

2 Die verfassungsrechtliche Garantie von Freiheit und Sicherheit

Freiheit und Sicherheit sind, auch wenn sie nicht als Grundrechte im Grundgesetz normiert sind, zwei zentrale Begriffe des Verfassungsrechts. Das Grundgesetz verpflichtet den Staat zu beidem. Wie genau diese Verpflichtung jedoch ausgestaltet ist – also was etwa die Verpflichtung zur Freiheitsgewährleistung unter den Bedingungen moderner Datenverarbeitung beinhaltet – oder wie weit die Pflicht des Staates reicht, Schutz vor terroristischen Anschlägen und damit Sicherheit zu gewähren, verlangt nach einer genauen Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Erst diese ermöglicht es, die Frage zu beantworten, ob sich aufgrund der veränderten Verwirklichungsbedingungen und der neuen Sicherheitsarchitektur ein solches Ungleichgewicht zwischen Freiheit und Sicherheit gebildet hat, dass die Architektur, wie sie das Grundgesetz zur Wahrung von Freiheit und Sicherheit vorgibt, einzustürzen droht.

Es wird daher im Folgenden untersucht, wie und in welchem Rahmen das Grundgesetz Freiheit und Sicherheit garantiert. Da die grundrechtlichen Gewährleistungen zunehmend durch Unionsrecht geprägt sind⁴¹⁷ und bei der Auslegung der Grundrechte auch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)⁴¹⁸ und die europäische Grundrechtecharta (EU-GRCh)⁴¹⁹ zu berücksichtigen sind,⁴²⁰ werden diese ebenfalls kurz dargestellt. Zudem gilt es ein Augenmerk auf die europäischen Grundrechtsgewährleistungen zu legen, da europäisches Recht an sich vom *Bundesverfassungsgericht* nicht anhand der Grundrechte überprüft werden kann.

⁴¹⁷ So gilt der grundsätzliche Vorrang des Unionsrechts im Fall der Kollision von innerstaatlichem und Europäischem Unionsrecht. Geboten ist insofern eine unionsrechtskonforme Auslegung; Ausführlich dazu Ehlers, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, EuR 2010, § 11 insbesondere Rn. 10 ff.; 34 ff.; Das *BVerfG* hat jedoch keinen vorbehaltlosen Vorrang des Unionsrechts eingeräumt, sondern diesen in seiner Rechtsprechung von Solange I, II über Bananenmarktordnung, Maastricht, Lissabon-Vertrag und schließlich die Vorratsdatenspeicherung schrittweise erweitert und wieder eingeschränkt. Vgl. Fn. 264 mit Nachweisen aus der Rspr.; vgl. auch unten Kap. 4.3.

⁴¹⁸ Europäische Menschenrechtskonvention v. 4.11.1950; Konvention Nr. 005 des Europarates; die EMRK-Rechte sind mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon als allgemeine Grundsätze nunmehr auch Teil des Unionsrechts geworden, Art. 6 Abs. 3 EUV.

⁴¹⁹ Die Grundrechtecharta ist weitgehend der EMRK nachgebildet. So sollen auch die EMRK sowie die Rspr. des *EGMR* als Auslegungshilfe für die Grundrechtecharta (Art. 62 Abs. 3 EU-GRCh.). Die Grundrechtecharta ist anwendbar, wenn Primär- oder Sekundärrecht der EU durch Organe oder Einrichtungen der EU oder durch die Mitgliedstaaten durchgeführt wird, vgl. Art. 51 EU-GRCh., das heißt sie ist u. a. dann anwendbar, wenn Mitgliedstaaten durch Erlass eines Rechtsaktes EU-Vorgaben umsetzen oder aufgrund von EU-Recht Verwaltungstätigkeiten wahrnehmen, vgl. dazu *Derksen* 2011, 6; ausführlich zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte *Nusser* 2011.

⁴²⁰ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Komm 2011, Art. 1 Rn. 29; *Sodan*, in: *Sodan*, GG Komm 2011, Vorb. Art. 1 Rn. 2a; aus der Rspr. des *BVerfGE* 107, 395 (408); 110, 339 (342); „Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des *EGMR* dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes. Die völkerrechtsfreundliche Auslegung erfordert keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der EMRK“, *BVerfGE* 128, 326 (LS 2).

2.1 Freiheit

Das deutsche Grundgesetz gewährleistet zahlreiche Freiheiten, es garantiert aber nach dem Wortlaut nicht generell „Freiheit“.⁴²¹ Berechtigt ist aber die Frage, ob nicht Freiheit eine Art Strukturprinzip der Verfassung ist. Oder ob sich eine Garantie einer abstrakten Freiheit nicht sogar als Staatszielbestimmung darstellt.⁴²²

Im Grundgesetz-Entwurf von Herrenchiemsee fand sich noch ein eigenständiger Grundsatz der Freiheit: „Alle Menschen sind Frei“. Dieser bildet zwar rechtshistorisch die Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG, wurde aber so nicht wörtlich übernommen.⁴²³ Mit der allgemeinen Handlungsfreiheit und der freien Entfaltung der Persönlichkeit enthält die Verfassung jedoch zumindest eine im Ansatz abstrakte Freiheitsgewähr. Daneben werden Teilaspekte der Freiheit durch einzelne Grundrechte und die Menschenwürdegarantie geschützt. Anknüpfungspunkte zur Begründung eines Strukturprinzips Freiheit lassen sich aus den Staatsfundamentalbestimmungen ableiten.

Insofern ist zu untersuchen, ob und welche Freiheit(en) durch die grundgesetzlichen Vorgaben geschützt sind. Dabei sind in Anbetracht der Fragestellung, ob und wie sich das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit im digitalen Zeitalter verschoben hat, vertieft die für die Freiheitsausübung im digitalen Zeitalter zentralen Freiheitsrechte zu erörtern.

2.1.1 Menschenwürdegarantie

Die Menschenwürde ist wie ein „Schlüssel für das Ganze“⁴²⁴ dem Grundgesetz vorangestellt.

Der Mensch und seine Würde sind im Grundgesetz als oberstes *Konstitutionsprinzip* und tragendes *Konstruktionsprinzip* verankert.⁴²⁵ Die Garantie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG ist Fundamentalnorm⁴²⁶ des Grundgesetzes. Sie ist nicht nur unauf-

⁴²¹ Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 1.

⁴²² Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 4 fragt, ob es ein Leitprinzip Freiheit gibt.

⁴²³ Art. 2 Abs. 1, abrufbar unter: <http://www.verfassungen.de/de/de49/chiemseerentwurf48.htm>; *Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen*, S. 21, 62 ff.

⁴²⁴ So der Abgeordnete der SPD Carlo Schmid in der 4. Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen v. 23.9.1948; hier zitiert nach Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 5.

⁴²⁵ Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn.10; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 2012, Art. 1 Rn. 7, mit zahlreichen Nachw. auch aus der Rspr des BVerfG; Umstritten ist, ob der Menschenwürde auch Grundrechtscharakter zukommt. Die wohl herrschende Meinung bejaht dies: so etwa Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG 2011, Art. 1 Rn. 3; Höfling, in: Sachs, GG 2011, Art. 1, Rn. 5 ff.; Sodan, in: Sodan, GG, 2011, Art. 1, Rn. 1; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 2012, Art. 1, Rn. 8; aus der Rspr: BVerfGE 1, 332 (343); 12, 113(123); 15, 283 (286); a.A. Dreier, in: Dreier, GG 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 125 ff. der mit guten Argumenten die Ansicht vertritt, dass es sich bei Art. 1 Abs. 1 um einen Grundsatz handelt und nicht um ein Grundrecht; dazu auch Will 2006, 33, die richtigerweise darauf hinweist, dass der Streit nur von begrenzter Relevanz ist, da bei der Rechtsanwendung eine Verletzung der Menschenwürde wie ein subjektives Recht geprüft werden muss.

⁴²⁶ Schmidt, in: ErfKomm ArbR, Art. 1 Rn. 9.

hebbar, sondern auch unbeschränkbar.⁴²⁷ Das Bekenntnis zur unantastbaren Würde des Menschen prägt alle Bestimmungen des Grundgesetzes und bildet die Grundlage des grundrechtlichen Wertesystems.⁴²⁸ Die Menschenwürde wurde 1949 gegen die Entrechtung und Vernichtung des Menschen durch den Totalitarismus im nationalsozialistischen Regime dem Grundgesetz vorangestellt.⁴²⁹

Seit Ende 1960er und 1970er Jahren wurde verstärkt auf die Menschenwürde rekurriert und zwar speziell im Rahmen von Argumentationen gegen Tendenzen zu weitreichender Überwachung. In den 1980er Jahren wurde dann unter dem Gesichtspunkt der Würde des Menschen vielfach ein Recht auf ein würdiges Ende des Lebens bei unheilbaren und unerträglichen Leiden diskutiert. Heute wird die Unantastbarkeit der Menschenwürde im Kontext der Humangenetik diskutiert.⁴³⁰

Letztlich sind die Ansichten darüber was unantastbar ist, einem ständigen Wandel unterworfen. Sie sind geprägt vom aktuellen Gesellschaftsbild und den Vorstellungen über Identität und Individualität.

Unantastbarkeit heißt jedenfalls, dass die Menschenwürde jeder Abwägung verschlossen ist. Auch „Würde gegen Würde“ abzuwägen ist demnach unzulässig.⁴³¹

Fraglich ist, ob und inwieweit durch die Menschenwürdegarantie Freiheit gewährt wird. Vielfach wird die Menschenwürde rein negatorisch durch die Verletzungshandlung bestimmt. Zurückgegriffen wird auf die sogenannte Objektformel.⁴³² Der Einzelne dürfe nicht zum Objekt staatlichen Handelns werden, sondern müsse in seiner Qua-

⁴²⁷ Dreier, in: Dreier, GG 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 132; Will 2006, 30; Sie ist dem grundrechtlichen Abwägungsprozess entzogen, so Höfling, in: Sachs, GG 2011, Art. 1, Rn. 11.

⁴²⁸ Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 2011, Art. 1, Rn. 7.

⁴²⁹ Will 2006, 29; Dreier, in: Dreier, GG 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 22; Als Umkehr des nationalsozialistischen Satzes, der Einzelne sei nichts, der Staat/ die Gemeinschaft alles, Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG 2011, Art. 1 Rn. 1.

⁴³⁰ Will 2006, 29; Dreier, in: Dreier, GG 2004, Art. 1 Abs. 1 Rn. 45 ff. beschreibt die Gefahr der Trivialisierung und Inflationierung der Menschenwürdegarantie durch die zunehmende Berufung auf diese, insbesondere in Bezug auf neuartige Herausforderungen (Informationstechnik, Biotechnologie).

⁴³¹ Will 2006, 30; kritisch zu einem grundsätzlichen Verbot der Abwägung „Würde gegen Würde“ in Bezug auf das Folterverbot, Gebauer, NVwZ 2004, 1405. Das BVerfG stellt im Urteil zum Luftsicherheitsgesetz fest, dass die Menschenwürde verletzt werde, da das Leben der Flugzeuginsassen und damit deren Würde objektiviert werde, weil die Passagiere „dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht“ würden. „Indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt“, BVerfGE 115, 118 (154).

⁴³² Die sog. Objektformel geht zurück auf Wintrich 1952, 227, 235; heute vor allem bekannt in der Prägung Dürigs, der an das Instrumentalisierungsverbot Kants anknüpfte: Dürig, AöR 1956, 117 „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“; Sie wurde vom BVerfG in stRspr rezipiert: BVerfGE 45, 187 (228); 109, 133 (149f.); 116, 69 (85f.); 117, 71 (89); Die Objektformel ist vielfach heftiger kritikausgesetzt, da sie nicht ohne moralische Werturteile auskommt, dazu Sodan, in: Sodan, GG, 2011, Art. 1, Rn. 11; Generell zur Objektformel: Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG 2011, Art. 1, Rn. 36; Hillgruber, in: BeckOK GG, Art. 1 Rn. 13.

lität als Individuum respektiert werden. Der Schutz der Menschenwürde kann aber nicht allein auf seine abwehrrechtliche Funktion beschränkt werden.⁴³³

Ob der Gehalt der Menschenwürdegarantie positiv konkretisiert werden kann, ist hoch umstritten. Zum Teil wird die Würde als dem Menschen durch Gott oder die Natur kraft seiner bloßen Existenz verliehene Eigenschaft betrachtet. Als Ursprung der Würde wird in diesem Sinne die Existenz des Menschen selbst gesehen.⁴³⁴ Diese Wert- oder Mitgifttheorie hat eine hohe Attraktion, da sie absolute Geltungskraft vermittelt und durch die kulturhistorische Genese begründet werden kann.⁴³⁵ Die Verknüpfung mit Wertvorstellungen – ob christlich oder naturrechtlich begründet – birgt allerdings das Risiko, dass der Würdebegriff zu einem offenen Wertbegriff wird, dessen inhaltliche Konkretisierung durch individuelle Wertvorstellungen geprägt ist.⁴³⁶

Grundlegend anders erfolgt die Konkretisierung der Menschenwürde in den modernen Leistungs- und Kommunikationstheorien. Hier wird die Menschenwürde als Ergebnis eines individuellen Identitätsbildungs- und Sozialdarstellungsprozesses begriffen.⁴³⁷ So wird mit Blick auf die Soziologie angenommen die Würde des Menschen entstehe erst im Prozess der Selbstdarstellung, also in der Interaktion mit anderen.⁴³⁸ Die Menschenwürde setzt nach dieser Ansicht die Möglichkeit zur Selbstdarstellung voraus.⁴³⁹ Sie umfasst dementsprechend die Entscheidungsmöglichkeit, wie der Einzelne sich selbst darstellen möchte.⁴⁴⁰

An sämtlichen Theorien ist jedoch zu kritisieren, dass sie letztlich den Umfang der Menschenwürdegarantie einschränken. Sie alle verlangen entweder die Anerkennung von außen auf Grund von Wertvorstellungen oder im Fall der Kommunikationstheorien eine eigene Wertleistung des Einzelnen.⁴⁴¹

⁴³³ Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 11.

⁴³⁴ Sodan, in: Sodan, GG, 2011, Art. 1, Rn. 4. Die Mitgifttheorie geht zurück auf Dürig, in: Maunz/Dürig, Erstkommentierung, 1958, Art. 1 Rn. 18.

⁴³⁵ Sodan, in: Sodan, GG, 2011, Art. 1, Rn. 6; vgl. zur kulturhistorischen Genese Kap. 1.1.

⁴³⁶ Sodan, in: Sodan, GG, 2011, Art. 1, Rn. 6.

⁴³⁷ Luhmann 1999, 68; Hofmann, AöR 1993; Gröschner/Wiehart-Howaldt 1995; Habermas 2001, 62; Kritisch zu sämtlichen Würdekonzeptionen Will 2006, 33.

⁴³⁸ Luhmann 1999, 61 „Als Organismus ist der Mensch schon Individuum (...) – aber nur individuelles Objekt. Selbstbewußte Individualität gewinnt er dadurch, daß er sich als Interaktionspartner selbst darstellt.“

⁴³⁹ Nach Luhmann 1999, 70, können Freiheit und Würde als „die äußeren und inneren Vorbedingungen der Selbstdarstellung als individuelle Persönlichkeit im Kommunikationsprozeß“ bezeichnet werden. Diese Interpretation ermöglicht auch eine klare Abgrenzung zwischen Würde und Freiheit, so ders., 77.

⁴⁴⁰ Luhmann 1999, 75: Es bestehe allein ein Anspruch auf einen „Schutz vor dem Staat“. Dies zeige sich zum einen darin, dass dem Staat nur die Achtung und nicht der Schutz der Menschenwürde aufgegeben sei. Zum anderen könne der Staat keinen Schutz vor Privater Tücke gewähren, ausführlich dazu Luhmann, S. 76 f., Fn. 60. Das BVerwG hat hingegen auch eine Schutzpflichten-Dimension anerkannt BVerwGE 115, 189 (Laserdrome); auch Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 2011, Art. 1, 8 erkennt eine Schutzpflichtendimension von Art. 1 Abs. 1 GG.

⁴⁴¹ Kritisch zu allen Ansätzen der Konkretisierung ob positiv oder negativ, Höfling, in: Sachs, GG 2011, Art. 1, Rn. 13; Sodan, in: Sodan, GG, 2011, Art. 1, Rn. 9; Der Würdeanspruch muss völlig

In jüngerer Zeit wird daher vermehrt zur Konkretisierung der Menschenwürdegarantie auf eine gemischte Formel, auch „Objekt-Subjekt-Formel“, zurückgegriffen. Diese kombiniert die Objektformel mit dem modernen Subjektbegriff. Nach dieser sind mit dem in der Menschenwürdegarantie verankerten Wert- und Achtungsanspruch alle staatlichen Maßnahmen unvereinbar, die geeignet sind, die individuelle, psychische und soziale Existenz des Menschen zu zerstören.⁴⁴² Gefragt wird sodann danach, ob der Subjektstatus eines Menschen trotz einer Verobjektivierung in spezifischen Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnissen durch Kompensationsmechanismen hinreichend gesichert wird.⁴⁴³ Als Subjekt wird dabei die selbstbewusste, selbstverantwortliche und sich selbst entfaltende Person begriffen.⁴⁴⁴

Auch wenn sich die Theorien in der inhaltlichen Bestimmung der Menschenwürdegarantie stark unterscheiden, ist ihnen allen gemein, dass sie eine enge Verknüpfung zwischen Würde und Freiheit anerkennen. Die Menschenwürde verlangt stets die Achtung des Individuums in seiner Eigenständigkeit und Eigenwertigkeit und dessen Selbstbestimmung und -verantwortung, wie auch seiner Selbstentfaltung.⁴⁴⁵ Voraussetzung dafür ist, dass der einzelne frei ist, um sich entsprechend entfalten zu können.

Auch das *Bundesverfassungsgericht* betont wiederholt, die Menschenwürdegarantie garantiere sich selbst, „in Freiheit (...) zu bestimmen und (...) zu entfalten“.⁴⁴⁶ Letztlich kann – in Übereinstimmung mit allen Theorien zur Konkretisierung der Menschenwürdegarantie – aus Art. 1 Abs. 1 GG jedenfalls die Verpflichtung des Staates, „geistige Freiheit“ zu gewähren, abgeleitet werden.⁴⁴⁷

Auch die EU-GRCh. enthält in Art. 1 S 1 die Garantie der Unantastbarkeit der Menschenwürde.⁴⁴⁸ In Art. 1 S. 2 EU-GRCh. wird die Pflicht statuiert die Menschenwürde zu achten und zu schützen.⁴⁴⁹

2.1.2 Freiheitsgrundrechte

Das Grundgesetz schützt in Art. 2 Abs. 1 GG, die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen, „soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

Bei der Verfassungskonstitution war es das Ziel der Abgeordneten die Freiheit möglichst umfassend zu schützen. „Freie Entfaltung umfasst alles“, hieß es damals.⁴⁵⁰ Mit

unabhängig von theoretischen Konstruktionen gewährt werden *Merten*, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 11 mit weiteren zahlreichen Nachweisen.

⁴⁴² Diese geht zurück auf *Kersten* 2004, 444; dazu auch *Sodan*, in: *Sodan*, GG, 2011, Art. 1, Rn. 14.

⁴⁴³ *Höfling*, in: *Sachs*, GG 2011, Art. 1, Rn. 16.

⁴⁴⁴ *Kersten* 2004, 475 f.; *Höfling*, in: *Sachs*, GG 2011, Art. 1, Rn. 15.

⁴⁴⁵ *Merten*, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 11.

⁴⁴⁶ BVerfGE 45, 187 (22/); siehe auch BGHZ 35, 2, (8).

⁴⁴⁷ *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG 2011, Art. 1, Rn. 5.

⁴⁴⁸ Zwar erstreckt sich nach seinem Wortlaut die Schrankenbestimmung des Art. 52 EU-GRCh. auf alle Rechte und Freiheiten, dennoch ist die Menschenwürde uneinschränkbar, *Schorkopf*, in: *Ehlers/Becker* § 15 Rn. 13.

⁴⁴⁹ *Frenz* 2009, Rn. 320; ausführlich zum Schutz der Würde des Menschen durch europäisches Recht, vgl. *Schorkopf*, in: *Ehlers/Becker* § 15.

diesem Hintergrund reiht sich die Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 1 GG historisch in die neuzeitlichen Verfassungsentwicklungen ein. Wie auch in der Bill of Rights und der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen wird hier ganz allgemein die Freiheit des Einzelnen anerkannt und als eine kulturell dem Staate vorgegebene Grundbedingung verstanden.⁴⁵¹ Der Staat sollte verpflichtet werden, die Freiheit des Einzelnen zu achten. Damit steht die Funktion als Abwehrrecht gegenüber dem Staat bei Art. 2 Abs. 1 GG wie auch bei allen anderen Freiheitsgrundrechten im Vordergrund (sog. „status negativus“).⁴⁵² In dieser Funktion dienen alle Freiheitsrechte dem Schutz von Freiheitsräumen und beschränken damit als objektiv geltendes Recht zunächst den Handlungs- und Entscheidungsspielraum des Staates. Sie sind insofern negative Kompetenznormen.⁴⁵³ Auch die europäischen Grundrechte, so betont der *Euro-päischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, seien in erster Linie Abwehrrechte.⁴⁵⁴

Darüber hinaus haben die Grundrechte auch eine objektiv-rechtliche Funktion: in den Grundrechten konstatiert sich der hohe Rang, den das Grundgesetz den geschützten Freiheiten und Gütern zuerkennt. Die Gesamtheit der Grundrechte wird auch als objektive Wertordnung⁴⁵⁵ bezeichnet und in diesem Sinne wird darin eine objektive Wertentscheidung der Verfassung erkannt.⁴⁵⁶ Nach dieser Lehre erschöpft sich die Funktion der Grundrechte nicht darin dem Einzelnen Schutz vor Eingriffen in seine Freiheitssphäre zu gewähren, sondern es kann aus ihnen gefolgert werden, dass „sich mit der Entfaltung der Grundrechte als objektive Grundsatznormen die Bestimmungsmacht im Gemeinwesen vom volksgewählten Parlament hin zum *Bundesverfassungsgericht* verschiebt.“⁴⁵⁷ Dass dem so ist, zeigt letztlich auch die durch die Ewigkeitsgarantie erzeugte Beschränkung der Entscheidungsmacht des Gesetzgebers.

Dies sagt aber noch nichts darüber aus, welche und wie viel Freiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG garantiert wird. Denn Art. 2 Abs. 1 GG gewährt keineswegs grenzenlose

⁴⁵⁰ Murswiek, in: *Sachs* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 2, Rn. 2 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁵¹ Lorenz, in: BK-GG 2011, Art. 2 Rn. 19.

⁴⁵² Unterschieden werden aufbauend auf der Statuslehre *Jellineks* drei Funktionen der Grundrechte. Im Vordergrund steht ihre Funktion als Abwehrrechte, Erst nachrangig ist ihre Funktion als Leistungsrechte und als staatsbürgerliche Teilhaberrechte („status positivus“ und „status activus“), *Müller-Franken*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG 2011, Vorb. v. Art. 1, Rn. 11 f.; Es handle sich zwar nicht um ihre „ausschließliche, aber doch primäre Funktion“, so *Sodan*, in: *Sodan*, GG, 2011, Vorb. v. Art. 1, 11.

⁴⁵³ *Müller-Franken*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG 2011, Vorb. v. Art. 1, Rn. 15.

⁴⁵⁴ *Frenz* 2009, Rn. 319.

⁴⁵⁵ *Gusy*, AöR 1980 (105), 279, 292, kritisiert am Begriff der Wertordnung, dass er nicht logisch begründbar und so schon aus sich heraus nicht konsensfähig sei. Allerdings ist nicht ersichtlich, warum die Konzeption des Grundgesetzes mit den Grundrechten an seiner Spitze, nicht auch als Wertordnung ausgelegt werden könne. Denn in der Stellung der Grundrechte an der Spitze und den umfassenden Instrumenten zum Schutz kommt auch ein Systemverständnis zum Ausdruck. *Gusys* Kritik ist jedoch insofern zutreffend, als sie verdeutlicht, dass mit einer „Werteordnung“ zurückhaltend argumentiert werden sollte. Soweit sich eine Wertordnung unmittelbar aus dem GG ableiten lässt, ist es zulässig, auf sie zurückzugreifen. Dabei sollte allerdings Vorsicht walten, um diese nicht über ihre tatsächlichen verfassungsrechtlichen Grundlagen hinaus zu überlasten.

⁴⁵⁶ *Müller-Franken*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG 2011, Vorb. v. Art. 1, Rn. 15; BVerfGE 7, 205.

⁴⁵⁷ *Müller-Franken*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG 2011, Vorb. v. Art. 1, Rn. 15.

Freiheit, sondern nur in den verfassungsrechtlichen Schranken, welche sich aus den Rechten anderer und der verfassungsmäßigen Ordnung ergeben.

Es wird zwischen zwei Teilgehalten unterschieden: der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Während sich dieses auf die engere persönliche Lebenssphäre beschränkt, schützt die allgemeine Handlungsfreiheit jegliche Erscheinungsform menschlichen Verhaltens als aktives Element der Persönlichkeitsentfaltung.⁴⁵⁸ Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt insofern „grundsätzlich jedes Tun oder Unterlassen nach dem eigenen Willen, aber nicht jede Freiheit von staatlichem Zwang“.⁴⁵⁹ Der Schutzbereich der Freiheitsgrundrechte ist im Zweifel weit auszulegen, im Sinne eines Rechts auf beliebiges Verhalten.⁴⁶⁰

Neben dem „Allgemeinen Freiheitsrecht“ aus Art. 2 Abs. 1 GG schützt das Grundgesetz darüber hinaus weitere speziellere Freiheitsrechte.⁴⁶¹ Als Individualfreiheiten werden geschützt: das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2; Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3; Art. 140 GG), die Meinungs- und Informationsfreiheit sowie die Wissenschafts-, Forschungs- und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1, 2 und Abs. 3 GG), die Erziehungsfreiheit (Art. 6 Abs. 2 GG), die Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG), die Telekommunikationsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 GG), die Freizügigkeit im Bundesgebiet (Art. 11 Abs. 1 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG). Diese Grundrechte beschreiben einzelne, partielle Freiheitsräume, welche die Verfassung neben der Allgemeinen Handlungsfreiheit und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schützt.

Allein aus der Normierung der Grundrechte an der Spitze der Verfassung lässt sich keine Normenhierarchie oder Wertordnung ableiten.⁴⁶² Es besteht auch keine Rangordnung zwischen den einzelnen Freiheitsrechten, die sich aus ihrer Position im Grundgesetz ableiten ließe. Dennoch ist die Stellung der Grundrechte als erstem Teil der Verfassung nicht ohne jede Bedeutung. So lässt sich daraus der Wille des Verfassungsgebers ablesen, dass der „für ein Leben des Einzelnen in Würde und Selbstachtung essentielle Katalog der Grundrechte die Verfassungswirklichkeit bestimmen und die Freiheit des Menschen im Vordergrund stehen sollte.“⁴⁶³

⁴⁵⁸ Lorenz, in: BK-GG 2011, Art. 2 Rn. 15.

⁴⁵⁹ Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn.18; Dies wird auch deutlich in der Interpretation von Menschenwürde und Freiheit, wie sie zuvor erfolgt ist: Wenn die Menschenwürde die innere Freiheit zur Selbstentfaltung schützt, schützt die allgemeine Handlungsfreiheit die äußere. Freiheit bei der Selbstdarstellung setzt aber keine Freiheit von jeder Determination voraus, sondern erfordert lediglich Freiheit von offensichtlichem Zwang; Luhmann 1999, 66, 77 ff.

⁴⁶⁰ Kahl, Der Staat 2004, 167, 168, 199ff. So zumindest bislang die hM (zahlreiche Nachweise bei Kahl, Fn. 16); zunehmend ist jedoch eine Tendenz feststellbar die Schutzbereiche zu verengen, dazu Ders., 169 ff.

⁴⁶¹ Müller-Franken, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG 2011, Vorb. v. Art. 1, Rn. 6.

⁴⁶² Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn.7.

⁴⁶³ Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 9.

Die einzelnen Freiheitsrechte weisen einen Regel-Ausnahme-Grundsatz auf, wonach die Freiheit prinzipiell unbegrenzt ist, während die Staatseinwirkung prinzipiell begrenzt ist. Anders lässt sich formulieren, dass die Regel die Liberalität ist und deren Beschränkung nur die Ausnahme bildet.⁴⁶⁴ Jeder Eingriff in ein Grundrecht, ob Freiheitsrecht oder nicht, muss gerechtfertigt werden.⁴⁶⁵ Das *Bundesverfassungsgericht* geht vom modernen Eingriffsbegriff⁴⁶⁶ aus und nimmt an, dass jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, erheblich erschwert oder unmöglich macht, einen Grundrechtseingriff darstellt.⁴⁶⁷

Es wird vertreten, dass mit den Grundrechten die Freiheit negativ definiert würde, als Freiheit von Einwirkungen der Staatsgewalt.⁴⁶⁸ Zutreffend ist zwar, dass den Grundrechten zunächst die Funktion als Abwehrrechte gegenüber dem Staat zukommt, allerdings beschränkt sich die Definition der Freiheit, die durch die Grundrechte erfolgt, nicht auf diese Funktion. Vielmehr wird durch die Beschreibung der einzelnen partiellen Freiheitsgarantien Freiheit gerade auch positiv definiert und zwar (unter anderem) als Freiheit im religiösen Glauben und Handeln, zur Meinungsäußerung, der Presse und des Rundfunks, dazu sich zu vereinigen und zu versammeln, Eigentum zu haben, als freie Entfaltung der Persönlichkeit, als Gewissensfreiheit, als Recht auf informationelle Selbstbestimmung und als Telekommunikationsfreiheit.

Anders als im Grundgesetz gewährt Art. 6 EU-GRCh., wie auch Art. 5 Abs. 1 EMRK, jedem Menschen ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Dieses statuiert einen Schutz vor Freiheitsentzug. Es geht insofern „nicht um die allgemeine Entfaltung der Persönlichkeit, sondern um eine Beschränkung der physischen Fortbewegungsmöglichkeiten“. ⁴⁶⁹ Der *Europäische Gerichtshof* hat allerdings die allgemeine Handlungsfreiheit als einen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts erkannt.⁴⁷⁰ Zudem ist die Garantie des Art. 53 EU-GRCh. zu beachten, dass keine Bestimmung der Charta im Sinne einer

⁴⁶⁴ Merten, in: HGR I, 2006, § 27 Rn. 19.

⁴⁶⁵ Zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen dienen Grundrechtsschranken. Lediglich dann wenn ein Eingriff nicht von den Grundrechtsschranken gedeckt ist, oder eben deren sog. Schranken-Schranken überschreitet, liegt eine Grundrechtsverletzung vor, *Kloepfer*, Verfassungsrecht II 2010, § 51, Rn. 39.

⁴⁶⁶ BVerfGE 105, 279 (299 ff.) In Abgrenzung zum klassischen Eingriffsbegriff: „Danach wird unter einem Grundrechtseingriff im Allgemeinen ein rechtsförmiger Vorgang verstanden, der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.“

⁴⁶⁷ Eine „mittelbar, faktische Wirkung“ genügt demnach, so das BVerfGE 105, 279 (300f.).

⁴⁶⁸ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* HStR IV, § 71 Rn. 79.

⁴⁶⁹ *Frenz* 2009, Rn. 1060.

⁴⁷⁰ *Frenz* 2009, Rn. 1062 ff. m.w.N. Fn. 5. Allerdings hat auch der *EuGH* in der späteren Rspr nicht mehr auf einen übergreifenden Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit zurückgegriffen. Vielmehr hat das Gericht nunmehr das generelle Erfordernis eines Schutzes gegen willkürliche oder unverhältnismäßige Eingriffe betont, was den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten zu entnehmen sei. Eine allgemeine Handlungsfreiheit wie im deutschen Verfassungsrecht gibt es hingegen in anderen Mitgliedstaaten nicht. Insofern betont das Gericht nunmehr generell, dass jegliche Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre der privaten Betätigung von natürlichen oder juristischen Personen aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen gerechtfertigt sein müssen. Vgl. zur Gewährleistung der Freiheit der Person durch EMRK und EGCR auch ausführlich *Dörr*, EMRK/GG, Kap. 13.

Verkürzung eines im Unionsrecht bereits anerkannten Menschenrechts ausgelegt werden darf.

Letztlich beinhalten weder die EU-GRCh. noch die EMRK ein mit Art. 2 Abs. 1 GG vergleichbares Auffanggrundrecht und somit auch keine Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit. Schutzlücken sind dadurch aber nicht zwingend gegeben, da die einzelnen europarechtlichen Grundrechtsverbürgungen jeweils einen umfassenden Schutz zahlreicher spezifischer Freiheiten beinhalten. So schützen EU-GRCh. und die EMRK als Individualfreiheiten, das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 1 EMRK), den Schutz vor Folter, Sklaverei und Zwangsarbeit (Art. 3, 4 EMRK); den Schutz des Privat- und Familienlebens sowie der Kommunikation (Art. 7 EU-GRCh.; Art. 8 Abs. 1 EMRK), der Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 Abs. 1 EU-GRCh.), die Freiheit eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen (Art. 9 EU-GRCh.), die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 EU-GRCh.; Art. 9 EMRK), die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit (Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 EU-GRCh.; Art. 10 EMRK), die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 EU-GRCh.; Art. 11 EMRK), die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 13 EU-GRCh.), die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten sowie die Erziehungsfreiheit (Art. 14 Abs. 3 EU-GRCh.), die Berufsfreiheit (Art. 15 Abs. 1 und 2 EU-GRCh.), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 EU-GRCh.), die Eigentumsfreiheit (Art. 17 EU-GRCh.), das Asylrecht (Art. 18 EU-GRCh.) sowie den Schutz bei Abschiebung (Art. 19 EU-GRCh.).

2.1.3 Zentrale Freiheitsrechte im digitalen Zeitalter

Fräglich ist, ob die umfassenden Freiheitsrechte, wie sie im Grundgesetz vor über sechzig Jahren formuliert wurden, auch jene für die freie Entfaltung des Einzelnen im digitalen Zeitalter erforderlichen Freiheitsräume ausreichend zu schützen vermögen. Es werden daher die für die freie Entfaltung des Einzelnen unter den Bedingungen des digitalen Zeitalters besonders bedeutenden Freiheitsrechte vertieft untersucht. Im Einzelnen werden das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und das Telekommunikationsgeheimnis erörtert. Dabei wird auch berücksichtigt, inwiefern diese durch die jüngeren Garantien in EMRK und EU-GRCh. geprägt sind. Notwendig ist diese abstrakte Untersuchung für die folgende Untersuchung der Vorratsdatenspeicherung, da hier die rechtlichen Grundlagen für die im Folgenden durchzuführende Abwägung aufgezeigt und dargestellt werden. Ohne ein Verständnis davon inwieweit das (verfassungs-)rechtliche System der Bundesrepublik Freiheit und Sicherheit schützt und garantiert, ist es nicht möglich, ein spezifisches sicherheitspolitisches Instrument in dieses einzuordnen.

2.1.3.1 Informationelle Selbstbestimmung

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht ausdrücklich im Grundrechtskatalog normiert. Es wurde 1983 vom *Bundesverfassungsgericht* im Volkszählungsurteil anerkannt und zwar als (Grund-)Recht, „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte of-

fenbart werden“, und „selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten bestimmen zu können“.⁴⁷¹

Es handelt sich um eine Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die als solche im Grundgesetz verankert ist. Lediglich die Ausprägung als ein Recht über personenbezogene Daten selbst zu bestimmen, ist hierbei neu und als Reaktion auf die technischen Neuerungen zu sehen.⁴⁷² Abgeleitet wird es aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Entsprechend fußt das informationelle Selbstbestimmungsrecht auf dem Gedanken der Selbstbestimmung.⁴⁷³ Eine allgemeine Unsicherheit darüber, ob die eigenen Verhaltensweisen staatlich beobachtet, notiert und in unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet werden, ist mit dem Selbstbestimmungsgrundsatz nicht in Übereinstimmung zu bringen. Deshalb erfasst der Schutzbereich des Grundrechts auch, dass jeder Einzelne erwarten darf, nicht zum bloßen Objekt heimlicher Beobachtungstätigkeit des Staates zu werden.⁴⁷⁴

Zu den zentralen Erkenntnissen des Volkszählungsurteils gehört die Feststellung, dass es kein „belangloses“ Datum gibt. Denn entscheidend für das Eingriffsgewicht der Erhebung oder Verwendung eines personenbezogenen Datums ist nicht allein ihr punktueller Informationsgehalt. Vielmehr kommt es auch auf Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeiten an.⁴⁷⁵ „Diese hängen einerseits von dem Zweck, dem die Erhebung dient, und andererseits von den der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungsmöglichkeiten ab. Dadurch kann ein für sich gesehen belangloses Datum einen neuen Stellenwert bekommen“.⁴⁷⁶

Hinter der informationellen Selbstbestimmung verbirgt sich neben diesen individualrechtlichen Aspekten auch eine Umschreibung der Struktur der Gesellschaft.⁴⁷⁷ Es handelt sich also nicht nur um ein individuelles Schutzrecht. Denn informationelle Selbstbestimmung ist eine „elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlich-demokratischen Gemeinwesens“, so das *Bundesverfassungsgericht*.⁴⁷⁸ Daher genügt es nicht, dass das Gewicht der für eine Einschränkung maßgebenden Allgemeininteressen allein die für den Betroffenen zu erwartenden Beeinträchtigungen überwiegt. Es sind vielmehr auch andere denkbare Nachteile einzubeziehen, die das staatliche Gemeinwesen erleidet, da

⁴⁷¹ BVerfGE 65, 1. Die Wurzeln in der Literatur sind älter, dazu *Trute* 2003, 162 Fn. 27.

⁴⁷² So auch *Benda*, DUD 1984, 86, 89.

⁴⁷³ BVerfGE 65, 1 (1, LS 1; 43).

⁴⁷⁴ *Neumann* 1993, 125.

⁴⁷⁵ Es handelt sich insofern um eine Abkehr von der bis dahin vertretenen Sphärentheorie, ausführlich dazu *Desoi/Knierim*, DÖV 2011, 398; *Simitis*, NJW 1984, 394 ff., 402; *Simitis*, in: *Simitis*, BDSG Komm 2011, § 1, Rn. 65 ff.

⁴⁷⁶ BVerfGE 65, 1, 45.

⁴⁷⁷ *Simitis*, NJW 1984, 394 ff., 399; vgl. dazu auch *Gusy* 2011, 410.

⁴⁷⁸ BVerfGE 65, 1, (43).

Vorratsdatenspeicherung

Zwischen Überwachungsstaat und Terrorabwehr

Moser-Knierim, A.

2014, XXVII, 426 S. 1 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-04155-7