wichtiges Datenschutzmittel anerkannt werden, wobei es in der deutschen Literatur nicht umstritten ist.

3. 2. 3. 5 Sonderfall: Schutz vor Selbstbelastung

Den Schutz des verfassungsrechtlich geschützten Selbstdarstellungsrechts kann man in Form des einfachen Gesetzes in vielfältigen Regelungen finden.¹⁸⁸ Nach Bundesverfassungsgericht

¹⁸³ BVerfGE 65, 1 (69); BVerfG, NJW 1988, 959, 961.

¹⁸⁴ *Denninger*, KJ 1985, 215, 222; *Mückenberger*, KJ 1984, 1, 19 ff.; *Roßnagel/Wedde/Hammer/Pordesch* 1990, 121 f.; *Simitis*, in: *Simitis*(Hrsg.), Einl. Rdnr. 36; *ders.*, NJW 1986, 2795, 2800 et passim; *Tinnefeld/Ehmann* 1998, 88; *Podlech*, in: *Denniger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein*(Hrsg.), 2002, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 80; *Topp*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, Kap. 8.12, Rdnr. 44; *Hornung*, in: *Roßnagel*(Hrsg.), 2005, 157 ff.

¹⁸⁵ *Heußner*, BB 1990, 1281 (1283); *Simitis*, NJW 1984, 398 (402). Siehe auch *Poppenhäger*, NVwZ 1992, 149 ff.

¹⁸⁶ *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 184 f.

¹⁸⁷ BVerfGE 65, 1 (46; 60)

¹⁸⁸ BVerfGE 56, 37 (42 ff.).

sollen solche Regelungen ausdrücklich zu dem Recht auf Selbstbestimmung gehören (Grundsatz des *nemo tenetur*).¹⁸⁹ Ein Verfahrensbeteiligter hat das Recht, wenn bei ihm ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt, das ihn selbst bezichtigt oder belastet, keine Informationen preiszugeben, die ihn selbst belasten.¹⁹⁰ Daher soll niemand „in eine Konfliktlage gebracht werden, in der er sich selbst strafbarer Handlungen oder ähnlicher Verfehlungen bezichtigen muss oder in Versuchung gerät, durch Falschaussagen ein neues Delikt zu begehen, oder wegen seines Schweigens in Gefahr kommt, Zwangsmitteln unterworfen zu werden.“¹⁹¹ Für Zeugen und Beschuldigte in Strafprozessen schreibt das Bundesverfassungsgericht einen absoluten Schutz vor.¹⁹² In anderen Verfahren wie Zivilprozess, Insolvenzverfahren und Sozialverfahren usw. können schutz-würdige Belange Dritter oder des öffentlichen Aufklärungsinteresses als Ausnahme vom Grundsatz des *nemo tenetur* gerechtfertigt werden.¹⁹³ Diese Auskunftspflicht mit Selbstbezichtigungsfolge soll zum Schutz kollidierender Interessen mit Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG im Einklang stehen.¹⁹⁴

3. 2. 3. 6 Recht auf Nichtwissen

Als eine negative Variante des informationellen Selbstbestimmungsrechts kann in Privatrechtsverhältnissen ein Recht auf Nichtwissen bestehen.¹⁹⁵ Bei Genanalysen wurde seit dem letzten Jahrhundert über dieses Recht viel diskutiert, wobei bei einer Auskunft über z. B. wie lange man etwa leben wird oder an welcher bestimmten Krankheit man erkranken wird, Probleme auftauchen können. Die Folge dieser Auskunft

¹⁸⁹ BVerfGE 65, 1 (46); 96, 171 (181).

¹⁹⁰ BVerfGE 56, 37 (42 ff.); 95, 220 (241); 96, 171 (181).

¹⁹¹ Zusammenfassend: BVerfGE 95, 220 (241). Zu weiteren Erwägungen dazu s. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 187.

¹⁹² BVerfGE 38, 105 (114 ff.); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/ders., Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 100.

¹⁹³ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 188.

¹⁹⁴ BVerfGE 56, 37 (49). Zu Verfassungsmäßigkeit dieser Auskunftspflicht s. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 188.

¹⁹⁵ *Donner/Simon*, DÖV 1990, 907 (912 f.).

bleibt nicht nur in der privaten Sphäre, sondern es könnte zu Problemen der Arbeits- und Versicherungsverhältnisse führen.¹⁹⁶ Aus diesem Grund soll der Gesetzgeber zum Schutz der Betroffenen entsprechende Regelungen treffen.¹⁹⁷

3. 2. 3. 7 Recht auf Vergessen?

Wie schon erwähnt,¹⁹⁸ wird im europäischen Raum geplant, ein neues Grundrecht - „das Recht auf Vergessen“ - zu errichten. Dadurch soll jede Person das Recht haben, eine Kopie von der sie betreffenden Daten, die von einem Netzwerk - oder von einem Unternehmen - gesammelt worden sind, in die Hand zu bekommen und einen Anspruch auf die Daten zu nehmen, sie zu löschen oder auch zu anderen Netzwerken mitzunehmen.¹⁹⁹

Die Reformvorschläge für den Datenschutz - u. a. auch das Recht auf Vergessen - befindet sich inzwischen im Justizausschuss des EU-Parlaments (vorgeschlagen am 25. Jan. 2012) und soll bis Ende April 2013 in das Parlament über die Änderungen diskutiert und verabschiedet werden. Diese kommende EU-Datenschutz-Grundverordnung ist aber immer noch umstritten und wurde in dem europäischen Datenschutztag vielmals diskutiert, wie man die Kosten dafür verteilen könnte. Die Unternehmen, insbesondere die US-Amerikanischen Firmen, finden, dass die EU-Verordnung als Bedrohung für ihre Geschäft.²⁰⁰ Es ist klar, wenn man eine neue Regelung trifft oder ein neues Norm erstellt, stößt man immer wieder auf ein oder andere Widerstände. Natürlich ist Schutz der persönlichen Daten ein Grundrecht aller

¹⁹⁶ Damm, JZ 1998, 927 (932)

¹⁹⁷ Zu weiteren Erläuterungen s. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 192.

¹⁹⁸ S. o. 1.1.

¹⁹⁹ Quelle: FAZ.NET, „Ein Recht auf Vergessen im Netz“, <http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/eu-kommission-will-mehr-datenschutz-ein-recht-auf-vergessen-im-netz-11623455.html> (Stand: 3. 2. 2013)

²⁰⁰ S. weiter darüber, Zeit Online, „Mit Dollars gegen mehr Datenschutz“, <http://www.zeit.de/digital/datenschutz/2013-01/datenschutztag-datenschutzverordnung-lobbyismus> (Stand: 3. 2. 2013)

Menschen,²⁰¹ aber so wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht aus der allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleitet wird, wird auch Vermögens- und Berufsfreiheit von allgemeiner Handlungsfreiheit abgeleitet. Ausgenommen von der Debatte über die Wichtigkeit und Hierarchie der Grundrechte, sollte die neue Regelung sorgfältig diskutiert und abgewogen werden.

Da darüber noch mehr zu untersuchen und diskutieren ist, ob es eigentlich als ein Grundrecht angesehen werden kann und daher in das nationale Grundrechtssystem eingeleitet werden könnte, werden in dieser Untersuchung weitere Ausführungen darüber noch vorbehalten. Man könnte auch noch darüber nachdenken, ob es wirklich unmöglich ist, mit dem gegenwärtigen Grundrechtssystem und dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung den oben genannten Schutz zu gewähren.

3. 3. Internationale Grundlagen für den Schutz privater Daten

3. 3. 1 Vereinte Nationen

Die Generalversammlung der Vereinten Nationen hat im Jahre 1990 zum Schutz der Menschenrechte vor dem Hintergrund der wachsenden Gefahren durch die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten Richtlinien²⁰² aufgestellt, wobei aber diese Richtlinien nur ganz allgemein formulierte Grundsätze der Richtigkeit von Daten, der Zweckbestimmung und der Einsichtnahme des Betroffenen und letztlich allgemeine Aussagen zum grenzüberschreitenden Datenverkehr regelte. Da die Leitlinien der Generalversammlung völkerrechtlich keinen Zwang ausüben können,

²⁰¹ So erwähnte auch die EU-Kommissionsvizepräsidentin zuständig für Justiz Viviane Reding in der Pressekonferenz am 10. 1. 2013. http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/11107_de.htm (Stand: 3. 2. 2013)

²⁰² Richtlinien betreffend personenbezogene Daten in automatisierten Dateien, von der Generalversammlung beschlossen am 14. 12. 1990.

könnte man sagen, dass diese Leitlinien nur empfehlenden, symbolischen Charakter haben.

3. 3. 2 Die Richtlinie des Rats der OECD

Die 1948 gegründete und später für die ganze Welt erweiterte Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), der neben den Mitgliedstaaten der EU auch die USA und insbesondere Japan, Kanada, Südkorea, Türkei und Mexico angehören, hat früh die Notwendigkeit einer internationalen Regelung des Datenschutzes erkannt und verabschiedete im Jahre 1980 die „Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten“.²⁰³ Neben verfahrensrechtlichen Vorgaben enthalten die Leitlinien insbesondere materielle Verarbeitungsregeln und Regeln zu grenzüberschreitenden Datenübermittlungen. Die Leitlinien sollten vor allem verhindern, dass eine Kluft zwischen europäischen und US-amerikanischen Datenschutzbestimmungen entsteht.²⁰⁴ Dabei wird der Ansatz der Selbstregulierung zu Grunde gelegt, d. h. die verantwortlichen Stellen bestimmen den Umgang mit personenbezogenen Daten eigenverantwortlich und unterstehen nur ihrer eigenen privaten Kontrolle.²⁰⁵ Obwohl die Leitlinien der OECD völkerrechtlich nicht bindend sind und die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, solche Leitlinien in nationales Recht umzusetzen, hatte diese Leitlinie entscheidend dazu beigetragen, den Datenschutz als Gegenstand internationaler Regelung zu etablieren.²⁰⁶

²⁰³ OECD-Dokument C (80) 58 (final).

²⁰⁴ *Kühling/Seidel/Sivridis*, 2008, 36

²⁰⁵ *Tinnefeld/Ehrmann/Gerling*, 2005, 98.

²⁰⁶ *Burkert*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2003, Kap. 2. 3 Rdnr. 31.

3. 4. Die Grundlagen der Europäischen Union

3. 4. 1 Das Datenschutzrecht und die Gesetzgebungskompetenzen

Die Ausgangspunkte des Grundrechtsschutzes in der EG/EU sind Art. 6 Abs. 2 EU und die EU-Charta²⁰⁷, die vom EuGH als Rechtserkenntnisquelle herangezogen werden.²⁰⁸ Da eine konkrete normative Ausgangsgrundlage fehlt, hat der EuGH das Datenschutzgrundrecht als allgemeinen Rechtsschutzgrundsatz entwickelt.²⁰⁹ Es gibt aber noch keine umfangreiche Rechtsprechung, so dass man nicht genau nachfolgen kann, was der EuGH zum gemeinschaftlichen Datenschutzrecht beabsichtigt. Es ist allerdings davon auszugehen, dass auf unionsrechtlicher Ebene grundsätzlich ein strenges Datenschutzgrundrecht greift. In diese Richtung deutet auch die Aussage der Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache *Promusica*.²¹⁰ Unter Hinweis auf die strenge Rechtsprechung des BVerfG bezweifelt die Generalanwältin, dass die „Speicherung von Verkehrsdaten aller Nutzer - gewissermaßen auf Vorrat - mit Grundrechten vereinbar ist, insbesondere da dies ohne konkreten Verdacht geschieht“. Zuletzt hat das Gericht im ORF-Urteil die Eingriffsqualität des bloßen Speicherns von Daten verneint.²¹¹

Nach Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags²¹² und der EU-Charta am 1. 12. 2009 bilden diese Regelungen mit Art. 286 EG eine ausdrückliche Gesetzgebungsbasis. Für die Schaffung datenschutzrechtlicher Bestimmungen kommt vor allem Art. 114 AEUV

²⁰⁷ AB1.EG 2007, C 303, 1.

²⁰⁸ *Kühling/Seidel/Sivridis*, 2008, 42 ff.

²⁰⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-369/98, Slg. 2000, I-6751, Rdnr. 33f.; verb. Rs. C-465/00 und C-139/01, Slg. 2003, I-4989, Rdnr. 70 ff.; Rs. C-101/01, Slg. 2003, I-12971, Rdnr. 81, 88; zuletzt bestätigt, Urt. v. 29. 1. 2008 - Rs. C-275/06, *Productores de Música de España*(*Promusica*), Rdnr. 63 ff.

²¹⁰ Schlussanträge v. 18. 7. 2007 - Rs. C-275/06, *Productores de Música de España*(*Promusica*), Rn. 82.

²¹¹ EuGH, verb. Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Slg. 2003, I-4989, Rdnr. 74; zur fehlenden Entwicklung einer Dogmatik auch *Mehde*, in: *Heselhaus/Nowak*(Hrsg.), 2006 § 21 Rdnr. 9.

²¹² Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft v. 13. 12. 2007, AB1.EG 2007, C 306, 1.

in Betracht, in dem die gemeinschaftliche Binnenmarktkompetenz geregelt ist. Um ein europäisches Datenschutzrecht zu gestalten, haben die Gemeinschaftsorgane vor allem auf Art. 100a EGV - Art. 95 EG nach damaliger Regelung - zurückgegriffen. Die unionsrechtlichen Kompetenzgrundlagen liegen nicht nur in der GASP (Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik), sondern auch in der PJZS (Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Art. 31 Abs. 1 lit. c i. V. m. 34 Abs. 2 lit. b und Art. 24 und 38 EU). Der entscheidende Unterschied zwischen der supranationalen Binnenmarktkompetenz und den intergouvernementalen Unionskompetenzen ist die Möglichkeit, im ersten Fall mit Mehrheit zu beschließen, während im zweiten Fall der Rat einstimmig beschließen muss.²¹³ Kompetenzstreitigkeiten zum Erlass datenschutzrelevanter Vorschriften sind mehrfach ausgebrochen,²¹⁴ die angesichts der unterschiedlichen Normgebungsverfahren natürlich erscheinen könnten, was durch das Inkrafttreten des Lissaboner Änderungsvertrags minimiert worden ist.²¹⁵

3. 4. 2 Europarat

3. 4. 2. 1 Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz (Art. 8 EMRK)

Durch die EMRK, bei der es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, der die Vertragsstaaten bindet, und den als Gründungsgrund eingerichteten Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat der Europarat einen Meilenstein in der Entwicklung und Durchsetzung der Menschenrechte gesetzt.²¹⁶ Die EMRK hat in Deutschland nur den formellen Rang des einfachen Gesetzes, das Bundesverfassungsgericht hat aber betont, dass andere gesetzliche Bestimmungen der Bundesrepublik im Lichte der

²¹³ Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 36.

²¹⁴ EuGH, verb. Rs. C-317/04 u. 318/04, Slg. 206, I-4722; Rs. C-301/06, AB1.EG 2006, C 237, 5.

²¹⁵ Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 37ff.

²¹⁶ Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 37 ff.

EMRK auszulegen sind.²¹⁷ Dadurch wurde der EMRK in der Tat der Rang über dem einfachen Gesetz gewährt.

Da die Konvention für den Datenschutz über keine ausdrückliche Regelung verfügt, muss man das in Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz als Grundlage für den Datenschutz ansehen.²¹⁸ Der Begriff der Korrespondenz wurde von den Konventionsorganen ebenfalls weit ausgelegt. Geschützt ist die Vertraulichkeit der Individualkommunikation, wenn zu Kommunikationszwecken Dritte (z. B. Telekommunikationsanbieter) in den Vorgang einbezogen werden. Der Schutzbereich umfasst demzufolge auch E-Mails, Telefongespräche und die Internet-Telefonie.²¹⁹

Jede Erhebung, Speicherung, Weitergabe und Verarbeitung personenbezogener Daten stellt dadurch gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK eine Möglichkeit der Verletzung des Grundrechts dar, und der Schutz des Grundrechts der Einzelnen soll gesetzlich geregelt werden.²²⁰ Die Rechtmäßigkeit dieses Eingriffs soll nicht nur die in Art. 8 Abs. 1 EMRK bestimmten Ziele verfolgen, sondern auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen. Das Recht des Betroffenen auf Schutz eigener personenbezogener Daten soll mit den öffentlichen Interessen, die für den Eingriff sprechen, sorgfältig abgewogen werden.²²¹ Die Rechtsprechung über den Eingriff in den Menschenrechtsgehalt des Art. 8 Abs. 1 EMRK lässt z. B. bei der Telefonüberwachung und der Speicherung von Verbindungsdaten offen, ob diese Eingriffe dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten, mithin dem Teilbereich des Schutzes der Privatsphäre, oder dem Schutz der Vertraulichkeit der vermittelten

²¹⁷ BVerfGE 74, 358 (370).

²¹⁸ X. v. *Vereinigtes Königreich*, EKMR DR 30, 239(241); *Marauhn/Meljnik*, in: Grote/Marauhn(Hrsg.), 2006, Kap. 16 Rdnr. 24.

²¹⁹ Vgl. *Klass u. a.*, Ser. A 28, Nr. 37 ff.; *Malone*, Ser. A 82, Nr. 64; *Huvig v. Frankreich*, Ser. A 176-B. Nr. 8, 25; *Taylor-Sabori*, No. 47114/99 v. 22. 10. 2002, Nr. 18.

²²⁰ *Kruslin*, Ser. A 176-A, Nr. 26; *Kopp*, RJD 1998-II, 524, Nr. 51 ff.; *Amann*, RJD 2000-II, 58, Nr. 44 f.

²²¹ *Z. v. Finnland*, RJD 1997-I, 347, Nr. 95 ff.; *Peck*, RJD 2003-I, Nr. 79; *Grabenwarter*, 2008, § 22 Rdnr. 39; *Kühling/Seidel/Sivridis*, 2008, 37 ff.

Kommunikation, also dem Schutz der Korrespondenz, zuzuordnen sind.²²² Um aber für diese beiden Bereiche den gemäßen Schutz zu gewähren, stellt der EGMR erhöhte Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs. Zu diesen erhöhten Anforderungen gehören u. a. das Bestimmtheitsgebot, dass das zu dem Eingriff ermächtigende Gesetz besonders deutlich und genau sein muss, das Recht der Betroffenen über ihm selbst gesammelte Daten Auskunft zu verlangen und letztlich strenge Zweck- und Verwendungsbegrenzung bei Erhebung, Verarbeitung, Verwendung der Daten.²²³ Diese Anforderungen des EGMR erscheinen, obwohl er in der Form eine Veränderung vornimmt, - sowohl von der angewandten Prüfungsstruktur als auch vom gewährten Schutzniveau her - inhaltlich nicht anders als die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu sein.²²⁴

3. 4. 2. 2 Datenschutz-Konvention des Europarats

Die durch die moderne Datenverarbeitungstechnologie erstandenen „neuen“ Gefahren hat der Europarat früh erkannt, und nach der Schaffung von zwei Entschließungen des Ministerkomitees zur Verarbeitung personenbezogener Daten im nicht-öffentlichen (1973)²²⁵ und im öffentlichen(1974) Bereich²²⁶ hat der Europarat im Jahr 1981 das „Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten“ (Datenschutz-Konvention, Straßburger Vertrag)²²⁷ eingeführt, das im Jahre 1985 in Kraft trat.

²²² *Klass u. a.*, Ser. A. 28, Nr. 41; *Malone*, Ser. A 82, Nr. 64; *Ldi*, Ser. A 238, Nr. 39; *Amann*, RJD 2000-II, Nr. 44; *Copland*, No. 67617/00 v. 3. 4. 2007, EuGRZ 2007, 415, Nr. 41; *Kühling/Seidel/Sivridis*, 2008, 38 f.

²²³ S. zu weiteren Erwägungen *Kühling/Seidel/Sivridis*, 2008, 38 f.

²²⁴ So auch *Uerpmann-Witzack*, in: Ehlers(Hrsg.), 2009, § 3 Rdnr. 25.;

²²⁵ Entschließung (73) 22.

²²⁶ Entschließung (74) 29.

²²⁷ SEV-Nr. 108, Straßburg, 28. 1. 1981.

Durch die Vorgaben dieser Konvention in Art. 3 Nr. 1 wurde im Europaraum nicht nur im öffentlichen Bereich, sondern auch im privaten Bereich der Datenverarbeitung eine ausdrückliche Regelung beschlossen. Aber da die Richtlinie sich nur auf die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten beschränkt, ist die Anwendung der Konvention auf die manuelle Datenverarbeitung und auf juristische Personen noch für die Mitgliedstaaten ausgeschlossen.

Die durch die Konvention erstandenen und immer noch gültigen Grundsätze des Datenschutzes sind folgende:²²⁸

- die eingeschränkte, d. h. rechtmäßige und nach Treu und Glauben erfolgende Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 5 lit. a),
- die Zweckbindung der Datenerhebung und Datenverarbeitung (Art. 5 lit. b),
- der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Erhebung und Verarbeitung (Art. 5 lit. c),
- das Prinzip der Datenqualität (Art. 5 lit. d) und
- der Grundsatz der frühestmöglichen Anonymisierung personenbezogener Daten (Art. 5 lit. e).

Zu dem wichtigen Teil in Bezug auf diesem Beitrag gehört vor allem die in Art. 12 der Konvention geregelte grenzüberschreitende Übermittlung personenbezogener Daten zwischen den Vertragsstaaten.²²⁹ Durch diese Regelung hat die Konvention den Konventionsstaaten die Möglichkeit des Datenaustauschs zwischen den Vertragsstaaten geöffnet, da diese Regelung den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten nicht allein zum Zweck des Schutzes des Persönlichkeitsrechts verbieten oder von einer Genehmigung abhängig machen lässt. Nur als Ausnahme darf von dieser Regelung gemäß Art. 12 Abs. 3 der Konvention abgewichen werden, wenn die nationale Rechtsordnung für bestimmte personenbezogene Daten besondere Vorschriften enthält und der Empfängerstaat keinen gleichwertigen Schutz gewährt oder es zu verhindern gilt,

²²⁸ Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 38f.

²²⁹ Zu Erklärungen anderer wichtiger Artikel für Datenschutz s. Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 39ff.

dass personenbezogene Daten über einen Vertragsstaat in das Hoheitsgebiet einer Nichtvertragspartei weitergegeben werden. In Art. 2 des Zusatzprotokolls zur Datenschutz-Konvention²³⁰ ist die Übermittlung personenbezogener Daten in einen Nichtvertragsstaat geregelt, in den die Daten nur übermittelt werden dürfen, wenn dieser Staat ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet. Auch hierfür gibt es Ausnahmeregelungen, indem die Daten auch in Staaten, die kein angemessenes Schutzniveau haben, übermittelt werden dürfen, wenn spezifische Interessen des Betroffenen oder wichtige öffentliche Interessen dies gebieten, d. h. von der zuständigen nationalen Behörde die Weitergaben der Daten als angemessen befunden werden.

Durch diese Konvention hat der Europarat für die Konventionsstaaten ein angemessenes Schutzniveau und den freien Datenaustausch innerhalb der Konventionsstaaten erreicht, wobei aber für den „grenzüberschreitenden“ Datenverkehr aus den Konventionsstaaten strenge Anforderungen gelten. Diese Datenschutz-Konvention des Europarats diente als Vorlage für die erste allgemeine Datenschutzrichtlinie der EG.²³¹

3. 4. 3 Der Vertrag von Lissabon (2007)

3. 4. 3. 1 Recht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation

(Art. 7 EU-Charta)

Art. 7 EU-Charta regelt das Recht auf Achtung des Privatlebens und steht damit im Einklang mit Art. 8 EMRK, wodurch es gemäß Art. 52 Abs. 3 EU-Charta grundsätzlich die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die Konventionsrechte bekommt.²³² Damit

²³⁰ SEV-Nr. 181, Straßburg, 8. 11. 2001.

²³¹ Zu weiteren Erklärungen s. *Kühling/Seidel/Sivridis*, 2008, 39 ff.

²³² Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents Abl., EG 2004, C 310, 430; *Jarass*, EU-Grundrechte, 2005, § 12 Rdnr. 2 f.

werden nicht nur die „klassischen“ Rechte wie das Brief-, Post- und Telekommunikationsgeheimnis, sondern auch die „neuen“ Kommunikationsmittel wie E-Mail, SMS geschützt.²³³ Der Schutzbereich dieser Regelung gilt sowohl für die inhaltliche Gewährung der Vertraulichkeit der Kommunikation, als auch den Schutz gegen Eingriffe von Dritten.²³⁴ Da solche Daten zur Erstellung eines ganzen Persönlichkeitsprofils dienen können, fallen sie in den speziellen Schutzbereich des Art. 8 EU-Charta. Daher finden die in Art. 52 Abs. 3 EU-Charta geregelten Einschränkungsgünde für Telekommunikationsdaten keine Anwendung; für diese sind Art. 7 und 8 EU-Charta zu berücksichtigen.²³⁵ Auch in Art. 52 Abs. 1 EU-Charta werden wesentliche Schranken der Einschränkungsmöglichkeiten wie die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in das betreffende Grundrecht, die Verfolgung eines legitimen Ziels und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geregelt.²³⁶

3. 4. 3. 2 Datenschutzgrundrecht (Art. 8 EU-Charta)

In Art. 8 EU-Charta wird ein Datenschutzgrundrecht beschrieben, das i. V. m. Art. 7 EU-Charta eine *lex specialis* darstellt.²³⁷ Der sachliche Schutzbereich umfasst alle personenbezogene Daten, die eine Persönlichkeit - sei es eine natürliche oder eine juristische Person²³⁸ - bestimmen oder bestimmbar machen können.²³⁹ Die in Art. 8 EU-Charta geregelte Verarbeitung von Daten, umfasst von der Erhebung bis hin zur Löschung alle personenbezogenen Daten.²⁴⁰

²³³ Kingreen, in: Callies/Ruffert(Hrsg.), 2007, GRCh Art. 7 Rdnr. 10.

²³⁴ Zu weiteren Erklärungen s. Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 44 f.

²³⁵ Jarass, 2005, § 12 Rdnr. 13, § 13 Rdnr. 11; Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 44 f.

²³⁶ Jarass, 2005, § 12 Rdnr. 14.

²³⁷ So auch Jarass, 2005, § 13 Rdnr. 4; Kingreen, in: Callies/Ruffert(Hrsg.), 2007, GRCh Art. 8 Rdnr. 1; Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 45 f.

²³⁸ Kingreen, in: Callies/Ruffert(Hrsg.), 2007, GRCh Art. 8 Rdnr. 12.

²³⁹ Kingreen, in: Callies/Ruffert(Hrsg.), 2007, GRCh Art. 8 Rdnr. 10; Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 45 f.

²⁴⁰ Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 45 f.

Diese Grundrechte werden jedoch nicht schrankenlos gewährleistet, wobei man hier wiederum Art. 52 EU-Charta beachten muss. So dürfen Daten „nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden“.²⁴¹ Neben dem in Art. 52 Abs. 1 S. 1 EU-Charta enthaltenen Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage kommen die in der datenschutzrechtlichen Grundrechtsdogmatik und Gesetzgebung entwickelte Erfordernisse hinzu. Dazu gehören insbesondere vor allem der Zweckbindungsgrundsatz und der „Zulässigkeits-Dreiklang“ aus Einwilligung der gesetzlichen Regelungen, obwohl auch die anderen beiden Teile des Dreiklangs zusammen berücksichtigt werden müssen. Weder Art. 8 Abs. 2 EU-Charta noch Art. 8 Abs. 2 EMRK führen im Übrigen zu einer Ausdehnung der Schranken.

3. 4. 3. 3 Datenschutzgrundrecht und Datenschutzrechtliche

Kompetenzbestimmung in Art. 16 AEUV

In Art. 16 AEUV wird ein Datenschutzgrundrecht wiederum geregelt, das als eine unnötige Doppelung erscheinen könnte.²⁴² Der Unterschied zwischen Art. 16 AEUV und Art. 8 Abs. 2 EU-Charta besteht darin, dass bei Art. 16 AEUV keine Schrankenbestimmung enthalten ist. Um ein Leerlaufen der Schranken der Art. 8 Abs. 2, 52 Abs. 1 EU-Charta zu vermeiden, wird auf die Anwendung des Art. 52 Abs. 2 EU-Charta im Fall des Art 16 Abs. 1 AEUV verzichtet werden müssen, so dass Art. 8 EU-Charta die einzige Rechtsquelle für die Grundrechtsprüfung ist.²⁴³ Art. 16 AEUV wurde nach dem Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags die Rechtsgrundlage für datenschutzrechtliche Gesetzgebung, wobei dadurch Art. 286 EG dementsprechend entfallen ist.²⁴⁴

²⁴¹ Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 45 f.

²⁴² So Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 46.

²⁴³ Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 46.

²⁴⁴ S. dazu Kühling/Seidel/Sivridis, 2008, 46.

3. 5 Rangverhältnis zwischen dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und AEUV

Es ist wichtig an diesem Punkt auf das Rangverhältnis zwischen EU-Recht und GG einzugehen, insbesondere beim Kompetenzstreit zwischen der EU und Deutschland für den Schutz personenbezogener Daten. Noch wichtiger ist aber deshalb festzustellen, wie sehr z. B. im Falle von Google ein multinationales Unternehmen für den Schutz personenbezogener Daten heutzutage eine große Rolle spielt.

3. 5. 1 Staatlichkeit in der EU

3. 5. 1. 1 Einleitung

Die „Argumentation mit der Staatlichkeit“ ist schon seit dem 19. Jahrhundert diskutiert worden und könnte daher unter dem Vorwurf stehen, dass man eine überholte, alte Diskussion wiederholt. Wer an der Staatlichkeit festhält, wird so angesehen, als ob er „intellektuell einfallslos den überkommenen Staatsmodellen des 19. Jahrhunderts“ folgt oder diese gar im „Zeitalter der Globalisierung in die Postmoderne“ retten zu wolle.²⁴⁵

Das „Ende der Staatlichkeit“ war eine beliebte These des 20. Jahrhunderts.²⁴⁶ Für den Niedergang der Staatlichkeit wurden Fakten herangezogen,²⁴⁷ deren Relevanz aus

²⁴⁵ *Bergmann*, Bericht aus Europa: Vertrag von Lissabon und aktuelle Rechtsprechung, DÖV 2008, 305 ff. (309).

²⁴⁶ Vgl. *Carl Schmitt*, Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff (1941), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, 375ff. (385). In „*Der Begriff des Politischen*“, 2. Aufl. 1963, 10 (Vorwort) heißt es: „Die Epoche der Staatlichkeit geht jetzt zu Ende. Darüber ist kein Wort mehr zu verlieren.“ Dagegen s. *Zippelius / Würtenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl. 2008 Rdnr. 46 von der „verfehlten These vom Ende der Staatlichkeit“.

²⁴⁷ Vgl. *van Crefeld*, *Aufstieg und Untergang des Staates*, 1999, 456.

dem eigenen Vorverständnis von Staatlichkeit, zumeist aus historischer oder politologischer Sicht, resultierte.²⁴⁸ Maßgeblich ist nur der Staat im Rechtssinne. Hierfür ist allein ausschlaggebend, ob es Gemeinwesen gibt, die Kriterien entsprechen, welche rechtlich das Wesen der Staatlichkeit bestimmen, Kriterien (Tatbestandsmerkmale) also, bei deren Vorliegen sich spezifische Rechtsfolgen für einen Rechtsträger ergeben, Solche Kriterien existieren schon lange. Sie haben ihre Bedeutung nicht verloren. Die Rechtspersönlichkeit des Staates wirkt sich rechtlich nach außen und nach innen aus.

Die abstrakten drei Staatselemente „Staatsgewalt, Staatsgebiet und Staatsvolk“²⁴⁹ sind „nur“ eine Seite der Staatlichkeit. Hinzukommt als zweite Seite der Staat als konkretes Gebilde, das seine Identität neben ethnisch-historischen Vorgaben durch sein spezifisches Werteverständnis und seine kulturelle Orientierung erfährt.²⁵⁰

Nach innen definiert sich der Staat durch seine Zwecke und die Möglichkeit, sie durchzusetzen. Die Durchsetzungsfähigkeit ist Ausfluss der schon von Bodin mit der ratio verbundenen Souveränität.²⁵¹ Die Staatszwecke werden durch Staatsaufgaben konkretisiert. Welche Aufgaben das im Einzelnen sind, steht nicht ein für allemal fest. Einen abschließenden Katalog der öffentlichen Aufgaben gibt es nicht. Jedoch trägt etwa „für die Herstellung von Gerechtigkeit, für die Durchsetzung des Gewaltmonopols, für die Sicherheit der Volksgemeinschaft, für den Schutz der Menschenrechte, der Umwelt und für die sozialen Standards der jeweilige Nationalstaat“²⁵² die Letztverantwortung. Die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch supranationale Einrichtungen wird dadurch nicht ausgeschlossen. Die Scheidung von Staat und pluralistischer Gesellschaft ließ im europäischen Kulturkreis das Individuum in den

²⁴⁸ Vgl. *Reinhart*, Geschichte der Staatsgewalt, 1999, 534.

²⁴⁹ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, 394 ff.

²⁵⁰ Vgl. *Ronellenfitsch*, Wahrnehmung der Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn durch Private, in : Blümel / Kühlwette (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III, 1998, 109ff.(113).

²⁵¹ Hierzu *Ronellenfitsch*, Wahrnehmung der Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn durch Private, in : Blümel / Kühlwette (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III, 1998, 109ff.(113).

²⁵² *Ronellenfitsch*, Der Vorrang des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung vor dem AEUV, DuD 2009, 453.

Vordergrund treten. Der westliche Staat wurde dadurch zum Verfassungsstaat.²⁵³ Dem Verfassungsstaat geht es in erster Linie um die Freiheit des Individuums.²⁵⁴ Der auf die Freiheit des Individuums ausgerichtete Staat beruht auf dem Verteilungsprinzip: die Freiheitssphäre des Einzelnen wird als etwas vor dem Staat Gegebenes vorausgesetzt; die Freiheit des Einzelnen ist prinzipiell unbegrenzt.²⁵⁵ Das Verteilungsprinzip findet seinen Ausdruck in benannten und unbenannten Freiheitsgrundrechten und in Vorkehrungen der Gewaltenteilung und sonstiger Instrumente zur Bändigung der Staatsgewalt. Folge des Verteilungsprinzips ist die Erfassung der Staatsgewalt durch ein System umschriebener Kompetenzen. Das System findet regelmäßig seinen Ausdruck in einer entsprechenden Grundrechtsordnungen.

Daher ist es notwendig, in das Rangverhältnis zwischen EU-Recht und GG tiefer hineinzublicken, um die Kompetenz für den Schutz der Grundrechte - einschließlich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung - zwischen EU und Mitgliedstaaten festzustellen.

3. 5. 1. 2 Staatlichkeit nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon

Die Vertragsstruktur des europäischen Staatenverbundes blieb bei der Vereinbarung des Vertrags von Lissabon unangetastet. Der Begriff „Verfassung“ wurde nicht nur aus formalen Gründen gestrichen, sondern es wurde beabsichtigt, dass der Eindruck

²⁵³ Vgl. *Friedrich*, Der Verfassungsstaat der Neuzeit, 1953; *Stern*, Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit, 1984; *Wahl*, Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, in: *Isensee / Kirchhof*, HStR I, 1987, §1; *Herzog*, Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland - Entwicklung und Ausblick, JuS 1969, 397ff.; *Böckenförde*, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: *Gedächtnisschrift f. Schnur*, 1997, 137 ff.; *Starck*, Der demokratische Verfassungsstaat, 1995; *Fenske*, Der moderne Verfassungsstaat, 2001; *Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001. *Häberle*, Europäische Rechtskultur, 1997, 149 bezeichnet als Elemente des Verfassungsstaats Menschenwürde, pluralistische Demokratie, Gewaltenteilung und soziale Marktwirtschaft, wodurch Deutschland zum Musterverfassungsstaat aufsteigt. Später (S. 171) wird der Verfassungsstaat dann aber korrekt als europäische/atlantische Gemeinschaftsleistung qualifiziert.

²⁵⁴ Vgl. *Ronellenfitsch*, Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 354 ff. (355).

²⁵⁵ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 126; *Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998), 10ff. (11f.).

unterdrückt wird, dass die Grundverträge die Basis für die organisatorischen Strukturen eines Bundesstaats bilden. Die Verwendung von Bezeichnungen und Symbolen wurde aus denselben Grund ausgenommen. Am Konzept der selektiven Aufzählung hat sich dabei nichts geändert, obwohl Art. 2 EUV in der weiteren Entwicklung systembildend wirken könnte. Die Vorschrift bekennt sich zur Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit und zur Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte seien allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet. Damit handelt es sich jedoch lediglich um die Konkretisierung der europäischen Leitkultur. Wichtig ist aber, dass zwar Werte aufgelistet werden, dennoch aber noch (?) keine Werteordnung hergestellt wird.

Die Staatsstrukturprinzipien sind im Vertrag von Lissabon ebenfalls so programmatisch und punktuell abgefasst, dass sie kein geschlossenes staatliches Organisationsstatut abbilden. Der „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“²⁵⁶ sind die wichtigsten Merkmale für den Rechtsstaat.²⁵⁷ Art. 3 Abs. 3 EUV n. F. erwähnt zwar die soziale Marktwirtschaft, impliziert aber kein Bekenntnis zum sozialen Rechts- oder Bundesstaat. Immerhin aber deuten die Vertragsbestimmungen auf eine Werteordnung, die in der europäischen Leitkultur schon mehrmals diskutiert und als wesentlicher Kernpunkt angesehen werden. Dies ist schon in der Präambel des EUV n. F. sichtbar.

Gemäß Art. 2 Satz 1 EUV n. F. sind die Werte, auf die sich die Union gründet, Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und Wahrung der Menschenrechte, einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören, wie es in Satz 2 normiert wird.

²⁵⁶ Art. 3. Abs. 2 EUV n. F.

²⁵⁷ So, *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355).

Hinzu kommen das Bekenntnis zur Grundrechtcharta in Art. 6 EUV n. F. und die Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze (Art. 9 ff. EUV n. F.)

Nach Art. 13 Abs. 1 EUV n. F. verfügt die Union über einen institutionellen Rahmen, der zum Zweck hat, ihren Werten Geltung zu verschaffen. Schließlich kann jeder europäische Staat, der die in Art. 2 genannten Werte achtet und sich für ihre Förderung einsetzt, Mitglied der Union werden (Art. 49 Abs. 1 Satz 1 EUV n. F.). Die Skizzierung staatskultureller Maßstäbe erreicht noch nicht den für eine Verfassung erforderlichen Konkretisierungsgrad.

Art. 6 Abs. 1 EUV n. F. erklärt die Grundrechtcharta für rechtsverbindlich. Anders als im Verfassungsvertrag ist der Text der Grundrechtcharta aber nicht im Vertrag selbst enthalten. Es handelt sich gewissermaßen um Business-Passagiere, die in Economy-Class Business-Service erhalten. Wenn Großbritannien und Polen ein „opt out“ eingeräumt wurde, bedeutet das eine Diskriminierung der anderen Mitgliedstaaten. Diese Diskriminierung ist nur dann hinnehmbar, wenn man die Grundrechtcharta nicht zum *acquis communautaire* zählt. Die vollständige Exemption von der Grundrechtcharta umfasst auch Priorisierungen im Einzelfall.

Selbst wenn sich auf Unionsebene Ansatzpunkte für die Kriterien des Staatsgebiets und Staatsvolks finden ließen,²⁵⁸ rechtfertigt das aber eben nicht die Annahme von souveräner Staatlichkeit. Nach der deutschen Terminologie und dem deutschen Verständnis stellt die EU einen Staatenverbund dar.²⁵⁹ Ein Staatenverbund ist mehr als ein Staatenbund, denn er besitzt eine eigene Rechtspersönlichkeit (Art. 32 EUV a. F.; Art. 47 EUV n. F.),²⁶⁰ er entspricht jedoch nicht dem Typ des (originären) Völkerrechtssubjekts

²⁵⁸ So *Busse*, dbd.; Nach BVerfGE 89, 155(186) besitzt die Unionsbürgerschaft (noch) nicht eine der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat vergleichbaren Dichte.

²⁵⁹ *Ronellenfitch*, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355).

²⁶⁰ Nach bisherigem Recht besaßen allein die Europäischen Gemeinschaften Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 281 EG). Der EU kam keine Rechtspersönlichkeit zu; vgl. *Haratsch / König / Pechstein*, *Europarecht*, 5. Aufl., 2006, Rdnr. 79ff.

Staat.²⁶¹ Er ist weniger als ein Bundesstaat, weil die staatlichen Kompetenzen zwar zum Teil durch die EU wahrgenommen werden, die Letztentscheidungsgewalt jedoch bei den Mitgliedstaaten verbleibt. Mit dem Vertrag von Lissabon ist der „Point of no Return“ auf dem Weg zur Staatlichkeit der EU noch nicht erreicht.²⁶² Das gilt auch, wenn man eine europafreundliche Integrationsperspektive einnimmt. Mit dem Reformvertragswerk wurde lediglich eine weitgehende Annäherung des bisherigen Unionsrechts an die Strukturen des Gemeinschaftsrechts erreicht.

3. 5. 2 Konsequenzen

3. 5. 2. 1 Kompetenzverteilung zwischen Deutschland und EU

Nach der Unterzeichnung des Vertrags von Maastricht wurde der „Europaartikel“, Art. 23 in das Grundgesetz eingefügt;²⁶³ dessen Hauptfunktion besteht darin, dass man der Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU-Ebene Schranken setzt, die nicht durch Kompensationsmodelle unterlaufen werden dürfen.²⁶⁴ Die Ermächtigung nach Art. 23 Abs. 1 GG unterliegt folglich verfassungsrechtlichen Grenzen. Keinesfalls darf ein Einbruch in die konstituierenden Strukturen des Grundgesetzes erfolgen. Die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG richtet sich über den Wortlaut hinaus an alle nationalen Träger öffentlicher Gewalt. Danach ist zwischen der Bundesrepublik

²⁶¹ Vgl. *Busse*, Die völkerrechtliche Einordnung der Europäischen Union, 1999, 75 ff. Ferner *Steinberger / Klein / Thüerer*, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50(1991), 10 ff. (16ff.); 56 ff.(58f.); 101 ff.(122 ff.); *Hilf / Stein / Schweitzer / Schindler*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Förderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 8 ff.(22f.); 26ff.(28ff.); 48ff.(49ff.), 70 ff.(78ff.)

²⁶² *Ronellenfitch*, Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 354(355).

²⁶³ *Scholz*, Europäische Union und deutscher Bundesstaat, NVwZ 1993, 817 ff.

²⁶⁴ Der Ansatz von *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozess - Anwendungsbereich und Schranken des Art 23 des Grundgesetzes, 2000, 523 ff. war schon in der Weimarer Republik verfehlt, als *Bilfinger* (Der Einfluss der Einzelstaaten auf die Bildung des Reichswillens, 1923) versuchte, auf diese Weise die Länder vor ihrer staatlichen Depositionierung zu schützen. Vgl. auch *Cornils* Art. 23 Abs. 1 GG. Abwägungsposten oder Kollisionsregel, AöR 129 (2004), 336ff.

Deutschland und der EU nur eine Kompetenzverteilung möglich, die die nationale Souveränität nicht antastet.

3. 5. 2. 2 Kompetenzordnung

3. 5. 2. 2. 1 Kompetenz-Kompetenz als Eigenermächtigungsbefugnis und EU

Die europäische Hoheitsgewalt ist von den Kompetenzzuweisungen der Mitgliedstaaten, die „Herren der Verträge“²⁶⁵ sind, abhängig. Daher ist eine Kompetenz-Kompetenz im Sinne der Staatsrechtslehre des deutschen Kaiserreichs mit der Lage der Kompetenz-Kompetenz der EU nicht zu vergleichen.²⁶⁶ *Carl Schmitt* hat schon die Bedeutungsmöglichkeiten der Kompetenz-Kompetenz ausführlich angedeutet.²⁶⁷ Danach kann die verfassungsgesetzliche Zuständigkeit für Verfassungsänderungen gemeint sein, die ihre Schranken an der Verfassung selbst findet. Es kann sich aber auch bloß um ein Akzessorium handeln, nämlich die allgemeine und im Zweifel zu vermutende Befugnis einer Behörde oder eines Gerichts, über die Frage zu entscheiden, ob die Voraussetzungen ihrer Zuständigkeit vorliegen.²⁶⁸ Schließlich sollte die Kompetenz-Kompetenz im Kaiserreich dazu dienen, Souveränitätsakte aller Art als Befugnis umzudeuten. Wie *Carl Schmitt* treffend betont, ist Souveränität keine Kompetenz. Kompetenz ist begrifflich begrenzt. Die Kompetenz-Kompetenz im Sinne einer expliziten Eigenermächtigungsbefugnis steht der EU ersichtlich nicht zu. Auf eine derartige Kompetenz-Kompetenz läuft ferner auch die Summierung von Kompetenzen hinaus. Die Kompetenz-Kompetenz kann generell zur Erlangung der Souveränität durch die Hintertür führen. Um dies zu verhindern, gilt es Kompetenzschranken zu betonen und Kompetenzen schon im Ansatz anzugreifen.

²⁶⁵ BVerfGE 89, 155(190), abzulehnen *Everling*, Zur Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“, in: *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, 1995, 1161.

²⁶⁶ Vgl. *Ipsen*, Staatsrecht I, 19. Auflage 2007 Rdnr. 58; Europarecht, Rdnr. 141.

²⁶⁷ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 386f.

²⁶⁸ *Ronellenfitsch*, Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 354(355)

3. 5. 2. 2. 2 Schranken für die Eigenermächtigungsbefugnis

Der Grundsatz, besser: das Prinzip der zentralen Einzelermächtigungen ist in Art. 5 Abs. 1 EG verankert. Es gilt für die gesamte EU. Im EUV n. F. ist es in Art. 3b Abs. 1 und 2 näher ausformuliert.

Die Organe der EU dürfen nur auf den in den Verträgen genau beschriebenen Gebieten Regelungen herbeiführen und Entscheidungen treffen. Das beschreibt der Begriff „Die EU setzt auf Lücke“.²⁶⁹

Das Subsidiaritätsprinzip besteht auf der Basis des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigungen. Das trifft ohne weiteres für die Abrundungsvorschrift des Art. 308 EUV a. F. zu, die als subsidiäre Rechtsgrundlage gegenüber allen anderen Vertragsbestimmungen, gleichwohl nur vertragsimmanente, jedoch keine kompetenz-erweiternden Regelungen zulässt.²⁷⁰ Das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne des Art. 5 Abs 2 EG ist ebenfalls nur eine Kompetenzausübungsregelung, welche die Inanspruchnahme der der EU zugewiesenen Einzelkompetenzen von zusätzlichen Anforderungen abhängig macht.²⁷¹ Diese Anforderungen sind in Bezug auf das allgemeine gesellschafts-politische Prinzip nicht genau angedeutet, so dass man mit wenig Mühe die Funktion außer Kraft setzen kann. Negativ- wie auch Positivkriterien waren für den europäischen Expansions- und Zentralisationsdrang kein echtes Hindernis.²⁷² „Effizienztest“ und „Mehrwerttest“ lassen sich letztlich immer bestehen. Den Zweck zu verhindern, dass die EU Rechtsbereiche an sich zieht, die auch von den Mitgliedstaaten in eigener Zuständigkeit erledigt werden können, hat das Subsidiaritätsprinzip in der Vergangenheit nicht erfüllt. Zu einer laufenden Aktualisierung

²⁶⁹ Ronellenfitsch, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355)

²⁷⁰ Ronellenfitsch, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355)

²⁷¹ Albin, *Das Subsidiaritätsprinzip in der EU*, NVwZ 2006, 629ff.

²⁷² vgl. *Papier*, *Das Subsidiaritätsprinzip - Bremse des europäischen Zentralismus?*, in FS Isensee, 2007, 691 ff.

der Kompetenzverteilung ist es nicht geeignet, weil der *acquis communautaire* bestandkräftige Regelungen subsidiaritätsfest macht.²⁷³

3. 5. 2. 2. 3 Kompetenzanmaßungen der EU-Organe

Gegen EU-Organe, besonders aber gegen den EuGH, der sich als „Förderer und Hüter der Integration“²⁷⁴ versteht, richten sich die Vorwürfe der Kompetenzanmaßungen. Integrationskritische Äußerungen galten lange Zeit als politisch unkorrekt. Noch in der Gegenwart werden sie gerne als „deuschtümelnder Nationalismus“ abgetan. Von einer Kompetenzanmaßung kann man jedoch erst sprechen, wenn sich entsprechende Argumentationsmuster in der Rechtsprechung des EuGH nachweisen lassen.

Eine Tendenz zur Kompetenzanmaßung weist bereits die Figur des gemeinschaftlichen Besitzstands (*acquis communautaire*) auf.²⁷⁵ Er stellt den Inbegriff der gemeinschaftlichen Rechtsakte - einschließlich der Rechtsprechung des EuGH selbst²⁷⁶ dar, die die (alten und neuen) Mitgliedstaaten binden und schließt den *status quo ante* aus. Das bedeutet, dass die erreichten Rechtsakte keinen „Rücktritt“ zulassen. In einem dynamischen Staatensystem darf aber die Kompetenzverteilung keine Einbahnstraße sein. Als Rechtsschutzinstanz hat sich der EuGH nicht nur als Bewahrer, geschweige denn als Förderer der Integration zu verstehen.²⁷⁷

²⁷³ Ronellenfitsch, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355)

²⁷⁴ Instruktiv Sander, *Der Europäische Gerichtshof als Förderer und Hüter der Integration*, 1998.

²⁷⁵ Vgl. Micklitz/Rott, in: Dausen, *EU-Wirtschaftsrecht, Loseblatt: Stand 2008*, Rdnr 64 ff.; Blanke, in: Calies/Ruffert, *EUV/EGV, Komm.* 3. Aufl., 2007 I EUV, Art. 2 Rdnr 15ff.

²⁷⁶ Vgl. Ott, *Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (acquis communautaire) - Anmerkung zu den EuGH-Urteilen Andersson und Rechberger v. 15. 6. 1999 und der EFTA-Rechtssache Sveinbjörndóttir v. 10. 12. 1998*, EuZW 2000, 293 ff.

²⁷⁷ Ronellenfitsch, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355)

Die durch Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG vorgesehene Integrationsermächtigung der EU lässt noch die Frage offen, wie bei einer Kollision zwischen nationalem und supranationalem Recht - hierbei EU-Recht - zu entscheiden ist.²⁷⁸ Im Rahmen der Übertragung ist es freilich zulässig, Gemeinschaftsrecht den Vorrang vor nationalem Recht einzuräumen, soweit nicht der Souveränitätsvorbehalt greift.²⁷⁹ Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht ist in Deutschland allerdings lediglich als Willensakt des nationalen Verfassungsgebers allgemein anerkannt.²⁸⁰ Es handelt sich daher um einen abgeleiteten, widerrufbaren Vorrang. In der europarechtlichen Literatur wird dagegen dies nahezu übereinstimmend als ein originärer Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten angenommen.²⁸¹ Dieser Vorrang ist ein Produkt der seit der Costa-Entscheidung ständigen Rechtsprechung des EuGH²⁸² und sollte im gescheiterten Verfassungsvertrag ausdrücklich verankert werden (Art. I-6). Die Bestimmung wurde in den Vertrag von Lissabon aber bewusst nicht übernommen. Dem Vertrag wurde lediglich eine Erklärung (Nr. 17) beigefügt:

„Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten habe...“

Die Erklärung verweist ihrerseits auf ein Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates v. 22. 6. 2007, welches auf die grundlegende Rechtssache Costa./ENEL verweist und betont:

²⁷⁸ Vgl. *Ipsen*, Staatsrecht I, 19. Auflage 2007, Rdnr. 53; *Sander*, 82 f.; *Everling*, Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes zur Entwicklung der Gemeinschaft, in: Magiera (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaft, 1985, 195 ff.(205).

²⁷⁹ Vgl. *Ronellenfitsch*, Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 354(355)

²⁸⁰ VerfGH Rh-Pf., Urt. v. 11. 7. 2005 - VGH N 25/64-, DÖV 2006, 38(39).

²⁸¹ Vgl. etwa *Funke*, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733 ff.

²⁸² Urt. v. 15. 7. 1964 - Rs. 6/64, Slg 1964, 1251 - Costa/ENEL.

„Die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des EuGH.“

Das könnte eine beabsichtigte Irreführung der Bevölkerung in den Mitgliedstaaten sein. Wie *Hatje/Kindt* ausführen, mit der Erklärung solle „sichergestellt werden, dass der Vorrang auch weiterhin ein Merkmal der Supranationalität der Union bleibt, wenngleich seine Anwendung vor allem in der heutigen zweiten und dritten Säule noch für Diskussionen sorgen dürfte“,²⁸³ ist der Prognose durchaus zuzustimmen. Der Vorrang des Unionsrechts ist nicht so selbstverständlich,²⁸⁴ wie manche das gerne sähen. Wenn ein Recht (deklaratorisch) eingeräumt wird, den Staatenverbund zu verlassen, muss auch die geringere Möglichkeit eröffnet sein, souveränitätsverletzendes und damit kompetenzüberschreitendes Gemeinschaftsrecht für ungültig zu erklären.²⁸⁵

Über das Rangverhältnis der Grundrechtsordnungen entscheidet im souveränen Verfassungsstaat die jeweilige Verfassung.²⁸⁶ Es ist ein bleibendes Verdienst des Bundesverfassungsgerichts, das dies herausgearbeitet und trotz aller Kritiken an diesem Standpunkt festgehalten hat.²⁸⁷

²⁸³ *Hatje/Kindt*, NJW 2008, 1762.

²⁸⁴ *Ronellenfitch*, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355)

²⁸⁵ Hierzu näher *Ronellenfitch*, John C. Calhoun und die Europäische Staatengemeinschaft. Nullifikation und Sezession im Bundesstaat, in: *Liber amicorum Thomas Oppermann*, 2001, 65 ff.(82ff.).

²⁸⁶ *Ronellenfitch*, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 354(355)

²⁸⁷ Zum Streitstand im Schrifttum *Klein*, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, VVDStRL 50(1991), 56ff.(80 ff. Kritik: *Frowein*, *Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, ZaöRV 1995, 1 f.f.; *Tomuschat*, *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, EuGRZ 1993, 489 ff.; *Meesen*, *Maastricht nach Karlsruhe*, NJW 1994, 549 ff; *Zuleeg*, *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, JZ 1994, 1 ff.

3. 5. 3 Rangverhältnis zwischen EU-Recht und GG

3. 5. 3. 1 Anwendungsvorrang des EU-Rechts

Der Vorrang des EU-Rechts wird auf der EU-Ebene als „hinreichend geklärt und gesicherter Bestand“²⁸⁸ angesehen, aber gesichert ist in Wirklichkeit nichts.²⁸⁹ Die Münchhausen-Rechtsprechung des EuGH wurde nicht zum *acquis communautaire* angesehen. Weil das EU-Recht Vorrang aus der Integrationsperspektive haben soll, kann es aber nicht sogleich heißen, dass es auch sonst Vorrang hat. Jedoch wird dieser Wunsch durch den EuGH zur Norm.²⁹⁰ An diesem Stand hat sich beim EuGH seit der Costa-Entscheidung nichts geändert. Doch hat der EuGH die Tendenz zur Aufrüstung des Anwendungsvorrangs in einen Geltungsvorrang selbst wieder aufgegeben.²⁹¹ Ein originärer Vorrang des EU-Rechts müsste auf einer verfassungsgebenden Gewalt beruhen.²⁹² Aber die europäischen Verträge reichen hierfür nicht aus. Mit der Souveränitätszuordnung im europäischen Staatenverbund ist nur ein übertragener Anwendungsvorrang des EU-Rechts möglich. Das bedeutet, dass die nationalen Verfassungen der jeweiligen Mitgliedstaaten der EU die oberste Stufe der Normenhierarchie bilden. Außerhalb dieser Normenhierarchie kann dem EU-Recht ein Anwendungsvorrang anerkannt werden, wie dies etwa beim Deutschen durch Art. 23 GG der Fall ist.²⁹³ Soweit dieser Anwendungsvorrang reicht, ist es Aufgabe aller Stellen der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.²⁹⁴ Zu einer Selbstaufgabe

²⁸⁸ *Funke*, DÖV 2007, 732; *Weiß*, Bestandskraft nationaler belastender Verwaltungsakte und EG-Recht, DÖV 2008, 477ff.

²⁸⁹ *Ronellenfitch*, *Moderne Justiz*, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 356f.

²⁹⁰ *Ronellenfitch*, *Moderne Justiz*, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 356f.

²⁹¹ Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, I-6307- Ministero delle Finanze.

²⁹² *Ronellenfitch*, *Moderne Justiz*, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 356f.

²⁹³ Zum Anwendungsvorrang des EU-Rechts OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 18. 8. 2005, DÖV 2006, 347(348); *Masing*, Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten, NJW 2006, 264 ff.

²⁹⁴ EuGH, Urt. v. 12. 6. 1990 - Rs. C-8/88, Slg. 1990, I2321 (Deutschland / Kommission); Urt. v. 13. 1. 2004 - Rs. C-453/00, Slg. 2004, I. 837 (Kühne / Heitz).

der nationalen Verfassung darf aber dieser Anwendungsvorrang auf gemeinschaftlicher Ebene nicht eingeräumt werden, weil die substantziellen Merkmale der Verfassung erhalten bleiben müssen.²⁹⁵

3. 5. 3. 2 Substanzielle Gefährdung des Grundgesetzes

Wenn die nationale Grundrechteordnung durch die Grundrechteordnung der EU verletzt oder verdrängt wird, und darauf kein kongruenter Schutz gewährleistet wird, wird die auf der Basis der Rechtsprechung des BVerfG zugesicherte Substanzsicherungsklausel geschützt. „Solange“ die europäischen Grundrechte nicht ein vergleichbares Schutzniveau erreicht haben, gehen die nationalen Grundrechte vor, was aber niemals geschehen würde, da die anderen EU-Mitgliedstaaten wohl nicht enthusiastisch ihre Rechtssysteme dem Deutschen anzugleichen werden.²⁹⁶ Daher bedeutet dieses, „soweit“ einen wirksamen Schutz der Grundrechte auf der EU-Ebene gesichert ist, ist erst möglich, dass man den Anwendungsvorrang in Betracht nimmt. D. h. der BVerfG hat das Recht zur Ungültigmachung der souveränitätsverletzenden EU-Rechte im deutschen Hoheitsbereich, ist aber zweifelhaft, ob bei dem informationellen Selbstbestimmungsrecht solch eine Situation möglich sein könnte, weil bei Verletzung des Grundrechts auf informationeller Selbstbestimmung durch Dritten, wie schon erwähnt, meist durch inter(multi-)nationaler Unternehmen erfolgt werden.

3. 5. 3. 3 Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen

Selbst wenn auf europäischer Ebene ein Datenschutzgrundrecht gewährleistet ist, heisst das aber nicht sogleich, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung

²⁹⁵ S. näher *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz*, *Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 357f.

²⁹⁶ *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz*, *Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 357f.

zugesichert ist, weil auf EU-Ebene auch für die Grundrechte das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gilt. Die europäischen Grundrechte sind Einzelnormen, die aber mangels einheitlicher Verfassungssysteme isoliert bleiben.²⁹⁷ Die Grundrechte des Grundgesetzes sind aber in einem einheitlichen Verfassungssystem eingebettet. Auch wenn das nicht bis zur klassischen Lehre von *Savigny* zurückgeht, ist jedoch bei der Interpretation einzelner Grundrechte das gesamte System mitzubedenken. Auch die informationelle Selbstbestimmung ist mit dem gesamten Grundrechtssystem zu interpretieren.²⁹⁸ Je mehr sich die informationelle Selbstbestimmung der Menschenwürde nähert („Kernbereich privater Lebensgestaltung“), desto mehr wird die Kernsubstanz des deutschen Verfassungssystems berührt. Dann aber sollte das Grundgesetz bei der Kollision gegenüber dem EUV einen Vorrang haben.²⁹⁹

3. 5. 4 Probleme des Grundrechtsschutzes

3. 5. 4. 1 „Dreifacher“ Grundrechtsschutz?

Die Grundrechte-Charta sollte die Grundrechte „sichtbarer“ machen, und sie verstärken.³⁰⁰ Mit Inkrafttreten des Verfassungsvertrags wurde die (mögliche) Rechtserkenntnisquelle,³⁰¹ die - wohl einen kleinen Zeitraum später - auch vom EuGH angenommen wurde,³⁰² verbindlich (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV n. F.; Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh 2007), was aber nicht alleiniger grundrechtlicher Prüfungsmaßstab für Akte der Organe auf EU-Ebene ist. Bislang gelten aber auch die Grundrechte, die gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV

²⁹⁷ *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz*, *Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 358f.

²⁹⁸ *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz*, *Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 358f.

²⁹⁹ *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz*, *Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 359f.

³⁰⁰ Zu materiellen Problemen s. *Streinz*, *Wie gut ist die Grundrechte-Charta des Verfassungsvertrages?*, in: *Eurpa in Wandel*, 2008, 645(652 ff.).

³⁰¹ Vgl. zur (beschränkt) influenzierenden Wirkung der (damals) rechtlich noch nicht verbindlichen Charta *Streinz*, in: *ders.* (Hrsg.), *EUV/EGV, Vorbem. GR-Charta Rdnr. 5 ff. m. w. N.*

³⁰² S. dazu *Streinz*, in: *ders./Ohler/Herrmann* (Hrsg.), 127 f.

die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze und Teil des Unionsrechts bestätigen (Art. 6 Abs. 3 EUV n. F.).³⁰³ Dem folgte nach dem Beitritt der Union zur EMRK die unmittelbare Bindung der Union an die EMRK. Das könnte heissen, dass nicht nur die Akte der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Begründung und der Vollzug den Rechten der EMRK und somit auch der Rechtsprechungen des EGMR unterliegen, sondern auch, von der EGMR aus gesehen, dass die Akte der Union selbst, einschließlich der Urteile des EuGH, „nur“ eine Vertragspartei der EU wären und somit der Rechtsprechung des EGMR unterliegen.³⁰⁴ Die Regelungen in Art. 52 Abs. 3 und Abs. 4 GRCh 2007 versuchen mit der Charta und der EMRK eine einheitliche Interpretation herzustellen, aber bei dieser Regelung ist nur der EuGH nicht aber auch der EGMR verbindlich.³⁰⁵

3. 5. 4. 2 Interpretationsproblem und Bedarf von Differenzierung und Systematisierung einzelner Grundrechte

Die Charta enthält unterschiedliche „Rechte“. Sie unterscheidet zwischen „Rechten“ und „Grundsätzen“, wie es in Art. 52 Abs. 5 GRCh 2007 offensichtlich ist.³⁰⁶ Die einst im Teil II des Verfassungsvertrags enthaltene und jetzt unverändert in die Grundrechte-Charta 2007 übernommene Grundrechte-Charta 2000 war bereits in der Regierungskonferenz 2004 skeptisch gegenüber den „sozialen Rechten“.³⁰⁷ Daher ergeben sich daraus Interpretationsprobleme, die der Differenzierung und Systematisierung der einzelnen „Grundrechte“ in Bezug auf Verpflichtungstypen und Verpflichtungsgrade (individuelles Grundrecht, Handlungsauftrag, Leitlinie, Programmsatz)

³⁰³ Vgl. *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 360 f.

³⁰⁴ *Grabenwarter*, EMRK, 4. Aufl. 2009, § 4 Rdnr. 5 ff. m. w. N.

³⁰⁵ Vgl. u. a. *Streinz*, in: ders./Ohler/Herrmann (Hrsg.), 126 f., s. aber auch *Ronellenfitsch*, *Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit*, DuD 2005, 360 f.

³⁰⁶ Vgl. *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, Vorbem. GR-Charta Rdnr. 19. Zur Einfügung dieser Bestimmung durch die Regierungskonferenz vgl. *Grabenwarter*, in: *Busek/Hummer* (Hrsg.), *Der Europäische Konvent und sein Ergebnis*, 71 (78).

³⁰⁷ Vgl. z. B. *Riedel*, in *Meyer* (Hrsg.), GRCh, Art. 37 Rdnr. 9

bedürfen, und daher ergibt sich auch der Bedarf von europäischen Maßstäben.³⁰⁸ Dies bestätigt den Ansatz in Art. 52 Abs. 5 GRCh 2007 und die Versuche, die Interpretationsbefugnis des EuGH primärrechtlich zu begrenzen.³⁰⁹

3. 5. 4. 3 Grundrechtsschutz in den nationalen und der EU-Rechten

Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh 2007 gewährt die Charta gegenüber den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union Grundrechtsschutz. Der Grundrechtsschutz durch die Rechte der Charta besteht gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh 2007 gegenüber den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union,³¹⁰ was aber die „Kompetenzschutzklausel“ des Art. 51 Abs. 2 GRCh 2007 verstärken soll. Strittig ist aber, ob die Mitgliedstaaten grundrechtsbeschränkende Maßnahmen halten können. Eine solche Beschränkung soll durch die ständige Rechtsprechung des EuGH bestätigt sein.³¹¹ Bei diesem Punkt wird aber skeptisch gefragt, wo es bei der jetzigen Auffassung möglich sein könnte, dass die Mitgliedstaaten Beschränkungsmaßnahmen gegenüber den Grundfreiheiten durchsetzen können.³¹²

Eigentlich sollte Art. I-6 EVV ohne jede Einschränkung ausdrücklich den Vorrang des Unionsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten vorschreiben.³¹³ Daraus wurde zum Teil gefolgert, dass damit das Problem der Prüfung der verfassungsrechtlichen

³⁰⁸ Vgl. die ersten Ansätze dazu bei *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 52 GRCh Rdnr. 16 f.; *Jarass*, EU-Grundrechte, § 7; *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), GRCh, Art. 52 Rdnr. 80 ff.

³⁰⁹ Vgl. *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 52 GR-Charta Rdnr. 13.

³¹⁰ Die Bereiche GASP und PJZS sind nach der „Vereinheitlichung“ der Union damit ohne weiteres erfasst, wurden aber bereits in den Text der Charta einbezogen, vgl. *Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 51 GR-Charta Rdnr. 4.

³¹¹ Vgl. dazu *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), GRCh, Art. 51 Rdnr. 24 ff. m. w. N.

³¹² Vgl. dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 51 GRCh Rdnr. 7 ff.; *Landenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 51 Rdnr. 20 ff.; *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 6 Rdnr. 30 ff.

³¹³ *Ronellenfitsch*, Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 362f.

(Rest-)Vorbehalte der Mitgliedstaaten³¹⁴ und das damit verbundene Letztentscheidungsrecht³¹⁵ erledigt sei.³¹⁶ Dass dies jedoch als fortbestehendes Problem gesehen wurde, zeigte das Bedürfnis der Regierungen der Mitgliedstaaten, zu Art. I-6 EVV eine Erklärung abzugeben,³¹⁷ wenngleich dies selbst inhaltlich nicht weiterhilft. Wenn z. B. wie in Deutschland Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG den Vorrang verfassungsrechtlicher Ermächtigung bestätigt, werden auch ihre Schranken sogleich bestätigt.³¹⁸ Daher wird dies zur Frage der Hoheitsrechtsübertragung, die aber dann nur in Bezug auf den Verfassungsvertrag ausgelegt werden könnte. Aus diesem Grund wurde Art. I-6 EVV bewusst durch den Europäischen Rat v. 21/22 Juni 2007³¹⁹ nicht in den Vertrag von Lissabon übernommen. Doch in der Schlussakte³²⁰ wurde darauf hingewiesen, „dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben“. Die „Bedingungen“ werden weder in der Schlussakte noch in dem beigefügten Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates³²¹ ausführlich formuliert. Daraus aber könnte man immerhin erkennen, dass der Vorrang nicht „unbedingt“ ist. Unionsrechtlich bietet dafür Art. 4 Abs. 2 EUV n. F. einen Ansatz, wonach die Union „die jeweilige nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsrechtlichen Strukturen [...] zum Ausdruck kommt“, achtet. Entscheidend ist, dass mögliche Konflikte rechtzeitig durch

³¹⁴ Vgl. dazu *Streinz*, Verfassungsvorbehalte gegenüber Gemeinschaftsrecht - eine deutsche Besonderheit? Die Schranken der Integrationsermächtigung und ihre Realisierung in den Verfassungen der Mitgliedstaaten, in: FS Steinberger, 2002, 1437 ff. Vgl. zum nicht auf Deutschland beschränkten Fortbestehen des Problems *Craig/de Búrca*, EU Law, 4. Aufl. 2008, 353 ff.; *de Quadros*, Droit de l'Union européenne, 2008, 366 ff.. Vgl. auch die Landesberichte von *Hillgruber* (Deutschland), *Capiant* (Frankreich), *Oliver* und *Sydow* (Vereinigtes Königreich), *Bonaszkiewicz* (Polen), *Barnes/Sarmiento* (Spanien) und *Wagnerová* (Tschechische Republik) in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht : Eine Analyse der Einwirkungen der Europäischen Integration auf die mitgliedstaatlichen Verfassungssysteme und ein Vergleich ihrer Reaktionsmodelle, 2007, 97 ff. Eingehend dazu auf der Basis von Landesberichten *Huber*, Offene Staatlichkeit: Vergleich, in: *von Bogdandy/Cruz Villalón/Huber* (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II, 2008, Rdnr 29 ff. m. w. N.

³¹⁵ Vgl. dazu *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000.

³¹⁶ So offenbar *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), EVV, 2007, Art. I-6 Rdnr. 24.

³¹⁷ Erklärung Nr. 1, AB1. 2004 C 310/420: „Die Konferenz stellt fest, dass Artikel I-6 die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Gerichts erster Instanz zum Ausdruck bringt“.

³¹⁸ Vgl. dazu *de Quadros*, Droit de l'Union Européenne, 2008 371 ff., 373ff.

³¹⁹ Vgl. den Entwurf des Mandats, EU-Nachrichten, Dokumentation Nr. 2/20074, 9(Nr. 3).

³²⁰ ABI. 2007 C 306/256.

³²¹ Dok. 11197/07.

gegenseitige Rücksichtnahme vermieden werden.³²² Das BVerfG hat das Problem durch materielle und vor allem prozessuelle Modifikationen entschärft.³²³ Aber auch der EuGH trägt in potenziellen Konfliktfällen den (ggf. speziellen) Anforderungen des nationalen Verfassungsrechts Rechnung.³²⁴

3. 5. 4. 4 Verletzung der Charta-Grundrechte

Im Verfassungskonvent wurde die Frage nach einer Verbesserung des verbreitet als defizitär empfundenen Individualrechtsschutzes vor dem EuGH gegenüber Akten der Union diskutiert und dabei auch die Einführung einer „Chartabeschwerde“ zum EuGH nach dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts,³²⁵ erwogen. Weder die Grundrechte-Charta 2000 noch der Verfassungsvertrag und auch nicht die darauf beruhende Grundrechte-Charta 2007 und der Vertrag von Lissabon griffen diesen Ansatz auf.³²⁶ Stattdessen beschränkte man sich auf eine eher marginale Änderung der Voraussetzungen einer Individualklage zum EuGH (vgl. Art. III-365 Abs. 4 EVV, übernommen in Art. 263 Abs. 4 AEUV, gegenüber Art. 230 Abs. 4 EGV).³²⁷

³²² Vgl. dazu zutreffend *Skouris*, Vorrang des Europarechts: Verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Aspekte, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 2007, 31 (39 ff.): „Um Konflikte zu vermeiden, müssen beide Rechtssysteme auf einander zu gehen“.

³²³ Vgl. insbesondere BVerfGE 102, 147 - Bananenmarktordnung.

³²⁴ Vgl. insb. EuGH, Rs. C-36/02 - *Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GMBH/Bundesstadt Bonn*, Slg. 2004, I-9609 Rdnr. 31 ff., worauf *Skouris*, Vorrang des Europarechts: Verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Aspekte, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 2007, 31(39) zu Recht hinweist.

³²⁵ Vgl. die Nachweise bei *Voßkuhle*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 93, 574.

³²⁶ Vgl. dazu *Karl*, in Busek/Hummer (Hrsg.), Der Europäische Konvent und sein Ergebnis, 89(95 ff.); *Mayer*, DVBl.2004, 606 ff.

³²⁷ Zur Ablehnung der vom EuG vorgenommenen Ausweitung durch den EuGH, der dafür eine primärrechtliche Grundlage fordert, vgl. *Burgi*, in: Regeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 7 Rdnr. 49, 64; *Pechstein*, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Aufl. 2007, Rdnr 419 ff.; *Borchardt*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 230 EGV Rdnr. 45. Der EuGH hat dem Rechtsmittel gegen EuG, Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré/Kommission*, Slg. 2002, II-2365, stattgegeben, EuGH, Rs. C-263/02 P, *Kommission/Jégo-Quéré*, Slg. 2004, I-3425. Vgl. auch EuGH, Rs. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, Slg. 2002, I-6677.

3. 5. 4. 5 Folgen der Ausnahmen für Polen und das Vereinigte Königreich

Polen und das Vereinigte Königreich haben sich in einem Protokoll vorbehalten, dass die Charta keine Ausweitung der Befugnisse des EuGH oder eines Gerichts Polens oder des Vereinigten Königreichs, die nicht mit den durch die Charta bekräftigten Grundfreiheiten, Freiheiten und Grundsätzen im Einklang stehen, bringt und insbesondere („um jeden Zweifel auszuräumen“) in Titel IV (Solidarität, Art. 27-38 GRCh 2007) keine für Polen oder das Vereinigte Königreich einklagbaren Rechte geschaffen werden, soweit Polen und das Vereinigte Königreich solche Rechte nicht in ihren nationalen Rechten vorgesehen haben. Wenn in einer Bestimmung der Charta auf das innerstaatliche Recht oder die innerstaatliche Praxis Bezug genommen wird,³²⁸ so findet diese Bestimmung auf Polen und das Vereinigte Königreich nur in dem Maße Anwendung, wie diese in diesen Staaten anerkannt sind.³²⁹ Damit wird die Wirkung der Charta allein in Polen und im Vereinigten Königreich eingeschränkt. Die Bindung an die Gemeinschaftsgrundrechte im Übrigen bleibt davon unberührt. Gleichwohl wirft allein der Eindruck eines Europas mehrerer Geschwindigkeiten im Grundrechtsschutz kein gutes Licht auf die Union als „Rechtsgemeinschaft“. Dieser Eindruck wird dadurch verstärkt, dass der tschechische Präsident Václav Klaus mit der Drohung, andernfalls den Vertrag von Lissabon nicht zu ratifizieren, den Europäischen Rat dazu gezwungen hat, durch ein entsprechendes Protokoll eine inhaltlich identische Regelung für die Tschechische Republik herbeizuführen.³³⁰

³²⁸ Vgl. z. B. Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 3, Art. 27, Art. 28, Art. 30, Art. 34, Art. 36 GRCh 2007.

³²⁹ Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich (Abl. 2007 C 306/156). Vgl. ferner die Erklärungen Nr. 61 und 62, die Polen dazu abgegeben hat (Abl. 2007 C 306/270). Die Tschechische Republik hat in einer Erklärung (Nr. 53) zur Charta der Grundrechte (Abl. 2007 C 306/268) zum einen deren Beschränkung auf den Kompetenzbereich der Union und zum anderen den Schutz bestehender Grundrechte betont. Während dies ohnehin in der Charta verankert ist und das Tschechische Verfassungsgericht die Charta als mit der Verfassung der Tschechischen Republik vereinbar erklärt hat (Urt. v. 26. 11. 2008, GBl. Nr. 446/2008 Sb), hat Václav Klaus die Ratifikation des Vertrags von Lissabon davon abhängig gemacht, für die Tschechische Republik ein entsprechendes Protokoll zu vereinbaren. Dem haben die Staats- und Regierungschefs anlässlich der Tagung des Europäischen Rates v. 29./30. 10. 2009 entsprochen. Vgl. auch EU-Nachrichten, Dokumentation Nr. 3/2009, 2(I.2) und Anlage I (ebd. 12).

³³⁰ S. dazu Streinz, in: ders./Ohler/Herrmann (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 26(35ff.).

3. 5. 5 Ergebnis

Bei der Kollision der Grundrechte zwischen dem EU-Recht und dem nationalen - bes. deutschen - Recht ist eigentlich eindeutig, was das Bundesverfassungsgericht nach dem „solange“ - Urteil mehrmals eingedeutet hat, dass das Recht gilt, welches mehr Schutz bietet. Man ahnt aber das Problem, wenn ein Rechtsstreit zwischen Privaten nicht auf der deutschen, sondern auf der EU-Ebene stattfindet, d. h. zwischen einem deutschen Bürger und z. B. einem Multinationalen Unternehmen, das seinen Sitz in Paris hat.

Bei einem solchen Streit kann der Mitgliedstaat keinen ausreichenden Schutz bieten, da dieser Streit schon auf der EU-Ebene passiert ist. Noch problematischer wird es, wenn dieses Unternehmen seinen eigentlichen Sitz außerhalb der EU-Ebene hat (wie z. B. Google). Wie schon vorstehend beschrieben, ist aber eine „Germanisierung“ der Grundrechte anscheinend nicht möglich.

Daher könnte es wichtig sein nachzuforschen, wie man bei der Grundrechtsgefährdung eines Privaten das Problem lösen könnte und wie man bisher angehäuften Rechtstheorien wie z. B. Schutzpflichten des Staates so gebrauchen könnte, um genügend Schutz zu bieten.

4. Die verfassungsrechtliche Herausforderung bei der Grundrechtsgefährdung durch Private

- Schutzwirkung der Grundrechte im Privatrechtsbereich

4. 1 Fehlende Grundrechtsbindung Privater

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurden die grundrechtlichen Gewährleistungen des Datenschutzes vornehmlich als Abwehrrechte gegen die Datensammlung (-versuche) der Sicherheitsbehörden beschrieben. Nur in den letzten Jahren wurde man sich erst bewusst, dass solche Gefährdungen auch von Privaten - insbesondere privaten Unternehmen - ausgehen können. Dies gilt nicht nur für die Telekommunikationsunternehmen und Internetprovider wie O2 oder Vodafone, sondern auch für die Global Player des Internetzeitalters wie Google und die Betreiber sozialer Netzwerke wie Facebook und Twitter auf Grund ihrer gigantischen informationellen Infrastruktur.³³¹ Diese Probleme sind nicht nur auf einige Großunternehmen beschränkt, wie Deutsche Bahn, Disconter Lidl, Deutsche Bank und Google. Durch sogenanntes *ubiquitous computing* werden durch die Datenverarbeitung alle Lebensbereiche der Menschen berührt, und das führt zu einer neuen Macht der Privaten (Unternehmen), die damit zur Beherrschung des Lebens einzelner oder vieler Privater führen könnte.³³²

Die Grundrechte binden nach Art. 1 Abs. 3 GG nur die Ausübung staatlicher Gewalten.³³³ Angesichts der o.g. Begründungen konnte man herausleiten, dass die Gefahren grundrechtlicher Schutzlücken besonders offensichtlich den durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützten Kommunikationsgeheimnissen drohen. Denn mit der Privatisierung der Deutschen Bundespost ist den Grundrechten des Fernmelde-,

³³¹ S. dazu *Maurer*, Informatik Spektrum 30, 2007, 273. S. aber auch 1. 1. dieses Beitrags.

³³² *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009(1010), diagnostiziert eine Unterlegenheit auch des Staates gegenüber den Unternehmen.

³³³ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 201ff.

Post³³⁴-, Briefgeheimnisses ein wesentlicher Adressat abhanden gekommen. Zwar lassen sich gesetzliche Pflichten zur Erhebung, Verarbeitung und Vorratsspeicherung der Telekommunikationsdaten durch private Telekommunikationsunternehmen dem Staat zurechnen,³³⁵ aber dies schützt nicht gegen die von den Unternehmen selbst veranlassten Maßnahmen.³³⁶ Die Deutsche Telkomm-AG sah das BVerwG schon mit der Organisationsprivatisierung ungeachtet des damals noch hohen staatlichen Aktienanteils nicht mehr an die Grundrechte gebunden, da sie ihre Dienstleistungen im Wettbewerb mit den Konkurrenten nach Art. 87f Abs. 2 GG „privatwirtschaftlich“ erbringe.³³⁷ Die Durchbrechung der Grundrechtsbindung ist auch bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates³³⁸ wie für die organisationsprivatisierten Bereiche der Daseinsvorsorge klar erkennbar, was man als sehr problematisch ansehen muss.³³⁹

Die verfassungsrechtliche Antwort auf die fehlende Grundrechtsbindung privater und privatisierter Unternehmen findet sich im Modell staatlicher Schutzpflichten.³⁴⁰ Die Pflicht des Staats zum Schutz der Menschenwürde ist der Grund staatlicher Schutzpflichten. Dadurch werden Gegenstand und Maß nach dem betreffenden Grundrecht bestimmt. Diese staatliche Schutzpflicht könnte auch im Bereich des Datenschutzes anwendbar sein.³⁴¹ Da der Schutzauftrag keinen Eingriff in Rechte

³³⁴ Der Weg, auch die Beförderung durch private Anbieter als postalische Dienstleistung und damit als Post i. S. v. Art. 10 Abs 1 GG zu qualifizieren, erhält den Schutzgegenstand jedenfalls gegenüber Maßnahmen der Sicherheitsdienste, *Löwer*, in: v. Münch/Kunig(Hrsg.), GG, Bd. I, 5. Aufl. (2000), Art. 10, Rdnrn. 14 f.; *Groß*, JZ, 1999, 326(332f.)

³³⁵ BVerfGE 107, 299(313f.) = NJW 2007, 1787; BVerfGE, NJW 2010, 833 Rdnrn. 193f.

³³⁶ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 201ff.

³³⁷ BVerwGE 114, 160(189).

³³⁸ *Remmert*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), GG, Losebl. Erg. -Lfg. (Juli 2001), Art. 19 Abs. 3 Rdnrn. 57ff.

³³⁹ So, *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 201ff.

³⁴⁰ Grdl. BVerfGE 39, 1(42) = NJW 1975, 573.

³⁴¹ Vgl. BVerfGE 106, 28(37) = 2002, 3619; BVerfG(1. Kammer des 1. Senats), NJW 2007, 3055 Rdnr. 13

Dritter erlaubt,³⁴² könnte man dem Gesetzgeber verpflichtet sehen, einen angemessenen Schutz zu gewähren.³⁴³

Dennoch scheinen die Verfassungsprobleme der staatlichen Schutzpflichten im theoretischen Bereich einige Akzeptanzprobleme zu haben.

4. 2 Theoretische Untersuchung der Schutzpflicht -

Möglichkeit zu unmittelbarer Grundrechtswirkung?

Die Diskussion um den Einfluss der Verfassung, namentlich ihres Grundrechtskatalogs, auf das Vertragsrecht scheint i. S. d. sog. mittelbaren Drittwirkung entschieden zu sein. Nachdem diese Theorie sich schon lange in der Literatur in weit überwiegender Zahl verbreiten konnte,³⁴⁴ haben sich nunmehr auch das BVerfG³⁴⁵ und der BGH³⁴⁶ ausdrücklich zu ihr bekannt. Das BAG, lange prominentester Repräsentant der Gegenthese der unmittelbaren Drittwirkung,³⁴⁷ ist zumindest in der Praxis auf den Kurs der h. M. eingeschwenkt. Waren es früher namentlich Anhänger der unmittelbaren Drittwirkung, die die Frage nach dem Einfluss der Grundrechte als Scheinproblem abtaten,³⁴⁸ so sind es heute auch und gerade Vertreter der h. M., die die Frage für erledigt halten.

³⁴² *Wahl/Masing*, JZ, 1990, 553.

³⁴³ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 201ff.; s. a. BVerfGE 88, 103(115f.)=NJW 1993, 1751.

³⁴⁴ *Sodan*, Grundgesetz, Beck 2009, Art. 1, Rdnr. 32f.

³⁴⁵ *Sodan*, Grundgesetz, Beck 2009, Art. 1, Rdnr. 32f.; BVerfGE 7, 198 (204ff.); 10, 302 (322); 318 (325); 25, 256 (263); 34, 269 (280).

³⁴⁶ *Sodan*, Grundgesetz, Beck 2009, Art. 1, Rdnr. 32f. Vgl. auch etwa z. B. BGH, NJW 1986, 2944 f. m. w. N..

³⁴⁷ BAGE 1. 185(193f.). S. zu näheren Einzelheiten *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 11 Rdnr. 351ff.

³⁴⁸ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 11 Rdnr. 351ff.

4. 2. 1 Die klassische These der Lehre der unmittelbaren Grundrechtswirkung

Die grundsätzliche Frage, ob Grundrechtsnormen auf das bürgerliche Recht einwirken könnten und wie diese Wirkung im Einzelnen gedacht werden soll, war wegen Art. 1 Abs. 3 GG zunächst umstritten. Die Argumente gegen die These der unmittelbaren Drittwirkung, die die Grundrechte als undifferenziert wirkende Verbotsgesetze verstand, liegen i. d. T. auf der Hand und sind hinreichend oft entfaltet worden.³⁴⁹ Der Katalog der gewährleisteten Freiheiten richtet sich gegen den Staat und nicht gegen Private.³⁵⁰ Es könnte die Privatautonomie gefährden, wenn die einzelnen handelnden Subjekte denselben Schranken unterliegen sollten, wie der eingreifende Staat.³⁵¹ Aber dennoch wird diese klassische Theorie nicht nur in den kontinental-rechtlichen Staaten, sondern auch jüngst in der Vereinigten Staaten diskutiert.³⁵²

4. 2. 2 Die These der mittelbaren Grundrechtswirkung

Grundrechte sind primäre Abwehrrechte der Bürger gegenüber dem Staat. Sie ergeben sich „aus der geistesgeschichtlichen Entwicklung der Grundrechtsidee wie den geschichtlichen Vorgängen, die zur Aufnahme von Grundrechten in die Verfassung der einzelnen Staaten geführt haben“.³⁵³ Ein Blick in die Geschichte vermittelt jedoch ein facetenreicheres Bild. In ihrem Ursprung, der Phase des Spätkonstitutionalismus in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, dienten Grundrechte nicht als Abwehrrechte gegen den Staat, sondern als Hebel und Motor für den Umbau von Staat und Gesellschaft. Es ging also zunächst nicht vorrangig um

³⁴⁹ Vgl. z. B. *Canaris*, AcP 184, 203ff.; *Medicus*, Aco, 192, 43; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 9. Aufl. 1993, Rdnr. 202.

³⁵⁰ *Klein*, NJW 1989, 1640.

³⁵¹ *Canaris*, AcP 184, 206.

³⁵² Vgl. *Gardbaum*, S., The “horizontal effect” of constitutional rights, in: *Michigan Law Review* 102/2003, 388(459).

³⁵³ Sog. Lüth-Entscheidung, BVerfGE 7, 198(204f.) = NJW 1958, 257(258).

die Umsetzung einer Idee der Freiheit, sondern um das Programm zur Verwirklichung von Freiheit, d. h. eine objektiv-rechtliche Dimension.³⁵⁴ Grundrechte wurden als objektive, nicht einklagbare Rechtssätze verstanden, die aber auf den Erlass von Gesetzen zielten, die als Ausdruck freiwilliger Selbstbindung die Staatsgewalt lenken und begrenzen sollten.³⁵⁵

In dem berühmten Lüth-Urteil³⁵⁶ aus dem Jahr 1958 hat das BVerfG zwar ausgeführt, dass Grundrechte in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat sind. Weiter hat das Gericht aber auch festgestellt, dass das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgestellt hat.³⁵⁷ Dieses Wertsystem, das auf der sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde fußt, muss als verfassungsrechtliche Grundgesetz-Grundentscheidung für alle Bereiche gelten. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf im Widerspruch zu ihr stehen, d. h. jede einzelne Vorschrift muss in seinem Geiste ausgelegt werden. Der Einfluss grundrechtlicher Wertmaßstäbe zeigt sich vor allem bei den zwingenden Vorschriften, die so einen Teil des *ordre public* - im weiten Sinne - bilden, aber auch und vor allem bei den „Generalklauseln“ der §§138, 242, 826 BGB. Diese Ansicht von der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte hat das BVerfG in späteren Entscheidungen ausdrücklich bestätigt.³⁵⁸ Auch die Literatur hat sich dieser Auffassung von der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte praktisch einhellig angeschlossen.³⁵⁹

Die sog. mittelbare Drittwirkungslehre erkennt den Grundrechtsnormen sehr wohl eine privatrechtsgestaltende Bedeutung zu, die sich im Privatrechtsverkehr aber mit dem Medium des Privatrechts auswirken soll. Unmittelbare Verpflichtungen der Privatrechtssubjekte

³⁵⁴ Dreier, Jura 1994, 505(506); Kröger, Grundrechtsentwicklung in Deutschland, 1998, 32.

³⁵⁵ Vgl. etwa die Preußische Verfassung von 1850; Arndt, Komm. zur Preußischen Verfassung 1907; Hoffman, NJW 1989, 3177(3181); näher Gostomzyk, JuS 11/2004, 949f.

³⁵⁶ BVerfGE 7, 198(204f.) = NJW 1958, 257(258).

³⁵⁷ BVerfGE 7, 198(204f.) = NJW 1958, 257(258).

³⁵⁸ Vgl. z. B. BVerfGE 7, 198 (204ff.); 10, 302 (322); 318 (325); 25, 256 (263); 34, 269 (280).

³⁵⁹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 11 Rdnr. 351ff. Vgl. aber auch Vesting, Rechtstheorie 2007, § 4 System II, Rdnr. 108ff..

werden dagegen nicht begründet. Dieser Grundzug sei und bleibe der Vorteil der These von der nur mittelbaren Drittwirkung.³⁶⁰

Nun können Vorteile allein nicht eine präzise dogmatische Begründung ersetzen, und diese bleibt die Theorie der mittelbaren Drittwirkung schuldig. Denn zum einen wird nicht deutlich, in welcher Weise die objektive Wertordnung die Wirkung der Grundrechte modifiziert, namentlich worauf eine eventuell geringere Wirkkraft als diejenige des Grundrechts in seiner Eigenschaft als Abwehrrecht gegen Eingriffe der hoheitlichen Gewalt basiert. Verschwommen ist zum anderen die Funktion des einfachen Rechts, das als Einfallstor für die Wertungen der Verfassung dienen soll. Seine Rolle wird durch die genannten Formeln nicht näher präzisiert, viel mehr - wie gezeigt werden soll - weit übersetzt. Die Funktion der Grundrechte wird vielmehr nur dann korrekt erfasst, wenn man sich auf die Hierarchie der Normen besinnt, dabei freilich auch der grundsätzlich garantierten Privatautonomie den ihr gebührenden Rang zuweist.

4. 2. 3 Schutzwirkung der Grundrechte im Privatrechtsbereich

- Die Schutzpflichtenlehre

Angesichts der vielfältigen Gefahren und Risiken in der modernen Industriegesellschaft, insbesondere derjenigen, die von der Aktivität Dritter ausgehen, tritt seit Beginn der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts das aus Liberalismus und Aufklärung stammende Bild des Staates als primär freiheitbedrohende Instanz zurück und die Garantiefunktion des Staates für die Rechte Privater in der Vordergrund. Gemeint ist eine Schutzgebotsfunktion der Grundrechte.³⁶¹ Der Grundgedanke besteht darin, dass der Staat durch Privatrechtsgesetzgebung aber auch durch Zivilrechtsprechung die Grundrechte Einzelner vor Übergriffen anderer Privater zu schützen habe. In

³⁶⁰ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 11 Rdnr. 351ff.; Vesting, Rechtstheorie 2007, § 4 System II, Rdnr. 108ff..

³⁶¹ Canaris, AcP 184(1984), 201, 225ff.; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 20ff.

diesem Zusammenhang spricht *Canaris* - soweit ersichtlich - als Erster von einem sog. Untermaßverbot, wonach das Fehlen von Schutzvorschriften dann verfassungswidrig ist, wenn das verfassungsrechtlich gebotene Schutzminimum unterstritten ist.³⁶² Das BVerfG hat diesen Aspekt des Untermaßverbots übernommen.³⁶³

Im wissenschaftlichen Schrifttum findet diese Heranziehung der grundrechtlichen Schutzpflichtendimension zur Begründung der Privatrechtswirkung der Grundrechte viele Anhänger, wenngleich die Einzelheiten noch nicht im Ganzen geklärt sind.³⁶⁴ Unklar ist erstens das Verhältnis zwischen der Konzeption der unmittelbaren Drittwirkung und der Schutzpflichtenlehre,³⁶⁵ zweitens die genaue dogmatische Herleitung der Schutzpflichten und zuletzt die Frage, welche Grundrechtsgüter Schutzpflichten auslösen und wie diese Güter losgelöst vom Abwehrrecht definiert werden können. Vor allem ist es aber fraglich, ob hierbei auch ein sozialer Schutz eine Rolle spielt³⁶⁶ und wo die Grenze staatlichen Handelns aufgrund der Schutzpflichtenlehre liegt.

Es ist im Ergebnis festzustellen, dass die klassische Drittwirkungsdebatte die objektiven Grundrechtsfunktionen hervorgebracht hat. Sie wird nun auf die eigentliche Bedeutung der Grundrechte, eben die Gewährleistung von subjektiven Rechten zurückgewiesen. Nachdem aus den Grundrechten als subjektiven Abwehrrechten objektiv-rechtliche, multidimensionale Inhalte gewonnen werden sollen, werden diese neuen GrundrechtDimensionen wiederum den subjektiven Rechten zugeordnet werden. Die Drittwirkungsdebatte mündet also in die Kontroverse um eine Resubjektivierung objektiver GrundrechtDimensionen.

³⁶² *Canaris*, AcP 184(1984), 201, 225ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 20ff.

³⁶³ BVerfGE 88, 203, 25; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 212.

³⁶⁴ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 312ff.

³⁶⁵ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 144f.; Vertreten wird etwa, dass die Schutzpflichtenlehre ein Unterfall der Drittwirkung ist und umgekehrt, da die beiden verschiedenen oder nebeneinanderstehenden Perspektiven Ansichten des gleichen Problems sind.

³⁶⁶ Ausdrücklich ablehnend *Isensee*, HstR V, § 111 Rdnr 132; vgl. auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 144f.

4. 3 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

An vier prominenten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts könnte man die diesbezügliche Auffassung und Methode vorstellen.

4. 3. 1 „Handelsvertreterentscheidung“³⁶⁷

Im ersten Fall ging es darum, dass ein Handelsvertreter mit seinem Prinzipal vertraglich vereinbart hatte, dass er nach der Auflösung der Vertragsbeziehung zwei Jahre lang nicht für ein Unternehmen derselben Branche arbeiten werde (Wettbewerbsverbot). Dafür sollte eine Kompensation gezahlt werden, wenn die Vertragsauflösung nicht durch ein schuldhaftes Verhalten des Vertreters begründet sei. Nach einer entsprechenden Kündigung hatte der Vertreter die Kompensation gerichtlich geltend gemacht. Die Zivilgerichte hatten die Klage abgewiesen, in erster Linie unter Hinweis darauf, dass der Vertreter sich vertraglich mit der Regelung einverstanden erklärt hatte. BVerfG hat die Entscheidung des BGH, aufgehoben und gerügt, dass die Gerichte bei der Auslegung der Zivilgesetze und des Vertrage „Verfassungsrecht verletzt haben“. Sie hätten „Auslegungsfehler erkennen lassen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts“ beruhten. Zwar habe der Handelsvertreter dem Vertrag und den darin enthaltenen ungünstigen Bedingungen selbst zugestimmt und der im deutschen Recht geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit umfasse auch das Recht, nachteilige Vereinbarungen zu treffen. Doch sei die Vertragsfreiheit in den Zusammenhang der in Art. 12 GG gewährleisteten Berufsfreiheit zu stellen, der „der personalen Entfaltung des arbeitenden Menschen in der Gesellschaft“ diene und der gleichzeitig den meisten Bürgern die Möglichkeit gewährleiste, „sich eine wirtschaftliche Grundlage ihrer Existenz zu schaffen“. Privatautonomie sei ein „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“, sie bestehe aber „nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese sind wiederum an die Grundrechte gebunden“. Diese Bindungen und Schranken

³⁶⁷ BVerfGE 81, 242.

seien unentbehrlich, weil „Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen, dass das Vertragsgleichgewicht der Beteiligten fehlt, und es ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern“.³⁶⁸

4. 3. 2 „Bürgschaftsentscheidung“³⁶⁹

In der Bürgschaftsentscheidung aus dem Jahr 1993 setzt das BVerfG diese Rechtsprechung fort. Das BVerfG hat diese Rechtsauffassung für andere Konflikte bestätigt, in denen Banken eine in Geschäften unerfahrene Ehefrau oder junge erwachsene Kinder gedrängt hatten, sich für die Rückzahlung von Krediten des Ehemannes bzw. des Vaters zu verbürgen. Dabei hat es wiederum auf die Wirtschaftsmacht der Banken abgestellt, aber auch auf den moralischen Druck, den diese ausgeübt hatten sowie auf die Unerfahrenheit der Vertragspartner.³⁷⁰

Es ging um die Bürgschaftsverträge naher Angehöriger im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung an Familienmitglieder. Das BVerfG prüfte hier einen Eingriff in die von der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie als „Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben“.³⁷¹ Mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellte sich dem Gesetzgeber das Problem, dass am Zivilrechtsverkehr gleichrangige Grundrechtsträger teilnehmen, die

³⁶⁸ BB 1990, 440.

³⁶⁹ BVerfGE 89, 214.

³⁷⁰ BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 2749f.

³⁷¹ *Erichsen*, in: Isensee/Kirchhoff(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI. 1210, Rdnr 58.

unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Ziele verfolgten. Da alle Beteiligten des Zivilrechtsverkehrs den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG genossen und sich gleichermassen auf die grundrechtliche Gewährleistung ihrer Privatautonomie berufen könnten, dürfe nicht nur das Recht des Stärkeren gelten. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam würden. Im Vertragsrecht ergebe sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Habe einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Allerdings könne die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt sei. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit dürfte ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich infrage gestellt oder korrigiert werden. Handle es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lasse, und seien die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, müsse die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln sei deshalb darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienen. Hätten die Vertragspartner eine an sich zulässige Regelung vereinbart, werde sich regelmäßig eine weitergehende Inhaltskontrolle erübrigen. Sei aber der Inhalt der Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: „Vertrag ist Vertrag“. Sie müssten vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sei, und ggf. im Rahmen der Generalklauseln korrigierend eingreifen.

4. 3. 3 „Mietrechtsentscheidung“³⁷²

Eine andere Entscheidung galt einem Rechtsstreit zwischen dem Mieter und dem Vermieter einer Wohnung. Das Bundesverfassungsgericht hat zunächst ausgeführt, dass die Regelung von Mietverträgen grundsätzlich Sache des Zivilgesetzes und des Vertrags sei. Dass aber wiederum die Auslegung und die Geltung beider an der Wertordnung der Verfassung zu messen seien. Dabei habe der Mieter an der Wohnung ein Bestands- und Nutzungsrecht, das als „der räumliche Mittelpunkt freier Entfaltung der Persönlichkeit, als Freiraum eigenverantwortlicher Bestätigung“ zu qualifizieren sei. Diese Eigentumsposition des Mieters stehe mit der Eigentumsposition des Vermieters im Konflikt, der nach Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit zu lösen sei. Keineswegs könne dem vertragstreuen Mieter ohne beachtliche Gründe der Wohnraum entzogen werden, auch wenn der Vertrag oder das einfache Gesetz dies so vorsehen. Ein Gericht, das den Eigentumsschutz des Mieters nicht im Lichte des Art. 14 GG ernst nehme, verstoße gegen die Verfassung.³⁷³

4. 3. 4 „Ehefrauentcheidung“³⁷⁴

In der Entscheidung BVerfGE 103, 89 ging es um den Abschluss eines Ehevertrags mit einer Schwangeren. Die Frau wollte unbedingt eine Heirat vor der Geburt des Kindes, damit dieses ehelich geboren würde. Auch in dieser Entscheidung knüpft das BVerfG an seine Ausführungen in der Handelsvertreterentscheidung an.³⁷⁵ Die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie setze voraus, dass die Bedingungen

³⁷² BVerfGE 89, 1.

³⁷³ BVerfGE, 89, 1ff.

³⁷⁴ BVerfGE 103, 89.

³⁷⁵ BVerfGE 89, 242(254f.).

der Selbstbestimmung des Einzelnen auch tatsächlich gegeben seien. Maßgebliches Instrument zur Verwirklichung freien und eigenverantwortlichen Handelns in Beziehung zu anderen sei der Vertrag. Wechselseitige Bindung und Freiheitsausübung fänden so ihre Konkretisierung und ließen deshalb in der Regel auf einen sachgerechten Interessenausgleich schließen. Sei jedoch aufgrund einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner ersichtlich, dass in einem Vertragsverhältnis ein Partner ein solches Gewicht habe, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen könne, sei es Aufgabe des Rechts, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragspartner hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehre.³⁷⁶

4. 4 Der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts unter Privaten - eine Schutzpflicht des Staates?

4. 4. 1 Einleitung und Problemstellung

4. 4. 1. 1 Einleitung

Wenn personenbezogene Daten durch Private erhoben, verarbeitet und verwendet werden, kann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht genügend Schutz gewähren, da die Privaten keine gesetzliche Ermächtigungsnorm als Voraussetzung brauchen, weil diese Arten von Datennutzung auf Grund der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) oder der Informations-, Meinung- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) oder der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ausgeübt werden.³⁷⁷ Heutzutage ist es wenig umstritten, dass die Grundrechte nicht nur den

³⁷⁶ BVerfGE 89, 214(232).

³⁷⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), 2009, Art. 2, Rdnr. 189 f.

Einzelnen vor Eingriffen des Staates schützen, sondern dass der Einzelne gegenüber dem Staat eine Forderungsrolle hat - unter der Geltung des Grundgesetzes -, dass sich der Staat „schützend und fördernd“ für die Bewahrung der in den Grundrechten genannten Rechtsgüter einsetzt.³⁷⁸ Diese Schutzpflicht des Staates wurde eigentlich für das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit vom Bundesverfassungsgericht entwickelt,³⁷⁹ sie kann aber auch auf die übrigen Grundrechte Anwendung finden.³⁸⁰ Das Gericht billigt dem Gesetzgeber zwar einen ziemlich weiten politischen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung der jeweiligen Schutzinstrumente zu,³⁸¹ das gilt aber dann nicht mehr, wenn die Verfassung bestimmte Mittel zum Schutz vorschreibt.³⁸² Der Gesetzgeber darf in diesem Fall nicht ganz untätig bleiben oder eindeutig zu wenig zum Schutz unternehmen.³⁸³ Eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht heißt sogleich, dass eine Verletzung des jeweiligen subjektiven Grundrechts vorliegt.³⁸⁴

Da diese Regelungen auch für die informationelle Selbstbestimmung gelten müssen,³⁸⁵ hat das Bundesverfassungsgericht gefordert, dass der Gesetzgeber zum Schutz des Grundrechts weitgehende „organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen“ treffen soll.³⁸⁶ Wenn eine solche Situation auftaucht, wobei man die Schutzpflicht des Staates anerkennen kann, muss der Gesetzgeber dafür Regelungen schaffen, um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung auch zum Schutz gegen

³⁷⁸ Vgl. *Hornung*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2005, 164ff..

³⁷⁹ BVerfGE 39, 1 (41 ff.); 46, 160 (164); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57)

³⁸⁰ *Götz*, HdbStR III (1996), § 79 Rn. 10; *Stern* 1988, 944 m.w.N.; *Pieroth/Schlink* 2003, Rn. 94 ff.; *Murswiek*, in: Sachs(Hrsg.), Art. 2 Rn. 25 m.w.N.; zu Kriterien für die Begründung von Schutzpflichten s. *Gusy*, in: Mangoldt/Klein/Starck(Hrsg.), Art. 10 Rn. 62; speziell zur Menschenwürde s. *Kunig*, in: v. Münch/ders. (Hrsg.), Art. 1 Rn. 25 ff., 30 ff.

³⁸¹ BVerfGE 56, 54 (80 f.); s. *Kunig*, in: v. Münch/ders.(Hrsg.), Art. 2 Rn. 56 m.w.N.; näher *Hesse* 1994, 553 ff..

³⁸² *Hornung*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2005, 164ff..

³⁸³ BVerfGE 46, 160 (164 f.); 92, 26 (46); *Kunig*, in: v. Münch/ders., Art. 2 Rn. 56.

³⁸⁴ BVerfGE 77, 170 (214); *Isensee*, HdbStR V (2000), § 111 Rdnr. 183 ff.; einschränkend *Starck*, v. Mangoldt/Klein/ders.(Hrsg.), Art. 1 Rn. 160.

³⁸⁵ *Murswiek*, in: Sachs(Hrsg.), Art. 2 Rn. 25; *Scholz* 2003, 145; *Hornung*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2005, 164ff.

³⁸⁶ BVerfGE 65, 1 (44).

Verletzung durch Private zu gewähren.³⁸⁷ Auch nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Gesetzgeber „geeignete und angemessene Schutzvorkehrungen“ treffen, um eine Verletzung der in Art. 8 EMRK garantierten Rechte zu vermeiden.³⁸⁸ Der Staat muss i. V. m. dem Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung seine Schutzpflicht insbesondere dann wahrnehmen, wenn die Daten der Betroffenen von Privatpersonen rechtswidrig verwendet werden. Auch im gesellschaftlichen Bereich ist für den Schutz der Selbstbestimmung eine Begrenzung der Freiheit möglich.³⁸⁹

Die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates bekommt in der globalisierten Informationsgesellschaft eine große Bedeutung. Z. B. bei dem - zur ärztlichen Versorgung eingeführten - elektronischen Gesundheitskartensystem³⁹⁰ wird der Austausch (wichtiger) personenbezogener Daten immer leichter.³⁹¹ Dabei könnten z. B. die unbegrenzte Preisgabe der Patienteninformationen an die Öffentlichkeit oder die Manipulation personenbezogener Daten als Probleme auftauchen. Für solche „neue“ Gefährdungen sollte ein entwicklungsöffener Persönlichkeitsschutz entgegenkommen, um den Grundrechtsschutz rechtzeitig zu gewähren. Solange es einen Unterschied zwischen öffentlicher Gewalt und privater Gesellschaft - auch für den Grundrechtsschutz - gibt, müsste man auch für den Schutz bei solchen Grundrechtsgefährdungen andere Mittel überlegen, da die Anforderung für den Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts für eine solche Art der Grundrechtsverletzungen nicht vorgesehen ist.

Aus diesem Grund könnte die Schutzpflicht des Staates als Alternative für den Schutz gegen Erhebung, Verwendung, Verarbeitung und Weitergabe personenbezogener Daten geschaffen werden. Nachteil solcher Art des Schutzes ist aber, dass der Gesetzgeber

³⁸⁷ S. dazu *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 135 f.; *Hoffmann-Riem*, AöR 123 (1998), 513 (524 ff.); *Lang*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, 45 f.

³⁸⁸ Z. J. Finnland, Urteil v. 25.1.1997, Abs. 95; M.S. J. Schweden, Urteil v. 27.8.1997, Abs. 41 (beide abrufbar unter <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>); in der Literatur s. *Szczekalla* 2002, 712 ff.

³⁸⁹ *Hoffmann-Riem*, AöR 1998, 513, 523; *Hornung*, in: Roßnagel(Hrsg.), 2005, 165 ff.

³⁹⁰ Vgl. *Eun, J.*, Schutz von Gesundheitsdaten der Patienten, 2010, 9, 43 ff.

³⁹¹ *Hornung*, Roßnagel(Hrsg.), 2005, 152 (207ff.).

immer jede Art der Grundrechtsverletzung schon im voraus überlegt und als eine Regelung geschaffen haben soll. Im deutschen Rechtssystem sollte für die internationale Kooperation schon einiger Schutz gewährleistet sein, aber ein verfassungsrechtlich bedeutsames Mindestmaß an Schutzvorkehrungen ist bis jetzt nicht erkennbar.³⁹²

Die Probleme privater Datenerhebung und -verarbeitung im Sinne mittelbarer Drittwirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind auch bei der Anwendung und Auslegung - einfacher - zivilrechtlicher Normen zu berücksichtigen.³⁹³

4. 4. 1. 2 Zu enge Begrenzung des Schutzbereichs des informationellen Selbstbestimmungsrechts

Das Gericht begrenzt den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zugleich in problematischer Weise hinsichtlich der heimlichen Aufklärung über eine Internet-Kommunikation.³⁹⁴ Es soll für einen Eingriff nicht ausreichen, „wenn eine staatliche Stelle sich unter einer Legende in eine Kommunikationsbeziehung ...begibt“, sondern nur, „wenn sie dabei schutzwürdiges Vertrauen des Betroffenen in die Identität und die Motivation seines Kommunikationspartners ausnutzt, um persönliche Daten zu erheben, die sie ansonsten nicht erhalten würde“.³⁹⁵ Und genau dieses schutzwürdige Vertrauen liege selbst in einer über einen längeren Zeitraum bestehenden „elektronischen Gemeinschaft“ nicht vor, da jedenfalls keine Überprüfungsmechanismen hinsichtlich der Identität der Partner bestünden.³⁹⁶ Dies begegnet starken Bedenken.

³⁹² S. dazu *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 190(191f.).

³⁹³ BVerfGE 84, 192 (194 ff.); s. zu weiteren Diskussion dazu *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig(Hrsg.), Art. 2, Rdnr. 192.

³⁹⁴ S. *Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NJW 2008, 521ff.

³⁹⁵ BVerfG, NJW 2008, 822 (836).

³⁹⁶ BVerfG, NJW 2008, 822 (836).

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Daten bei Kommunikationsbeziehungen im Internet (auch) in der Kommunikation mit dem verdeckten staatlichen Teilnehmer entwickelt werden. Das unterscheidet sie prinzipiell von einer öffentlich verfügbaren Kommunikation, die vom Staat nur abgegriffen wird, und wirft die Frage der Bindungen des Staates in seinem Kommunikationsverhalten auf.³⁹⁷ Die vom Gericht betonte faktische Möglichkeit der Identitätstäuschung kann nicht die rechtliche Zulässigkeit der staatlichen Identitätstäuschung begründen. Ein zentraler Gehalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts besteht darin, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“.³⁹⁸ Damit soll dem Bürger gerade eine Kontrolle darüber vermittelt werden, welche Informationen der konkrete und nicht ein beliebiger Kommunikationspartner hat.³⁹⁹ Deshalb ist die Identität des Kommunikationspartners für die Wahrnehmung dieser Freiheit nicht gleichgültig, sondern hochrelevant. Die Identitätstäuschung berührt als Beschränkung der Autonomie der Selbstdarstellung grundsätzlich immer das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, da sie unübersehbare Verwendungskontexte eröffnet.⁴⁰⁰ Die Transparenz der Datenerhebung und -verarbeitung wird zu Recht auch allgemein als einer seiner zentralen Schutzpfeiler gesehen.⁴⁰¹ Bei der vom Gericht selbst angesprochenen Parallele zum V-Mann (bzw. dem Verdeckten Ermittler) in der Offline-Welt wird entsprechend auch von der Literatur ganz überwiegend ein Eingriff in dieses Grundrecht angenommen.⁴⁰² Auch wenn man den hier potenziell ausufernden Schutz auf „schutzwürdiges Vertrauen“ begrenzen will, macht es einen zentralen Unterschied aus, ob die zunächst faktische Möglichkeit der Identitätstäuschung durch

³⁹⁷ Vgl. *Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NJW 2008, 521ff.

³⁹⁸ BVerfGE 65, 1 (43) = NJW 1984, 419, seitdem st. Rspr. und auch in der jetzigen Entscheidung wiederholt; nähere Analyse bei *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, 153ff., und krit. Reflexion S. 236ff.

³⁹⁹ Zur Verbindung mit der Kontrollmöglichkeit *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, 53.

⁴⁰⁰ S. zur zentralen Bedeutung der Verwendungskontexte *Trute*, in: Roßnagel(Hrsg.), Hdb. DatenschutzR, 2003, Abschn. 2.5 Rdnr. 26.

⁴⁰¹ S. *Trute*, JZ 1998, 822(825); *Ladeur*, DuD 2000, 12(13); *Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, 462ff.

⁴⁰² *Makrutzki*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, 2000, 70; *Lammer*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, 1992, 25ff.; VGH Mannheim, DVBl 1995, 367 (368); *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 I Rdnr. 176; vgl. auch *Pieroth/Schlink/Kniesel*, PolizeiR, 4. Aufl. (2007), § 14 Rdnr. 109.

eine staatliche oder eine private Stelle vorgenommen wird, denn hinsichtlich staatlicher Erhebungen wird die Erwartung der Bürger wegen der Kompetenzgebundenheit des Staates ja gerade durch die Rechtslage geprägt. Es kommt also zentral darauf an, ob diese den staatlichen Stellen erlaubt oder eben nicht erlaubt, eine Identitätstäuschung vorzunehmen.⁴⁰³ Die Frage schutzwürdigen Vertrauens ist hier also stark normgeprägt und nicht allein aus tatsächlichen Möglichkeiten zu bestimmen. Und hier lässt sich auch ganz unabhängig vom Recht auf informationelle Selbstbestimmung schon aus der staatlichen Neutralitätspflicht (Art. 5 I GG) die Anforderung nach grundsätzlicher Offenlegung staatlicher Kommunikationsbeiträge in Sphären gesellschaftlicher Meinungsbildung wie Chat-Foren ableiten.⁴⁰⁴ Deshalb bedarf die heimliche Kommunikationsteilnahme immer einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

4. 4. 2 Die ersten Ansätze für objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte in der Weimarer Reichsverfassung

Viele Jahrzehnte war die Geschichte der Grundrechte beherrscht von ihrer Funktion, staatliche Macht zu bändigen und den Menschen grundlegende Rechte und Freiheiten zu verbürgen, die von staatlichen Eingriffen freigehalten werden sollten. Dieser Gedanke hat die großen Staatsdenker, allen voran *John Locke*, seit dem 17. Jahrhundert beherrscht. Darum ging es in den Ursprungsdokumenten der Grundrechte, beginnend mit der englischen Magna Charta(1215) über die englische(1689) und amerikanische(1791) Bill of Rights und die französische Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen(1789) bis zu den europäischen Grundrechtsverfassungen des 19. Jahrhunderts. In ihnen verstand man die Grundrechte

⁴⁰³ *Eifert*, Informationelle Selbstbestimmung im Internet, NJW 2008 521ff.

⁴⁰⁴ Vgl. *Eifert*, in Ladeur (Hrsg.), Innovationsoffene Regulierung des Internets, 2003, 146.

als Abwehrrechte des Individuums gegen staatliche Eingriffe in verfassungsmäßig gesicherte Rechtsgüter und Freiheitssphären.⁴⁰⁵

Nur langsam, aber durchaus stetig, wurde dem Staat auch die Aufgabe zugesprochen, dem Bürger auch Sicherheit, Schutz vor inneren und äußeren Bedrohungen zu gewähren. Verbunden wurde dieser Zweck zunächst nicht in erster Linie mit Grundrechten, sondern mit der Legitimation des Staates schlechthin. Als Ahnvater dieser Schutz- und Ordnungspflicht des Staates erkannte man *Thomas Hobbes* - in vielem Widerpart *Lockes* -, dessen Hauptwerk „*Leviathan*“ 1651 erschien. Er verlangte vom Bürger Gewaltverzicht und Gehorsam; damit begründete er das Gewaltmonopol des Staates. Dessen Kehrseite war die Gewährleistung der Sicherheit des Bürgers durch den Staat.⁴⁰⁶ So standen sich zwei Prinzipien gegenüber: Freiheit vom Staat und Sicherheit durch den Staat, wie es scheint, eine schwer auflösbare Spannung, die im Grundrechtsdenken Chinas und Japans durch die Gemeinschaftsorientierung des Individuums aufgelöst wird. Im europäisch-atlantischen Rechtskreis war es die Idee des Rechtsstaates, nach dem das Handeln des Staates auf der Basis des Rechts zu erfolgen hatte, das nach den Vorstellungen der Demokratie durch volksgewählte Parlamente zu erzeugen war, das frei von Willkür zu sein und durch die Menschenrechte individuelle Freiheit zu verbürgen, aber auch Sicherheit zu gewährleisten hatte. Auf dieser Grundlage wurden seit Ende des 18. Jahrhunderts, von Amerika ausgehend, in Europa moderne Verfassungen geschaffen, in denen die Grundrechte als freiheitsverbürgende Rechte einen hohen Stellenwert einnahmen.

Bemerkenswert war, dass in Deutschland die Grundrechte niemals ausschließlich als Abwehrrechte gegen den Staat verstanden wurden. Ein gewichtiger Teil der deutschen Staatsrechtslehrer des 19. Jahrhunderts sah in ihnen auch Normen, die

⁴⁰⁵ Näher *Stern*, Die Idee der Menschen- und Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I, 2004, § 1 Rdnr. 1 ff.; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003; *Sachs*, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988; *ders.*, Abwehrrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 39 m. w. N.

⁴⁰⁶ Vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, 21ff.; *Caliess*, Wirkungen der Grundrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rdnr. 2; *Lorenz*, Grundrechtsschutz gegen Gefahren und Risiken, in: FS Scholz, 2007, 325(330ff.).

dem Staat Aufgaben und Ziele zumaßen.⁴⁰⁷ Modern gesprochen wurde ihnen eine objektiv-rechtliche Funktion zuerkannt, die vor allem die Herstellung von Wohlfahrt, Sicherheit und Gemeinsinn der Individuen in den Blick nahm.

Unter der kurzen Geltungsdauer der Weimarer Reichsverfassung von 1919 bis 1933 konnte ein darauf gerichtetes Grundrechtsverständnis trotz wichtiger Ansätze im Verfassungstext nicht reifen. Das galt vor allem für den Einfluss dieser Verfassung auf die Gesetzgebung. Immerhin blitzte in Teilen der Staatsrechtslehre ein neuer grundrechtlicher Systemansatz auf, der besonders mit dem Namen von *Rudolf Smend* verbunden ist. Er und seine Mitstreiter suchten den integrierten Gehalt der Grundrechte herauszuarbeiten, den sie darin sahen, dass „der inhaltliche Sinn eines Grundrechtskatalogs [...] ein Wert- oder Güter-, ein Kultursystem“ darstellen will.⁴⁰⁸ Man sprach von der geisteswissenschaftlichen Wende der deutschen Staatsrechtslehre und von einer „wertorientierten Grundrechtstheorie“,⁴⁰⁹ die sich aber wegen des Aufkommens des Nationalsozialismus nicht mehr entfalten konnte, vielmehr erst nach dem Zweiten Weltkrieg unter der Herrschaft des Grundgesetzes zum Durchbruch kam.

4. 4. 3 Das Bundesverfassungsgericht als Vorreiter der Multifunktionalität der Grundrechte

In der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur kam es nach dem Zweiten Weltkrieg zu einer ausgiebigen Beschäftigung mit den Grundrechten, ausgehend von einem Satz eines bedeutenden Repräsentanten des Parlamentarischen Rates, des Verfassungsgebers von 1948/49, der lautete: „Die Grundrechte müssen das Grundgesetz

⁴⁰⁷ Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 59 V.

⁴⁰⁸ *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: ders., Staatrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 264.

⁴⁰⁹ Der auch das Reichsgericht Sympathie bekundete (RGZ 102, 161(165)): Grundrechte „als Heiligtum des deutschen Volkes“; vgl. deutlich zur Wertorientierung *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: ders. Staatrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 119, 160 ff.

regieren“.⁴¹⁰ Das Bundesverfassungsgericht setzte später diesen Gedanken in die Worte um: Die Grundrechte bilden den „eigentlichen Kern der freiheitlich-demokratischen Ordnung staatlichen Lebens im Grundgesetz“.⁴¹¹ Man begann, die Grundrechtsgehalte über die klassische Dimension von Abwehrrechten hinaus auszuweiten. Das stieß zunächst nicht auf den Beifall des Bundesverfassungsgerichts, das anfänglich an der Grundrechtsfunktion im tradierten Sinne festzuhalten gedachte.⁴¹²

Sehr bald aber wurde das Gericht zum Vorreiter einer neuen Entwicklung. Im Beschluss v. 17. Jan. 1957 erwähnt es erstmals „mehrere Funktionen“ eines Grundrechts, „die miteinander verbunden sind und ineinander übergehen. Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung ist es, die verschiedenen Funktionen einer Verfassungsnorm, insbesondere eines Grundrechts, zu erschließen. Dabei ist derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, die die juristische Wirkkraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet (Richard Thoma)“.⁴¹³ Ein Jahr später, 1958, wurde diese Erkenntnis vertieft und von einer über die staatsabwehrende Funktion hinausreichenden „verstärkten Geltungskraft der Grundrechte“ gesprochen.⁴¹⁴

Dieses berühmte sog. Lüth-Urteil erwies sich für die Grundrechtsentwicklung als außerordentlich bedeutsam.⁴¹⁵ Es brachte den Durchbruch für die Erweiterung der klassischen Grundrechtsgehalte und stieß das Tor zu neuen Funktionen der Grundrechte auf, sodass man später von der „Multifunktionalität“ der Grundrechte sprach. Zwar hielt das Gericht daran fest, dass die Grundrechte „ohne Zweifel“ „in erster Linie“ Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind. „Ebenso richtig ist aber“, so

⁴¹⁰ Schmid, Carlo, Parlamentarischer Rat, StenBer, 1949, 14.

⁴¹¹ BVerfGE 31, 58(73).

⁴¹² BVerfG, Beschl. v. 19. 12. 1951, BVerfGE 1., 97(104f.)

⁴¹³ BVerfGE 6, 55 (71f.)

⁴¹⁴ BVerfG, Urte. v. 15. 1. 1958, BVerfGE 7, 198(204) - Lüth-Urteil.

⁴¹⁵ Vgl. zum 50-jährigen Jubiläum des Urteils H. Schulze-Fielitz, Das Lüth-Urteil - nach 50 Jahren, Jura 2008, 52 ff.

fährt es fort, „dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will,⁴¹⁶ in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Werteordnung aufgerichtet hat“.⁴¹⁷ Diese Doppeldeutung der Grundrechtebestimmungen wurde knapp zehn Jahre später schon als „ständige Rechtsprechung“ bezeichnet⁴¹⁸ und in späteren Entscheidungen immer wieder aufgegriffen, wobei stets die wertsetzende Bedeutung der Grundrechte betont wurde.⁴¹⁹ Damit wollte man Einwendungen gegen den Wertbegriff Rechnung tragen, ohne jedoch die Wertorientierung der Grundrechte aufzugeben.⁴²⁰ Die Annahme von objektiv-rechtlichen Abwehrrechten blieb in Rechtsprechung und Schrifttum seither unangezweifelt. Dieser Doppelcharakter der Grundrechtsnormen gilt als „Grundbestand des Grundrechtswissens“.⁴²¹

In der Folgezeit sind die aus den objektiv-rechtlichen Gehalten abgeleiteten Rechtswirkungen und Folgerungen der eigentliche Entwicklungsmotor für die Grundrechtsentfaltung geworden: „Multifunktionalität“ der Grundrechte war der Schlüsselbegriff, den die Grundrechtswissenschaft unter Führung des Bundesverfassungsgerichts hervorgebracht hat.⁴²² Darin lag eine eminente Leistung,

⁴¹⁶ BVerfGE 2, 1; 5, 85; 7, 198(205)

⁴¹⁷ BVerfGE 7, 198 (204f.).

⁴¹⁸ BVerfGE 21, 362 (372).

⁴¹⁹ Vgl. die Nachweise bei *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III/1, 1988, § 69, 900 Fn. 49.

⁴²⁰ Vgl. BVerfGE 94, 268(285); 102, 1(15); 103, 89(100); 107, 27(55); 111, 333(353); 115, 25(45); *Di Fabio*, Zur Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, B. I, 2004, § 46.

⁴²¹ *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, 159; *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 13, *Stern*, Einleitung, in: *ders./Beckee* (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2009, Rdnr. 32ff.; bereits vom „Doppelcharakter“ sprechend *Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Aufl. 1972, 70 f.; von einem „Binärcode“ spricht in diesem Zusammenhang *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 72.

⁴²² Vgl. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, 4 (insbes. Fn. 19); der Begriff der „Multifunktionalität“ der Grundrechte wurde wohl erstmals 1965 verwendet von *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 1965, 80; *Stern*, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2. Aufl. 2000, § 109 Rdnr.27; vgl. auch zum ebenfalls in diesem Zusammenhang verwendeten Begriff der „Grundrechtsdimensionen“ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd III/1, 1988, § 64, 453; *Willke*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, 1975, 22f., 167 f., 174, 187, 204 ff.; krit. zum Begriff der „Multifunktionalität“ *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaats, 1983, 101(insbes. Fn 134); vgl. auch *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, 1970, 1 ff.

die vielfach richtunggebend für andere europäische Verfassungsgerichtshöfe geworden ist.

Noch offen ist, ob die konkreten Ableitungen aus den objektiv-rechtlichen Gehalten bereits ihren Abschluss gefunden haben. Das gilt insbesondere für die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf die gesamte Rechtsordnung und für die jetzt näher in den Blick zu nehmenden grundrechtlichen Schutzpflichten.

4. 4. 4 Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte

Obwohl im deutschen Grundrechteverständnis der Gedanke eines grundrechtlichen Schutzzwecks niemals ganz ausgeblendet war, wurde es als „juristischer Paukenschlag“ gewertet, als das Bundesverfassungsgericht 1975 in seinem ersten Urteil zur gesetzlichen Zulässigkeit der Abtreibung innerhalb einer Frist von drei Monaten prononciert eine grundrechtliche Schutzpflicht für das werdende Leben zum essenziellen Bestandteil der Grundrechtsinterpretation erklärte,⁴²³ wie wohl es bei genauer Betrachtung schon vorher Ansätze für diese Auslegung vor allem unter Berufung auf Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG gab,⁴²⁴ wo ausdrücklich von der Verpflichtung der staatlichen Gewalt die Rede ist, die Menschenwürde zu „schützen“.

Seither nahm diese Idee in der Rechtsprechung des Gerichts einen stetig breiter werdenden Raum ein. Im Schrifttum gewann sie mehr und mehr Gewicht und wurde zunehmend verallgemeinert. Sie wurde Teil der Grundrechtsdogmatik und darf heute als Gemeingut fast des gesamten europäischen Verfassungsrechtskreises angesehen werden. Sie wurde vor allem auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für die Europäische Menschenrechtskonvention übernommen.⁴²⁵ Auch die

⁴²³ Vgl. BVerfGE 39, 1 (41f.).

⁴²⁴ Vgl. BVerfGE 1, 97 (104); ferner BVerfGE 33, 303 (339f.); 35, 202(221); 36, 321(331).

⁴²⁵ *Szczekalla*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 5 Rdnr. 7 ff. m. w. N.; *Pabel*, Sicherheit als Schutzgut in der grundrechtlichen Güterabwägung, in: Österreichisches Jahrbuch für Öffentliches Recht, 2008, 173(178ff.)

Europäische Grundrechte-Charta greift in Art. 51 den Grundsatz der Schutz- und Förderpflichten auf, wenn dort die „Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union verpflichtet werden, die Grundrechte nicht nur zu achten, sondern sie auch zu fördern“.⁴²⁶

Als Basis der Schutzpflichtenfunktion gilt Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG - „Schutz der Menschenwürde“ und die Funktion der Grundrechte als Wertentscheidungen für den gesamten Bereich der Rechtsordnung.⁴²⁷ Daraus ergebe sich, dass Grundrechte auch Handlungspflichten enthalten könnten, die angesichts der fundamentalen Bedeutung der Menschenwürde als konstitutives Prinzip für die gesamte Verfassungsordnung und speziell für die Grundrechte sich auf alle Grundrechtsbestimmungen beziehen könnten. Gegenstand und Maß dieser Schutzpflichten würden dann durch die einzelnen Grundrechte näher bestimmt, beim Schutz des werdenden Lebens maßgeblich etwa durch Art. 2 Abs. 2 GG.⁴²⁸ Etwa im Falle der Abtreibung könne die Schutzpflicht sogar die Pflicht zum strafrechtlichen Schutz des werdenden Lebens umfassen.

Das Gericht wies damit einen grundlegenden Einwand gegen die Schutzpflichtenfunktion zurück, der im Sondervotum zweier Richter zum ersten Abtreibungsurteil auftauchte und folgendermaßen lautete: Dass „eine objektive Wertentscheidung dazu dienen soll, eine Pflicht des Gesetzgebers zum Erlass von Strafnormen, also zum stärksten

⁴²⁶ Vgl. *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte Charta, 2006, Art. 51 Rdnr. 18 ff.

⁴²⁷ Näher *Klein*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633 ff. (insbes. 1635 f.); *Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, 26(27); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, 152 ff.; *ders.*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, 389ff.; *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001, 30 f.; *Szczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 143 ff., 146ff.; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, 50, 60ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, 34ff, 57f.; Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, 18ff., 356 ff.; *Badura*, Privatautonome Selbstbestimmung im Schatten grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates, in: Festschrift für R. Schmidt, 2006, 333ff.(335f.); zuletzt etwa *Callies*, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rdnr. 5, 8 ff. mit umfangreichen Nachweisen; *ders.*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 ff.; vgl. zur Verhältnismäßigkeit, JZ 2006, 321 ff.; vgl. zur Verhältnismäßigkeitsprüfung in diesem Zusammenhang, *Cremer*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102 ff.

⁴²⁸ Vgl. BVerfGE 88, 203(251).

denkbaren Eingriff in den Freiheitsbereich des Bürgers zu postulieren, [...] verkehrt die Funktion der Grundrechte in ihr Gegenteil [...]. Die Grundrechte könnten [dadurch] unter der Hand aus einem Hort der Freiheitssicherung zur Grundlage einer Fülle von freiheitsbeschränkenden Reglementierungen werden“.⁴²⁹

Dieser Einwand ist in der Tat nicht von der Hand zu weisen, nicht zuletzt deshalb, weil er der Verfassungsgerichtsbarkeit starken Einfluss auf die Legislative verschafft und Gefahren eines Jurisdiktionsstaates hervorruft.⁴³⁰ Dennoch haben sich diese Bedenken nicht durchsetzen können - zu Recht, da ein Grundrechtsverständnis, das die Grundrechte nur auf ihre Abwehrfunktion reduzieren würde ihrer Bedeutung als Wertentscheidungen mit objektiv-rechtlicher Funktion in einer Gegenwart, in der der Mensch mehr denn je auf den Schutz durch den Staat angewiesen ist, nicht gerecht werden würde. Sie würden Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 1 Abs. 3 GG, die generelle Bindungsnorm aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte, verkennen.

Im Rahmen der Multifunktionalität der Grundrechte ist die aus den objektiv-rechtlichen Gehalten der Grundrechte abgeleitete Schutzpflichtendimension nicht nur eine bedeutsame juristische Entdeckung, sondern auch eine besonders zukunftssträchtige Grundlage, um Bedrohungen des Menschen in seinen fundamentalen Rechtspositionen abzuwehren. Grundrechte haben eine mehrdimensionale „grundordnende“ Funktion. Dazu gehört auch, dass sie dem Menschen ein lebenswertes Leben sichern, das nicht ohne aktives staatliches Handeln zu gewährleisten ist. Diesem Zweck dienen gerade auch die Grundrechte. Daher ist es im Grundsatz richtig, wenn man Grundrechte auch als Schutzpflichten interpretiert, die den Staat zu Aktivitäten verpflichten.

Unzweifelhaft bedeutet diese Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte für den Staat einen Rollenwechsel: Er wird vom potenziellen Grundrechtsgegner zum Grundrechtsschützer, vom „Grundrechtsfeind“ zum „Grundrechtsfreund“. Dieser

⁴²⁹ Sondervotum der Richterin W. Rupp-von Brünnebeck und des Richters H. Simon, BVerfGE 39, 68 (73 f.)

⁴³⁰ Vgl. etwa Böckenförde, Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, 190.

Rollenwechsel steht nicht im Widerspruch zu seiner Position im Verfassungsgefüge insgesamt. Hält man sich nämlich vor Augen, dass die Idee der Grundrechte nur im Verfassungsstaat verwirklichungsfähig ist, weil Grundrechte den Staat als Garanten verlangen, so ist die Konstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten keineswegs ungewöhnlich. Staatlicher Grundrechtsschutz ist eine originäre Rechtspflicht des Staates, wie es sehr schön in § 2 Teil II Titel 13 des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 ausgedrückt ist: „Die vorzüglichste Pflicht des Oberhauptes im Staate ist, sowohl die äußere als auch innere Ruhe und Sicherheit zu erhalten, und einen Jeden bei den Seinigen gegen Gewalt und Störungen zu schützen“. Schutzpflichten des Staates für grundrechtliche Rechtsgüter sind danach kein Fremdkörper im Grundrechtsverständnis. Dies sei in der Folge an einigen Beispielfällen dargelegt.

Die Schutzpflichtenfunktion steht in der Praxis im Vordergrund, wenn es, wie Art. 2 Abs. 2 GG normiert, um „Leben“ und „körperliche Unversehrtheit“ geht. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht, 1977 angerufen von der Familie des von Terroristen entführten Arbeitgeberpräsidenten Hanns-Martin Schleyer, betont: Die daraus in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitete Schutzpflicht „verpflichtet“ den Staat, jedes menschliche Leben zu schützen. „Diese Schutzpflicht ist umfassend. Sie gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren.“⁴³¹

4. 4. 5 Ein Grundrecht auf Sicherheit?

Ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁴³² führte zur generellen Diskussion über die Frage, ob es ein „Grundrecht auf Sicherheit“ gibt - eine Frage, die angesichts der weltweiten Gefahren durch Terroristen unterschiedlicher Prägung mehr denn je freiheitliche

⁴³¹ BVerfGE 46, 160(164).

⁴³² BVerfGE 77, 170(221).

Gesellschaften bewegt. Man könnte daran denken, es aus der Zusammenschau mehrerer Grundrechte und Verfassungsziele, wie dem Rechts- und Sozialstaatsprinzip sowie dem Verteidigungsauftrag herzuleiten.⁴³³ Aber es fällt schwer, ein solch umfassendes Recht, das dem Staat ungeheure Pflichten auferlegt, aus dem Text des Grundgesetzes abzuleiten. Es spricht mehr dafür, selektiv vorzugehen, wie es bisher geschehen ist, z. B. dem Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“ zu entnehmen, die erforderlichenfalls durch staatliche Sozialhilfe sicherzustellen sind, also ein sog. Existenzminimum zu gewährleisten.⁴³⁴

Natürlich ist es Aufgabe der staatlichen Organe, den Kampf gegen äußere und innere Feinde der freiheitlich-demokratischen und rechtstaatlichen Ordnung zu führen. Sie allein sind Inhaber des Gewaltmonopols. Darin liegt der Ursprung aller staatlichen Schutzpflichten. Aber subjektive Rechte auf bestimmte Sicherheitsmaßnahmen zu begründen, verlangt Festlegungen im Verfassungstext, die angesichts der Unübersehbarkeit der Gefahren und Bedrohungen schwer zu treffen wären. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu Luftsicherheitsgesetz, das den Abschluss eines von Terroristen gekaperten Luftfahrzeugs, das als Tatwaffe eingesetzt werden könnte, als Ultima Ratio gesetzlich legitimieren sollte, lässt erkennen, dass Vorsicht angezeigt ist.⁴³⁵

⁴³³ Vgl. *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983; wohl erstmals formuliert von *de Spinoza*, Tractatus Theologico-Politicus, Theologisch-politischer Traktat, 1670, 20. Kapitel: „Der letzte Zweck des Staates ist nicht, zu herrschen noch die Menschen in Furcht zu halten oder sie fremder Gewalt zu unterwerfen, sondern vielmehr den Einzelnen von der Furcht zu befreien, damit er so sicher als möglich leben und sein natürliches Recht zu sein und zu wirken, ohne Schaden für sich und andere vollkommen behaupten kann“; ausführlich hierzu und mit weiteren Nachweisen *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002; *Gusy*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, VVDStRL 63(2004), 151 (168 ff.); *Pabel*, Sicherheit als Schutzgut in der grundrechtlichen Güterabwägung, in: Österreichisches Jahrbuch für Öffentliches Recht, 2008, 173 (178 ff.).

⁴³⁴ Dazu zuletzt *Vosgerau*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, AöR 133(2008), 346 (360 ff.).

⁴³⁵ BVerfGE 115, 118. S. dazu *Vosgerau*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, AöR 133(2008), 346 (360 ff.).

4. 4. 6 Die Schutzpflicht bei anderen Grundrechten

Meine bisherigen Ausführungen könnten den Eindruck erwecken, die grundrechtlichen Schutzpflichten seien ausschließlich bei Art. 2 Abs. 2 GG angesiedelt. Das wäre ein Fehlschluss. Mittlerweile ist anerkannt, dass Schutzpflichten als Bestandteil der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte allen Grundrechtsbestimmungen immanent sind.⁴³⁶ Aktiviert wurden sie in der Praxis neben Art. 2 Abs. 2 GG vor allem bei Art. 4 GG, der Religionsfreiheit, bei Art. 5 Abs. 3 GG, der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, bei Art. 6 GG, dem Schutz von Ehe und Familie, bei Art. 10 GG, dem Schutz des Brief-, Post- und Telekommunikationsgeheimnisses, bei Art. 13 GG dem Schutz der Wohnung, und bei Art. 14 GG, dem Eigentumsschutz. In den meisten Fällen geht es dabei darum, den Staat zu Aktivitäten zu veranlassen, weil die entsprechenden Grundrechtspositionen durch „Dritte“ eingeschränkt werden, Es geht um das berühmte „Rechts-Dreieck“ Grundrechtsinhaber - Grundrechtsbeeinträchtiger - Grundrechtsschützer. Der Staat ist hierbei nicht mehr derjenige, der wegen eines Grundrechtseingriffs abgewehrt werden muss, sondern derjenige, der zu Hilfe gerufen wird, weil ein Dritter in die Grundrechtssphäre eingreift. „Der Staat habe im Privatrecht die Grundrechte des Einzelnen zu schützen und vor Verletzungen zu bewahren“, formulierte das Bundesverfassungsgericht in einer neueren Entscheidung unmissverständlich.⁴³⁷ Beispielhaft gilt dies für Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder zwischen Vermieter und Mieter oder schlechthin im Rahmen schuldrechtlicher Verträge,⁴³⁸ aber auch in Bezug auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, etwa hinsichtlich

⁴³⁶ Vgl. BVerfGE 49, 89 (141 f.); 53, 30 (57); 77, 180 (214); 77, 381 (402); 79, 174 (201 f.); 89, 1(8); 89 (214 (231 f.); 90, 27 (32 f.); 97, 169 (175 f.); 103, 89 (199); 114, 1 (33 f.); ferner zuletzt *Ruffert*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, 389; *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, § 111 Rdnr. 12 ff.; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Drers.(Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 158 f. (159); *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, 51 ff.; vgl. auch die grundlegende Analyse zum ganzheitlichen System der Grundrechte *Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, 22 ff., 37 ff., 41ff., 54ff.

⁴³⁷ BVerfGE 103, 89 (100).

⁴³⁸ Vgl. BVerfGE 81, 242 (254 f.); 242 (254 f.); 103, 89 (100); 114, 1 (33).

des diplomatischen Schutzes im Ausland⁴³⁹ oder der vielfältigen Rechtsverhältnisse in den Universitäten. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem berühmten die Hochschulreformen der späten 60er Jahre bremsenden Urteil von 1973 ausgeführt: „Die Wertentscheidung des Art. 5 Abs. 3 GG bedeutet nicht nur die Absage an staatliche Eingriffe in den [...] Eigenbereich der Wissenschaft; sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d. h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen“.⁴⁴⁰ Ähnlich wurde aus der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG als Staatsaufgabe abgeleitet, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.⁴⁴¹

In neuester Zeit waren es vor allem Konflikte zwischen positiver und negativer Religionsfreiheit, die den Staat zum Handeln zwangen, etwa beim Schulgebet⁴⁴² oder bei der Anbringung von Kreuzen (Kruzifixen) in Klassenräumen⁴⁴³ oder beim Tragen von Kopftüchern durch muslimische Lehrerinnen in öffentlichen, nicht bekenntnisgebundenen Schulen.⁴⁴⁴

Aktuell beschäftigt alle Industriestaaten die Frage, ob staatliche Garantien, etwa aus Gründen des Eigentumsschutzes, gewährt werden sollen, wenn Großunternehmen oder systemrelevante Banken sich durch Fehlverhalten oder unvorhergesehene gesamtwirtschaftliche Entwicklungen in solche wirtschaftlichen Schwierigkeiten gebracht haben, dass dadurch die gesamte Volkswirtschaft leidet. Eng damit hängt auch die Sicherung von Einlagen von Kunden bei Kreditinstituten zusammen. Es liegt auf der Hand, dass das grundrechtliche Schutzpflichtensystem nicht so weit ausgedehnt

⁴³⁹ Dieser beruht zwar in erster Linie auf Völkerrecht als Recht des Staates, seine Bürger auch im Ausland zu schützen, hat aber auch in den Verfassungen seine Rechtsbasis als Individualrecht, namentlich in Art. 16 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 37, 217 (241), 41, 126 (182); 55, 349 (364).

⁴⁴⁰ BVerfGE 35, 79(114).

⁴⁴¹ Vgl. BVerfGE 36, 321 (331).

⁴⁴² Vgl. BVerfGE 47, 46.

⁴⁴³ Vgl. BVerfGE 93, 1.

⁴⁴⁴ Vgl. BVerfGE 108, 282.

werden kann, auch in solchen Fällen staatliche Verpflichtungen zu konstruieren. Das Verfassungsrecht determiniert die staatliche Wirtschaftspolitik in dieser Hinsicht nur rudimentär.

4. 4. 7 Die Durchsetzung der Schutzpflichtenfunktion

Gehört die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte heute zum unbestrittenen Bestand der Grundrechtsdogmatik, so ergeben sich Streitpunkte vor allem hinsichtlich der Durchsetzung der Schutzpflichten. Grundsätzlich dürften vier Aspekte für die Umsetzung der Schutzpflichten besondere Bedeutung besitzen: (1) das jeweils zum Handeln berufene Staatsorgan, (2) die jeweilige konkrete grundrechtliche Schutznorm, (3) die Schwere der jeweils abzuwehrenden Gefahr und (4) die Frage subjektiver Berechtigungen.

4. 4. 7. 1 Die Verfassungsgerichtsbarkeit als letztverbindliche Instanz zur Durchsetzung der Schutzpflichtenfunktion

Unbestritten ist, dass grundrechtliche Schutzpflichten nach Art. 1 Abs. 3 GG an alle Staatsgewalten adressiert sind.⁴⁴⁵ Jede Gewalt ist nach ihrer spezifischen Aufgabenstellung zur Durchsetzung berufen.

Relativ einfach ist dabei die Aufgabe der Rechtsprechung zu bewerten. Ihr fällt die Kontrolle über die Wahrung der Schutzpflicht durch die aktiven Staatsorgane Legislative

⁴⁴⁵ Vgl. für Exekutive und Rechtsprechung BVerfGE 84, 212 (226f.); 96, 56 (64); Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl. 1985, 410 ff.; Klein, *Die grundrechtliche Schutzpflicht*, DVBl. 1994, 489 (494 ff.); Unruh, *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, 1996, 20 ff.; Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl. 2005, 70 ff.; Starck, in: von Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 159 f.; vgl. generell zur Kontrollpflicht des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf gesetzgeberische (Nicht-)Entscheidungen Dolderer, *Objektive Grundrechtsgehalte*, 2000, 281 ff..

und Exekutive zu. Dem Bundesverfassungsgericht obliegt es, da Grundrechte involviert sind, letztverbindlich über deren Beachtung zu entscheiden. Bei der Kontrolle des Gesetzgebers ist es sogar die einzige Instanz zur Prüfung, ob die grundrechtlichen Schutzpflichten eingehalten sind. Dabei wird es häufig um den Vorwurf gehen, der Gesetzgeber habe in seinem Regelungswerk grundrechtliche Schutzpflichten unzureichend verwirklicht. Damit stellt sich das schwierige Problem, wie gegen „gesetzgeberisches Unterlassen“ vorzugehen ist und wie intensiv die Kontrolle des Verfassungsgerichts sein darf. Hier liegt der neuralgische Punkt der Schutzpflichtenlehre, der noch vielfach klärungsbedürftig ist.⁴⁴⁶

4. 4. 7. 2 Die Konkretisierung der Schutzpflichten durch die Gesetzgebung

Die aus den Grundrechtsbestimmungen abzuleitenden Schutzpflichten bedürfen meist der Konkretisierung durch die Gesetzgebung. Sie sind also weitgehend „gesetzesmediatisiert“. Die Legislative ist insofern bevorzugter Adressat der Schutzpflichten. Musterbeispiele hierfür sind das Umweltschutzrecht und das Kernenergierecht. Auch das Sozialhilferecht kann hier genannt werden. Dem Gesetzgeber steht bei der Umsetzung der Schutzpflichten als demokratisch legitimiertem Staatsorgan anerkanntermaßen ein erheblicher Gestaltungs- und Bewertungsspielraum zu. Im Rahmen der grundrechtlichen und sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben darf er Gefahren und Risiken abwägen. Ein „Null-Risiko“ in technisch-industriell durchdrungenen Rechtsgebieten gibt es aller Erfahrung nach nicht. Um absolute Sicherheit zu gewährleisten, reicht das menschliche

⁴⁴⁶ Vgl. *Calliess*, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rdnr. 6; Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, 489 (495); *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 159 f.; vgl. generell zur Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf gesetzgeberische (Nicht-)Entscheidungen *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000, 281 ff..

Erkenntnisvermögen nicht aus.⁴⁴⁷ Immer verbleibt ein gewisses Restrisiko. Das hinnehmbare Risiko lässt sich nicht allgemein beurteilen. Entscheidend dürfte das Gewicht der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter sein. Grundrechte können dafür Hinweise geben. Sie müssen stets in der Abwägung dafür Hinweise geben. Sie müssen auch stets in die Abwägung konfligierender Rechtsgüter einfließen. Beispielhaft sei hier die Prüfung der Chancen und Risiken der Gentechnologie und anderer Biotechnologien genannt. Insofern können die aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten nicht einheitlich behandelt werden. Zwar determinieren sie stets alles staatliche Handeln, aber dem Gesetzgeber verbleibt ein eigener Abwägungsspielraum, den das kontrollierende Verfassungsgericht respektieren muss.⁴⁴⁸

4. 4. 7. 3 Die verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischen Unterlassens

Darum ist es eine entscheidende Frage, inwieweit die Verfassungsgerichte auch das gesetzgeberische Unterlassen hinsichtlich grundrechtlicher Schutzpflichten kontrollieren dürfen. Die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts könnte hinsichtlich der Schutzpflichten nur eine Art Evidenzkontrolle durchführen.⁴⁴⁹ Es respektiert bei der Frage, ob den grundrechtlichen Schutzpflichten hinreichend Rechnung getragen wurde, einen „weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsbereich“ des Gesetzgebers. Dieses - grob gesprochen - gesetzgeberische Ermessen kann von den Gerichten nur in begrenztem Umfang überprüft werden. „Der

⁴⁴⁷ So auch das BVerfG hinsichtlich der Standortzwischenlager BVerfGE 49, 89 (141 ff.); vgl. auch *Neumann*, Genehmigung zur vorübergehenden Aufbewahrung von Kernbrennstoffen, jurisPR-BVerwG 10/2005, Anm. 5; Leibholz/Rinck(Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Vor Art. 1-19, Stand: Okt. 2008, Rdnr. 50; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, §67, 740, 952 f.; ferner auch OLG Koblenz, GewArch 2003, 480 ff.

⁴⁴⁸ Vgl. zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und ihrer Reichweite BVerfGE 73, 91 f.; 83, 141; 88, 97 (262); 106, 1 (16f.); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, Kommentar, 12. Aufl. 2012, Vor Art. 1- 19, 2008, Rdnr. 50; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 67, 740, 952 f.; ferner auch OLG Koblenz, GewArch 2003, 480 ff.

⁴⁴⁹ BVerfGE 56, 54 (80); vgl. auch *Vosgerau*, Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, AöR 133 (2008), 346 ff.(351).

mit einer Schutzpflicht verbundene grundrechtliche Anspruch ist im Blick auf diese Gestaltungsfreiheit nur darauf gerichtet, dass die öffentliche Gewalt Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechte trifft, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind. Nur unter ganz besonderen Umständen kann sich diese Gestaltungsfreiheit in der Weise verengen, dass allein durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann⁴⁵⁰. Das bedeutet praktisch, dass der Gesetzgeber die grundrechtlichen Schutzpflichten nur dann verletzt, wenn er gänzlich untätig ist oder seine Maßnahmen evident unzureichend gewesen sind.⁴⁵¹ Verlangt wird aber stets vom Gesetzgeber, dass er sorgfältige Tatsachenermittlungen und vertretbare Einschätzungen vornimmt.⁴⁵²

Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Schutzpflichtenfunktion besitzt mithin nach der bisherigen Handhabe nicht dieselbe Kontrolldichte, wie sie für die Abwehrfunktion der Grundrechte gilt. Insofern fehlt es an einer Symmetrie der beiden Grundrechtsfunktionen. Dies wirkt sich auch bei der Subjektivierbarkeit der beiden Grundrechtsfunktionen aus.

4. 4. 7. 4 Die Subjektivierung des Schutzpflichtensystems

Während der Abwehrcharakter der Grundrechte als klassische Grundrechtsfunktion unzweifelhaft eine subjektiv-rechtliche Berechtigung des Grundrechtsträgers begründet,⁴⁵³ besteht eine gesicherte Rechtsvermutung für eine subjektiv-rechtliche

⁴⁵⁰ BVerfGE 77, 170(214 f.) - C-Waffen; ähnlich vorher BVerfGE 56, 54 (80 f.) - Fluglärm; später BVerfGE 79, 174 (201 f.).

⁴⁵¹ Vgl. BVerfG(K), NJW 1996, 651 - Gesundheitsgefahren durch Ozon; BVerfGE 56, 54 (71, 80 ff.); 77, 170 (214 f.); 77, 381 (404 f.); *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, § 111 Rdnr. 162.

⁴⁵² Vgl. BVerfGE 56, 54 (71, 80 f.); 77, 170 (214 f.); 77, 381 (404 f.); *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 67, 952; insoweit wird die staatliche Schutzpflicht auch als Optimierungsgebot verstanden; vgl. *Isensee*, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, § 111 Rdnr. 138 ff. (insbs. Rdnr. 162 ff.).

⁴⁵³ Vgl. *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 2007, 183; *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000, 17f.; v. *Münch*, in: ders./Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. I, 5. Aufl. 2000, Vorbem. Art. 1-19 Rdnr. 16; Art. 19 Rdnr. 24; *Leibholz/Rinck* (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, Vor Art. 1-19, Rdnr. 2 f.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 67, 558 ff., 620 ff.

Qualität der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte nicht.⁴⁵⁴ Zur Subjektivierung von Schutzpflichten verhält sich das Bundesverfassungsgericht sogar höchst ambivalent. Teils lassen sich Formulierungen entdecken, die ausschließlich das objektive Pflichtmoment betonen, teils klingen subjektiv-rechtliche Konstruktionen an. Das hat besondere Bedeutung für die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden von Individuen, die, um Schutzpflichten geltend machen zu können, eine Verletzung in eigenen Rechten behaupten müssen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG).

4. 4. 7. 4. 1 Ein subjektives Recht auf Tätigkeit des Gesetzgebers?

In der Fluglärm-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht jedenfalls ein subjektives Recht auf Tätigkeit des Gesetzgebers zur Erfüllung seiner Schutzpflicht „nicht ausgeschlossen“.⁴⁵⁵ Im sog. C-Waffen-Beschluss ist das Gericht auf die Abwehrfunktion des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ausgewichen.⁴⁵⁶ Die Abtreibungsentscheidungen mussten sich dazu nicht äußern, weil es sich um abstrakte Normenkontrollen nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 76 BVerfGG handelte, bei denen es nicht subjektiver Berechtigungen bedurfte.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, 412; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 69, 908 ff., 987; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/ders. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 1 Abs. 3 Rdnr. 134, 169 ff.; *Dolderer*, Objektive Grundrechtsgehalte, 2000, 351 ff., 360 ff.; *Calliess*, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rdnr. 8 m. w. N.; *Deppenheuer*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 14 Rdnr. 97; *Sachs*, in: ders., Grundgesetz, Kommentar, Vor Art. 1 Rdnr. 28; *Stern*, Einleitung, in: ders./Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2009, Rdnr. 82 ff.

⁴⁵⁵ BVerfGE 56, 54 (70).

⁴⁵⁶ Vgl. BVerfGE 77, 170 (22).

⁴⁵⁷ Vgl. BVerfGE 39, 1; 88, 203.

4. 4. 7. 4. 2 Kein subjektives Recht auf eine bestimmte Maßnahme

Die entscheidende Frage ist, ob die objektiv-rechtlichen Gehalte das Ziel haben, bestimmte Berechtigte zu günstigen oder bloß im Interesse der Allgemeinheit bestehen und damit nur allgemeine Pflichten der staatlichen Organe auslösen wollen. Diese sog. Schutznormtheorie lässt Raum für Differenzierungen.⁴⁵⁸ Tendenziell dürfte sie gerade bei den nachhaltig Schutzpflichten auslösenden Grundrechten, wie Art. 2 Abs. 2 GG, zu einer Bejahung der subjektiven Berechtigung führen.⁴⁵⁹ Dennoch ist Vorsicht angeraten, wenn es sich darum handelt, ein positives gesetzgeberisches Handeln, einen Normsetzungsakt also, einzufordern; denn es geht hier um eine gesetzgeberische Leistung. Für diesen Fall muss beachtet werden, dass der Gesetzgeber nicht einfach Vollzugsorgan der Verfassung ist, sondern ihm aufgrund des demokratischen Prinzips ein eigener politischer Handlungsspielraum zugebilligt ist. Das hat Bedeutung vor allem für die Durchsetzung der Schutzpflichten im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde bei den Verfassungsgerichten. Die Verfassungsgerichtsbarkeit muss anerkennen, dass der Gesetzgeber bei der Realisierung der Schutzpflichten vielfältige Faktoren politischer, finanzieller und sonstiger Art zu berücksichtigen hat, die stets sorgfältiger Abwägung hinsichtlich des Ob und Wie des legislativen Handelns bedürfen. Für gesetzgeberisches Handeln stehen bekanntlich meistens mehrere Instrumente, Mittel und Maßnahmen zur Verfügung. Deshalb dürfte es grundsätzlich nicht möglich sein, ein subjektives Recht auf eine bestimmte gesetzliche Maßnahme zu bejahen, wohl aber auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt. Diese Überlegungen müssen die Verfassungsgerichte in ihr Kalkül einbeziehen, wenn sie zur Durchsetzung von grundrechtlichen Schutzpflichten angerufen werden.

⁴⁵⁸ Vgl. BVerfGE 27, 297 (307); 31, 33 (39 ff.); 31, 364 (369); 46, 214 (220 f.); 51, 193 (212); 54, 341 (356); 57, 9 (26); Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 69, 908 ff., 534 ff.; Köpfler, Die Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz im Verwaltungsprozess, 2003, 38 ff.; Voßkuhle/Kaiser, Grundwissen - Öffentliches Recht: Das subjektiv-öffentliche Recht, JuS 2009, 16 ff.

⁴⁵⁹ Eine subjektive Berechtigung des Grundrechtsträgers in diesem Zusammenhang ebenfalls bejahend Spielmann, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 1. Aufl. 2008, 25 f., 63 f. m. w. N.

4. 4. 8 Zwischenergebnis

Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte ist heute in der deutschen und weitgehend in der europäischen Grundrechtsdogmatik anerkannt. Sie hat ihre Wurzeln in den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, die auf der Wertorientierung der Grundrechte beruhen. Positivrechtlicher Ansatz für die Schutzpflichten ist vor allem Art. 1 Abs. 1 GG, der alle staatliche Gewalt verpflichtet, die Menschenwürde „zu achten und zu schützen“. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat diese grundrechtliche Dimension wiederentdeckt und in vielfältiger Weise entfaltet. Die Verfassungsrechtswissenschaft hat die Entwicklung positiv begleitet und verfeinert. Mittlerweile lässt sich über Art. 2 GG hinaus bei fast allen Grundrechtsbestimmungen ein Schutzpflichtengehalt ermitteln. Über der Bedeutung der Schutzpflichtenfunktion darf allerdings nicht vergessen werden, dass die Abwehrfunktion der Grundrechte nach wie vor der klassische Bestandteil des Grundrechtsverständnisses bleiben muss. Aber angesichts vielfältiger neuartiger Bedrohungen des Menschen in der Gegenwart ist sein Schutz durch den Staat in fundamentalen Rechtspositionen eine unerlässliche Verpflichtung für die Staatsorgane. Um diese verfassungsrechtlich zu legitimieren, ist die grundrechtliche Schutzfunktion ein gutes Fundament. Die Idee der grundrechtlichen Schutzpflichten darf nicht dem Gesetz der theoretischen Wissenschaft unterliegen und nach ihrer Entdeckung und Blütezeit dem Verblühen entgegengehen. Sie ist unerlässlich, um dem Menschen in Gegenwart und Zukunft den Schutz seiner fundamentalen Rechte zu sichern, dessen er angesichts vielfältiger Bedrohungen im globalen Maßstab bedarf. Als Maxime muss bleiben: Freiheit braucht Sicherheit; Sicherheit braucht aber auch Freiheit.

4.5 Stellungnahme

Es ist bemerkenswert, dass in allen obigen Fällen den staatlichen Gewalten - also der Legislative wie der Judikative - und damit den im klassischen Verständnis „Grundrechtsverpflichteten“ aufgegeben wird, den Abhängigen, den sozial Schwächeren vor dem mächtigeren Partner des privaten Geschäftsverkehrs zu schützen.

Diese Rechtsprechung ist als „Rechtspaternalismus“ kritisiert worden, als Versuch den freien Bürger vor den negativen Folgen seines eigenen Handelns zu bewahren, obwohl es doch gerade ein Zeichen der menschlichen Freiheit sei, sich für das Riskante oder gar das Nachteilige zu entscheiden.⁴⁶⁰ Außerdem werde die rationelle Zivilrechtsdogmatik mit ihren Tatbeständen zugunsten einer schwammigen und dezisionistischen Einzelfallbewertung ausgehöhlt.⁴⁶¹ Meines Erachtens versteht diese Kritik die realen gesellschaftlichen Veränderungen nicht, die von einer lebendigen Verfassung berücksichtigt werden müssen. Die Entscheidungen gehen auf soziale Phänomene und Machtverschiebungen ein, die anders als früher die Würde und Freiheit des Menschen mehr als der Staat bedrohen. Es klingt einigermaßen zynisch, dem Staat Paternalismus vorzuwerfen, wenn er eine vermögenslose Ehefrau vor den Folgen eines existenzvernichtenden Vertrags mit einer großen Bank schützt, die den Vertrag mit moralischen Druck herbeigeführt hat.⁴⁶² Die Freiheit des Bürgers wird nicht „paternalistisch“ eingeschränkt durch eine am Sozialstaat und der Menschenwürde orientierte Gerichtspraxis, sondern durch die Realität wirtschaftlicher Macht und Ohnmacht, und die „klaren Tatbestände“ des Zivilrechts lösen sich nicht unter dem Dezisionismus des Verfassungsgerichts auf, sondern sie verschwinden hinter dem selbstgeschaffenen Recht der Wirtschaft und der mächtigen Verbände.

⁴⁶⁰ S. z. B. *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, 138ff.

⁴⁶¹ *Staudinger*, Einleitung, Rdnr. 196.

⁴⁶² *Knieper*, Banken als Familienstifter, Kritische Justiz 1992, 337ff.

Angesichts dieser gesellschaftlichen Realitäten sollte ich mich fragen, ob es noch zeitgemäß ist, die Geltung der Verfassung weiterhin aus der Perspektive der Zählung des Staates zu beurteilen und nur durch „Ausstrahlungen“ und mittelbare Drittwirkungen auf die mächtigeren privaten Gruppen zu erstrecken. Bei aller Anerkennung der systematisierenden Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, die dem angelsächsischen Rechtsraum fehlt, bin ich doch der Meinung, dass es möglich ist, in der Verfassungsurkunde Normen mit privatrechtlichem Gehalt zu finden. „Die Tatsache, dass es höherrangig ist, vermag an dieser Zurechnung nichts zu ändern, da das Privatrecht nicht auf eine Hierarchiestufe festgelegt ist. Entscheidend ist, dass das Grundgesetz nicht nur Anforderungen an den Gesetzgeber enthält, sondern dass aus einigen Bestimmungen abgeleitet wird, ob eine tatsächliche Beziehung zwischen Privatpersonen Pflichten und Rechte zwischen ihnen begründet“.⁴⁶³ Die Normen der Verfassung enthalten keine Anspruchsgrundlagen, sie bestimmen aber den Inhalt des Rechten- und Pflichtengefüges der am Privatrechtsverkehr beteiligten Personen. Dass dies wegen der Abstraktheit der Formulierungen einer großen Konkretisierungsarbeit bedarf, dass widerstreitende Interessen und Risiken der Privaten abwogen werden müssen, spricht nicht dagegen, dass die Beurteilung in der Verfassung selbst enthalten ist und die Wirkung sich aus ihr ergibt.⁴⁶⁴

Auch viele Normen in der Verfassung, besonders die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes, weisen noch zugleich Komponenten subjektiver Berechtigung und - ohne Einbuße für die rechtlichen Möglichkeiten individueller Freiheit - objektivrechtlicher Verbürgung auf.⁴⁶⁵ Das ist das Ergebnis einer die Sachstrukturen der verfassungsrechtlichen Normbereiche mit den Direktiven der entsprechenden Normprogramme zutreffend vermittelnden Konkretisierung. Es macht jedoch den Normbereich nicht zur „institutionellen“ Erscheinung. Die Grundstruktur des Normbereichs betrifft nicht anthropologische, ethische oder ontologische Verständnismöglichkeiten

⁴⁶³ Knieper, *Gesetz und Geschichte*, 1996, 147f.

⁴⁶⁴ Müller, *Juristische Methodik*, Berlin : Dunker & Humblot, 1993, 286f.

⁴⁶⁵ S. z. B. BVerfGE 10, 118(121); 15, 223(225).

von Freiheit. Sie macht nicht freiheitsprägende Substanzen oder Strukturen der einzelnen Lebensgebiete zum Thema. Die Analyse der Grundstruktur normativer Regelungsbereiche beschränkt sich auf Fragen der Normkonkretisierung.⁴⁶⁶ Daher geht es nicht mehr um die oben zitierte (aus dem subjektiven Abwehrrecht stammen die direkt-subjektiv prozessfähigen Rechte, jedoch aus der objektiv-rechtlichen Ordnung nicht) Resubjektivierung des Grundrechts. Aus diesem Grund sollte man in beiden Fällen (Grundrecht und Schutzpflicht) für sich unterschiedlich das subjektive prozessfähige Recht erhalten wie die oben zitierten vier BVerfGE. Nur im diesen Sinn differenziert sich das Grundrecht, das aus der Schutzpflicht stammt, und der Sozialstaat als Prinzip, das das subjektive prozess-fähige Recht nicht enthält.

Diese für das deutsche Verfassungsrecht entwickelte Auffassung bekommt seit einigen Jahren Unterstützung durch die Diskussion um die Rechtsentwicklung in der Europäischen Union. Angesichts des überragenden Einflusses des Europäischen Gerichtshofes auf die europäische Vereinigungsbewegung durch die unmittelbare Anwendung des primären Gemeinschaftsrechts, das heißt der die EU ‚verfassenden‘ Verträge, auch auf private Rechtsbeziehungen, wird von einer „Konstitutionalisierung des europäischen Privat- und Prozessrechts“ gesprochen.⁴⁶⁷

Ein Europarecht hat das Potential, den beispielsweise europarechtlichen Arbeitnehmerschutz über das Maß auszudehnen, welches sich durch Anwendung und Auslegung der normativen Grundlagen des Primär- und Sekundärrechts sowie aus der Rechtsprechung des EuGH zur allgemeinen Wirkung des Europarechts (Anwendungsvorrang, *effet-utile*-Prinzip, Richtlinienwirkung) ergibt. Es geht im wesentlichen um fünf Aspekte: erstens eine allgemeine inhaltliche Verstärkung wie beim Gebot der Entgeltgleichheit, wo die Qualifikation als allgemeiner Grundsatz des Europarechts in *Defrenne II*⁴⁶⁸ Ausgangspunkt für die stets weite Auslegung des

⁴⁶⁶ Müller, Juristische Methodik, Berlin : Dunker & Humblot, 1993, 104.

⁴⁶⁷ So der Titel eines Aufsatzes von Hess, Die Konstitutionalisierung des europäischen Privat- und Prozessrechts, JZ 2005, 540ff.

⁴⁶⁸ EuGH v. 8. 4. 1976 - Rs. 43/75 - Defrenne II, Slg. 1976, 455, Rdnr. 12.

Anwendungsbereiches von Art.119 a.F. war; zweitens eine Stärkung der sozialpolitischen Belange im Verhältnis zu anderen Politiken des Europarechts; eine Frage, die derzeit vor allem im Spannungsfeld zwischen Grundfreiheiten und Tarif- und Arbeitskampfrecht zu beantworten ist; drittens eine Erweiterung der horizontalen Wirkung der entsprechenden Regelung im Verhältnis zu den mitgliedstaatlichen Rechten, für die die *Defrenne II*⁴⁶⁹ - und die *Mangold*-Entscheidung⁴⁷⁰ Beispiele sind.; viertens das Einräumen eines auch gegen Gestaltungen durch das Sekundärrecht geschützten Mindeststandards; fünftens die Frage, ob ein von einem sozialen Recht geforderter Mindeststandard auch zu einer Erweiterung der Kompetenzen der EU führen könnte - zu den beiden letzten Ausprägungen existieren noch keine Beispiele aus der europarechtlichen Praxis.

Der EuGH lehnt gleichwohl bisher ungeachtet verbreiteter Kritik im Schrifttum und entgegen der Forderung verschiedener Generalanwälte eine unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien im Privatrecht ab. Diese Ablehnung umfasst sowohl die Herleitung von Rechten des Bürgers aus einer Richtlinie (positive Wirkung) als auch einen etwaigen suspendierenden Effekt von Richtlinien im Sinne der Nichtanwendung von Vorschriften des nationalen Rechts, die mit den Vorgaben einer Richtlinie nicht zu vereinbaren sind (negative Wirkung).

Jedoch weist das Dogma von der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien mittlerweile mit dem Ausbau des Rechtsinstruments der richtlinienkonformen Auslegung sowie der Möglichkeit einer kombinierten Anwendung von Richtlinien und allgemeinen primärrechtlichen Grundsätzen, zwei Einbruchstellen auf, welche in den meisten Fällen letztlich zu einer Berücksichtigung von Richtlinievorgaben in einem nationalen Rechtsstreit führen dürfen und damit die durch den EuGH aufgestellte Regel zur Ausnahme degradieren.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ EuGH v. 8. 4. 1976 - Rs. 43/75 - *Defrenne II*, Slg. 1976, 455, Rdnr. 12.

⁴⁷⁰ EuGH v. 22. 1 2005 - Rs. C-144/04 - *Mangold* Slg. 2005, I-9981, Rdnr. 75.

⁴⁷¹ *Mörsdorf*, Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219ff.

Es gehört zu den Grundregeln der juristischen Methode, dass ein Rechtssatz im Zusammenhang mit anderen einschlägigen Normen interpretiert werden muss. Nur wenige Normen können aus sich heraus verstanden werden. Die notwendige Verweisung auf andere Normen ist nur vielfach durch die Praxis der Anwendung so selbstverständlich geworden, dass sie nicht ausdrücklich rekonstruiert werden muss.

Als Grundsatz gilt jedoch: „Ein Gesetz besteht zumeist aus unvollständigen, nämlich erläuternden, einschränkenden oder verweisenden Rechtssätzen, die sich erst zusammen mit anderen zu einem vollständigen Rechtssatz ergänzen oder zu einer Regelung zusammenschließen. Der Sinn des einzelnen Rechtssatzes erschließt sich zumeist erst dann, wenn man ihn als Teil einer Regelung betrachtet, der er zugehört“.⁴⁷²

Wenn ein Auskunftsanspruch bei der Vorratsdatenspeicherung beispielsweise statuiert wird, der nur auf der Grundlage der Auswertung von Verkehrsdaten erfüllt werden kann, so ergibt sich aus dem systematischen Bedeutungszusammenhang, dass das Gesetz entweder statuiert oder voraussetzt, dass der Verpflichtete, jedenfalls nachdem er mit dem Anspruch konfrontiert worden ist, in seiner Handlungssphäre die tatsächliche Möglichkeit erhalten muss, diesen Anspruch auch zu erfüllen. Andernfalls wäre der Anspruch sinnlos.

Dadurch soll eine wechselseitige, „horizontale“ Verstärkung unterschiedlicher Grundrechte bewirkt werden ebenso wie eine „vertikale“ Beeinflussung nachgeordneter Regelungsebenen durch übergeordnete Verfassungsprinzipien. Dieses gilt nicht nur für das europäische Sekundärrecht, sondern auch für die nationalen (Privat-)Rechtsordnungen, die sich insgesamt am Primärrecht orientieren müssen.⁴⁷³

⁴⁷² *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, 146.

⁴⁷³ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18. Aufl. 1992, 541.

Es mag so erscheinen, jedoch könnte man keinen methodischen Unterschied zur „Konstitutionalisierung des Privatrechts“ durch die nationalen Verfassungen wie in allen obigen BVerfGE sehen, so dass all diese Argumente auch für das Grundgesetz gelten.

In der modernen deutschen Literatur wird die Diskussion um den „Konstitutionalismus“ bisweilen benutzt, um einen Gegensatz zum sog. „Legalismus“ aufzubauen.⁴⁷⁴ Aus den bisherigen Ausführungen sollte sich ergeben, dass ich diese Gegenüberstellung nicht für überzeugend halte. Sie beruht auf einem Missverständnis, das möglicherweise noch in der überholten Konzeption gründet, dass die Verfassungen Programmsätze sind und nicht unmittelbar geltendes Recht. Sie sind ebenso wie die Zivilgesetzbücher und andere Gesetze des Privatrechts Teil einer Gesamtrechtsordnung. Deren einzelne Teile sind zwar hierarchisch gegliedert, sie stehen sich aber nicht in einem Verhältnis von Konfrontation und Gegensätzlichkeit gegenüber, sondern ergeben sich aus gemeinsamen rechtshistorischen und philosophischen Wurzeln und ergänzen einander. Auch die Verfassungen sind also Teil des „Legalismus“, wenn man das positive, staatlich gesetzte Recht so nennen will. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die großen Prinzipien des Eigentumsschutzes, der Vertragsfreiheit, der Gleichheit der Rechtssubjekte insgesamt gelten und nun auch wieder in den europäischen Verträgen erscheinen.

Zu dieser gemeinsamen Tradition und Erfahrung gehören auch die Methode und der Inhalt der Auslegung juristischer Texte. Verfassungen und Zivilgesetzbücher sind zwar hierarchische zueinander in Beziehung stehende Texte der Regelordnung, die wie alle anderen juristischen Texte professionell, *lege artis* ausgelegt werden müssen, wie das BVerfG dies in dem oben zitierten „Mietrechtsfall“ getan hat und häufig tun muss, mag das bei der Verfassung besonders delikat sein wegen der hohen Abstraktion der Formulierungen, im Prinzip aber geht es auch hier um die Interpretation eines juristischen Textes.

⁴⁷⁴ Z. B. *Callies*, Konstitutionalismus und Legalismus: Zwei Arten juristischen Denkens im Privatrecht, Antrittsvorlesung an der Universität Bremen am 29. Mai 2008; früher bereits *R. Dreier*, Konstitutionalismus und Legalismus, in: FS für Maihofer, 1988, 87ff.

Diese Auffassung wird sogar durch die rechtssoziologische Ansicht *Luhmanns* bestätigt. Das autopoietische Rechtssystem von *Luhmann* ist nicht pyramiden- oder stufenförmig aufgebaut, es wird nicht hierarchisch von oben nach unten determiniert, „sondern jeweils heterarchisch, also kollateral, in nachbarschaftlichen Vernetzungen“.⁴⁷⁵

Mit dem Verzicht auf das Hierarchieprinzip wird in der Systemtheorie auch die im Rechtspositivismus noch übliche Vorstellung einer das System tragenden Spitze aufgegeben. Das Rechtssystem ist bei *Luhmann* nicht länger „durch eine referenzfähige oberste Norm (Grundnorm), ein oberstes Gesetz (Verfassung) oder eine oberste Instanz“ garantiert. Das dynamische, sich rekursiv vernetzende Rechtssystem gründet auf sich selbst. Es schwingt sich von Ereignis zu Ereignis und wird ausschließlich durch seine eigene rekursive Operationsweise gehalten. Es wendet Operationen auf Resultate von Operationen an und filtert durch hinreichend lange Wiederholung solche Formen heraus, die unter dynamischen Bedingungen stabil sein können, z.B. durch wiederholten Rückgriff auf bereits bewährte Vertragsformulare, um damit auch bislang unbekannte Fallkonstellationen bewältigen zu können. Damit vollzieht die Systemtheorie *Luhmanns* den Übergang „von einem hierarchisch-deduktiven Problemhorizont zu einem heterarchen Prozess (von Fall zu Fall) der Rechtsbildung“. An die Stelle der vertikalen Induktions- und Deduktionsschritte des rechtspositivistischen Systems tritt eine dynamische, rekursive, horizontale Vernetzung von Operationen, eine laufende „Recht-Fertigung“ des Rechts.⁴⁷⁶

Die dynamische Vernetzung des autopoietischen Systems verändert vor allem die Beziehung von System und Operation oder Regel und Entscheidung. Rechtsgebrauch ist für die Systemtheorie keine logisch mehr oder weniger zwingende „Anwendung“ eines lückenlos vorauszusetzenden Regelbestands; Rechtssätze sind nicht länger auf einer kategorial anderen, ihrem Gebrauch gegenüber höheren Ebene angesiedelt wie noch im Rechtspositivismus. Vielmehr benutzen Rechtskommunikationen Systemstrukturen und transformieren dabei ihren Sinn, um bei der nächsten Operation die zuvor transformierte

⁴⁷⁵ *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, § 18, Rdnr. 129ff.

⁴⁷⁶ *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, § 18, Rdnr. 129ff.

Struktur erneut zu benutzen und erneut zu transformieren. Das System ist ständig in Bewegung, und wenn es arbeitet, dann immer auf der Grundlage einer Doppelbewegung: Es blendet nicht wiederholbare Momente vergangener Situationen aus („condensation“) und behält Strukturen (Codes, Programme) bei, wie sie im Augenblick der Operation bewahrenswert erscheinen („confirmation“).⁴⁷⁷ Die Aufmerksamkeit der Theorie der Autopoiesis liegt deshalb ganz auf der Frage, wie im laufenden Betrieb im Rechtssystem erkennbare Wiederholung eingerichtet werden kann.⁴⁷⁸

Das netzwerkformige Rechtssystem *Luhmanns* wird hier so ausführlich vorgestellt, weil es uns dazu dienen soll, den hierarchisch angelegten Systemkonstruktivismus des 19. Jahrhunderts abzulösen und zu ersetzen. Dieser Schritt liegt aus mindestens zwei Gründen nahe: Zum einen kann der Rechtspositivismus nicht einfach durch methodische Beliebigkeit ersetzt werden, von der etwa das heute weit verbreitete „Abwägungsdenken“ beherrscht wird; und zum andern hat nicht nur die Systemtheorie einen Wechsel zum heterarchischen Ordnungsmodell vollzogen. Auch andere avancierte Theorien, etwa *Havelocks* Untersuchungen zur Genese der griechischen (Schrift-)Kultur oder *Derridas* postmoderne Philosophie (der Schrift), laufen auf eine mit der Systemtheorie vergleichbare dynamische und horizontale Reformierung von Ordnungsbildung hinaus;⁴⁷⁹ bei *Derrida* vor allem unter den Stichworten von „différance“ und „itérabilité“ von Verhandeltem.⁴⁸⁰ So wie das System der Systemtheorie eine beständige Doppelbewegung von Kondensierung und Konfirmierung vollzieht, verbindet auch *Derridas* Schrift jede Wiederholung mit Andersheit (Iterabilität, Iterierbarkeit), mit einer dauernden Sinnverschiebung und Sinnaufschiebung, den jeder Akt der Wiederaneignung eines Textes unweigerlich produziert. Diese Vorstellung dynamischer, horizontaler, rekursiver Systembildung wäre in einer rechtswissenschaftlichen Rechtstheorie zu adoptieren und in ihren Konsequenzen weiter auszuarbeiten.

⁴⁷⁷ *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, § 18, Rdnr. 129ff.

⁴⁷⁸ *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, § 18, Rdnr. 129ff.

⁴⁷⁹ *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, § 18, Rdnr. 129ff.

⁴⁸⁰ *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, § 18, Rdnr. 129ff.

Wenn wir uns mit diesen Überlegungen auf dem richtigen Weg befinden, könnte man erkennen, dass die Methodendiskussion der letzten Jahre bereits ähnliche Wege sucht. Das gilt für ältere Überlegungen zur richterlichen Prüfung von Gesetzen im Hinblick auf Verfassungsmäßigkeit, die den beschwerlichen Weg der Aufhebung und Neufassung im Wege der Gesetzgebung durch Interpretation umgehen;⁴⁸¹ es gilt für Arbeiten, die an die strukturierende Rechtslehre *Friedrich Müllers* anschließen;⁴⁸² es gilt besonders für die polykontexturalen, relativistischen, diskurs- und organisations-spezifischen Vorstellungen des Umgangs mit Recht, die *Karl-Heinz Ladeur* entwickelt hat.⁴⁸³ Man könnte, wenn man in die Soziologie ausgreifen will, an *Giddens* Begriff der „structuration“ denken oder, in der Philosophie, an *Wittgensteins* Begriff des Sprachspiels (sofern ein Sprachspiel sich als Veranstaltung von Beobachtern für Beobachter auffassen lässt). An Tendenzhinweisen fehlt es nicht. Worauf es jedoch ankommt, ist: mehr zu sehen als bloße Auflösungserscheinungen am klassischen Norm-, Text- und Methodenkanon. Vielleicht sehen wir eine neue Ordnungsform im Entstehen, die ganz auf die Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung verlagert ist und von dort her bestimmt, was für sie Anschlusswert hat und deshalb als Realität zählt.

Dem bleibt noch anzufügen, dass die Profession der Juristen, gerade weil sie das System auf der Ebene der Beobachtung zweiter Ordnung ansiedelt, die Bedeutung von Interpretation/Argumentation überschätzt. Man muss erneut bedenken, dass es sich um ein binär codiertes System handelt und dass die Entscheidungen über Geltung/Nichtgeltung die letztlich ausschlaggebenden Operationen sind. Einerseits besteht also die Meisterleistung des juristischen Könnens in der Produktion von Texten aus Texten, im Interpretieren und Argumentieren; und dies auch insoweit, als es auf festzustellende Tatsachen, Beweisfragen usw. ankommt. Andererseits verlieren die Juristen die Hälfte ihrer Prozesse, nachdem auf beiden Seiten argumentiert worden

⁴⁸¹ S. etwa *Davis, F. J.*, et. al., *Society and the Law: New Meaning for an Old Profession*. New York 1962, 163. „The Result has been that judicial construction has become as much a part of statutes as the text itself“.

⁴⁸² *Müller*, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin 1994.

⁴⁸³ *Ladeur*, *Gesetzesinterpretation, „Richterrecht“ und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive: Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden*, ARSP 77(1991), 176(194).

ist. So wie im System der Krankenbehandlung immer einige Patienten sterben und andere die Behandlung überleben und darin das Risiko der Profession liegt, so muss auch der Jurist mit der Tatsache leben, dass seine Argumentation, und sei sie noch so durchdacht, nicht immer die letztlich entscheidende Entscheidung bestimmt. Im Habitus der Profession kann man daher zuweilen eine gewisse ironische Distanz zu den Ideen und Argumentationsmitteln beobachten, zugleich mit einer Aufmerksamkeit für das, was letztlich die Entscheidung trägt (zum Beispiel Gerichtsgebrauch und Tradition). Die letzten Gründe sind immer nur vorletzte Gründe.⁴⁸⁴

Was noch hinzufügen ist, dass auch *Habermas* in einer seiner neuesten Literatur darüber überlegt, in der er eine neue Interpretation von der unmittelbaren Drittwirkungstheorie anbietet, was als die grundrechtliche Wirkung zwischen den Privaten aus der Menschenwürde direkt abgeleitet werden könnte.⁴⁸⁵

4. 6 Resumée: Datenschutz an den Grenzen des Rechts

Mit dieser Studie könnte man daher die Diskussion um die Drittwirkung letztlich beenden. Die verfassungsrechtliche Schutzpflicht als Programmsatz (oder Normprogramm) wendet das netzwerkformige Rechtssystem netzwerkformig-unmittelbar auf die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten an. Die Gerichte erfüllen ihre Schutzpflicht gesetzesmediatisiert, also gesetzssystematisiert durch die Auslegung, gegebenenfalls Fortbildung des Rechts. Die für das deutsche Verfassungsrecht entwickelte Auffassung über die Schutzpflicht steht vor allem mitsamt dem Prinzip des Untermaßverbots und des Schutzes der „sozial“ Schwächeren vor dem mächtigeren

⁴⁸⁴ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt, 1993, 405 f.

⁴⁸⁵ *Habermas*, Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte, in: ders., Zur Verfassung Europas, Suhrkamp 2011, 13(20).

Partner des privaten Geschäftsverkehrs bei exklusiv seinsförmiger, also ontologischer Differenzierung von subjektives Recht/objektive Ordnung.

Auf die Privatisierung der Telekommunikationsdienstleistungen hat der Gesetzgeber mit § 88 TKG reagiert, der das Telekommunikationsgeheimnis auf geschäftsmäßige Anbieter von Telekommunikationsdiensten erstreckt. Der dort ebenso wie in § 206 StGB gewählte traditionelle Begriff des Fernmeldegeheimnisses ist Indiz dafür, dass der einfachgesetzliche Schutzzumfang im Privatrechtsverhältnis nicht hinter den abwehrrechtlichen Gehalt des Grundrechts zurückfallen soll.⁴⁸⁶ Es ist aber common sense, dass die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) für den so genannten nicht-öffentlichen Bereich den offenbar gewordenen Risikolagen nicht gerecht werden. Trotz beachtlicher Vorarbeiten sind die in zwei parallelen Gesetzgebungsverfahren beschlossenen Neuregelungen nicht zum großen Wurf geworden. Das erste Paket normiert Grundsätze für Datenübermittlungen an Auskunftsteilen wie die Schufa und Anforderungen an das Scoring zur Ermittlung der Kreditwürdigkeit.⁴⁸⁷ Die mit dem zweiten Paket vor allem avisierte Beschränkung des Adresshandels zu Werbezwecken durch das Instrument eines konstitutiven Einwilligungsvorbehalts (§ 28 III BDSG) hat im Gesetzgebungsverfahren weit reichende Durchbrechungen erfahren.⁴⁸⁸ Mit § 32 BDSG wurde in letzter Sekunde eine Klausel zum Arbeitnehmerdatenschutz aufgenommen, die allerdings die Normierung eines kohärenten Arbeitnehmerdatenschutzes nicht ersetzen kann.⁴⁸⁹ Materielle Verhaltensnormen bedürften zudem wirksamer Durchsetzungsmechanismen. Der Schutz personenbezogener Angaben wird recht umfänglich durch das Strafrecht geschützt (§§ 201ff. StGB), ohne dass dies die gegenwärtig in der Kritik stehenden Personen und Unternehmen sonderlich beeindruckt hätte. In jüngerer Zeit mehren sich die Vorschläge, den Datenschutz stärker dem Zivilrecht anzuvertrauen und Verletzungen des informationellen Selbstbestimmungsrechts und der weiteren grundrechtlichen Gewährleistungen durch Unterlassungs- und Schadensersatzungsansprüche zu

⁴⁸⁶ Ellinghaus, in: Arndt(Hrsg.), TKG, 2008, § 88, Rdnr. 7.

⁴⁸⁷ Gola/Klug, NJW 2009, 2577(2579).

⁴⁸⁸ Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften v. 14. 8. 2009, BGBl. I, 2814.

⁴⁸⁹ Dies konzediert die Entwurfsbegr., BT-DT 16/13657(elektr.), 35.

sanktionieren.⁴⁹⁰ Ein auf die Selbstregulierung der Unternehmen zielendes, staatlich induziertes Datenschutzaudit bedarf eines Gesetzes (§ 9a S. 2 BDSG), dessen Verabschiedung jüngst spektakulär gescheitert ist.⁴⁹¹ Unmittelbare Kontroll- und Durchsetzungsleistungen bietet das öffentliche Recht bislang nur unzureichend. Seit vielen Jahren wird um die Kontrolle der Privatwirtschaft durch die unabhängigen Datenschutzbeauftragten der Länder gerungen.

Der Weisungsfreiheit der Datenschutzbeauftragten auch bei der Kontrolle des nichtöffentlichen Bereichs steht der Einwand mangelnder demokratischer Legitimation nicht entgegen. Ihre parlamentarische Wahl vermittelt ihnen eine besondere Form institutioneller Legitimation, die ein insgesamt ausreichendes Legitimationsniveau sichert.⁴⁹² Wie der EuGH jüngst entschieden hat, gebietet Art. 28 der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG die Weisungsfreiheit der Datenschutzbeauftragten auch bei der Kontrolle des nicht-öffentlichen Bereichs.⁴⁹³ Deutschland hat gegen seine Verpflichtungen aus Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr verstoßen, indem es die für die Überwachung der Verarbeitung personenbezogener Daten durch nichtöffentliche Stellen und öffentlich-rechtliche Wettbewerbsunternehmen zuständigen Kontrollstellen in den Bundesländern staatlicher Aufsicht unterstellt und damit das Erfordernis, dass diese Stellen ihre Aufgaben „in völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen, falsch umgesetzt hat.⁴⁹⁴

Das für die Schutzpflichtenverwirklichung geprägte Untermaß-verbot⁴⁹⁵ verpflichtet den Gesetzgeber, einen wirksamen Schutz anzustreben. Für die Ausfüllung des Schutzauftrags

⁴⁹⁰ Dazu *Abel*, RDV 2009, 51.

⁴⁹¹ Entwurf eines Datenschutzauditgesetzes als Art. 1 in BT-Dr 16/12011, der der Beschlussempfehlung des Innenausschusses zum Opfer gefallen ist, BT-Dr 16/13657.

⁴⁹² *Bizer*, DuD 1997, 481.

⁴⁹³ EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010 - C-518/07 BeckRS 2010. 90304.

⁴⁹⁴ EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010 - C-518/07, Kommission/Deutschland.

⁴⁹⁵ Begriff v. *Canaris*, AcP 184(1984), 201(228), übernommen von BVerfGE 88,203(254) = NJW 1993, 1751.

steht ihm indes ein beträchtlicher Entscheidungs- und Prognosespielraum zu, der nur überschritten wird, wenn die ergriffenen Maßnahmen vollkommen unzureichend sind.⁴⁹⁶ Die Gerichte erfüllen ihre Schutzpflicht hingegen Gesetzesmediatisiert durch die Auslegung, gegebenenfalls Fortbildung des Rechts. Dies gilt maßgeblich auch für die Zivilgerichte.⁴⁹⁷ Gerichtliche Schutzpflichten bestehen nicht nur bei einseitigen Störungen, sondern auch im Rahmen richterlicher Vertragskontrolle.⁴⁹⁸ In der Konsequenz verwarf das BVerfG eine versicherungs-vertragliche Klausel zur Schweigepflichtenbindung wegen gestörter Vertragsparität am Maßstab des informationellen Selbstbestimmungsrechts, weil der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz nur um den Preis der Offenbarung persönlichster Informationen erlangen konnte.⁴⁹⁹ Indes kann diese Konzeption keinen Schutz vor unveranlassten Selbstgefährdungen gewähren, die in der freiwilligen Datenpreisgabe in elektronischen Netzwerken wie StudiVZ oder Facebook liegt.⁵⁰⁰

Schon vor geraumer Zeit wurde angemerkt, die Datenschutzidee drohe durch die grundrechtlichen Anforderungen in eine „Verrechtlichungsfalle“ zu geraten.⁵⁰¹ Das Gebot zur Schaffung bereichsspezifischer, hinreichend bestimmter Eingriffsnormen konfligiert mit der rasanten technischen Fortentwicklung der Datengenerierung und -erhebung. Das BVerfG wird zum Gefangenen der selbst formulierten Anforderungen. So leidet etwa die Normbestimmtheit, wenn das Gericht einen heimlich am Kfz angebrachten GPS-Empfänger mangels ausdrücklicher Rechtsgrundlage als „besonderes für Observationszwecke bestimmtes technisches Mittel“ i. S. von § 100c I Nr. 1 lit. c StPO a.F. (nunmehr § 100h I Nr. 2 StPO) einstuft.⁵⁰²

⁴⁹⁶ BVerfGE 56, 54(80f.) = NJW 1981, 1655.

⁴⁹⁷ BVerfGE 89, 214(229ff.) = NJW 1994, 36.

⁴⁹⁸ BVerfGE 89, 214(232ff.) = NJW 1994, 36.

⁴⁹⁹ BVerfG(1. Kammer des 1. Senats), JZ 2007, 576 = BeckRS 2008, 36962.

⁵⁰⁰ Dem entspricht es, dass in der Erhebung von Daten aus allgemein zugänglichen Websites noch kein Grundrechtseingriff liegt, BVerfGE 120, 351(361f.) = NJW 2008, 2099.

⁵⁰¹ Dazu *Hoffmann-Riem*, AöR 123(1998), 513(514ff.); jüngst *Ladeur*, DöV 2009, 45.

⁵⁰² § 20g II Nrn. 1 u. 2 BKAG.

Der Gesetzgeber wird zudem zum Getriebenen der judikativen Vorgaben. Das verfassungsgerichtliche Bemühen um eine Ausdifferenzierung der Schutzbereiche bei weitgehender Konvergenz der grundrechtlichen Schranken hat einer kasuistischen Gesetzgebung Vorschub geleistet. Da Unklarheit besteht, ob Konvergenz tatsächlich Identität bedeutet, beschränkt sich der Gesetzgeber oft auf eine wörtliche Umsetzung der Richtersprüche. In der Konsequenz enthält etwa das novellierte BKA-Gesetz⁵⁰³

zwar Regelungen zum Kernbereichschutz bei Online-Durchsuchungen, hingegen nicht für längerfristige Observationen oder technische Überwachungen außerhalb von Wohnungen, die bislang nicht Gegenstand verfassungsrechtlicher Würdigung waren.⁵⁰⁴

Möglicherweise sind die legislativen Unzulänglichkeiten ein Spiegel einer Grundrechtsdogmatik, deren Konsistenz durch ihre Detailverliebtheit gefährdet wird. Das verfassungsrechtliche Modell der Schutzbereichausdifferenzierung erscheint angesichts der Schrankenkonvergenz zur Gewährleistung des abwehrrechtlichen Schutzes als überkonstruiert: Sollen etwa für die an Art. 10 I GG zu messende offene Beschlagnahme von E-Mails beim Internetprovider §§ 94, 98 StPO eine ausreichende Rechtsgrundlage sein,⁵⁰⁵ so liegt dem ein an den materiellen Rechtfertigungsanforderungen und nicht an der Schutzbereichszuordnung orientiertes Verständnis zu Grunde.⁵⁰⁶ Die Schutzbereichszuordnung erhält auf der andern Seite ein überschießendes Gewicht bei der Entfaltung staatlicher Schutzpflichten im Privatrecht. So ist für die arbeitsrechtliche Bewertung des Arbeitsgeberzugriffs auf E-Mails der Mitarbeiter maßgeblich, ob dieser am strikten Telekommunikationsgeheimnis⁵⁰⁷ oder am - nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen abzuwägenden - informationellen Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers zu messen

⁵⁰³ Art. 1 des Gesetzes zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt v. 25. 5. 2008, BGBl. 3083.

⁵⁰⁴ § 20g II Nrn. 1 u. 2 BKAG.

⁵⁰⁵ BVerfG, NJW 2009, 2431, Rdnrn. 55ff.

⁵⁰⁶ Klein, NJW 2009, 2996(2998).

⁵⁰⁷ Ernst, NZA 2002, 585(587).

ist.⁵⁰⁸ Die für den abwehrrechtlichen Datenschutz konstatierte Schrankenkonvergenz kommt bei dem durch das Übermaßverbot nur schwach konturierten Schutzpflichtengebot gerade nicht zum Tragen. Schon die sich permanent überholende technische Entwicklung und die dogmatischen Unstimmigkeiten sprechen dagegen, die judikativen Ausdifferenzierungen des Datenschutzes in den geschriebenen Grundrechtskatalog aufzunehmen.⁵⁰⁹

Die Gefahr eines verfassungsrechtlichen Rückbaus des Datenschutzes ist dem gegenüber eher gering zu veranschlagen. Der durch das BVerfG entfaltete Datenschutz ist allerdings durch die Vorratsdatenspeicherung zum Gradmesser für die Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit des europäischen Rechtsprechungsverbands geworden.⁵¹⁰ Ungeachtet des Wegs der Konfliktlösung bleibt zu hoffen, dass vom deutschen Modell der Grundrechte auf Datenschutz auch Impulse für eine Fortentwicklung des europäischen Datenschutzrechts ausgehen.⁵¹¹

⁵⁰⁸ *Ernst*, NZA 2002, 585(587ff).

⁵⁰⁹ *Calliess*, JZ 2006, 321(329).

⁵¹⁰ EuGH, NJW 2009, 1801; BVerfG, NJW 2010, 833 Rdnr. 185(187).

⁵¹¹ *Britz*, EuGRZ 2009, 1(11).

5. Schutz personenbezogener Daten im Streitfall

5. 1 Rechtsschutz vor Gericht

5. 1. 1 Individualrechtsschutz und objektive Rechtskontrolle

Während die Zivilgerichte auf der Grundlage des Aktionendenkens seit je her Individualrechtsschutz gewähren,⁵¹² diente die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihrer historischen Entwicklung verschiedenen Zwecken. In diesem Zusammenhang wird regelmäßig das preußische Modell der objektiven Rechtskontrolle⁵¹³ dem namentlich in Baden⁵¹⁴, Hessen⁵¹⁵, Württemberg⁵¹⁶, Bayern⁵¹⁷ und Sachsen⁵¹⁸ entwickelten subjektiven Rechtsschutz gegenübergestellt.⁵¹⁹ Dem folgt dann die Aussage, dass sich Art. 19 Abs. 4 GG zugunsten des Individualrechtsschutzes entschieden habe.⁵²⁰ Gerade die historischen Modelle zeigen aber bei näherer Betrachtung, dass sich objektive Rechtskontrolle und subjektiver Rechtsschutz in der Praxis häufig nur schwer trennen lassen. Verantwortlich hierfür dürften auch begriffliche Unklarheiten sein. Bei der objektiven Rechtskontrolle wird geprüft, ob die Verwaltung gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoßen hat.

⁵¹² *Gaius*, Institutiones, VI, 11, 12.

⁵¹³ Kreisordnung v. 12. 12. 1872 (GS 661). Vgl. auch *Hatschek/Kurtzig*, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Aufl. 1931, 395.

⁵¹⁴ Baden führte die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch Gesetz, die Organisation der inneren Verwaltung betreffend, v. 5. 10. 1863 (RegBl 399) ein.

⁵¹⁵ Gesetz betreffend die innere Verwaltung und Vertretung der Kreise und Provinzen v. 12. 6. 1874 (RegBl 251).

⁵¹⁶ Verwaltungsrechtspflegegesetz v. 16. 12. 1876 (RegBl. 485).

⁵¹⁷ Gesetz über den Verwaltungsgerichtshof v. 8. 8. 1878 (GVBl 399).

⁵¹⁸ Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 19. 7. 1900 (GVBl 486).

⁵¹⁹ Vgl. *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1973, 413; BVerfGE 13, 132 (150).

⁵²⁰ *Sodan*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 2009, Art. 19 Rdnr. 29. Aus der Rspr. BVerfGE 27, 297 (300); 31, 33 (39 f.); 83, 182 (194); 113, 273 (319); 116, 135 (150).

Welche Rechtsnormen verletzt sein könnten, ist dabei unerheblich. Anders beim Individualrechtsschutz: Relevant ist nur der Verstoß gegen Rechtsnormen, die dem Individualschutz dienen (Schutznormen).⁵²¹ Individuelle Rechte sind einem Rechtssubjekt zugeordnet, wobei auch ein Kollektiv das Rechtssubjekt sein kann. Das Rechtssubjekt hat die Verletzung eigener („seiner“), nicht jedoch fremder Rechte zu rügen. Schwierigkeiten entstehen nun dadurch, dass dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz gelegentlich - insbesondere auf dem Gebiet des Umweltschutzes - überhaupt keine subjektiven Rechte korrespondieren. Dann besteht für manche die Neigung, sich zum Wahrer des Allgemeininteresses zu bestellen. In Wahrheit geht es denjenigen, die solche Popularklagen erheben, jedoch nicht um die Einhaltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Vielmehr soll der Vorrang partikulärer Belange durchgefochten werden; die Grenzen zur Interessendurchsetzung zerfließen. Ist schon die Trennung von subjektiven Rechten und objektivem Recht schwierig, so erweist sich die Trennung von Individualinteressen und Interessen der Allgemeinheit als noch komplizierter. Trotzdem darf nie vergessen werden, dass Art. 19 Abs. 4 GG nur individuellen Rechtsschutz garantiert. Das schließt eine objektive Rechtskontrolle nicht aus.

5. 1. 2 Effektiver Rechtsschutz

Im Rechtsstaat muss der Rechtsschutz, der seinen Namen verdient, effektiv sein. Effektivität bezieht sich auf die tatsächlich wirksame Kontroll- und Schutzfunktion der Gerichte.⁵²² Für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten leitet das Bundesverfassungsgericht das Gebot eines wirkungsvollen Rechtsschutzes aus dem Justizgewähranspruch ab.⁵²³ Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet umfassenden und damit effektiven Rechtsschutz

⁵²¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 1. 1960, BVerwGE 10, 122 (123); Urt. v. 17. 6. 1993, NJW 1994, 1604 (1605); Urt. v. 16. 6. 1994, NJW 1995, 1628; NdsOVG, Urt. v. 10. 4. 2002, NVwZ-RR 2003, 125 (126); Urt. v. 17. 7. 2008, DVBI 2008, 1391; Urt. v. 28. 11. 2007, DVBI 2008, 659 (660).

⁵²² Nachweise bei *Antoni*, in: Hömig (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2010, Art. 19 Rdnr. 16.

⁵²³ BVerfGE 54, 277 (291).

auch auf dem Gebiet der Verwaltung.⁵²⁴ Effektivität bedeutet, dass auf das Rechtsschutzziel abzustellen ist. Rechtsschutzziele können der Rechtsschutz als solcher, Zeitgewinn oder eine inhaltlich „gerechte“ Entscheidung sein.

Diese Ziele werden verwischt durch die Forderung nach einem (Grund-)Rechtsschutz durch Verfahren. Nicht zuletzt wegen des Müllheim-Kärlich-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 1979⁵²⁵ wurde der Grundrechtsschutz durch Gestaltung des Verwaltungsverfahrens in den 1980er Jahren zu einem Modethema, das allmählich ausdiskutiert schien, zuletzt aber unter gemeinschaftsrechtlichen Vorzeichen reanimiert wurde.⁵²⁶ Bekanntlich haben nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts Verfahrensvorschriften, die nach dem Willen des Gesetzgebers ein Grundrecht grundlegend sichern, Verfassungsrang. Die Verletzung von Verfahrensvorschriften soll sich auf das jeweilige Einzelgrundrecht auswirken. Im konkreten Fall kann mit solchen Aussagen indessen wenig angefangen werden. Ganz abgesehen davon, dass weder Anlass noch Notwendigkeit für die Hochstufung einfacher Verfahrensvorschriften auf die Ebene des Verfassungsrechts besteht, ließ das Bundesverfassungsgericht selbst offen, welche Verfahrensvorschriften im Einzelnen grundrechtsrelevant sind. Offen blieb außerdem, welche Sanktionen an die Verletzung von Verfahrensvorschriften geknüpft sind. Auf den ersten Blick liegt die verbreitete Argumentation nahe, Verfahrensvorschriften seien grundrechtsrelevant und damit so wichtig, dass ihre Verletzung automatisch zur Aufhebung der späteren Verwaltungsentscheidung führen müsse. Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht. In den meisten Fällen stellen Verfahrensvorschriften nämlich lediglich den geordneten Ablauf des Verwaltungsverfahrens sicher. Sie haben dann nur komplementäre Bedeutung; denn allein maßgeblich ist die rechtmäßige Sachentscheidung. Letztlich kann also nur ein Verfahrensverstöß beachtlich

⁵²⁴ BVerfGE 40, 272 (274 f.); 54, 94 (96 f.); 96, 27 (39); 88, 118 (123); 96, 27 (39 f.); 107, 395 (401). Zum effektiven (vorläufigen) Rechtsschutz BVerfGE 35, 263 (274); seither st. Rspr. vgl. etwa BVerfGE 94, 166 (216, 226); 97, 298 (315); 104, 220 (232); 112, 185 (207); Beschl. v. 15. 8. 2002, DVBl 2003, 257; Beschl. v. 17. 5. 2004, NJW 2004, 2297 (2298); Beschl. v. 19. 3. 2004, NJW 2004, 3100; Beschl. v. 20. 3. 2009; EuGH, Entsch. v. 11. 8. 2003, DVBl 2004, 34 - Safalero/Prefetto di Genova; OVG LSA, Ur. v. 12. 11. 2008, NJW 2009, 1829.

⁵²⁵ BVerfGE 53, 30.

⁵²⁶ Vgl. *Kahl*, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, *VerwArch* 2004, 1.

sein, der die Sachentscheidung beeinflusst hat. Trennt man Verfahrensverstöß und Sachentscheidung, so wird die Verfahrenskontrolle zum Selbstzweck; genauer: Die Aufhebung der sachlich richtigen Entscheidung wegen eines Verfahrensfehlers dient der Disziplinierung der Verwaltungsbehörde. Mit Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung hat das in Wahrheit nichts mehr zu tun. Andere Rechtsordnungen mögen den Verfahrensgedanken betonen, der deutsche Rechtsstaat handelt und judiziert ergebnisorientiert und ist damit bislang nicht schlecht gefahren.⁵²⁷

5. 1. 3 Materielle Gerechtigkeit

Für den Grundrechtsschutz, wie auch allgemein für den Rechtsschutz, kommt es allein auf die materielle Rechtsbeeinträchtigung an. Daraus folgt zweierlei: Zum einen muss eine Verwaltungsentscheidung nicht aufgehoben werden, weil sie unter Verletzung von (nicht zwingenden) Verfahrensvorschriften zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Zum anderen besteht für Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn sie zusammen mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden.

⁵²⁷ Die Kritik von *Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 8. Aufl. 2011, § 1 Rdnr. 39, kann auch ins Positive gewendet werden.

5. 2 Möglichkeit zu Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechts durch Einführung von Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich

5. 2. 1 Einleitung

Im Streitfall wird man nach Art. 19 Abs. 4 und Art. 92 GG durch das Recht geschützt (Rechtstaatprinzip). Mediation aber als eine „alternative Form“ der Streitbehandlung - obwohl dieses Verfahren ganz lange und verbreitete geschichtliche Begründungen hat⁵²⁸ - wurde nicht als Rechtsgarantie im öffentlichen Bereich betrachtet. Aber durch dogmatische Reimporte aus den USA wächst immer wieder die Neigung zur Mediation im öffentlichen Bereich, weil das Verfahren den effektiven Rechtsschutz und der Entlastung der Gerichte dienen kann.⁵²⁹ Den Anfang machte der Beschluss des BVerfGs v. 29. Mai 1974⁵³⁰ mit der zutreffenden Aussage, dass das Gemeinschaftsrecht nicht in Frage gestellt wird, wenn ausnahmsweise das Gemeinschaftsrecht sich gegenüber zwingendem nationalem Verfassungsrecht nicht durchsetzen lässt.⁵³¹ Für 1974 erklärte das Gericht, dass der Grundrechtsstandard der europäischen Gemeinschaft hinter dem des Grundgesetzes zurückbleibe. Solange sich nichts ändere, gelte ein Vorbehalt zugunsten der nationalen Grundrechte. Schon in dieser Entscheidung lehnten drei Richter ein Prüfungsrecht des Bundesverfassungsgerichts von sekundärem Gemeinschaftsrecht ab.⁵³² 1986 entschied das Bundesverfassungsgericht,⁵³³ im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaften sei ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen, der dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im Wesentlichen gleich zu

⁵²⁸ Über den lat. Begriff „medius“ und über den dogmatischen Reimporte aus den USA s. *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 373ff.

⁵²⁹ *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 373

⁵³⁰ BVerfGE 37, 271 (Solange I).

⁵³¹ BVerfGE 37, 279.

⁵³² BVerfGE 37, 291.

⁵³³ BVerfGE 73, 339 (Solange II).

achten sei.⁵³⁴ Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des EuGH einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleiste, werde das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht nicht mehr ausüben.⁵³⁵ In der Maastricht-Entscheidung⁵³⁶ betonte das Bundesverfassungsgericht das „Kooperationsverhältnis zum Europäischen Gerichtshof“,⁵³⁷ erklärte aber das Bundesverfassungsgericht für die generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards für zuständig. Vorlagen von Gerichten und Verfassungsbeschwerden sind seither nur zulässig, wenn dargelegt wird, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht generell nicht gewährleistet sei.⁵³⁸ In der Entscheidung zum Europäischen Haftbefehl v. 18. Juli 2005 hat das Bundesverfassungsgericht die durch den generellen Vergleichsmaßstab der Grundrechteordnungen erteilte Blankettvollmacht für den europäischen Gesetzgeber durch das Abstellen auf den subjektiven Wesensgehalt der nationalen Grundrechte - wenn auch noch nicht ausreichend - zurück-genommen.⁵³⁹ Insgesamt kommt es darauf an, ob durch das Abstellen auf den europäischen Grundrechtsschutz der durch die nationale Grundrechtsordnung gewährte Schutz deutlich absinkt.

Im Hinblick auf den Datenschutz könnte eben dies nur begrenzt wirken.

⁵³⁴ BVerfGE 73, 377 ff.

⁵³⁵ BVerfGE 73, 387.

⁵³⁶ BVerfGE 89, 155.

⁵³⁷ BVerfGE 89, 175.

⁵³⁸ BVerfGE 89, 155; 102, 147 (Bananenmarktordnung).

⁵³⁹ BVerfGE 113, 273; zutreffend abw. Meinung *Schorkopf*, Der Europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, 2006.

5. 2. 2 Mediation

Die unmittelbare Drittwirkungstheorie ist eine Überlegung, wodurch man versucht die Grenzen zwischen öffentlichen und privaten Recht zu beseitigen. Daher ist es auch bedenkbar, dem Mediationsverfahren, das vom Ursprung her aus dem privatrechtlichen Rechtspflege herkommt, auch für die öffentlich-rechtliche einzuführen.

5. 2. 2. 1 Mediation als Kommunikationsmethode

5. 2. 2. 1. 1 Kommunikationsstörungen - Befund und Hilfe

*Weyreuther*⁵⁴⁰ behandelte die Probleme juristischer Kommunikation, in dem er sie wie nachfolgend beschrieben hat: „Juristische Kommunikation scheitert mindestens so häufig an Disziplinlosigkeit des Hörenden wie an Mängeln der Mitteilungsfähigkeit (oder -bereitschaft) dessen, der sich äußert“. Auch für nicht-juristische Kommunikation gilt dieser Befund. Kommunikationsstörungen führen zum Streit. Der Streit kann behandelt werden durch Selbsthilfe (Gewalt), durch Streitentscheidung eines Dritten (Urteil), durch Vergleichsvorschlag eines Dritten (Schlichtung) sowie durch Streitbeilegung mit Unterstützung eines Dritten (Hilfe zur Selbsthilfe, Mediation). Während im Rechtsstaat die gewaltsame Selbsthilfe auszuschneiden hat, entwickelt sich in Deutschland zunehmend die Mediation zu einer anerkannten Form der Streitbehandlung, und zwar als Alternative zu Streitentscheidung und Streitschlichtung. Mediation wird außergerichtlich und gerichtsintern praktiziert.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ *Weyreuther*, DÖV 1997, 177.

⁵⁴¹ S. u. a. *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

5. 2. 2. 1 .2 Verhandeln und Vermitteln als Kommunikationsmethode bei der Mediation

Verhandeln (Negotiation) und Vermitteln (Mediation) stehen in engem Zusammenhang. Mediation setzt zumeist nach gescheiterter Verhandlung ein.

Versuchen zwei Personen, über einen Verhandlungs- oder Streitgegenstand zu einer Einigung zu gelangen, dann verhandeln sich miteinander. In der Regel bezieht jeder eine Ausgangsposition, die er zugleich als sein optimales Ergebnis begreift. Dem Sieg dieser Position soll die Niederlage der gegnerischen Position entsprechen. Dieses Nullsummenspiel beruht nach den Erkenntnissen der Verhandlungspsychologie auf einem intuitiven, kompetitiven Verhandlungsstil. Ein gegenseitiges Annähern durch Nachgeben stellt sich als Kompromiss zwischen beiden Positionen dar; dieser ist das typische Ergebnis solcher Verhandlungen. Allerdings können sich beide Seiten auch kooperativ verhalten, indem sie rational vorgehen. Sie erkennen, dass hinter den Positionen zahlreiche Interessen stehen (können), die es zu ermitteln und zum Ausgleich zu bringen gilt. Dabei entspricht dem Gewinn des einen der Gewinn des anderen. Nicht einen Kompromiss, sondern einen Konsens über die wechselseitige Gewinnoptimierung streben beide an.

Scheitert die Verhandlung, bedürfen beide Seiten der Hilfe, um die Verhandlungen wieder in Gang zu bringen. Wenn sie sich auf einen neutralen Dritten (Mediator) verständigen, kann dieser sie vermittelnd unterstützen - ohne selbst Lösungsvorschläge zu unterbreiten oder gar Entscheidungsmacht zu haben. Der Dritte konzentriert sich auf die Interessen der Verhandlungspartner und aktiviert deren Fähigkeiten, miteinander - und nicht gegeneinander - nach den Kriterien des rationalen Verhandeln umzugehen. Er kann mit seinen Fertigkeiten beiden Seiten zu einem Konsens und damit zu einer Konfliktlösung verhelfen.⁵⁴²

⁵⁴² Vgl. *Ortloff*, Mediation und Verwaltungsprozess, in: Haft/von Schlieffen(Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 41, Rdnr. 5ff.

5. 2. 2. 2 Bedeutung des Mediationsverfahrens

Die moderne Mediation kommt aus dem Rechtssystem der USA, das verschiedene Methoden der Alternative Dispute Resolution (ADR), darunter auch die Mediation, als vorgerichtliche Verfahren kennt.⁵⁴³ Trotz anfänglicher Widerstände der Betroffenen und ihrer Anwälte fand die Mediation in vielen Staaten mit unterschiedlichen Rechtssystemen allgemeine Anerkennung.⁵⁴⁴ In manchen Staaten wurden die Mediationsverfahren zur Voraussetzung für die Durchführung des gerichtlichen Prozesses. Der eigentliche Zweck für die Einführung des Mediationsystems war die Entlastung der staatlichen Gerichte, die meist überlastet waren, so dass man Zeit und Kosten zu sparen versuchte. Aber neben diesem Hauptzweck war auch der Versuch, dass man durch Privatisierung die zu niedrige Leistungsfähigkeit des bürokratischen Rechtssystems etwas erhöhen wollte.⁵⁴⁵

Jüngstes Beispiel dieses Versuchs ist der französische „médiateur du cinéma“ nach Art. L 213-1 Code du cinéma et de l'image animée, dessen Stellung durch Verordnung⁵⁴⁶ (Ordonnance Nr. 2009-1358) v. 5. November 2009 erweitert worden ist.

In Deutschland ist am Juli 2012 das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in Kraft getreten; somit könnte man erwarten, dass durch dieses Gesetz auch bei den öffentlich-rechtlichen Konflikten – wenn auch begrenzt – Mediationsverfahren sich verbreiten könnte. In dem Gesetz wird

⁵⁴³ Negotiation, Facilitating, Arbitration und eben Mediation. S. dazu *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

⁵⁴⁴ Vgl. zur weiteren Erläuterungen über ADR, *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

⁵⁴⁵ So, *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DöV 2010, 377.

⁵⁴⁶ Ermächtigung in Art. 72 des Gesetzes Nr. 2009-258 v. 5. 3. 2009; vgl. aber auch *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

Mediation als ein Konfliktlösungsverfahren bezeichnet, das, konzentriert auf den Bereich der Rechtspflege,⁵⁴⁷ eine übereinstimmende Lösung zu suchen versucht.⁵⁴⁸

5. 2. 2. 3 Verfahrensablauf

Das Mediationsverfahren hat sich i. V. m. dem gerichtlichen Verfahren ein eigenes Lösungssystem gebildet, das man auch als Merkmale des Mediationsverfahren verstehen könnte. Der Mediator muss neutral sein und darf selbst keine Lösung vorschlagen. Er hat auch keine Entscheidungskompetenz und kann auch die Parteien nicht zwingen, eine Lösung zu treffen.

So wird das Mediationsverfahren folgendermaßen erfasst:⁵⁴⁹

- (1) Verfahrensabsprache
- (2) Erarbeitung der regelungsbedürftigen Fragestellungen
- (3) Streitanalyse
- (4) Lösungsmodelle
- (5) Abschließende Vereinbarung

⁵⁴⁷ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Der aktuelle Bericht v. 19. 1. 2005, W Br. 03/96.

⁵⁴⁸ Vgl. Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BGBl., 2012, 1577 ff.

⁵⁴⁹ *Ronellenfisch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

5. 2. 2. 4 Prozesse für das Mediationsverfahren

Zu unterscheiden sind zunächst den Rechtsstreit ersetzende (substituierende) und ergänzende Mediationen.⁵⁵⁰ Das Mediationsverfahren kann nur dann als gerichtsverfahrenersetzend angesehen werden, wenn es gänzlich statt des Gesetzesverfahrens als Konfliktlösungsmethode wirkt. Nur in den Zeiten und Orten – so auch im Ausland –, in denen keine vollständigen Gerichtsverfahren vorhanden waren, konnte das Rechtstreit ersetzende Mediationsverfahren als Alternative angesehen werden.⁵⁵¹ Bei dem Rechtsstreit ergänzenden Mediationsverfahren wird unter Leitung von Mediatoren, die meist vom Beruf her schon als Jurist (und von diesen meistens als Richter) tätig und als Mediator ausgebildet worden sind, gemeinsam eine übereinstimmende Lösung des Rechtsstreites gesucht, und die beiden Parteien können sogleich einen Konsens herausarbeiten können, dann wird nicht nur das Mediationsverfahren, sondern auch das gerichtliche Verfahren als beendet angesehen. Aber wenn die Parteien durch das Mediationsverfahren keine übereinstimmende Lösung finden konnten, so wird das gerichtliche Verfahren fortgesetzt. Ein Zwangsmediationsverfahren ist bei dem rechtsergänzenden Mediationsverfahren ausgeschlossen.

Ein weiteres Merkmal zur Unterscheidung des Mediationsverfahrens ist, wie weit das Verfahren vom Gericht entfernt steht. So könnte man zwischen gerichtsnaher und gerichtsferner Mediation unterscheiden. In vielen Bundesländern wurde schon⁵⁵² das gerichtsnaher Mediationsverfahren als Modellprojekt versucht, das sowohl den privatrechtlichen, aber auch den öffentlich-rechtlichen Bereich umfasst.⁵⁵³

⁵⁵⁰ Vgl. *Ronellenfitch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

⁵⁵¹ So, *Ronellenfitch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

⁵⁵² Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen; vgl. Projekt Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen, www.mediation-in-niedersachsen.de.

⁵⁵³ Ausführlicher *Ronellenfitch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

5. 2. 2. 5 Verfahren gerichtlicher Mediation - Rechtsschutz durch gerichtliche und gerichtsnahe Mediation

Der als Mediator ausgebildete und tätige Richter ist nicht für die Streitentscheidung zuständig. Vom gesetzlichen Richter bekommt er den Fall im Einverständnis der Parteien zugewiesen und behandelt ihn nach den Kriterien der Mediation. In etwa 75% der Mediationsverfahren verständigen sich die Parteien auf eine Beendigung des Rechtsstreits und auf eine - oft darüber hinaus gehende - Lösung des zwischen ihnen bestehenden Konflikts. In den übrigen Fällen wird die Sache an den zuständigen Richter zur „normalen“ weiteren Streitbehandlung zurückgegeben.⁵⁵⁴ Der Aufwand des richterlichen Mediators ist in der Regel geringer als derjenige zur Durchführung des streitigen Verfahrens einschließlich mündlicher Verhandlung und des Versuchs einer gütlichen Beilegung des Rechtsstreits (vgl. § 278 I ZPO).

Das Bundesverfassungsgericht⁵⁵⁵ würdigt die konsensuale Streitbeilegung und damit auch die Mediation wie folgt: „Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einvernehmliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber der richterlichen Streitentscheidung.“ Wenn also der Kläger bei Gericht um Rechtsschutz nachsucht und - auf Vorschlag des Gerichts oder einer Partei - an Stelle eines Urteils zu einer einvernehmlichen Einigung findet, dann erlangt er Rechtsschutz.⁵⁵⁶ Zwar erreicht er diesen nicht durch einen Kampf ums Recht und durch den Sieg über den Gegner, der als Verlierer akzeptieren muss, dass sein Verständnis von Recht „auf der Strecke geblieben ist“. Vielmehr schafft er zusammen mit dem Gegner durch den Konsens das für beide akzeptable Recht, das sie sich in einem fairen Verfahren mit Hilfe des Mediators erarbeitet haben. Stärker noch als bei

⁵⁵⁴ S. dazu *Ortloff*, Neue Methoden des Verhandeln: Über den Einfluss der Mediation auf den Verwaltungsprozess, in: Schmidt-Assmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube, Fs. 50 Jahre BVerwG, 2003, 727. S. auch *von Barga*, J., Der Richter als Mediator, in: Haft/von Schlieffen(Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, 943.

⁵⁵⁵ NJW-RR 2007, 1073.

⁵⁵⁶ S. auch *von Schlieffen*, Mediationsstaat, in: Gosewinkel/Schuuppert(Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit, WZB Jb. 2007, 2008, 181.

dem „klassischen“ richterlichen Vergleich, der auf Vorschlag des zuständigen Richters in der Regel nur einen Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Positionen erzielt, kommen die Interessen beider Seiten optimal zur Geltung. Beide Parteien verlassen das Gericht als Gewinner. Der Kläger hat um Rechtsschutz nachgesucht, weil er selbst Recht bekommen und siegen wollte. Er hat mehr erreicht, weil auch sein Gegner gewonnen und Rechtsschutz erhalten hat. Mediation, gerichtlich und gerichtsnah betrieben, hat sich also von der alternativen Streitbehandlung hin zu einer Form des Rechtsschutzes entwickelt.

5. 2. 2. 6 Austrägalverfahren als Vorfahr des Mediationsverfahrens

Durch Art. 11 Abs. 4 Bundesakte v. 8. Juni 1815 wurde in Bayern und Hessen das Austrägalverfahren eingeführt, das die Lösung von Rechtsstreitigkeiten bezweckte.⁵⁵⁷ Die Einführung dieses Verfahrens führte – so wird es kritisiert – zu einer „Vergerichtlichung“, weil dieses Verfahren eine rechtsersetzende Funktion hatte.⁵⁵⁸

5. 2. 2. 7 Außergerichtliche Mediation (gerichtsfern und gerichtsnah)

Auf den ersten Blick scheint die außergerichtliche Mediation nur vor Einleitung eines Gerichtsverfahrens stattzufinden, also ohne Bezug zu einem anhängigen Prozess und damit *gerichtsfern* zu sein.⁵⁵⁹ Die gegenwärtige Praxis bestätigt dies, weil die meisten Mediationsfälle - vor allem im Familien - und Wirtschaftsrecht - prozessvermeidend vorverhandelt werden. Allerdings gibt es auch die Möglichkeit, in einem bereits rechtshängigen Streit einen außergerichtlichen Mediator einzuschalten. Selbstverständlich ist dies den Prozessparteien jederzeit möglich; aber auch das Gericht kann auf ein

⁵⁵⁷ S. näher *Betz*, Die Austrägalinstanz des Deutschen Bundes, Marburg 2006.

⁵⁵⁸ Zu weiteren und ausführlicheren Erläuterungen des Austrägalverfahrens, s. *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 377.

⁵⁵⁹ *Ortloff*, NJW 2008, 2544.

solches Verfahren hinwirken: „In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen“ (§ 278 V 2 ZPO). Diese Mediation lässt sich als gerichtsnah bezeichnen, weil während der Dauer der Mediation das gerichtliche Verfahren ruht und jederzeit wieder aufgerufen werden kann. In der Praxis wird von dieser Form der außergerichtlichen Mediation kaum Gebrauch gemacht. Das erscheint für diejenigen Gerichte verständlich, die eine gerichtliche Mediation anbieten; für die übrigen dagegen gibt es keine überzeugenden Gründe für die Zurückhaltung, weil Unkenntnis der gesetzlich eingeräumten Möglichkeit wie auch fehlendes Wissen über die Chancen von Mediation nicht zu rechtfertigen sind.

5. 2. 3 Ergebnis

Das Mediationsverfahren wurde als Alternative zum gerichtlichen Rechtsschutzverfahren eingeführt worden. D. h. wenn ein suffizient-effektiver staatlich-gerichtlicher Schutz geboten ist, kann – und auch darf – das Mediationsverfahren nicht das gerichtliche Verfahren im Ganzen ersetzen. Daher ist das ergänzende Mediationsverfahren anders als das rechtsergänzende Mediationsverfahren nicht verfassungswidrig. Man könnte sogar sagen, da man durch das Mediationsverfahren Zeit und Kosten sparen kann, die sonst bei gerichtlichen Verfahren aufgewendet werden müssten, kann man durch das Mediationsverfahren noch einen anderen Weg zur Lösung bieten. All diese Frage können nur politisch beantwortet werden, weil bei Rechtsstreitigkeiten mit politischer Wirkungen objektiv-rechtliche Folgen auch mit berücksichtigt werden müssen.⁵⁶⁰ So könnte man sagen, dass man rechts-ergänzende Mediationsverfahren als einer anderer alternative Möglichkeit der Rechtspflege auch im öffentlich-rechtlichem Bereich als Konfliktlösung mitüberlegen kann.

⁵⁶⁰ So auch vgl. *Ronellenfitsch*, Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 379.

Die Mediatoren müssen keine Richter sein, auch wenn das Richterimage für die Akzeptanz der Anregungen förderlich ist. Zur Vermeidung eines Rechtsstreits sollte aber nicht auf die Befähigung zum Richteramt verzichtet werden. Dies ist im Übrigen ein Argument, die Orientierung der Juristenausbildung an der richterlichen Tätigkeit (nicht am Amt), zu verteidigen. Auf diese Weise bleiben Anwälte Organe der Rechtspflege und werden nicht zu Lohnempfängern ihrer Mandanten. Sie kommen damit ebenfalls als Mediatoren in Betracht. Bei Datenschutzfällen könnten somit auch die Datenschutzbeauftragten als Mediatoren in Betracht kommen.

5. 3 Verfassungsmäßigkeit der Datenschutzkontrolle durch den/die Datenschutzbeauftragten

Das Bundesverfassungsgericht hat für die öffentliche Datenverarbeitung eine Kontrolle durch unabhängige Datenschutzbeauftragte zu einem wichtigen Bestandteil des grundrechtlichen Datenschutzes erklärt. Eine andere Frage ist aber, ob auch die gesamte Datenschutzaufsicht gegen über Privaten in dem Hand der unabhängigen Sonderbehörden gelegt werden darf (kann).⁵⁶¹

5. 3. 1 EG - Datenschutzrichtlinie⁵⁶² und Rechtsprechung des EuGH⁵⁶³

5. 3. 1. 1 RL 95/46/EG

Die Vorgaben des EU-Rechts folgen unmittelbar aus Art. 28 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz

⁵⁶¹ Vgl. EuGH, Slg. 2010, I-1897. S. aber auch *Frenzel*, DÖV 2010, 925.

⁵⁶² Richtlinie 95/46/EG

⁵⁶³ EuGH, Urt. v. 9. 3. 2010 (C 518/07)

natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.⁵⁶⁴

Zwischen der Bundesregierung und der Kommission bestanden Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung und korrekte Umsetzung der Richtlinie, die zu einem Vertragsverletzungsrechtsstreit vor dem EuGH führten. Auf die Klage der Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland entschied die Große Kammer des EuGH mit Urte. v. 9. März 2010 (Rechtssache C 518/07), dass die Bundesrepublik das Erfordernis der „völligen Unabhängigkeit“ der im nicht - öffentlichen Bereich zuständigen Kontrollstellen falsch umgesetzt habe.

Auf eine nähere Darstellung des Streits wird vorliegend verzichtet. Die zur Auslegung von Art. 28 RL 95/46/RL hierzu früher vertretenen diversen Ansichten bedürfen keiner Würdigung mehr, da es nunmehr allein auf die Interpretation des EuGH ankommt.

5. 3. 1. 2 EuGH

Dem EuGH obliegt die authentische Auslegung des EU-Rechts.⁵⁶⁵ Art. 28 RL 95/46/EG entfaltet folglich gegenüber allen deutschen Staatsorganen in dieser Auslegung Bindungswirkung, soweit ihr Vorrang vor nationalem Recht zukommt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH besteht ein Anwendungsvorrang des EU-Rechts. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung war das Urteil vom 15.07.1964 - Rs. 6/64 -, Slg. 1964,1251 (Costa/ENEL). Die Argumentation hat sich seither nicht gewandelt.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Amtsblatt Nr. L 281 v. 23. 11. 1995, 31(50)

⁵⁶⁵ EuGH, Urteil vom 10.02.2000 - Rs. C-50/96 -, Slg. 2000 I-743 (Deutsche Telekom); Urteil v. 12.02.2008 - Rs. C-2/06 -, DÖV 2008, 505 (Kempter KG)

⁵⁶⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 17.12. 1970 - Rs. 11/70 -, Slg. 1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft); Urteil vom 9.3.1978 - Rs. 106/77 -, Slg. 1978, 629 (Simmenthal II); Urteil vom 22.10.1998 - Rs. C-10/97 bis C-22/97-, Slg. 1998, I-6307 (IN.CO.GE); Urteil vom 29.04.1999 – Rs. C-224/97, Slg. 1999 I-2517 (Ciola)

Der Vorrang des EU-Rechts wird auf die Notwendigkeit einheitlicher Geltung, Auslegung und Anwendung der EU-Rechts und dessen Effektivität gestützt. Ob es sich dabei um einen originären oder einen abgeleiteten Vorrang handelt, ist streitig. Der Streit ist zumeist akademischer Natur, erlangt aber im vorliegenden Zusammenhang praktische Relevanz, weil ein abgeleiteter Vorrang nicht weiter reichen kann, als die nationale Verfassung die Übertragung von Souveränitätsrechten zulässt. Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts ist daher begrenzt.⁵⁶⁷ Soweit der Anwendungsvorrang des EU-Rechts reicht, ist es Aufgabe aller Stellen der Mitgliedstaaten, im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.⁵⁶⁸ Zu einer Selbstaufgabe der nationalen Verfassung darf die Einräumung des EU-rechtlichen Anwendungsvorrangs jedoch nicht führen. Die substantiellen Merkmale der nationalen Verfassung müssen erhalten bleiben.⁵⁶⁹ Als Residuum souveräner Staatlichkeit Deutschlands dient Art. 79 Abs. 2 und 3 GG, auf den Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG klarstellend Bezug nimmt. Dadurch werden die „Grundsätze“ der Art. 1 und 20 GG übertragungsprohibitiv ausgestaltet. Diese Grundsätze machen die Substanz der deutschen Verfassungsordnung aus. Die Substanzgarantie erfasst zum einen die Grundrechte über Art. 1 Abs. 3 GG als Grundrechteordnung. Eine substantielle Gefährdung des Grundgesetzes läge aber nicht nur vor, wenn durch EU-Recht das Schutzniveau der nationalen Grundrechteordnung abgesenkt würde. Was für die Grundsätze des Art. 1 GG und das Grundrechtssystem des Grundgesetzes gilt, muss auch für die Grundsätze des Art. 20 GG und die Staatsstruktur der Bundesrepublik Deutschland gelten. Die demokratischen, sozialen und föderalen Prinzipien des Art. 20 GG sind Staatsstrukturprinzipien. Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG enthält ein Verbot der Entstaatlichung Deutschlands; dies ist die Quintessenz

⁵⁶⁷ *Ronellenfitch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen, 9 ff.

⁵⁶⁸ EuGH, Urteil vom 12.06.1990 - Rs. C-8/88 -, Slg 1990, I-2321 (Deutschland / Kommission); Urteil v. 13.01.2004 - Rs. C-453/00 -, Slg 2004, I-837 (Kühne / Heitz); Urteil v. 12.02.2008 - Rs. C-2/06 -, DÖV 2008, 505 (Kempter KG).

⁵⁶⁹ Vgl. dazu *Ronellenfitch*, Daseinsvorsorge und service d'intérêt général im Interventionsstaat, in: Symposium zu Ehren von Willi Blümel zum 80. Geburtstag, 2009, 27 ff.

der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.⁵⁷⁰ Vorgegeben sind ferner die Staatsstrukturprinzipien als solche, namentlich das parlamentarische Demokratieprinzip, in ihrer durch die Ausgestaltung im Grundgesetz erkennbaren konkreten Prägung.

Die Durchsetzung der Substanzsicherungsklausel ist ebenfalls und vorrangig Verpflichtung aller nationalen Behörden, so dass die Bedeutung des EuGH-Urteil hinsichtlich der Ausgestaltung der Datenschutzkontrolle in Deutschland nur insoweit Bindungswirkungen entfalten kann, als die Ausgestaltung der Datenschutzkontrolle in Bund und Ländern mit den fundamentalen Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes im Einklang steht.

5. 3. 2 Verfassungsmäßigkeit der Datenschutzbeauftragten

Bei der Datenschutzkontrolle handelt es sich eindeutig um Verwaltungstätigkeit, um Tätigkeit des Staats oder eines sonstigen Trägers öffentlicher Gewalt außerhalb von Rechtsetzung und Rechtsprechung. Die Tätigkeit der Verwaltung wird dem Regierungsbereich zugeordnet. Die Verwaltungstätigkeit untersteht damit grundsätzlich der Verantwortung und Kontrolle einer Ministerin oder eines Ministers.

Dies ergibt sich aus dem zentralen, der gesetzgeberischen Gestaltung entzogenen, Strukturelement der repräsentativen Demokratie: dem Erfordernis der demokratischen Legitimation aller Träger von Staatsgewalt. Vom Volk über die von diesem gewählte Vertretung zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtsverwaltern muss eine ununterbrochene Legitimationskette bestehen.

⁵⁷⁰ BVerfG, Urt. v. 30. 6. 2009 - BvE 2/08 u. a.-; BVerfGE 123, 267; ausführlich s. *Ronellenfitsch*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen, 11 f.

Die Frage, ob und in welchem Umfang das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit Ausnahmen gestattet, beschäftigt die deutsche Staatspraxis und Staatsrechtswissenschaft seit mehr als fünfzig Jahren. Das Bundesverfassungsgericht hat indes in seiner Rechtsprechung derartige Ausnahmen zugelassen.

Eine ministerial freie Datenschutzkontrolle bei effektiver permanenter parlamentarischer Kontrolle verstößt daher nicht gegen das Demokratieprinzip des Grundgesetzes. Auch der EuGH hat dies in seiner Entscheidung verdeutlicht:

Dieser Grundsatz bedeutet nicht, dass es außerhalb des klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbaus keine öffentlichen Stellen geben kann, die von der Regierung mehr oder weniger unabhängig sind. Das Bestehen und die Bedingungen für das Funktionieren solcher Stellen sind in den Mitgliedstaaten durch Gesetz und in einigen Mitgliedstaaten sogar in der Verfassung geregelt, und diese Stellen sind an das Gesetz gebunden und unterliegen der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte. Solche unabhängigen öffentlichen Stellen, wie es sie im Übrigen auch im deutschen Rechtssystem gibt, haben häufig Regulierungsfunktion oder nehmen Aufgaben wahr, die der politischen Einflussnahme entzogen sein müssen, bleiben dabei aber an das Gesetz gebunden und der Kontrolle durch die zuständigen Gerichte unterworfen. Eben dies ist bei den Aufgaben der Kontrollstellen für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten der Fall.

Die Anforderungen des EuGH an die Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle lassen sich nach deutschem Verfassungsrecht erfüllen.

5. 4 Zwischenergebnis

Durch das Urteil des EuGH vom 9. März 2010 wird klar dargestellt, dass der einheitliche Datenschutz

- 1) weiterhin völlig unabhängig sein,
- 2) eine permanente effektive parlamentarische Kontrolle ermöglichen und
- 3) einen effektiven Schutz der Datenschutzgrundrechte als Abwehr-, Teilhabe- und Leistungsgrundrechte gewährleisten

muss.

5. 4. 1 Parlamentarische Verantwortlichkeit

Die parlamentarische Verantwortlichkeit der Datenschutzkontrollstellen ist weniger dem EU-Recht als der deutschen demokratischen Staatsstruktur geschuldet. Der „Grundsatz der Demokratie“ gehört zwar nach dem EuGH-Urteil v. 9. März 2010⁵⁷¹ zur Gemeinschaftsrechtsordnung. Die nähere Ausgestaltung innerhalb der Mitgliedstaaten ist jedoch dem jeweiligen Mitgliedstaat überlassen. Selbst die Berichtspflicht nach Art. 28 Abs. 5 RL 95/46/EG dient eher dem Transparenzgebot auf EU Ebene - und damit der Entwicklung einer europäischen Datenschutzkultur - als der Kontrolle der Datenschutzbehörden durch die nationalen Parlamente. Die Bestimmung kann aber für eine effektive parlamentarische Kontrolle dienstbar gemacht werden.⁵⁷² Nach dem EuGH-Urteil steht fest, dass ein Fehlen jeglichen parlamentarischen Einflusses auf die Datenschutzkontrollstellen nicht in Betracht kommt.⁵⁷³ Erforderlich ist auf alle Fälle eine parlamentarische Verantwortlichkeit des HDSB, die beim Einheitsmodell der

⁵⁷¹ EuGH, Urt. v. 9.3.2010 (C 518/07)

⁵⁷² EuGH 17. 12. 1970 –Rs. 11/70-, Slg.1970, 1125 (Internationale Handelsgesellschaft)

⁵⁷³ EuGH, Urt. v. 10. 2. 2000 – Rs. C-50/96-, Slg. 2000 I-743 (Deutsche Telekom)

gewachsenen Aufgabenstellung entsprechen muss. Völlige Unabhängigkeit und parlamentarische Verantwortlichkeit der Datenschutzkontrollstellen schließen sich nicht aus.

Ausgeschlossen ist aber zunächst eine Vermengung der Verantwortlichkeiten.

Oben wurden die Datenschutzkontrollstellen der Exekutive zugeordnet. Im Interesse der parlamentarischen Legitimität könnte man gleichwohl auf die Idee verfallen, die Datenschutzkontrolle unmittelbar einem parlamentarischen Hilfsorgan (Ausschuss) zu übertragen. Dann würde jedoch nur die ministeriale Abhängigkeit der Datenschutzkontrollstelle durch eine parlamentarische Abhängigkeit ersetzt. Es bliebe beim Verstoß gegen EU-Recht. Parlamentarische Verantwortlichkeit erfordert jedoch laufende Kontrollmöglichkeiten, Informationsrechte und Sanktionsmöglichkeiten des Hessischen Landtags bei Fehlverhalten des HDSB („Kontrolle des Kontrollierenden“). Hierfür ist Fachkompetenz erforderlich, die beispielsweise durch Tätigkeit in einem ständigen parlamentarischen Datenschutzkontrollausschuss erworben und angewandt werden könnte.

Eine derartige Kontrolle bedeutet aber nicht Einflussnahme auf die konkrete Sachentscheidung. Auch die Verantwortlichkeit des HDSB gegenüber dem Hessischen Landtag findet ihre Grenzen an der sachlichen Unabhängigkeit des HDSB. Die Einrichtung einer nach außen gerichteten parlamentarischen Datenschutzkontrollstelle mit Exekutivbefugnissen und fortbestehender Verantwortung gegenüber dem Hessischen Landtag wäre nicht statthaft. Ein sachlich völlig unabhängiger Parlamentausschuss würde mit Parlamentsrecht kollidieren.

5. 4. 2 Sachliche Unabhängigkeit

Soll der Datenschutzbeauftragte völlig unabhängig sein bzw. bleiben, darf er nicht in eine hierarchische Ordnung mit dem jeweiligen Parlament eingebunden werden. Mitverwaltungsrechte des Parlaments (Plenum und Ausschüsse) sind ausgeschlossen. So kommen Zustimmungs- oder Einvernehmensvorbehalte nicht in Betracht. Der Gesetzgeber ist aber selbstverständlich nicht gehindert, durch abstrakt-generelle Regelungen die Kompetenzen der Datenschutzkontrollstelle festzulegen und auf diese Weise das Kontrollverfahren zu steuern. Auch institutionelle Regelungen und Maßnahmen der jew. Parlamente beeinträchtigen dessen Unabhängigkeit nicht. Unzulässig wäre nur eine funktionelle Verschränkung. Da das jew. Parlament und der Datenschutzbeauftragte unterschiedliche Staatsfunktionen wahrnehmen, verbieten sich sachliche Weisungsbefugnisse der jew. Parlamente.

5. 4. 3 Aufsicht

Die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten lässt eine umfassende Staatsaufsicht über die Datenschutzkontrolle nicht zu. Im Wesen der Staatsaufsicht liegt „die Möglichkeit begründet, eine aufzehrende Wirkung zu üben gegenüber jeder Selbständigkeit des beaufsichtigten Verwaltungskörpers“.⁵⁷⁴ Das steht einer Fach- und Rechtsaufsicht entgegen und relativiert die Möglichkeiten einer Dienstaufsicht der jew. Parlamente über den Datenschutzbeauftragten.

⁵⁷⁴ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2, 3. Aufl., 1924, 394.

5. 4. 4 Eingriffsbefugnisse

Wird dem Datenschutzbeauftragten die Datenschutzkontrolle über den nicht-öffentlichen Bereich übertragen, so gehen die bisherigen Eingriffsbefugnisse aus dem nicht-öffentlichen Bereich entsprechend auf den Datenschutzbeauftragten über. Eine Optimierung der Eingriffsbefugnisse sollte im Zuge der anstehenden Rundumerneuerung des jew. Landesdatenschutzgesetzes erfolgen.

5. 4. 5 Resumée

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der Datenverarbeitung wird die Datenschutzaufsicht gegenüber Privaten durch die unabhängigen Datenschutzbeauftragten annähernd alle Unternehmen treffen und einen immer wichtigeren Teil der allgemeinen Wirtschaftsaufsicht ausmachen. Schon ob hierfür eine Sonderbehörde ohne Unterbau die effektivste Organisation ist, kann man diskutieren. Es wird aber kritisiert, dass die Datenschutzbeauftragten die Unabhängigkeit zur politisch-parlamentarisch oder zur Verwaltung fragwürdig sein soll. Zur Unabhängigkeit aber könnte man dagegen die Frage stellen, warum die Aufsichtskontrolle der Datenverarbeitung unabhängiger sein müssen als die Gewerbeaufsicht oder sonstige umweltrechtliche Aufsichten.⁵⁷⁵

Natürlich ist es klar, dass bei Datenschutzbeauftragten mit effektiveren Aufsicht und mehr Unabhängigkeit gegenüber der politisch-parlamentarischen und der Verwaltung hat, zur Gewährung des Schutzes der Privaten noch mehr Schutz anbieten könnte. Man kann auch vorstellen, dass man eine Europäische Datenschutzbeauftragtenbehörde einrichtet, so dass man die europäische Datenschutzpolitik in einem verbindet. Dies ist aber eine Frage der Politik und Verwaltung der EU.

⁵⁷⁵ Masing, Herausforderung des Datenschutzes, NJW 2012, 2311.

6. Ergebnis

Die Erweiterung von Netzwerken und des Internets in die ganze Welt hat unser Leben grundsätzlich verändert. Hiermit könnte man aber nicht von *Verbesserung* sprechen, weil dies eine Frage des Werturteils ist.

Auch bei dem öffentlich-rechtlichen Bereich wurde durch die Veränderung der Lebensstil oder das Leben selbst vielfach verändert. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung war eigentlich als ein Grundrecht gegen den Staat gedacht, weil damals meistens nur der Staat die personenbezogenen Daten sammeln und verarbeiten konnte.⁵⁷⁶ Aber durch die Verbreitung des Internets ist die Gefahr viel zu groß geworden, als dass man die damit verbundenen Gefahren für den Einzelnen dem privatrechtlichen Bereich überlassen könnte. Aber bisher betrifft die Rechtsprechung des BVerfG beschränkt den öffentlichen Datenschutz.⁵⁷⁷

Der Datenschutz zwischen Privaten ist daher ein Auftrag an den Gesetzgeber, in dem man dem Staat verlangt angemessenen Schutz zu gewähren.⁵⁷⁸ Diese Schutzpflicht des Staates verpflichtet dem Staat Regelungen zu treffen, dass aber unter dem Bereich des selbstbestimmten Umgang der Bürger steht. So soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht nur als objektives Prinzip aber auch als subjektives Recht angesehen werden.

Daher hat sich diese Studie zuerst damit beschäftigt, wie man dieses Problem in den öffentlich-rechtlichen Bereich hineinziehen könnte. Theoretisch ist es möglich durch

⁵⁷⁶ Natürlich gab es schon damals Sammlung und Verarbeitung personenbezogener Daten von Privaten, wie die Patientendaten von Ärzten usw., aber die Gefahr, dass die Daten gegen den Willen der bezogenen Personen selbst verarbeitet und verbreitet würden, war viel geringer als heute.

⁵⁷⁷ BVerfGE 65, 1 (43); 78, 77 (84); 103, 21 (33); 93, 181 (187); 100, 313 (358ff.). Vgl. aber auch *Britz*, in: Hoffmann-Riem(Hrsg.), *Offene Rechtswissenschaft*, 2010, 561 ff.

⁵⁷⁸ So auch *Masing*, *Herausforderungen des Datenschutzes*, NJW 2012, 2307 f.

die staatliche Schutzpflicht einen Pflichtbereich zu gestalten, um den Staat in den privatrechtlichen Bereich eingreifen zu lassen. Praktisch könnte man mehrere Alternativen vorschlagen, wie z. B. öffentlich-rechtliche Mediationsverfahren oder den Schutz durch die Bundes- und Landesdatenschutzbeauftragten.

Die klassische Drittwirkungstheorie ist in den Zeiten gebildet worden, als der Staat als die Grundrechte der Privaten gefährdendes Subjekt angesehen worden war. Natürlich ist diese Gefahr nicht grundsätzlich entfallen, aber die Gefahr, dass zwischen Privaten eine Grundrechtsgefährdung geschieht, ist durch die Verbreitung von Internet und Netzwerken viel größer geworden.

Die rechtlichen, technischen, wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen für die personenbezogenen Daten im Internet sind noch nicht abgesteckt. Dagegen ist die Fortentwicklung in allen diesen Bereichen noch offen und wenig festgelegt. An die Wissenschaft stellt sich daher noch immer die Herausforderung einer Analyse der gegenwärtigen und zukünftigen Lage und der Systematisierung dieser Ergebnisse.

Literaturverzeichnis

- Abel, R. B.* Mehr Datenschutz durch Zivilrecht?, RDV 2009, 51.
- Albers, H.* Wirksamkeit des Selbstverwaltungsrechts in Zeiten der Finanzkrise, in: Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewährung und Entwicklung, 2006, 151
- Albers, M.* Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005.
- Albert, S. / Widmeier, U.* Mögliche Konfliktbereiche von Divergenzen im europäischen Grundrechtsschutz, EuGRZ 2006, 113
- Albin, S.* Das Subsidiaritätsprinzip in der EU, NVwZ 2006, 629.
- Alexy, R.* Theorie der Grundrechte, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1994.
- Badura, P.* Privatautonomie Selbstbestimmung im Schatten grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates, in : Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für R. Schmidt, 2006, 333.
- Bäumler, H.* Normenklarheit als Instrument der Transparenz, JR 1984, 361.
- Bäumler, H. / Gundermann, L. / Probst, T.* Stand der nationalen und internationalen Diskussion zum Thema Datenschutz bei biometrischen Systemen, Kiel 2001.
- Bergmann, J.* Bericht aus Europa: Vertrag von Lissabon und aktuelle Rechtsprechung, DÖV 2008, 305.
- Bethge, H. / Weber-Dürler, B. / Schoch, F. K. / Trute, H.-H.* Der Grundrechtseingriff, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57, Berlin : de Gruyter 1998.
- Betz, F. W.* Die Austrägalinstanz des Deutschen Bundes, Marburg 2006.
- Bizer, J.* Unabhängige Datenschutzkontrolle, DuD 1997, 481.
- Böckenförde, E.-W.* Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, München 1990.
- Böckenförde, E.-W.* Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1992.
- Böckenförde, E.-W.* Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, in: Staat, Politik, Verwaltung in Europa, Gedächtnisschrift für Roman Schnur, 1997, 137
- Böckenförde, E.-W.* Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre, JZ 2008, 925.
- Bogdandy, A. von* Konstitutionalisierung des europäischen Öffentlichen Rechts in der europäischen Republik, JZ 2005, 529 ff..
- Borowski, M.* Grundrechte als Prinzipien, 2. Auflage, Baden-Baden 2007.
- Britz, G.* Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung: eine Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I GG, Tübingen 2007.
- Britz, G.* Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, DÖV 2008, 411
- Britz, G.* Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes, EuGRZ 2009, 1.
- Bryde, B.-O.* Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 2003, 61.

- Burgi, M.* Kommentar, in: Regeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 7 Rdnr. 49
- Busch, R.* Zur Zulässigkeit molekulargenetischer Reihenuntersuchungen, NJW 18 / 2001, 1335.
- Busse, C.* Die völkerrechtliche Einordnung der Europäischen Union, Köln : Heymann 1999.
- Butzer, H.* Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum GKV-Gesundheitsmodernisierungsgesetz 2004 (GMG), MedR 2004, 177.
- Callies, C.* Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321.
- Callies, C.* Konstitutionalismus und Legalismus, Bremen 2008.
- Callies, C. / Ruffert, M.*(Hrsg.) Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta(EUV/EGV), 3. Auflage, München 2007
- Canaris, C.-W.* Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201.
- Coing, H. / Honsell, H.* (Hrsg.) Julius von Staudinger - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin : de Guyter 2004.
- Cornelis, M.* Art. 23 Abs. 1 GG: Abwägungsposten oder Kollisionsregel?, AöR 2004, 336.
- Crefeld, M. van* Aufstieg und Untergang des Staates, München: Gerling Akademie 1999.
- Cremer, W.* Freiheitsgrundrechte, Tübingen 2003.
- Cremer, W.* Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102.
- Damm, R.* Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, JZ 1998, 926.
- Dausen* (Hrsg.) Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 2012.
- Denninger, E.* Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit. Folgerungen aus dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 1985, 215.
- Denninger, E.* Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens - Der „große Lauschangriff“ auf dem Prüfstand der Verfassung, ZRP 2004, 101.
- Denninger, E. / Hoffmann-Riem, W. / Schneider, H.-P. / Stein, E.* (Hrsg.) Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Neuwied (u. a) 2001, 2002.
- Dierks, C. / Nitz, G. / Grau, U.* Gesundheitstelematik und Recht. Rechtliche Rahmenbedingungen und legislativer Anpassungsbedarf, Frankfurt a. M. 2003.
- Dietlein, J.* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Auflage, Berlin : Duncker & Humblot, 2005.
- Di Fabio, U.* Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen 2001.
- Dolderer, M.* Objektive Grundrechtsgehalte, Berlin : Dunker & Humblot 2000.
- Dolderer, M.* Verfassungsfragen der „Sicherheit durch Null-Toleranz“, NVwZ 2 / 2001, 130.
- Donner, H. / Simon, J.* Genomanalyse und Verfassung, DÖV 1990, 907.
- Dreier, H.* Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, Jura 1994, 505.

- Dreier, H.* (Hrsg.) Grundgesetz. Kommentar, Band I, Art. 1-19, 2. Auflage, Tübingen 2004.
- Dreier, R.* Konstitutionalismus und Legalismus, in : Kaufmann (Hrsg.), Rechtstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer, 87.
- Duttge, G.* Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes, JZ 1996, 556.
- Ehlers, D./Becker, U.*(Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. Berlin, 2009
- Eifert, M.* Informationelle Selbstbestimmung im Internet - Das BVerG und die Online-Durchsuchungen, NVwZ 2008, 521.
- Arndt, H.-W.* (Hrsg.) TKG : Telekommunikationsgesetz, Berlin : Schmidt 2008.
- Enderlein, W.* Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, München 1996.
- Erichsen, H.-U.* Der Umweltinformationsanspruch und das allgemeine Persönlichkeit, in: Recht der Persönlichkeit, Erichsen, H.-U. / Kolhosser H. / Welp J. (Hrsg.), Berlin 1996, 23.
- Ernst, Stefan* Der Arbeitgeber, die E-Mail und das Internet, NZA 2002, 585.
- Eun, J.* Schutz von Gesundheitsdaten der Patienten, 2010.
- Everling, U.* Zur Stellung der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“, in: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, 1995, 1161.
- Fenske, H.* Der moderne Verfassungsstaat, Paderborn(u. a.) : Schöningh 2001.
- Forsthoff, Ernst* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Auflage, München 1973.
- Frenz, W.* Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht versus Opferschutz und Fahndungserfolg, NVwZ 6 / 2007, 631.
- Friedrich, C. J. / Mutter, A.* Der Verfassungsstaat der Neuzeit, Berlin(u. a.) : Spriger 1953.
- Frowein, J.* Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 1995, 1.
- Fuest, B.* Datenschutzrechtliche Probleme beim Einsatz von Patientenchipkarten, Mainz 1999.
- Funke, A.* Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733
- Gaius / Manthe, U.* Institutiones, Darmstadt 2004.
- Gallwas, H.-U.* Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit, NJW 1992, 2785.
- Gola, P. / Klug, C.* Grundzüge des Datenschutzrechts, München 2003.
- Gola, P. / Klug, C.* Videoüberwachung gemäß § 6b BDSG – Anmerkungen zu einer verunglückten Gesetzeslage, RDV 2004, 65.
- Gola, P. / Klug, C.* Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2008/2009, NJW 2009, 2577.
- Gola, P. / Schomerus, R.* BDSG-Kommentar, 9. Auflage, München 2007.
- Görlitz, N.* Europäischer Verfassungsvertrag und künftige EU-Kompetenzen, DÖV 2004, 374.
- Gostomzyk, T.* Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee, JuS 2004, 949.
- Grabenwarter, C.* Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?, EuGRZ 2004, 563.

- Grabenwarter, C.* Grundrechtsschutz in der Union: Verankerung der EU-Grundrechtecharta und Beitritt zur EMRK, in: Busek, E / Hummer, W (Hrsg.), Der Europäische Konvent und sein Ergebnis, Wien(u. a.) : Böhlau 2004, 71.
- Grabenwarter, C.* Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, München 2009.
- Gropp, W.* Anmerkung zu BayObLG, Urteil v. 8.11.1994 – 2 St RR 157/94 (JR 1996, 476), JR 1996, 478.
- Groß, T.* Die Schutzwirkung des Brief-, Post-, und Fernmeldegeheimnisses nach der Privatisierung der Post, JZ 1999, 326.
- Grupp, K. Stelkens, U.* Zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention bei der Auslegung deutschen Rechts. Zugleich Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04, JZ 2005, 133.
- Gurlit, E.* Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Datenschutzes, NJW 2010, 1035.
- Gusy, C.* Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: Weber-Dürler(Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 63, Berlin : de Guyter 2004, 151.
- Gusy, C.* Lauschangriff und Grundgesetz, Jus 2004, 457.
- Häberle, P.* Europäische Rechtskultur, Frankfurt 1997.
- Haratsch, A. / Koenig, C. / Pechstein, M.* Europarecht, 5. Aufl., Tübingen 2006.
- Hatje, A / Kindt, A.* Der Vertrag von Lissabon - Europa endlich in guter Verfassung?, NJW 2008, 1762.
- Habermas, J.* Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M. 1998.
- Habermas, J.* Ach, Europa, Frankfurt a. M. 2008.
- Habermas, J.* Zur Verfassung Europas : Ein Essay, Frankfurt a. M. 2011.
- Haft, F / Schlieffen, K. von / Bamberger, H. G. (Hrsg.)* Handbuch Mediation, 2. Auflage, München 2009.
- Hatschek, J. / Kurtzig, P.* Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 7./8. Auflage, Leipzig 1931.
- Haverkate, G.* Rechtsfragen des Leistungsstaats, Tübingen 1983.
- Herzog, R.* Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland - Entwicklung und Ausblick, JuS 1969, 397.
- Heselhaus, S. / Nowak, C. (Hrsg.)* Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Auflage, München 2006.
- Hess, B.* Die Konstitutionalisierung des europäischen Privat- und Prozessrechts, JZ 2005, 540.
- Hesse, K.* Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Auflage, Heidelberg 2003.

- Hesse, K.* Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers, in: Däubler-Gmelin, H. / Kinkel, K. / Meyer, H. / Simon, H. (Hrsg.), Gegenrede: Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, 541.
- Der Hessische Datenschutzbeauftragte* 24. - 40. Tätigkeitsbericht, abrufbar unter <http://www.datenschutz.hessen.de/taetigkeitsberichte.htm>, 1995-2011.
- Heußner, H.* Das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Grundgesetzes als Schutz des Menschen vor totaler Erfassung, BB 1990, 1281.
- Hiddemann, T.-C. / Muckel, S.* Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung, NJW 2004, 7.
- Hilf, M.* Europäische Union : Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 53, Berlin : de Guyter 1994.
- Hirsch, B.* Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, NJOZ 2008, 1907.
- Hoffmann, H.* Die Grundrechte 1789 - 1949 -1989, NJW 1989, 3177.
- Hoffmann-Riem, W.* Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, AÖR 1990, 400.
- Hoffmann-Riem, W.* Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft. Auf dem Weg zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AÖR 1998, 513.
- Hoffmann-Riem, W.* Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenuzter Informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009.
- Hoffmann-Riem, W.* (Hrsg.) Offene Rechtswissenschaft. Ausgewählte Schriften und begleitende Analysen, Tübingen 2010.
- Hömig, D.* (Hrsg.) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Nomos Kommentar), 9. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Hoppe, R. / Braun, F.* Arbeitnehmer-E-Mails: Vertrauen ist gut - Kontrolle ist schlecht. Auswirkungen der neuesten Rechtsprechung des BVerfG auf das Arbeitsverhältnis. MMR 2010, 80.
- Hornung, G.* Die digitale Identität, Kassel 2005.
- Hufen, F.* Verwaltungsprozessrecht, 8. Auflage, München 2011.
- Ipsen, J.* Staatsrecht I, 19. Auflage, Köln(u.a.) 2007.
- Isensee, J.* Das Grundrecht auf Sicherheit, Berlin(u. a.) : de Guyter 1983.
- Jaeckel, L.* Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Baden-Baden 2001
- Jarass, H. D.* Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857.
- Jarass, H. D.* EU-Grundrechte: Ein Studien- und Handbuch, München 2005.
- Jarass, H. D. / Pieroth, B.* (Hrsg.) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, 12. Auflage, München 2012.
- Jellinek, G.* Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage, Darmstadt 1959.
- Jestaedt, M.* Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Tübingen 1999.

- Kahl, W.* Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch 2004, 1.
- Klein, E.* Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633.
- Klein, E.* Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, JZ 2004, 1176.
- Klein, H. H.* Die grundrechtliche Schutzpflicht, DVBl. 1994, 489.
- Klein, O.* Offen und (deshalb) einfach - Zur Sicherstellung und Beschlagnahme von E-Mails beim Provider, NJW 2009, 2996.
- Kloepfer, M.* Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970.
- Knieper, R.* Banken als Familienstifter, Kritische Justiz 1992, 337.
- Knieper, R.* Gesetz und Geschichte, Baden-Baden 1996.
- König, D.* Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozess - Anwendungsbereich und Schranken des Art 23 des Grundgesetzes, Berlin : Duncker & Humblot 2000.
- Krings, G.* Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, Berlin : Dunker & Humblot 2003.
- Kröger, K.* Grundrechtswirkung in Deutschland, Tübingen 1998.
- Kunig, P.* Der Grundsatz informationeller Selbstbestimmung, Jura 1993, 595.
- Kutscha, M.* Verdeckte „Online-Durchsuchung“ und Unverletzlichkeit der Wohnung, NJW 2007, 1169.
- Kutscha, M.* Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?, NJW 2008, 1042.
- Kühling, J./Seidel, C./Sivridis, A.* Datenschutzrecht, 1. Auflage, Frankfurt a. M. 2008.
- Künast, R.* „Meine Daten gehören mir“ - und der Datenschutz gehört ins Grundgesetz, ZRP 2008, 201.
- Ladeur, K.-H.* Gesetzesinterpretation, „Richterrecht“ und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive : Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden, ARSP 77(1991), 176.
- Ladeur, K.-H.* Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, 45.
- Ladeur, K.-H.* Datenschutz - Vom Abwehrrecht zur planerischen Optimierung von Wissensnetzwerken - Zur „objektiv-rechtlichen Dimension“ des Datenschutzes, DuD 2000, 12.
- Lang, F.* Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten und die ärztliche Schweigepflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1. Auflage, Baden-Baden, 1997.
- Larenz, K. / Canaris, C.-W.* Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin (u. a.) : Springer 1995.
- Lepsius, O.* Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht, Jura 2005, 433.
- Leisner, W. G.* Das neue „Kommunikationsgrundrecht“ - Nicht Alibi für mehr, sondern Mahnung zu weniger staatlicher Überwachung, NJW 2008, 2902.
- Lindner, J. F.* Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2005.

- Lisken, H.* „Verdachts- und ereignisunabhängige Personenkontrollen zur Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität“, NVwZ 1998, 22.
- Lorenz, D.* Die Novellierung des Bundesdatenschutzgesetzes in ihren Auswirkungen auf die Kirchen, DVBl. 2001, 428.
- Lorenz, D.* Grundrechtsschutz gegen Gefahr und Risiken, in Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik, Festschrift für Scholz, 2007, 325.
- Luhmann, N.* Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin 1965.
- Luhmann, N.* Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993.
- Magiera, S.* Die Arbeit des europäischen Verfassungskonvents und der Parlamentarismus, DÖV 2003, 578.
- Makrutzki, P.* Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß, Berlin : Duncker & Humblot 2000.
- Mangoldt, H. v. / Klein, F. / Starck, C. (Hrsg.)* Das Bonner Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 4. Auflage, München 1999; Band 2: Artikel 20 bis 78, 4. Auflage, München 2000
- Masing, J.* Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2305.
- Maunz, T. / Dürig, G. (Hrsg.)* Grundgesetz. Kommentar, Loseblatt, Stand: 56. Ergänzungslieferung, München 2009.
- Maurer, H.* Google - Freund oder Feind?, in : Informatik-Spektrum 30 2007, 273.
- Mayer, F. C.* Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, München 2000.
- Mayer, F. C.* Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, DVBl. 2004, 606.
- Mayer, O.* Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2, 3. Auflage, Leipzig: Duncker & Humblot 1924.
- Meesen, K. M.* Maastricht nach Karlsruhe, NJW 1994, 549.
- Merten, D / Papier, H.-J. (Hrsg.)* Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Heidelberg 2004.
- Meyer, J. (Hrsg.)* Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2003.
- Meyer, J. / Hölscheidt, S.* Die Europäische Verfassung des Europäischen Konvents, EuZW 2003, 613.
- Mörsdorf, O.* Unmittelbare Anwendung von EG-Richtlinien zwischen Privaten in der Rechtsprechung des EuGH, EuR 2009, 219.
- Möstl, M.* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Tübingen 2002.
- Mückenberger, U.* Datenschutz als Verfassungsgebot. Das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, KJ 1984, 1.
- Müller, F.* Juristische Methodik, 5. Auflage, Berlin : Duncker & Humblot 1993.
- Müller, F.* Strukturierende Rechtslehre, Berlin : Duncker & Humblot, 1994.
- Müller, J.* Beitrag zur elektronischen Gesundheitskarte auf der OMNICARD 2004, in: Fluhr, M. (Hrsg.), Neue und bewährte Applikationsfelder der Chipkarte. Kongressdokumentation und Katalog, OMNICARD 2004, Berlin 2004, 215.
- Münch, I. v. / Kunig, P.(Hrsg.)* Grundgesetz-Kommentar, 5. Auflage, München, 2003.
- Niedobitek, M.* Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, VerwArch 2001, 58.

- Nowak, C.* Zur grundfreiheitlichen Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt. Zugleich Anmerkung zu: EuGH, Urteil vom 13.05.2003 - Rs. C-385/99 -, EuR 2003, 644.
- Oppermann, T.* Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl. 2003, 1165.
- Oppermann, T.* Von der Gründungsgemeinschaft zur Mega-Union, DVBl. 2007, 329.
- Ortloff, K.-M.* Neue Methoden des Verhandeln: Über den Einfluss der Mediation auf den Verwaltungsprozess, in: Schmidt-Assmann/Sellner/Hirsch/Kemper/Lehmann-Grube (Hrsg.), Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, 727.
- Ortloff, K.-M.* Mediation - Regelungsbedarf?, NJW 2008, 2544
- Ortloff, K.-M.* Mediation und Verwaltungsprozess, in: Haft/von Schlieffen(Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 41.
- Ott, A.* Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (acquis communautaire) - Anmerkung zu den EuGH-Urteilen Andersson und Rechberger v. 15. 6. 1999 und der EFTA-Rechtssache Sveinbjörndóttir v. 10. 12. 1998, EuZW 2000, 293.
- Pabel, K.* Sicherheit als Schutzgut in der grundrechtlichen Güterabwägung, in : Lienbacher / Wielinger (Hrsg.), Jahrbuch Öffentliches Recht 2008, Neuer wissenschaftlicher Verlag 2008.
- Papier, H.-J.* Das Subsidiaritätsprinzip : Bremse des europäischen Zentralismus?, in: Staat im Wort, 2007, 691.
- Pardey, K.-D.* Informationelles Selbstbestimmungsrecht und Akteneinsicht - Zum Erfordernis verfassungskonformer Eingrenzung der Akteneinsichtsrechte in FGG-Verfahren, NJW 1989, 1647.
- Pieroth, B. / Schlink, B.* Grundrechte. Staatsrecht II, 9. Auflage, Heidelberg 1993; 12. Auflage, Heidelberg 1996; 19. Auflage, Heidelberg 2003.
- Pieroth, B. / Schlink, B. / Kniesel, M.* Polizei- und Ordnungsrecht, München 2012.
- Poppenhäger, H.* Informationelle Gewaltenteilung, Zulässigkeit, und Grenzen der Nutzung personenbezogener Daten für statistische Zwecke und Zwecke des Verwaltungsvollzugs, NVwZ 2 / 1992, 149.
- Poscher, R.* Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003.
- Putler, A.* Die neuen Vertragsänderungsverfahren der Europäischen Verfassung im Lichte des Grundgesetzes, DÖV 2005, 401.
- Reinhart, W.* Geschichte der Staatsgewalt, München 1999.
- Roggan, F.* Die Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen - Oder: immer mehr gefährliche Orte für Freiheitsrechte, NVwZ 2 / 2001, 134
- Ronellenfitsch, M.* Wahrnehmung der Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn durch Private, in : Blümel / Kühlwette (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts III, 1998, 109.
- Ronellenfitsch, M.* John C. Calhoun und die Europäische Staatengemeinschaft. Nullifikation und Sezession im Bundesstaat, in: Liber amicorum Thomas Oppermann, 2001, 65
- Ronellenfitsch, M.* Moderne Justiz, Datenschutz und richterliche Unabhängigkeit, DuD 2005, 354.

- Ronellenfitsch, M.* Das neue Luftsicherheitsgesetz - teilverfassungswidrig?, in: Ziekow(Hrsg.), Aktuelle Fragen des Luftverkehrs-, Fachplanungs- und Naturschutzrechts, 2006, 9.
- Ronellenfitsch, M.* Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Krieg gegen den Terrorismus, in: Kossoy-Symposium 2006, 115.
- Ronellenfitsch, M.* Datenschutz in der Planfeststellung, in: FS Bartlsperger zum 70. Geburtstag, 2006, 373.
- Ronellenfitsch, M.* Datenschutz und Mobilität - Grundrechte im Wechselspiel, Schriftenreihe Umwelt - Recht - Gesellschaft, 2007, 93.
- Ronellenfitsch, M.* Terrorismusbekämpfung und Datenschutz, JurPC Web-Dok. 115/2007 Abs. 1
- Ronellenfitsch, M.* Datennotwehr, DuD 32(2008), 110.
- Ronellenfitsch, M.* Funkerkennung (RFID) und Datenschutz, in: Europa im Wandel 2008, 172.
- Ronellenfitsch, M.* Datenschutz und Patientenschutz, in: Manssen, G. / Jachmann, M. / Gröpl, C.(Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht - Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, Stuttgart, 2009.
- Ronellenfitsch, M.* Der Vorrang des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung vor dem AEUV, DuD 2009, 452.
- Ronellenfitsch, M.* Daseinsvorsorge und service d'intérêt général im Interventionsstaat, in: Magiera (Hrsg.), Daseinsvorsorge und Infrastrukturgewährleistung, Symposium zu Ehren von Willi Blümel zum 80. Geburtstag, 2009
- Ronellenfitsch, M.* Datenschutz bei der Bahn, in: Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XV, 2010, 15.
- Ronellenfitsch, M.* Entstaatlichung des Rechtsschutzes?, DÖV 2010, 373.
- Ronellenfitsch, M.* Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Datenschutzkontrolle und zur Verfassungsmäßigkeit einer Zusammenlegung des privaten und öffentlichen Bereichs der Datenschutzkontrolle in Hessen, zur Vorlage im Innenausschuss des Hessischen Landtags, 2010.
- Ronellenfitsch, M.* Eisenbahnwesen als Daseinsvorsorge, in: Hochhuth, M. (Hrsg.), Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen, 2012, 125.
- Ronellenfitsch, M.* Europäisierung des Datenschutzes bei der Bahn, DVBl. 127(2012), 1521.
- Ronellenfitsch, M. / Warneke, N.* „Eine Gemeinde geht online“, Jura 2005, 702.
- Roßnagel, A.* (Hrsg.) Handbuch zum Datenschutzrecht. Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003.
- Roßnagel, A.* Der elektronische Rechtsverkehr, Baden-Baden, 2005.
- Roßnagel, A.* Verfassungsrechtliche Grenzen polizeilicher Kfz-Kennzeichenerfassungen, NJW 2008, 2547.
- Roßnagel A. / Pfitzmann, A. / Garstka, H.* Modernisierung des Datenschutzrechts. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Berlin 2001.
- Roßnagel, A. / Wedde, P. / Hammer, V. / Pordes, U.* Digitalisierung der Grundrechte? Zur Verfassungsverträglichkeit der Informations- und Kommunikationstechnik, Opladen 1990.
- Ruffert, M.* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, 1. Auflage, Tübingen, 2001.

- Ruffert, M.* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, JZ 2009, 389.
- Rux, J.* Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden, JZ 2007, 285.
- Sachs, M. (Hrsg.)* Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München, 2011.
- Sachs, M. / Krings T.* Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, JuS 2008, 481.
- Sander, G. G.* Der Europäische Gerichtshof als Förderer und Hüter der Integration, Berlin : Duncker & Humblot 1998.
- Sauer, H.* Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur. Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Zugleich Anmerkung zu BVerfG, B. v. 14.10.2004 (JZ 2004, 1176), ZaöRv 2005, 35.
- Schimmelpfennig, H.-C./ Wennig, H.* Arbeitgeber als Telekommunikationsdienste-Anbieter?, BB 2006, 2290.
- Schenke, W.- R.* Polizei- und OrdnungsR, 7. Auflage, Heidelberg ; München; Landsberg ; Frechen ; Hamburg : C.F. Müller ,2005.
- Schlieffen, K. von* Mediationsstaat, in: Gosewinkel/Schuuppert(Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit, WZB Jb. 2007, 2008, 181.
- Schmid, Carlo* Parlamentarischer Rat, StenBer, 1949, 14.
- Schmitt, C.* Verfassungslehre, Berlin : Duncker & Humblot 1957.
- Schmitt, C.* Der Begriff des Politischen, Berlin 1963.
- Schmitt, C.* Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff (1941), in: Verfassungsrechtliche Aufsätze 1924 - 1954, Berlin 1973.
- Schwarze, J.* Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza, NJW 2002, 993.
- Scholz, P.* Datenschutz beim Internet-Einkauf. Gefährdungen – Anforderungen – Gestaltungen, Baden-Baden 2003.
- Scholz, R.* Europäische Union und deutsche Bundesstaat, NVwZ 1993, 817.
- Scholz, R. / Pitschas, R.* Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin 1984.
- Schorkopf, F.* Der europäische Haftbefehl vor dem Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2006.
- Siemen, B.* Datenschutz als europäisches Grundrecht, Berlin 2006.
- Simitis, S.* Datenschutz - Notwendigkeit und Voraussetzungen einer gesetzlichen Regelung, DVR 1973, 138.
- Simitis, S.* Datenschutz: Voraussetzung oder Ende der Kommunikation?, in: Horn N. (Hrsg.),Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für H. Coing zum 70.Geburtstag, Band 2, München 1982, 495.
- Simitis, S.* Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 398.
- Simitis, S.* Urteilsanmerkung zu BGH, JZ 1986, JZ 1986, 188.
- Simitis, S.* Von der Amtshilfe zur Informationshilfe – Informationsaustausch und Datenschutzanforderungen in der öffentlichen Verwaltung, NJW 1986, 2795.

- Simitis, S.* „Sensitive Daten“ – Zur Geschichte und Wirkung einer Fiktion, in: Brem, E. / Druey, J. N. / Kramer, E. A. / Schwander, I. (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 469.
- Simitis, S.* Virtuelle Präsenz und Spurenlosigkeit. Ein neues Datenschutzkonzept, in: Hassemer, W. / Möller, K. P. (Hrsg.), 25 Jahre Datenschutz, Baden-Baden 1996, 28.
- Simitis, S.* Internet oder der entzauberte Mythos vom „freien Markt der Meinungen“, in: Assmann, H.-D. / Brinkmann, T. / Gounalakis, G. / Kohl, H. / Walz, R. (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie: Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, 285.
- Simitis, S.* Die EU-Datenschutzrichtlinie – Stillstand oder Anreiz?, NJW 1997, 281.
- Simitis, S.* Datenschutz – Rückschritt oder Neubeginn?, NJW 1998, 2473.
- Simitis, S.* Auf dem Weg zu einem neuen Datenschutzkonzept. Die zweite Novellierungsstufe des BDSG, DuD 2000, 714.
- Simitis, S.* Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 5. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Simitis, S. / Fuckner, G.* Informationelle Selbstbestimmung und „staatliches Geheimhaltungsinteresse“, NJW 1990, 2713.
- Skouris, W.* Vorrang des Europarechts: Verfassungsrechtliche und verfassungsgerichtliche Aspekte, in: Kluth (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 2007, 31.
- Smend, R.* Verfassung und Verfassungsrecht, Berlin : Dunker & Humblot 1928, in: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin : Dunker & Humblot 1994.
- Sodan, H.* Grundgesetz Kommentar, München 2009.
- Spielmann, C.* Konkurrenz von Grundrechtsnormen, 1. Auflage, Baden-Baden 2008.
- Spinoza, B. de* Tractatus theologico-politicus, Theologisch-politischer Traktat, Leipzig 1908(1670).
- Starck, C.* Der demokratische Verfassungsstaat, Tübingen 1995.
- Steinberger, H. / Klein, E. / Thüerer, D.* Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 50, Berlin : de Guyter 1991.
- Stern, K.* Grundideen europäisch-amerikanischer Verfassungsstaatlichkeit, Berlin : de Guyter 1984.
- Stern, K.* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988
- Stern, K.* Insolvenzreform und verfassungsrechtlicher Schutz der Mobillarsicherungsgläubiger, in: Für Recht und Staat, 1994, 737.
- Streinz, R.* Verfassungsvorbehalte gegenüber Gemeinschaftsrecht - eine deutsche Besonderheit? Die Schranken der Integrationsermächtigung und ihre Realisierung in den Verfassungen der Mitgliedstaaten, in: Festschrift für Steinberger, 2002, 1437.
- Streinz, R.* Wie gut ist die Grundrechte-Charta des Verfassungsvertrages?, in: Europa in Wandel, Ipsen /Rengeling (Hrsg.), Festschrift für Hans-Werner Rengeling, Köln; München : Heymann 2008, 645.
- Streinz, R.* Europarecht, 9. Auflage, Heidelberg(u. a.) 2012.

- Streinz, R. / Ohler, C / Herrmann, C. / Kruis, T.* (Hrsg.) Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, München 2010.
- Sydow, G.* Vollzug des europäischen Unionsrechts im Wege der Kooperation nationaler und europäischer Behörden, DÖV 2006, 66.
- Szczekalla, P.* Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, Berlin : Duncker & Humblot 2002.
- Tettinger, P. / Stern, K.*(Hrsg.) Kommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 1. Auflage, München 2006.
- Tinnefeld, M.-T. / Ehmann, E.* Einführung in das Datenschutzrecht, 3. Auflage, München 1998.
- Tinnefeld, M.-T. / Ehmann, E. / Gerling, R.* Einführung in das Datenschutzrecht: Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 4. Auflage, München: Oldenburg, 2005.
- Tomuschat, C.* Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 489.
- Trute, H.-H.* Die Regelungen des Umgangs mit den Stasi-Unterlagen im Spannungsfeld von allgemeinem Persönlichkeitsrecht und legitimen Verwendungszwecken, JZ 1992, 1043.
- Trute, H.-H.* Anmerkung zu Urteil BGH, Urteil v. 12. 7. 1994 - VI ZR 1/94, JZ 1995, 255.
- Trute, H.-H.* Der Schutz personenbezogener Informationen in der Informationsgesellschaft, JZ 1998, 822.
- Uerpmann, R.* Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung. Ein Beitrag zum Thema Völkerrecht und Landesrecht, Berlin 1993.
- Uerpmann-Witzack R.* Doppelter Grundrechtsschutz für die zukünftige Europäische Union, DÖV 2005, 152.
- Uerpmann-Witzack R.* § 3. Höchstpersönliche Rechte und Diskriminierungsverbot, in : Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, Berlin : de Gruyter 2009, 81.
- Unruh, P.* Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin : Duncker & Humblot 1996.
- Vedder, C. / Heintschel von Heinegg, W.* (Hrsg.) Europäischer Verfassungsvertrag, Baden-Baden 2007.
- Vesting, T.* Rechtstheorie, München 2007.
- Vogelgesang, K.* Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, Baden-Baden 1987.
- Vosgerau, U.* Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen, AÖR 133(2008), 346.
- Wahl, R.* Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates bis 1866, in: Isensee / Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1987, Bd. 1. 3.
- Wahl, R. / Masing, J.* Schutz durch Eingriff, JZ 1990, 553.
- Weiß, W.* Bestandskraft nationaler belastender Verwaltungsakte und EG-Recht, DÖV 2008, 477
- Weyreuther, F.* Probleme juristischer Kommunikation, DÖV 1997, 177.
- Wilke, H.* Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, Schritte zu einer normativen Systemtheorie, Tübingen 1975.

- Wolf, T. / Mulert, G. Die Zulässigkeit der Überwachung von E-Mail-Korrespondenz am Arbeitsplatz, BB 2008, 442.
- Zippelius, R. / Würtenberger, T. Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl. 2008
/ Maunz, T.
- Zuleeg, M. Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 1

Abstract

Mit der vorliegenden Untersuchung sollte der Versuch unternommen werden, Probleme zum Schutz personenbezogener Daten im Internet, die mit der Entwicklung der Technologie - insbesondere die Fortschritte im Internet - aufgetreten ist, mit dem Grundrecht zu verknüpfen, um den personenbezogener Daten ausführlichere und um einen Dimension höhere Schutz zu gewähren. Die bereits bestehende Gesetze über den Datenschutz ist es möglich, den Schutz auf der Länder-, Bundes- und EU-Ebene zu gewähren, diese allerdings für die multinationale Gesellschaften - mit der Entwicklung der Technologie im Internet - nur leicht überwindbare Schranken sind. Daher wurde es erforderlich eine theoretische Untersuchung zu unternehmen, mit der bereits existierenden Schutz im privatrechtlichen Bereich, Schutz personenbezogener Daten im Internet mit dem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung zu verknüpfen, um den Schutz personenbezogener Daten im Internet in die öffentlich-rechtliche Ebene zu übernehmen.

Untersucht wurden die Rechtssysteme der Länder, Bund und EU sowie deren Rangverhältnisse, aber auch die internationale Regelungen für den Schutz personenbezogener Daten. Auf der theoretischen Ebene wurde es dann versucht das Konzept der unmittelbaren Grundrechtswirkung und Schutzpflicht des Staates in dem Bereich des personenbezogenen Datenschutzes zu übernehmen, um diese Rechtssysteme auch in dem privatrechtlichen Bereich eine Anwendung zu finden. Als eine andere mögliche Lösung wurde aber dann auch diskutiert, das Mediationsverfahren in die öffentlich-rechtliche Ebene einzuführen, sowie aber auch wurde als eine andere Alternative versucht die Tätigkeit der - bereits als eine erfolgreiche Schutzmöglichkeit funktionierende - (Landes- und Bundes-) Datenschutzbeauftragten auch in den privatrechtlichen Bereich zu erweitern.

Mit der Entwicklung ist es heutzutage nicht mehr möglich einen angemessenen Schutz der personenbezogener Daten zu gewähren, wenn man sich in der EU und der Mitgliedstaaten beschränkt und nur auf der privatrechtlichen Ebene festhält. Daher wurde in der vorliegenden Untersuchung versucht dies mit der Verknüpfung der Grundrechte auf eine internationale Ebene einzuführen.