

Preisträger des Berichtsjahres 2012

Der **Preis für Geisteswissenschaft 2012** wurde FRIEDERIKE VALERIE LANGE, München, in Anerkennung ihrer Publikation „Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine vergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA“ verliehen.

Friederike Valerie Lange **Privatsphäre, privacy, vie privée – Grundrechtskulturen im Rechtsvergleich**

I. Einleitung

Sehr geehrter Herr Vizepräsident, sehr geehrter Herr Professor Starck, meine Damen und Herren, für die freundliche Einführung möchte ich mich herzlich bedanken. Ich freue mich sehr, dass ich meinen Dank für den Preis wenigstens mit dem kurzen Vortrag über einen Ausschnitt aus der Thematik¹ zum Ausdruck bringen kann, zu dem Sie mich heute eingeladen haben.

Der Datenschutz ist ein Thema, welches die Menschen derzeit bewegt. Das gilt diesseits und jenseits des Atlantiks. In Frankreich empört sich die Zivilgesellschaft über ein vor Weihnachten verabschiedetes Gesetz, welches der Regierung unmittelbaren Zugang zu den Internet-Verbindungsdaten der Bürger einräumt.² In der Bundesrepublik ist die Neuregelung der Vorratsdatenspeicherung seit längerem hoch umstritten; gleichzeitig mehren sich gesellschaftliche Appelle an die Bundeskanzlerin, in der NSA-Spähaffäre für den Schutz der Privatsphäre



Friederike Valerie Lange,
Oberregierungsrätin im Bayerischem
Staatsministerium des Innern,
München, Trägerin des Preises für
Geisteswissenschaften 2012

¹ Vgl. Lange, Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA, 2010.

² Art. 20 loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

der Bürger zu sorgen. Und seit in den USA bekannt wurde, dass die NSA in einer Art „Public-Private-Partnership“ mit der Telekommunikationsbranche³ und ohne jeglichen Gerichtsbeschluss auf die Telefonverbindungsdaten der Amerikaner zugreift, muss sich die US-amerikanische Regierung auch zu Hause kritischen Fragen stellen.

Alle genannten Konstellationen betreffen die Grundrechte der Bürger im Informationszeitalter. Die Verfassungsmäßigkeit der angesprochenen Maßnahmen will ich im Folgenden nicht konkret bewerten. Vielmehr möchte ich anhand der Datenschutz-Problematik einen kurzen, vergleichenden Blick auf die Grundrechtskulturen in Frankreich, Deutschland und den USA werfen. Dabei soll gleichzeitig veranschaulicht werden, mit welchen „Werkzeugen“ man sich einem solchen Rechtsvergleich nähern kann. Dies will ich in Form von drei Thesen tun.

II. Drei Thesen zum Verfassungsvergleich

1. Die Aussagekraft des Verfassungstexts selbst ist begrenzt

Meine erste These zur vergleichenden Beleuchtung einer Verfassungsfrage lautet: Der Blick auf den Wortlaut der Verfassung genügt in der Regel nicht. Das Internet-Projekt „Constitute“ hat die Verfassungen der Welt gesammelt und verschlagwortet. Sucht man hier jedoch zum Thema „Datenschutz“ oder „privacy“, so werden Treffer in 164 Verfassungen weltweit ausgeworfen – nicht aber etwa in Frankreich und den USA. Und auch für Deutschland führt der Verweis auf das Postgeheimnis eher in die Irre.

Zwar enthält keine der drei Verfassungen explizit ein Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre. In der Verfassungspraxis ist ein solches Recht jedoch – je nach Land mehr oder weniger – anerkannt.

Die französische Verfassung weist keinen eigenen Grundrechtskatalog auf, nimmt jedoch unter anderem Bezug auf die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. Die dort normierten Rechte sind Maßstab einer Grundrechtsprüfung durch das französische Verfassungsgericht, den Conseil constitutionnel. Laut deren Art. 2 zählt unter anderem die „Freiheit“ zu den unveräußerlichen Menschenrechten. Nach der Verfassungsrechtsprechung beinhaltet die „Freiheit“ den Respekt der Privatsphäre⁴ und schützt damit, wie der Conseil in einem Grund-

³ So *Berg/Mausbach*, Wie der Prinz in seinem Schloss? Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9. September 2013.

⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 99-416 DC vom 23. Juli 1999, cons. 45; n° 2009-580 DC vom 10. Juni 2009, cons. 22, und seitdem ständige Rechtsprechung. Zu Rechtsprechungsentwicklung

satzurteil von 2012 zusammenfassend klarstellte, auch vor Eingriffen in persönliche Daten.⁵

Im Ausgangspunkt ähnlich hat das Bundesverfassungsgericht im sogenannten „Volkszählungsurteil“ aus der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz in Verbindung mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ hergeleitet.⁶ 2008 hat es in Reaktion auf die digitale Informationsgesellschaft denselben Vorschriften das – nur unter sehr engen Voraussetzungen einschränkbare – besondere Recht auf „Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ entnommen.⁷

Auch die amerikanische „Bill of Rights“ von 1791 enthält keine Regelung zum Schutz privater Daten. Aus einer Gesamtschau verschiedener „Privatheitsinseln“ in der Verfassung – dem Schutz gegenüber Einquartierung von Soldaten im Haus, vor Durchsuchungen und Beschlagnahmen und dem Recht, sich nicht selbst bezichtigen zu müssen – leitete der Supreme Court 1965 ein „right to privacy“ her.⁸ Damit meint er allerdings in erster Linie das Recht, bestimmte persönliche Lebensentscheidungen selbst zu treffen.⁹ Ob auch personenbezogene Daten seinem Schutz unterfallen, blieb bislang offen.¹⁰ Aufgrund einer starken Bewegung in Wissenschaft und Justiz, welche den strikten Wortlaut der Verfassung beziehungsweise ihr Verständnis zum Zeitpunkt ihres Entstehens für maßgeblich hält, ist die Anerkennung des „right to privacy“ nach wie vor hoch umstritten. In der Praxis prüft der Supreme Court Fragen der Erhebung und Verwertung von Informationen anhand des 4. Zusatzartikels, des Rechts gegen unverhältnismäßige Durchsuchungen und Beschlagnahmen.¹¹ Mit dieser Rechtsgrundlage hängt die

zusammenfassend *Preuss-Laussinotte*, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, 2000, S. 224 ff.; *Bausch*, *Videoüberwachung als Mittel der präventiven Kriminalitätsbekämpfung in Deutschland und Frankreich*, 2004, S. 186 ff.

5 Conseil constitutionnel, décision n° 2012-652 DC vom 22. März 2012, cons. 8.

6 BVerfGE 65, 1 (41 ff.); vgl. auch schon BVerfGE 27, 1 (6 f.).

7 BVerfGE 120, 274 (302 ff.).

8 Supreme Court, 381 U.S. 479 (1965) – *Griswold v. Connecticut*.

9 Vgl. Supreme Court, 505 U.S. 833, 851 (1992) – *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*.

10 Vgl. das obiter dictum in Supreme Court, 429 U.S. 589, 605 (1977) – *Whalen v. Roe*, und die concurring opinion Breyer in Supreme Court, 532 U.S. 514, 536 (2001) – *Bartnicki v. Vopper*, sowie Supreme Court, 131 S. Ct. 746, 756 f. (2011) – *NASA v. Nelson* („Assuming, without deciding, that the Government’s challenged inquiries implicate a privacy interest of constitutional significance, ...“).

11 St. Rspr., vgl. Supreme Court, 389 U.S. 347 (1967) – *Katz*. Aktuell siehe Supreme Court, 132 S. Ct. 949 (2012) – *U. S. v. Jones*, zu einer GPS-Überwachung.

Prägung des US-Datenschutzes durch das Kriterium einer engen räumlich verstandenen Privatheit zusammen,¹² bei welcher sich der Eingriffsgrad weniger an der Sensibilität der betroffenen Daten misst als an der Belastung durch die Prozedur der Datenerlangung.¹³ Einen Informationsschutz beziehen die US-Gerichte in aller Regel nur auf das Verborgene: Einer Information wird danach nur dann Schutz zuteil, wenn der Einzelne die betreffende Information räumlich oder sozial so weit gegenüber der Öffentlichkeit abschirmt, dass er berechtigterweise auf deren Privatheit vertrauen darf.¹⁴

2. Beim Grundrechtsvergleich sind auch die Akteure in den Blick zu nehmen

Wie verhält es sich aber mit der effektiven Realisierung dieser Grundrechte in den drei Ländern? Dies führt mich zu meiner zweiten These: Beim Grundrechtsvergleich sind auch die Akteure in den Blick zu nehmen, die mit der Durchsetzung von Grundrechten betraut sind. Dies sind nicht nur, aber in erster Linie die Verfassungsgerichte. Hier bestehen zwischen Frankreich, Deutschland und den USA erhebliche Unterschiede.

Die Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts sind bekannt: Die Schöpfer des Grundgesetzes haben sich für dessen volle Justiziabilität entschieden. Der Bürger kann seine Grundrechte mittels Verfassungsbeschwerde geltend machen: Sie sind selbst in hochpolitischen Streitigkeiten grundsätzlich in vollem Umfang einklagbar. Dies gilt auch, soweit sie Handlungspflichten des Staates implizieren. Prozessual denkbar wäre insofern etwa auch die Rüge, die Verfassungsorgane der Bundesrepublik hätten es in der NSA-Affäre unterlassen, die Grundrechte der Bürger nach außen hinreichend zu schützen.

Bis vor kurzem beschränkte sich die Zuständigkeit des französischen Conseil constitutionnel im Grundrechtsbereich dagegen darauf, noch nicht in Kraft befindliche Gesetze abstrakt auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten zu prüfen. Diese Kontrolle konnte nur von politischen Organen angestoßen werden. Dies führte dazu, dass der Conseil constitutionnel infolge eines Schulterchlusses der größeren Parteien etwa mit einem anlässlich des 11. September 2001 ergangenen Ge-

¹² *Zolotas*, Privatleben und Öffentlichkeit, 2010, S. 38 f.; vgl. auch *Weichert*, Privatheit und Datenschutz im Konflikt zwischen den USA und Europa, RDV 2012, S. 113 (114).

¹³ *McKenna*, Pass Parallel Privacy Standards or Privacy Perishes, 65 Rutgers L. Rev. 1041, 1055 (2013).

¹⁴ St. Rspr., zunächst explizit gemacht durch concurring opinion Harlan, Supreme Court, 389 U.S. 347, 361 (1967) – *Katz*, sowie 476 U.S. 207, 211 ff. (1985) – *California v. Ciraolo*.

setz zur Internetüberwachung nicht befasst wurde.¹⁵ Auch eine Vorlage des vor Weihnachten verabschiedeten Gesetzes zu Internet-Verbindungsdaten scheiterte an der erforderlichen Stimmenzahl im Parlament. Bis zur Verfassungsreform von 2008 hätte dies geheißen, dass das Gesetz einer Verfassungskontrolle dauerhaft entzogen bliebe. Nunmehr ist jedoch eine Schnittstelle zwischen dem Conseil constitutionnel und den Fachgerichten geschaffen worden: Ein Bürger hat die Möglichkeit, in einem laufenden Gerichtsverfahren die Vorlage eines Gesetzes an das Verfassungsgericht zu erreichen.

In den USA ist der Oberste Gerichtshof funktionell gesehen gleichzeitig „Verfassungsgericht“. Bei der Entscheidung darüber, ob er sich mit einer Frage befasst, verfügt er allerdings über weite Spielräume: so stellt das sogenannte certiorari-Verfahren die Zulässigkeit einer Klage zu ihm in sein Ermessen, und die „political question doctrine“ erlaubt es ihm, bestimmte Fragestellungen in Urteilen unentschieden zu lassen.¹⁶ Seine Zuständigkeit setzt zudem eine streng gehandhabte Klagebefugnis („standing“) voraus. Eine Klage gegen ein Gesetz zur Telekommunikationsüberwachung scheiterte daran jüngst: Der Supreme Court entschied mit knapper Mehrheit, es sei nicht hinreichend sicher, dass die Kläger tatsächlich von Abhöraktionen betroffen gewesen seien.¹⁷ Über diese konkreten prozessualen Fragen hinaus vermag aber auch ganz allgemein die Struktur der Gerichte eine Rolle bei der Auslegung der Grundrechte zu spielen. So ist – wenn es um die Fortentwicklung des Verfassungsrechts angesichts neuer Gefährdungslagen geht – der Zugriff des in die Fachgerichtsbarkeit eingegliederten Supreme Court wohl schon grundsätzlich ein anderer als der spezialisierten Verfassungsgerichte wie in Deutschland und Frankreich.¹⁸

3. Struktur und Gehalt von Grundrechten variieren nach dem jeweiligen nationalen Kontext

Meine dritte These bezieht sich auf den Inhalt der Grundrechtsgewährleistungen. Sie lautet: Struktur und Gehalt eines Grundrechts sind abhängig vom jeweiligen nationalen Vorverständnis. Verfassungen werden in besonderem Maße durch his-

¹⁵ Art. 29 loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

¹⁶ Grundlegend Supreme Court, 369 U.S. 186, 217 (1962) – Baker v. Carr; siehe näher *Burchardt*, Grenzen verfassungsgerichtlicher Erkenntnis, 2004, S. 45 ff.

¹⁷ Supreme Court, 133 S. Ct. 1138, 1148 (2013) – Clapper v. Amnesty International USA.

¹⁸ So etwa die These von *Schwartz*, Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State, and New Technology, 53 Wm. & Mary L. Rev. 351, 377 ff. (2011), in Anlehnung an *Stone Sweet*, Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe, 2001, S. 32 ff.

torische und kulturelle Gegebenheiten, soziale Voraussetzungen und der Verfassung vorausliegendes normatives Ausgangsmaterial geprägt, die dem jeweiligen Staat eigen sind.

In Deutschland mögen die starke Betonung der Menschenwürde als oberstes Verfassungsprinzip und die Erfahrungen mit totalitären Regimen einen besonderen Stellenwert der informationellen Selbstbestimmung erklären.¹⁹ Während die US-Verfassung den Schwerpunkt auf demokratische Partizipation und das öffentliche Leben lege, so ein US-Verfassungsrechtler, konzentrierte sich das Grundgesetz in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts besonders auf das „inner self“.²⁰ Zudem verkörpern Grundrechte nach deutschem Verständnis objektive Gehalte in Form von „Grundentscheidungen“ oder „Werten“, welche staatlichen Schutz und Förderung auch im Verhältnis zwischen Privaten verlangen.²¹

In Deutschland wurde ein besonderes gesellschaftliches Bewusstsein für die informationelle Selbstbestimmung gegenüber dem Staat durch das Volkszählungsvorhaben von 1983 ausgelöst, welches Anlass einer Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts war. Eine ähnlich einschneidende Wirkung ging in Frankreich einige Jahre vorher von dem Plan aus, eine einheitliche Identifikationsnummer für die Bürger einzuführen.²² Anders als in Deutschland reagierten in Frankreich nicht die Gerichte, sondern der Gesetzgeber: Der gesellschaftliche Protest resultierte im Erlass eines wegweisenden grundrechtsschützenden Gesetzes zu Datenverarbeitung.²³ Der Unterschied mag die traditionell stärkere Rolle illustrieren, die dem Gesetzgeber in Frankreich beim Grundrechtsschutz zugemessen wird.

In Frankreich ist – wie in Deutschland²⁴ – die Zweckbindung von Daten mittlerweile grundrechtlich anerkannt. 2012 hob das französische Verfassungsgericht das Gesetz über eine Datenbank für den biometrischen Reisepass auf und führte aus, dass „die Erhebung, die Speicherung, die Aufbewahrung, die Abfrage und die Weitergabe personenbezogener Daten“ jeweils rechtfertigungsbedürftige Eingrif-

19 Ausführlich *Zolotas*, Privatleben und Öffentlichkeit, 2010, S. 84 ff.; grundlegend aus amerikanischer Sicht *Whitman*, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, 113 Yale Law Journal 1157 (2004).

20 *Eberle*, Human Dignity, Privacy, and Personality in German and American Constitutional Law, 1997 Utah L. Rev. 963, 980; vgl. auch *Whitman*, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty, 113 Yale Law Journal 1157, 1180 ff. (2004).

21 Grundlegend BVerfGE 7, 198 (205 ff.). Zur informationellen Selbstbestimmung etwa BVerfGK 9, 353.

22 *Kossi*, La protection des données à caractère personnel à l'ère de l'internet, 2011, S. 7 ff.

23 Loi Informatique et libertés vom 6. Januar 1978.

24 BVerfGE 65, 1 (46).

fe in das Recht auf Privatsphäre seien.²⁵ Nach französischem Grundverständnis ist es dem Gesetzgeber aufgegeben, Grundrechte untereinander zu „versöhnen“ und unter Berücksichtigung anderer Gemeinschaftsbelange – in Datenschutzangelegenheiten etwa Sicherheit oder Betrugsbekämpfung – auszugestalten. Häufig kontrolliert das Verfassungsgericht dabei nur auf „manifeste Irrtümer“ hin.²⁶ In einem jüngst ergangenen Grundsatzurteil zum Datenschutz nahm das französische Verfassungsgericht allerdings eine überraschend strenge und eingehende Prüfung vor: Eingriffe in die Privatsphäre müssten durch einen Gemeinwohlzweck gerechtfertigt sein und zu diesem Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen.²⁷ Eine Pflicht des Gesetzgebers, Normen zum Schutz von Grundrechten zu erlassen, kann der Conseil konstitutionell aus prozessualen Gründen allenfalls auf sehr indirekte Weise aussprechen. Sie klingt aber etwa in Entscheidungen aus den 90er Jahren an, in welchen der Conseil ein grundlegendes Gesetz zum Datenschutz explizit als „Schutzvorschrift“ für die Grundrechte behandelt.²⁸

Die besondere Sensibilität der Europäer im Umgang mit Daten können die US-Amerikaner nicht recht nachvollziehen. Dies liegt einmal daran, dass der Informationsschutz in den USA vom Schutz vor Beschlagnahmen und Durchsuchungen ausgeht: Hat ein Bürger gegenüber einer Bank oder einem Telekommunikationsunternehmen bestimmte Daten freiwillig offengelegt, so sind sie nach einer Rechtsprechung aus den 70er Jahren auch gegenüber der Abfrage durch Behörden grundsätzlich nicht mehr geschützt.²⁹ Hierauf beruft sich die NSA in Bezug auf Kommunikations-Metadaten.

Zum anderen ist das US-amerikanische Grundrechtsverständnis strikt auf das Staat-Bürger-Verhältnis ausgerichtet; innerhalb der Gesellschaft setzt man

²⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-652 DC vom 22. März 2012, cons. 8.

²⁶ Ausführlich *Merland*, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2004, S. 292 ff.

²⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2013-675 DC vom 9. Oktober 2013, cons. 26 ff.

²⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 92-316 DC vom 20. Januar 1993, cons. 14; décision n° 97-389 DC vom 22. April 1997, cons. 5.

²⁹ Vgl. Supreme Court, 425 U.S. 435 (1976) – *U.S. v. Miller*; 442 U.S. 735 (1979) – *Smith v. Maryland*. Zur Aktualität der Rechtsprechung näher *Schwartz*, *Regulating Governmental Data Mining in the United States and Germany: Constitutional Courts, the State, and New Technology*, 53 *Wm. & Mary L. Rev.* 351, 356 ff. (2011). Kritisch etwa *McKenna*, *Pass Parallel Privacy Standards or Privacy Perishes*, 65 *Rutgers L. Rev.* 1041, 1043 (2013): „Applying the traditional reasonable expectation of privacy analysis and the third-party doctrine to advanced technologies and Internet-based activity requires courts to engage in absurd legal acrobatics to preserve any sense of privacy.“ Vgl. auch concurring opinion *Sotomayor*, 132 S. Ct. 949, 957 (2012) – *U.S. v. Jones*: „is ill suited to the digital age, in which people reveal a great deal of information about themselves to third parties in the course of carrying out mundane tasks“.

auf Selbstregulierung. Der freie Informationsfluss im privaten Sektor wird unter marktwirtschaftlichen Effizienzgesichtspunkten begrüßt,³⁰ die Nachteile eines Informationsaustauschs werden als hinnehmbare Konsequenz des Zusammenlebens in einer offenen Gesellschaft verstanden.³¹ Schließlich deutet sich in einigen Entscheidungen die Möglichkeit an, Angelegenheiten der nationalen Sicherheit vom Anwendungsbereich des 4. Verfassungszusatzes auszunehmen.³² Wo es – etwa bei der Aushandlung des safe-harbor-Abkommens – um die Abstimmung von Datenschutzstandards geht, prallen das europäische und das amerikanische Vorverständnis zusammen.

III. Fazit

Ein hoher englischer Richter prognostizierte einmal: Rechtsvergleichung möge das Hobby von gestern gewesen sein, sie sei jedoch dazu bestimmt, die Wissenschaft der Zukunft zu werden.³³ Vielleicht geht die Prognose zu weit, denn die in anderen Ländern gefundenen Lösungen lassen sich kaum je einfach in die eigene Rechtsordnung „verpflanzen“. Jedoch kann ein Rechtsvergleich – auch auf Verfassungsebene – Debatten über die Auslegung des eigenen Rechts durch wertvolle Erfahrungswerte und Denkanstöße bereichern. Gleichzeitig eröffnet der Verfassungsvergleich einen Blick auf das Staatsverständnis und die Gerechtigkeitsvorstellungen in anderen Ländern. Gerade dort, wo eine transnationale Zusammenarbeit zum Schutz der Grundrechte sinnvoll erscheint – der Datenschutz ist hierfür ein Beispiel –, vermag der Verfassungsvergleich vielleicht nützliche Ansatzpunkte aufzuzeigen.

³⁰ Vgl. Supreme Court, 425 U.S. 748, 765 (1976) – Virginia Board of Pharmacy.

³¹ U.S. Court of Appeals, Tenth Circuit, 182 F.3d 1224, 1235 – U.S. West, Inc., v. Federal Communications Commission and U.S. – Weitere Nachweise bei *Zolotas*, Privatleben und Öffentlichkeit, 2010, S. 120 f.

³² Vgl. schon Supreme Court, 389 U.S. 347, 358 Fn. 23 (1967) – Katz; 407 U.S. 297, 321 f. (1972) – Keith. Zustimmend *Atkinson*, The Fourth Amendment’s National Security Exception: Its History and Limits, 66 Vand. L. Rev. 1343 (2013).

³³ *Lord Goff of Chieveley*, The Wilberforce Lecture 1997, Int’l & Comp. L. Q. 46 (1997), 745 (748): „Comparative law may have been the hobby of yesterday, but it is destined to become the science of tomorrow.“