



Bundesministerin der Justiz Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Berlin

Der Vorschlag zu einer EU-Datenschutzgrundverordnung im Lichte des Grundrechtsschutzes *

In ihrem Beitrag behandelt Frau Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger den umfangreichen Verordnungsvorschlag zu einer Europäischen Datenschutzgrundverordnung von EU-Justizkommissarin Viviane Reding, dessen Ziel die Stärkung des Daten- und somit auch des Grundrechtsschutzes sei. Dabei bestehe bereits im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG die Verpflichtung, im Sinne einer bestmöglichen Geltung der nationalen Grundrechte an dem EU-Rechtsakt mitzuwirken.

Das Thema Datenschutz mit seiner freiheitssichernden Funktion fristete lange Zeit das Dasein einer Nischenthematik mit nur temporärer Wahrnehmung. Heute indes spielen datenschutzrechtliche Fragen in den rechts-, medien- und insbesondere netzpolitischen Debatten eine fortwährend bedeutende Rolle. Die Sensibilität für datenschutzrechtliche Belange hat sich auch in Europa entwickelt, sodass das Recht auf Datenschutz heute fester Bestandteil des europäischen Grundrechtkanons in Art. 8 GrCh ist.

Während die Verfasserin den Stellenwert des Datenschutzes auf europäischer Ebene aus deutscher Sicht grundsätzlich begrüßt, seien zugleich die nationalen datenschutzrechtlichen Standards ein klarer Auftrag für Deutschland, wodurch es eine Abschwächung des bisher vergleichbar hohen Datenschutzniveaus zu verhindern gelte. Es sei darauf hinzuwirken, dass der in Deutschland derzeit durch die nationalen Grundrechte gewährleistete Schutz – insbesondere bei der Datenerhebung und -verarbeitung durch öffentliche Stellen – auch bei einer Regelung auf EU-Ebene weiterhin gewahrt bleibe.

Mit den nachfolgenden Überlegungen beleuchtet die Autorin zunächst einige grundlegende Aspekte des VO-Entwurfes vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts (1.). Dem sind Überlegungen zu den Auswirkungen des VO-Entwurfes auf die nationalen Grundrechte angeschlossen (2.), um darauf aufbauend der Frage nachzugehen, ob der Grundrechtsschutz durch den VO-Entwurf grundsätzlich in Gefahr ist (3.). Abgerundet wird der Beitrag mit Leitlinien für die weiteren Verhandlungen auf europäischer Ebene (4.).

Im Beitragsverlauf bespricht Frau Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger die Probleme, welche eine Vollharmonisierung mit sich brächte, und zeigt als Lösungsansatz die Einfügung bereichsspezifisch normenklarer Öffnungsklauseln zu Gunsten der Mitgliedstaaten auf. Diese könnten danach in Teilgebieten weiter nationales Datenschutzrecht erlassen, um entstehende Lücken im Bereich des individuellen Grundrechtsschutzes abzumildern, die notwendige Kooperation der Gerichte zu erreichen und den Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht zu werden. Auf diese Weise käme die Europäische Union dem erklärten Ziel der Schaffung eines hohen Datenschutzstandards näher.

* Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Bundesministerin der Justiz und Mitglied des Deutschen Bundestags hat diesen Beitrag gemeinsam mit ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter in ihrem Bundestagsbüro, Simon Hillmann, LL.M. (Köln/Paris 1), verfasst.

S. 167

- HFR 10/2012 S. 1 -

- 1 Beim *Volkszählungs-Urteil*¹ Anfang der 80er Jahre ging es noch darum, dass der Staat von Tür zu Tür ging, um Daten quasi von Hand abzufragen. Heute hinterlässt jeder Smartphone-Benutzer täglich eine – für damalige Verhältnisse – unvorstellbare Menge an Bewegungs- und Kommunikationsdaten. Doch der Unterschied liegt nicht nur in der größeren Quantität und Qualität der Daten oder einer veränderten Gefährdungslage für die Daten durch fortschreitende technische Möglichkeiten: Früher waren es fast ausschließlich staatliche Stellen, die Daten erhoben, sammelten und auf Lochkarten übertrugen. Heute sind es aber gerade auch private Firmen wie *facebook* oder *google*, die umfangreiche Datenberge anlegen.
- 2 Lange Zeit fristete der Datenschutz das Dasein einer weitgehend unbeachteten Nischenthematik. Doch dies hat sich in den letzten Jahren grundlegend geändert. Fragen des Datenschutzes spielen in der aktuellen rechts- und netzpolitischen Debatte eine außerordentlich wichtige Rolle. Auch in Europa hat sich eine Sensibilität für datenschutzrechtliche Belange entwickelt. Das Recht auf Datenschutz ist heute – nicht zuletzt aufgrund der Einflüsse Deutschlands – fester Bestandteil des europäischen Grundrechtkanons. Vor allem das Bundesverfassungsgericht spielte dabei mit seiner Judikatur vom *Volkszählungsurteil* bis hin zur jüngsten Entscheidung zur *PIN-Abfrage*² eine herausragende Rolle.
- 3 Es ist daher nicht zuletzt der in Deutschland vorhandenen Datenschutzsensibilität zu verdanken, dass sich die Kommissarin Viviane Reding mit einem umfangreichen Verordnungsvorschlag zu einer Europäischen Datenschutzgrundverordnung dem Thema Datenschutz in Europa angenommen hat und ihm erkennbar einen hohen Stellenwert einräumt.³ Aus deutscher Sicht ist dies grundsätzlich begrüßenswert, ist dies doch ein aktiver Beitrag zur Ausgestaltung der Europäischen Union als Grundrechteunion.
- 4 Gleichzeitig sind aber die nationalen datenschutzrechtlichen Standards ein klarer Auftrag für Deutschland. Eine Abschwächung des bisherigen Datenschutzniveaus gilt es zu verhindern. Um das Ziel des Entwurf einer EU-Datenschutzgrundverordnung (VO-Entwurf) – die Stärkung des Daten- und damit auch des Grundrechtsschutzes – zu realisieren, muss Deutschland darauf hinwirken, dass der in Deutschland derzeit durch die nationalen Grundrechte gewährleistete Schutz – insbesondere bei der Datenerhebung und -verarbeitung durch öffentliche Stellen – auch bei einer Regelung auf EU-Ebene weiterhin (mindestens) gewahrt bleibt. Sicherlich wird dieses Ziel nicht in allen Bereichen möglich und Abstriche vom deutschen Datenschutzniveau unvermeidbar sein. Dennoch ist die Bundesregierung bereits im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG dazu verpflichtet, im Sinne einer bestmöglichen Geltung der nationalen Grundrechte an diesem EU-Rechtsakt mitzuwirken.

S. 168

- HFR 10/2012 S. 2 -

- 5 Die Notwendigkeit, bei dem vorliegenden Verordnungsvorschlag genau hinzusehen, darf nicht als ein Ausbremsen der europäischen Bemühungen missverstanden werden.⁴ Selbstverständlich wird es politisch schwer werden, alle europäischen Mitgliedsstaaten von der Notwendigkeit neuer Datenschutzregeln zu überzeugen. Hierbei ist die Kommission auf Unterstützung aus den Mitgliedstaaten angewiesen. Selbstverständlich kommt Deutschland mit seinem vergleichbar hohen Datenschutzstandard eine besondere politische Verantwortung für das Zustandekommen europäischer Datenschutzstandards zu. Dennoch wäre es fatal, den deutschen Datenschutzstandard auf dem Al-

¹ BVerfGE 65, 1 ff. – Volkszählung.

² Beschluss vom 24. Januar 2012, 1 BvR 1299/05.

³ Parallel zu dem Entwurf einer EU-Datenschutzgrundverordnung hat Kommissarin Reding ebenfalls einen Richtlinienentwurf für den Datenschutz im Bereich Polizei und Justiz vorgestellt; dieser soll jedoch nicht Gegenstand der weiteren Erörterungen sein.

⁴ Siehe hierzu ein Interview von EU-Justizkommissarin Viviane Reding und dem Bundesdatenschutzbeauftragten Peter Schaar „Gegen Goliath muss Goliath kämpfen“, abgedruckt im Tagesspiegel vom 21.03.2012.

tar eines europäischen Konsenses zu opfern.

- 6 Die Kommission drückt bei den Verhandlungen zu dem VO-Entwurf auf das Tempo. So ist beabsichtigt, die Verhandlungen zügig abzuschließen. Ob dies in Anbetracht der Komplexität und Quantität der mit dem VO-Entwurf einhergehender Fragestellungen realistisch ist, muss bezweifelt werden. Vor allem aber würde es der grundsätzlichen Bedeutung der vorgelegten Vorschläge nicht gerecht werden, eine notwendig zu führende Diskussion über den Entwurf in einem zu eng geschnürten Zeitrahmen zu ersticken.
- 7 Dabei verdient der Entwurf zweifellos die Feststellung, dass darin eine Reihe positiver Ansätze enthalten sind. So sind die beabsichtigte Stärkung der Rechte der Betroffenen, die ausdrückliche Verankerung des Transparenzprinzips, die Einführung der Grundsätze des *Privacy by Design* und *Privacy by Default*, das Recht auf Datenportabilität, die Informationspflichten im Fall des Datenverlustes, die verbesserte Ausstattung und Zusammenarbeit der Datenschutzaufsichtsbehörden und auch die geplante Ausweitung des räumlichen Anwendungsbereichs des EU-Datenschutzrechts auf Unternehmen in Drittstaaten, die ihre Aktivität gezielt an EU-Bürger richten, zu begrüßen. Durchaus bemerkenswert ist, dass eine Vielzahl der enthaltenen Vorschläge, wie beispielsweise das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, die Auftragsdatenverarbeitung oder auch die Institution des betrieblichen Datenschutzbeauftragten, dem deutschen Datenschutzrecht nachgebildet sind.
- 8 Jedoch darf diese Aufzählung nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Verordnungsentwurf – teilweise sehr grundsätzliche – Fragen aufwirft, welche einer kritisch-konstruktiven Betrachtung bedürfen. Diese Fragen allesamt zu erörtern, würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Daher kann der vorliegende Beitrag diese nur unvollständig darlegen und möchte vielmehr einen grundsätzlichen Aspekt des Verordnungsentwurfs ins Zentrum der hier anzustellenden Überlegungen stellen: die Auswirkungen einer Vollharmonisierung des Datenschutzrechts auf den Grundrechtsschutz auch bei rein nationalen Sachverhalten.

S. 169

- HFR 10/2012 S. 3 -

- 9 In einem Beitrag in der *Süddeutschen Zeitung*⁵ äußerte der Verfassungsrichter Prof. Dr. Johannes Masing die Befürchtung, die von der Kommission beabsichtigte Vollharmonisierung des europäischen Datenschutzrechtes führe zu einer „grundstürzenden“ Beeinträchtigung des Grundrechtsschutzes in Deutschland. Es stehe zu befürchten, dass der Grundrechtsschutz der Bürger gerade in einem so grundrechtssensiblen Bereich wie dem Datenschutz in nicht vertretbarer Weise geschmälert werden könne. Allein die grundsätzliche Bedeutung dieser Frage verdient es, dass die Thesen Masings nicht ungehört in der Vielzahl der zu verhandelnden Fragen rund um den VO-Entwurf untergehen.
- 10 Mit den nachfolgenden Überlegungen sollen daher zunächst einige grundlegende Aspekte des VO-Entwurfs vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils⁶ des Bundesverfassungsgerichts beleuchtet werden (1.). Dem sind Überlegungen zu den Auswirkungen des VO-Entwurfes auf die nationalen Grundrechte anzuschließen (2.), um darauf aufbauend der Frage nachzugehen, ob der Grundrechtsschutz durch den VO-Entwurf tatsächlich grundsätzlich in Gefahr ist, wie Masing befürchtet (3.). Abgerundet wird der Beitrag mit Leitlinien für die weiteren Verhandlungen auf europäischer Ebene (4.).
- 11 **1. Vollharmonisierung des Datenschutzrechtes im Lichte des Lissabon-Urteils**

Seit dem Vertrag von Lissabon steht der Europäischen Union mit Art. 16 Abs. 2 AEUV eine Rechtsgrundlage zur Verfügung, die zur Regelung des Datenschutzes auch durch

⁵ Johannes Masing, „Ein Abschied von den Grundrechten“, abgedruckt in der *Süddeutschen Zeitung* vom 9.1.2012.

⁶ BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon-Vertrag.

EU-Verordnung ermächtigt. In der Lissabon-Entscheidung urteilte das Bundesverfassungsgericht, dass mit den EU-Verträgen weder die für die Verfassungsorgane unverfügbare verfassungsgebende Gewalt übertragen noch die staatliche Souveränität aufgegeben werde.⁷ Hierbei ist auch die in Art. 16 Abs. 2 AEUV enthaltene begrenzte Einzelermächtigung für den Bereich des Datenschutzes durch das Bundesverfassungsgericht unbeanstandet geblieben. Bewegt sich also die EU mit der Harmonisierung innerhalb der ihr zugewiesenen Kompetenz, was auf der Grundlage des konkreten Regelungsvorschlages im Einzelnen noch geprüft wird, muss zunächst davon ausgegangen werden, dass der VO-Entwurf nicht „grundstürzend“ sein kann.

S. 170

- HFR 10/2012 S. 4 -

- 12 Jedoch hatten die Verfassungsrichter bei der Zustimmung zum Lissabon-Vertrag insbesondere die materiell-rechtlichen Schutzmechanismen des Vertrages selbst im Blick. Die europäische Vereinigung auf Grundlage einer Vertragsunion souveräner Staaten muss so verwirklicht werden, dass materiell-rechtliche Schutzmechanismen eine volle Ausschöpfung einer Ermächtigung durch die EU verhindern, die dazu führt, dass das Maß überschritten wird, nach welchem dem einzelnen Mitgliedstaat kein hinreichender Raum zur politischen Gestaltung mehr verbleibt. Vor dem Hintergrund des Lissabon-Urteils kann daher eine Ausschöpfung der Ermächtigung des Art. 16 Abs. 2 AEUV durch Verordnung dann als verfassungskonform betrachtet werden, wenn hierbei insbesondere das Gebot, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu wahren (Art. 4 Abs. 2 EUV), der Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 EUV), und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 EUV), geachtet werden.⁸ Dies bedarf einer sorgfältigen Prüfung.
- 13 Ein Eingriff in die nationale Identität der Mitgliedstaaten dürfte der VO-Entwurf – trotz massiver, im weiteren noch zu thematisierenden Folgen für den nationalen Gesetzgeber – nicht darstellen. Im Lissabon-Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht selbst bei den weitreichenden Kompetenzübertragungen etwa im Bereich der Strafrechtspflege, der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen und der Handelspolitik noch keinen entsprechenden Substanzverlust angenommen, der einen Verstoß gegen das Gebot der Wahrung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten begründet hätte.⁹ Diese äußerste verfassungsrechtliche Grenze dürfte der VO-Entwurf daher nicht überschreiten.
- 14 Dennoch muss bei dem Ansatz der Kommission, sämtliche, bisher durch die Mitgliedstaaten geregelten Materien auf europäischer Ebene zu vereinheitlichen, darauf geachtet werden, dass der Subsidiaritätsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt bleiben. Im Ausgangspunkt ist hierbei insbesondere von Bedeutung, dass die Verordnung – wie auch bereits die aktuelle Richtlinie 95/46/EG – nicht zwischen dem öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich differenziert. So ist aber der Umgang mit personenbezogenen Daten durch Private – zumindest aus deutscher grundrechtsdogmatischer Perspektive – zunächst einmal freiheitliche Grundrechtsausübung, bei der das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit anderen Grundrechten, insbesondere mit dem Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit und unternehmerischer Freiheit in Einklang zu bringen ist. Hingegen ist im öffentlichen Bereich der Umgang mit personenbezogenen Daten zuvörderst ein Grundrechtseingriff, der einer gesetzlichen Erlaubnis bedarf. Hieraus folgen jedoch nicht nur verschiedene grundrechtliche Prüfungsprogramme. Auch mit Blick auf den Subsidiaritätsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist diese Unterscheidung von Belang.

S. 171

- HFR 10/2012 S. 5 -

- 15 Nach Art. 5 Abs. 3 EUV wird die Union in den Bereichen der geteilten Zuständigkeit nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend

⁷ BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon-Vertrag, juris Rn. 279.

⁸ BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon-Vertrag, juris Rn. 304.

⁹ BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon-Vertrag, juris Rn. 352 - 376.

verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Zumindest für den nicht-öffentlichen Bereich wird nur schwer von der Hand zu weisen sein, dass eine vollharmonisierte europaweite Regelung dort durchaus notwendig und besser erscheint, wo es um den kommerziellen Umgang mit personenbezogenen Daten geht. Um hier eine Verbesserung des europäischen Datenschutzniveaus, vor allem aber beim Vollzug gegenüber Unternehmen aus Drittstaaten wie *google* oder *facebook* zu erreichen, scheint eine europaweite einheitliche Rechtslage durchaus erforderlich. Doch gleiches kann für den öffentlichen Bereich nicht ohne weiteres gelten. Es bedarf der Begründung, weshalb das Datenschutzrecht hier auch für rein nationale Sachverhalte einer einheitlichen europaweiten Regelung bedarf. Zahlreiche bereichsspezifische Datenschutzregelungen in Bundes- und Landesrecht tragen in Deutschland zu einem hohen Datenschutzniveau und Rechtssicherheit bei. Den Nachweis, dass hier ein vergleichbar hohes Datenschutzniveau auf europäischer Ebene besser zu verwirklichen ist, ist dem VO-Entwurf nicht zu entnehmen. Und auch in der Frage, ob eine Regelung des öffentlichen Bereiches auf europäischer Ebene überhaupt noch von der Kompetenzzuweisung des Art. 16 Abs. 2 AEUV gedeckt ist, gibt es gute Argumente dafür und dagegen. Dieser Punkt bedarf daher noch weiterer intensiver Erörterungen. Der knapp gehaltene Verweis der Kommission, der VO-Entwurf verstoße nicht gegen den Subsidiaritätsgrundsatz des Art. 5 Abs. 3 EUV, wirkt daher wenig überzeugend.¹⁰

- 16 Auch die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, Art. 5 Abs. 4 EUV bedürfen noch einer intensiven Prüfung. Diese Notwendigkeit resultiert insbesondere daraus, dass sich der Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechtes auf alle Tätigkeiten im „Geltungsbereich des Unionsrechts“ erstrecken soll, Art. 2 Abs. 2 lit. a des VO-Entwurfes. Wie bereits angeführt existieren aber insbesondere im öffentlichen Bereich zahlreiche bereichsspezifische datenschutzrechtliche Regelungen, die den Besonderheiten der jeweiligen Rechtsgebiete Rechnung tragen. Allein im Kompetenzbereich des Bundes lassen sich – ohne dass diese Aufzählung Anspruch auf Vollständigkeit erhebt – 44 Gesetze aufzählen, die bereichsspezifische datenschutzrechtliche Regelungen enthalten.¹¹ Aber auch im Landesrecht existieren zahlreiche bereichsspezifische Datenschutzregelungen. Die Vorschriften zur Datenerhebung und Verarbeitung im Bereich der Gefahrenabwehr, wie sie alle Polizeigesetze der Länder kennen, sind hier exemplarisch zu nennen. Ob aber diese allesamt aufgrund des vom EuGH entwickelten Anwendungsvorrangs des Europarechts¹² und des wenig klaren sachlichen Anwendungsbereichs des VO-Entwurfes („Geltungsbereichs des Unionsrechts“) nicht mehr anwendbar wären, lässt sich nicht ohne weiteres feststellen. Zwar enthalten neben den Art. 80 ff. „in den Grenzen der Verordnung“ für die Bereich des Medien-, Gesundheits- und Beschäftigtendatenschutz auch der Art. 6 Abs. 3 des VO-Entwurfes eine ausdrückliche Befugnis zur Schaffung nationaler Datenschutzregelungen. Wie weit diese Öffnungen zugunsten mitgliedstaatlichen Rechts jedoch reichen, ob hiervon nur generalklauselartige Regelungen oder aber der Fortbestand existierender Regelungen aller Phasen der Datenverarbeitung, der Verwendungszwecken, von Art und Umfang der Daten und Löschfristen erfasst sind, beantwortet der VO-Entwurf nicht eindeutig. Allein aufgrund dieser Tatsache bereitet die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des VO-Entwurfes derzeit erhebliche Schwierigkeiten.¹³ Im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit des VO-Entwurfes sollte der sachliche Anwendungsbereich des VO-Entwurfes daher sehr präzise

¹⁰ Vergleiche hierzu die Begründung des Vorschlags einer europäischen Datenschutzgrundverordnung, S. 6 f., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0011:FIN:DE:PDF> (abgerufen am 02.11.2012).

¹¹ So beispielsweise das Aufenthaltsgesetz (Datenschutz im Aufenthaltsrecht, §§ 86ff.), die Zivilprozessordnung (u.a. elektronische Akte, § 298a), das Bürgerliches Gesetzbuch (u.a. Güterrechtsregister, § 1558), das Telemediengesetz (Datenschutz bei Telemedien, §§ 7ff.) oder im Bereich des SGB (SGB II Datenschutz zur Grundsicherung (Kap. 6); SGB III Datenschutz zur Arbeitsförderung (§§ 394 ff.); SGB V Datenschutz zur gesetzlichen Krankenversicherung (§§ 284 ff.); SGB VI Datenschutz zur Rentenversicherung (§§ 274 ff.)).

¹² St. Rspr. seit EuGH Rs. 6/64 Costa/ENEL, Rz. 8 bis 12.

¹³ Im VO-Entwurf (Fn. 11) konstatiert die Kommission lediglich, die Ausarbeitung des Vorschlags habe sich von der Feststellung und Analyse der möglichen Optionen bis hin zu seiner Formulierung an dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientiert, S. 7.

formuliert und normenklare bereichsspezifische Öffnungsklauseln zu Gunsten der Mitgliedstaaten vorgesehen werden.

S. 172

- HFR 10/2012 S. 6 -

17 2. Die Auswirkungen der Vollharmonisierung auf die nationalen Grundrechte

Bekanntlich zählt der durch die Rechtsprechung des EuGH begründete Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu den Grundsätzen des Europarechts.¹⁴ Mit der Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon haben die Mitgliedstaaten diesen Grundsatz nochmals bekräftigt.¹⁵ Daraus folgt nicht nur, dass Unionsrecht – und damit auch eine nach Art. 288 AEUV allgemein, unmittelbar und in allen ihren Teilen verbindlich geltende Verordnung – vor nationalem Recht anzuwenden ist. Auch eine Berufung auf nationale Grundrechte gegenüber dem Unionsrecht ist – zumindest aus europäischer Sicht – nicht zulässig. Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht durch die *Solange-II*-Rechtsprechung auch dem Grunde nach akzeptiert.¹⁶

18 Im Falle einer Vollharmonisierung des Datenschutzrechts durch den VO-Entwurf wird damit der grundrechtliche Prüfungsmaßstab die seit dem 1.12.2009 im Rang von Primärrecht verbindlich geltende EU-Grundrechtecharta sein.¹⁷ Zwar ist der Begriff der Durchführung des Unionsrechts nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh nach wie vor umstritten, was noch heute von den intensiven Verhandlungen im Grundrechtskonvent über die Frage des Anwendungsbereiches der EU-Grundrechtecharta zeugt.¹⁸ Dennoch ist es als unstreitig zu betrachten, dass der Vollzug einer Verordnung durch die staatlichen Stellen eine Durchführung im Sinne der Charta darstellt. Entscheidend für die grundrechtliche Beurteilung des VO-Entwurfs sind damit insbesondere Art. 8, aber auch Art. 7, gegebenenfalls Art. 1 der Grundrechtecharta sowie die Gewährleistungen der EMRK. Gerade in dem so grundrechtssensiblen Bereich wie dem Datenschutz, zu dem eine ausdifferenzierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts existiert, wären die nationalen Grundrechte nicht mehr anwendbar. Auch ein auf einer zukünftigen EU-Verordnung basierender Vollzugsakt deutscher Datenschutzbehörden dürfte der Überprüfbarkeit am Maßstab der nationalen Grundrechte entzogen bleiben, da das Bundesverfassungsgericht auch diesbezüglich seine Prüfungscompetenz zurückstellt¹⁹ und insoweit auf die Pflicht der Instanzgerichte zum Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV verweist.²⁰

S. 173

- HFR 10/2012 S. 7 -

19 Dabei dürfte die Wahl des Regelungsinstrumentes für die Frage eines verbleibenden Anwendungsbereichs der nationalen Grundrechte nicht von entscheidender Bedeutung sein. Es ist kein neues Phänomen, dass sich europäische Richtlinien und Verordnungen immer stärker aufeinander zubewegen. So kann eine Richtlinie, wie für die noch geltende Datenschutzrichtlinie 95/46/EG jüngst durch den EuGH im *Fall Spanien*²¹ entschieden, durchaus eine Vollharmonisierung auf EU-Ebene bewirken. Andererseits können auch EU-Verordnungen den Mitgliedstaaten Spielräume belassen. Auch sieht der

¹⁴ Fn. 13.

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0335:0359:DE:PDF> (abgerufen am 02.11.2012); im Lissabon-Urteil (BVerfGE 123, 267 ff., Rn. 331) stellt das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Lissabon indes klar, dass die Bundesrepublik Deutschland hierdurch keinen verfassungsrechtlich bedenklichen unbedingten Geltungsvorrang des Unionsrechts anerkenne, sondern allein die geltende Rechtslage in der bisherigen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht bestätige.

¹⁶ BVerfGE 73, 339 ff. – Solange II.

¹⁷ Vergleiche hierzu grundlegend: EuGH – Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 (Wachauf).

¹⁸ Vergleiche hierzu Borowsky in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Art. 51 Rn. 2-9a.

¹⁹ Vergleiche hierzu: BVerfGE 102, 147 (164) – Bananenmarktverordnung.

²⁰ BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II; 82, 159 (194 ff) – Absatzfonds; vergleiche insgesamt zur Vorlagepflicht: Kloepfer, Verfassungsrecht, Bd. 1, § 42, Rn. 72 ff.

²¹ EuGH, Urteil vom 24.11.2011 – C-468, 469/10 (Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito [ASNEF], Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo [FECEDM] [C-469/10]/Administración des Estado).

EuGH eine Bindung an die Gemeinschaftsgrundrechte nicht nur für Verordnungen, sondern auch für Richtlinien als gegeben an. So ging er in der Rechtssache „X“²² von einer Bindung an die Gemeinschaftsgrundrechte der Mitgliedsstaaten bei der Auslegung und Anwendung von nationalem Recht, das eine Richtlinie umsetzt, sowie in der Rechtssache „Johnston“²³ und „Coote“²⁴ bei der Richtlinienumsetzung aus.²⁵ Zumindest teilweise hat das Bundesverfassungsgericht den extensiven Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte des EuGH in der Entscheidung „Emissionshandel II“²⁶ akzeptiert. So stellt das Verfassungsgericht im Lichte der Solange-II-Rechtsprechung seine Prüfungskompetenz am Maßstab der nationalen Grundrechte für innerstaatliche Rechtsvorschriften, die eine Richtlinie in deutsches Recht umsetzen, die den Mitgliedsstaaten keinen Umsetzungsspielraum lässt, sondern zwingende Vorgaben macht, zurück.

- 20 Aus diesen Erwägungen folgt, dass nicht die Wahl des Regelungsinstrumentes, sondern – auch hier – die Öffnungsklauseln zu Gunsten der Mitgliedstaaten die entscheidende Rolle bei der Frage spielen, ob auch in Zukunft die nationalen Grundrechte im Bereich des Datenschutzrechtes anwendbar bleiben. Auch um den grundrechtlichen Prüfungsmaßstab eines zukünftigen europäischen Datenschutzrechtes eindeutig bestimmen zu können und Kompetenzkonflikte zwischen EuGH und dem Bundesverfassungsgericht zu vermeiden, erscheint es daher geboten, dass die bereits an einigen Stellen des VO-Entwurfes enthaltenen Spielräume der Mitgliedstaaten durch normenklare Abgrenzungen der europäischen und nationalen Zuständigkeiten konkretisiert werden.²⁷

21 **3. Vollharmonisierung als Gefahr für den Grundrechtsschutz?**

Dabei drängt sich jedoch die Frage auf, ob es überhaupt weiterhin der Anwendung nationaler Grundrechte im Bereich des Datenschutzrechtes bedarf. Ist der Grundrechtsschutz durch eine Vollharmonisierung tatsächlich grundsätzlich in Gefahr? Oder ist dies nicht Ausdruck eines in einer globalisierten Welt kaum mehr haltbaren Verfassungsnationalismus? Ließe sich der These Masings nicht ohne weiteres entgegenhalten, dass der Datenschutz mittlerweile fester Bestandteil des europäischen Grundrechtekanons ist und auch das Grundgesetz nach der Solange-II-Formel des Bundesverfassungsgerichts keinen in jeder Hinsicht identischen, sondern nur im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz durch das Unionsrecht verlangt? Letzteres insbesondere, wo das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil doch betont, dass es seine eigene Gerichtsbarkeit im Vertrauen auf die entsprechende Aufgabenwahrnehmung durch den EuGH zurückstelle?²⁸

S. 174

- HFR 10/2012 S. 8 -

22 **a. Notwendige Kooperation der Gerichte beim Grundrechtsschutz**

Zwar hat sich der EuGH bereits vor über 40 Jahren im Fall *Stauder*²⁹ mit einem europarechtlichen Anspruch auf Schutz persönlicher Daten befasst. Auch hat die Auseinandersetzung des EuGH mit dem unionsrechtlichen Datenschutzgrundrecht in den letzten Jahren unbestreitbar an Intensität gewonnen³⁰ und würde durch ein vollharmonisiertes europaweites Datenschutzrecht einen weiteren Schub erhalten. Dennoch ist das Grundrecht auf Datenschutz in Art. 8 Grundrechtecharta bisher nur ansatzweise ausgebildet.³¹ Es wird dauern, bis die Gewährleistungen des Unionsgrundrechts einen mit dem

²² EuGH, Urteil vom 12.12.1996 – verb. Rs. C-74/95 und C-129/95, Slg. 1996, Rn. 25 ff. (X).

²³ EuGH, Urteil vom 15.05.1986 – Rs. 222/84, Slg. 1986, 1163 (Johnston).

²⁴ EuGH – Rs. C-185/97, Slg. 1998, I-5199, Rn. 21 f. (Coote).

²⁵ Vergleiche zum Ganzen: Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, § 4 Rn. 303 ff.; Christian Callies, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte, JZ 3/2009 m. w. N.

²⁶ BVerfGE vom 13. März 2007 – 1 BvR 2036/05 (Emissionshandel II).

²⁷ Vergleiche hierzu die Ausführungen unter 1.

²⁸ BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon-Vertrag, juris Rn. 337.

²⁹ EuGH, Slg. 1969, 419 ff. – *Stauder*, Rn. 7.

³⁰ Eine Übersicht hierzu bietet: Britz, Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes?, EuGRZ 2009, 1, 7 ff. m.w.N.

³¹ Grundlegend zu den punktuellen dogmatischen Konturen zu Art. 8 der Grundrechtecharta: Britz (Fn. 31) 1, 6 ff., 9.

Recht auf informationelle Selbstbestimmung vergleichbaren Grad der Ausdifferenzierung erlangt haben werden. Aufgrund des sehr offenen textlichen Befunds von Art. 8 Grundrechtecharta wird die Ausgestaltung des unionsrechtlichen Grundrecht auf Datenschutz dabei auf richterrechtliche Rechtsfortbildung angewiesen sein; das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zeigt dies beispielhaft.³² Hierbei erscheint es methodisch durchaus angemessen, dass die grundrechtsdogmatischen und -theoretischen Erfahrungen aus den Mitgliedsstaaten bei der weiteren inhaltlichen Ausgestaltung des Unionsgrundrechts auf Datenschutz einfließen werden.³³

- 23 In einer solchen Situation, in der ein europäisches Datenschutzgrundrecht generell erst im Entstehen begriffen ist, ganz besonders aber in einem Bereich, in dem nicht zuletzt die technische Entwicklung immer neue Grundrechtsfragen aufwirft, bedarf die Schaffung hoher Grundrechtsstandards in einem Mehrebenensystem wie der Europäischen Union der Kooperation der Gerichte. Die europäischen Gerichte müssen im Rechtsprechungsdialog miteinander stehen,³⁴ sich gegenseitig mit dogmatischen Ideen inspirieren ja auch wenn nötig Druck aufeinander ausüben.
- 24 So kann trotz manchen diplomatischen Verwerfungen sicherlich konstatiert werden, dass nationale Vorbehaltsklauseln wie die Solange-II-Formel des Bundesverfassungsgerichts dem europäischen Grundrechtsschutz nicht geschadet haben – im Gegenteil. Und es ist nicht verwunderlich und zeugt beispielhaft von der Notwendigkeit der Kooperation der Gerichte bei der Ausgestaltung der Unionsgrundrechte, dass die Generalanwältin Kokott in ihrem Schlussantrag in der Rechtssache *Promusicae*³⁵ auf dogmatische Figuren des Bundesverfassungsgerichts zurückgriff.³⁶ Ferner kann auch davon ausgegangen werden, dass die nationalen Gerichte, die dem EuGH bereits jetzt in durchaus erheblichem Umfang Grundrechtsfragen im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens, Art. 267 AEUV, vorlegen, dies in Zukunft verstärkt tun werden und damit zur Konkretisierung der Gemeinschaftsgrundrechte beitragen. Hierbei ist es durchaus legitim und der Ausgestaltung der Unionsgrundrechte zuträglich, wenn die nationalen Gerichte bei der Formulierung und Begründung der Vorlagefragen auf den eigenen verfassungsrechtlichen *acquis* zurückgreifen. Selbst aus den Reihen des EuGH wird die Notwendigkeit eines solchen Rechtsprechungsdialogs betont und eine Einflussnahme durch die mitgliedersstaatlichen Gerichte, die im Dienste der Auslegung des Unionsrechts steht und im Stile sachlich-argumentativer Auseinandersetzung erfolgt, für ein notwendiges Zusammenwirken gehalten.³⁷ So schreibt der deutsche Richter am EuGH von Danwitz, dass „ein recht verstandenes Ringen um die richtige Lösung [...] unter ehrpusseliger Eitelkeit nur leiden, vom Engagement aller Beteiligten aber erheblich profitieren [können].“³⁸ Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

S. 175

- HFR 10/2012 S. 9 -

- 25 Gerade im Bereich der informationellen Selbstbestimmung, wo immer neue technische Möglichkeiten stets neue verfassungsrechtliche Antworten erfordern, kann nichts anderes gelten. Wenn aber den nationalen Grundrechten im Bereich der persönlichen Daten kein Anwendungsbereich mehr verbleibt, wie soll den nationalen (Verfassungs-) Gerichten dann auch in Zukunft im Rahmen eines fruchtbaren Rechtsprechungsdialogs eine solche Inspirationsfunktion im Stile „sachlich-argumentativer Auseinandersetzung“ zukommen? Durch eine Vollharmonisierung ohne nationale Öffnungsklauseln würde diese Quelle versiegen. Ein „Engagement aller Beteiligten“, wie es unter anderem von Danwitz für notwendig hält, wäre gerade in diesem grundrechtssensiblen Bereich nicht

³² BVerfGE vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (Online-Durchsuchung).

³³ Britz (Fn. 31), EuGRZ 1, 11.

³⁴ Hierzu statt vieler: Von Danwitz, Kooperation der Gerichtsbarkeiten, ZRP 2010, 143 ff.; Pernice, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, EuR 2011, 151, 153 ff.

³⁵ Schlussantrag GAin Kokott Rs. C-275/06 – *Promusicae*, Rn. 57.

³⁶ Britz (Fn. 31), 1, 11.

³⁷ In diesem Sinne: Von Danwitz (Fn. 35) 143, 145.

³⁸ Von Danwitz, Kooperation der Gerichtsbarkeiten, ZRP 2010, 143, 145.

mehr möglich. Letztlich ist es daher im Interesse der Europäischen Union und kommt der inhaltlichen Fortentwicklung des europäischen Grundrechtsschutzes zugute, wenn dem nationalen Datenschutzrecht auch in Zukunft ein Anwendungsbereich verbleibt.³⁹

26 b. Vollharmonisierung als kapazitätsmäßige Überforderung des EuGH

Auch müssen bei den Beratungen über den VO-Entwurf die Kapazitäten des EuGH im Auge behalten werden. Mit dem Vertrag von Lissabon ging ein nicht unerhebliches Anwachsen der Zuständigkeiten des EuGH einher, welches sich bereits in den Rechtssprechungsstatistiken deutlich niederschlägt und auch in Zukunft zu einem weiteren Anstieg führen wird.⁴⁰ So erreichte die Zahl der neu eingegangenen Rechtssachen im Jahr 2011 mit 688 zum zweiten Mal nach 2009 und 2010 einen neuen Höchststand in der Geschichte des Gerichtshofs. Gegenüber 2009 mit 562 beziehungsweise 2010 mit 631 neuen Rechtssachen bedeutet dies ein Zuwachs von über 22 % (2009) und 9,1% (2010). Bei den Vorabentscheidungsersuchen waren die Zuwächse noch höher: Erreichten den Gerichtshof 2009 noch 302 Vorabentscheidungsersuchen, so waren es 2010 bereits 385 und 2011 423. Dies stellt einen beachtlichen Anstieg von fast 41 % gegenüber 2009 und rund 10 % gegenüber 2010 dar.⁴¹ Zwar konnte der Gerichtshof auch die Zahl der abgeschlossenen Verfahren gegenüber 2010 um ca. 10 % steigern, doch langfristig wird der Gerichtshof durch diesen Anstieg die Grenze seiner Kapazitäten überschreiten.⁴² Sicherlich steht der Gerichtshof mit dieser Entwicklung nicht alleine dar – auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte⁴³ oder das Bundesverfassungsgericht⁴⁴ haben mit konstant hohen Verfahrenszahlen zu kämpfen, die Reformen notwendig machen.

S. 176

- HFR 10/2012 S. 10 -

27 Diese Entwicklung macht einerseits die generelle Überlegung notwendig, inwiefern die besondere Verantwortung der Gerichte der Mitgliedstaaten als „europäische Gerichte“ verstärkt in die Betrachtung einbezogen werden können, um die Effektivität des europäischen Rechtsschutzsystems weiterhin zu gewährleisten.⁴⁵ Andererseits wirft sie auch im Zusammenhang mit dem VO-Entwurf die Frage auf, ob es für sinnvoll zu erachten ist, gerade einen so grundrechtssensiblen Bereich wie das Datenschutzrecht vollständig beim Gerichtshof zu konzentrieren. Ob damit das Ziel eines hohen Datenschutzstandards erreicht werden kann, erscheint fraglich. Zumal die Befürchtung Masings, grund-

³⁹ In diesem Sinne auch: Britz (Fn. 31) 1, 11.

⁴⁰ Ausführlich hierzu: Pernice (Fn. 35) 151 ff.: „Wenn unter anderem Primärrecht und Gesetzgebung der Union in der Sache wie in Umfang und Intensität auf der neuen Grundlage des Lissabon-Vertrages weiter anwachsen, mit Art. 263 Abs. 4 AEUV die Möglichkeit auch von Individualklagen gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter [...] eröffnet ist, in den Grenzen des Art. 276 AEUV die generelle Zuständigkeit des Gerichtshofs sich jetzt auch auf alle Fragen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erstreckt [...], mit der Rechtsverbindlichkeit der Charta der Grundrechte nach Art. 6 Abs. 1 EUV das Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger wächst, dass sie vom Handeln der Union unmittelbar betroffen sind und den Schutz ihrer Rechte ggf. effektiver durchsetzen können, Art. 262 AEUV jetzt vorsieht, dass dem Gerichtshof die Zuständigkeit übertragen wird, über Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit neu geschaffenen europäischen Rechtstiteln für das geistige Eigentum zu entscheiden, und die Gerichte der Mitgliedstaaten [...] zunehmend die Maßgeblichkeit von Unionsrecht für die Lösung von Rechtsstreitigkeiten wahrnehmen und dem Gerichtshof entsprechende Fragen nach Art. 267 AEUV vorlegen, dann werden die schon seit vielen Jahren bestehenden [...] Probleme der Überlastung des Gerichtshofs, der Kohärenz des Rechtsschutzes und damit der Reformdruck künftig in erheblichem Maße zunehmen.“

⁴¹ Pressemitteilung Nr. 14/12 des Gerichtshofs: Rechtssprechungsstatistiken 2011, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-02/cp120014de.pdf> (abgerufen am 02.11.2012).

⁴² Siehe hierzu die jüngsten Trilog-Verhandlungen zwischen Europäischem Parlament, Kommission und Rat zu den Änderungen des Statuts des Europäischen Gerichtshofs, <http://www.fdp-in-europa.de/2012/05/22/thein-europaischer-gerichtshof-muss-arbeitsfahig-bleiben/> (abgerufen am 02.11.2012).

⁴³ Zur Verringerung des Rückstaus der anhängigen Beschwerden hat eine Ministerkonferenz des Europarates am 19. April 2012 in Brighton, Großbritannien eine Reform des EGMR beschlossen; Vergleiche hierzu die Erklärung unter <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1934031> (abgerufen am 02.11.2012).

⁴⁴ Sie hierzu: 60 Jahre Bundesverfassungsgericht – Bilanz und Ausblick, abrufbar unter http://www.bverfg.de/organisation/statistik_2011.html (abgerufen am 02.11.2012).

⁴⁵ Pernice (Fn. 35) 151, 154 m.w. N.

rechtliche Zweifelsfragen könnten aufgrund des Auslegungsmonopols des EuGH und der zusätzlichen Verfahrensdauer einer Vorabentscheidung durch die nationalen Gerichte ignoriert werden, nicht gänzlich von der Hand zu weisen ist.⁴⁶

28 c. Folgen im Bereich des individuellen Grundrechtsschutzes

Bedenklich stimmt auch, dass bei der Grundrechtecharta ein unmittelbarer Rechtsbehelf fehlt, wie er für den Bereich der Grundrechte zum Bundesverfassungsgericht vorgesehen ist. Sicherlich ist hierbei zu kritisieren, dass eine Vollharmonisierung damit zu Lasten der Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts ausfiele. Vor allem vor dem Hintergrund der historischen Leistung, die das Bundesverfassungsgericht in den vergangenen 60 Jahren für den Grundrechtsschutz in der noch jungen Bundesrepublik erbracht hat, ist dies eine bedauerliche, wenn auch kaum vermeidbare Entwicklung der fortschreitenden europäischen Integration. Doch dies ist nicht der entscheidende Punkt. Vielmehr stellt das Instrument der Individualverfassungsbeschwerde eine Errungenschaft dar, die in vielen anderen Ländern ihres Gleichen sucht. Alles, was diesen Rechtsbehelf berührt, ist daher für die Bürgerinnen und Bürger verfassungspolitisch problematisch. Blickt man außerdem bis zum Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts zurück, so waren es in erster Linie Individualverfassungsbeschwerden als das zentrale Instrument des deutschen Verfassungsprozessrechts, die dem Bundesverfassungsgericht in regelmäßigen Abständen die Möglichkeit eröffnete, das Recht der informationellen Selbstbestimmung auszugestalten und immer weiter zu präzisieren. Ein vergleichbarer, für die Grundrechtecharta geltender Individualrechtsbehelf zum Europäischen Gerichtshof existiert jedoch nicht. Und auch die in Art. 263 Abs. 4 AEUV vorgesehene Klagemöglichkeit gegen „Rechtsakte mit Ordnungscharakter“ ist kein gleichwertiger Ersatz. Zum einen ist diese an sehr enge Voraussetzungen geknüpft. Zum anderen ist kaum zu erwarten, dass der EuGH hiervon in absehbarer Zeit auch Verordnungen im Sinne des Art. 289 Abs. 3 AEUV als erfasst ansehen würde.⁴⁷

S. 177

- HFR 10/2012 S. 11 -

- 29 Auch der anstehende Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention vermag dies kaum auszugleichen.⁴⁸ Dieser Schritt ist zwar zu begrüßen. Doch ein gleichwertiger Ersatz für den Wegfall der Individualverfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht ist darin nicht zu erkennen.
- 30 Zwar mag es sicherlich nicht zu befürchten sein, dass die Richter in Straßburg angesichts der wachsenden Bedeutung des Datenschutzes die notwendige Sensibilität vermissen lassen werden. Und Straßburg wird sich auch weiterhin wohlbegründet den Rechtsweg für Individualbeschwerden europäischer Bürgerinnen und Bürger auch für die Fälle offen halten, in denen das gerügte Recht das Recht der Europäischen Union ist. Doch mehr als eine Reservekompetenz wird der EGMR gegenüber dem Unionsrecht nicht in Anspruch nehmen, hatte er sich doch mit dem grundsätzlichen *Bosphorus-Urteil*⁴⁹ eine der Solange-Formel nachempfundenen Zurückhaltung gegenüber dem Unionsrecht auferlegt.
- 31 Unabhängig hiervon bestehen aber zwischen der Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts nicht zuletzt auf der Ebene der Rechtfertigung von Eingriffen erhebliche Unterschiede. So räumt der EGMR den Vertragsparteien der EMRK generell einen größeren Beurteilungsspielraum ein. Eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, die mit der Kontrolldichte durch das Bundesverfassungsgericht vergleichbar wäre,

⁴⁶ Dieser Befürchtung lässt sich jedoch durchaus entgegenhalten, dass das Bundesverfassungsgericht seit der Solange-II Entscheidung (BVerfGE 73, 339 ff.) den Gerichtshof als „gesetzlichen Richter“ im Sinne von Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG betrachtet und somit die bewusst willkürliche Verkennung einer Vorlagepflicht gemäß Art. 267 AEUV einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG darstellt. Vergleiche hierzu auch: BVerfGE 75, 223, 245 f. (Kloppenburger); BVerfGE BvR 1036/99 (Teilzeitarbeit), NJW 2001, 1267 (1268), Rn. 24).

⁴⁷ Eine umfassende Zusammenfassung des Meinungsstandes zu dieser Frage bei Pernice (Fn. 35) 151.

⁴⁸ Vergleiche zu dieser Thematik: Sabine Leutheusser-Schnarrenberger in Festschrift für Renate Jäger, Der Beitritt der EU zur EMRK: Eine schier unendliche Geschichte, 135, 144 f.

⁴⁹ Vergleiche EGMR, *Bosphorus* gegen Irland, Urteil vom 30. Juni 2005, App. Nr. 45036/98.

besteht nicht.⁵⁰ Im Bereich der personenbezogenen Daten stellt der EGMR die Rechtfertigung von Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anders als das Bundesverfassungsgericht nicht unter Richtervorbehalt, wenngleich in solchen Fällen, in denen das nationale Recht keinen Richtervorbehalt vorsieht, wohl eine strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen wird. Dennoch findet damit ein zentrales Element der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung⁵¹, das durch verfahrensrechtliche Ausgestaltung eine beschränkende Funktion mit Blick auf die materiellen Eingriffsmöglichkeiten übernimmt, keine Entsprechung auf der Ebene der EMRK.

- 32 Es bleibt daher dabei, dass die EMRK nur einen Mindeststandard für die 47 Mitgliedstaaten des Europarates gewährleistet und daher auch kein Ersatz für die über Jahrzehnte ausdifferenzierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sein kann. Durch bereichsspezifische Öffnungsklauseln zu Gunsten der Mitgliedstaaten würde die Individualverfassungsbeschwerde zumindest für einige Teilbereiche des Datenschutzrechts gewahrt.

S. 178

- HFR 10/2012 S. 12 -

33 **4. Schlussbemerkung: Intensive Verhandlungen im Rat notwendig**

Mag der von der Kommission eingeschlagene Weg einer Vollharmonisierung des Datenschutzrechts zwar dem Grundsatz nach zu begrüßen sein, so liegen die damit einhergehenden Probleme doch – wie so oft – im Detail. Nicht nur in Deutschland,⁵² auch in zahlreichen anderen Mitgliedstaaten sind Bedenken gegenüber dem Ansatz der Kommission zu vernehmen, wie die bereits laufenden Verhandlungen im Rat beziehungsweise der Ratsarbeitsgruppe DAPIX zeigen. Dabei stellen die hier angesprochenen Punkte lediglich einen Ausschnitt der Probleme dar, die der Kommissionsvorschlag mit sich bringt. Die hier thematisierten Auswirkungen des VO-Entwurfs auf den Grundrechtsschutz sind jedoch grundsätzlicher Natur.

- 34 Bedeutet eine Vollharmonisierung ein Verzicht auf eine Überprüfung am Maßstab der nationalen Grundrechte, so muss in den Verhandlungen im Rat dringend darauf hingewirkt werden, dass das nationale grundrechtlich garantierte Schutzniveau auf europäischer Ebene fort gilt. Hierzu ist die Bundesregierung nach Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet. Da das Datenschutzniveau innerhalb der Europäischen Union aber höchst unterschiedlich ist, ist dies ein politisch außerordentlich schwieriges Unterfangen. Auch dies zeigen die bisherigen Verhandlungen. Aus diesen politischen, aber auch aus rechtlichen – hier nur teilweise angesprochenen – Gründen sind Verhandlungen über ein vollständiges Ausklammern des öffentlichen Bereichs zu führen. Zumindest aber sollten – insbesondere im öffentlichen Bereich – bereichsspezifisch normenklare Öffnungsklauseln in dem VO-Entwurf eingefügt werden, die den Mitgliedsstaaten in Teilgebieten den Erlass von nationalem Datenschutzrecht weiter zulassen. Nur so lassen sich die durch eine Vollharmonisierung entstehenden Lücken im Bereich des individuellen Grundrechtsschutzes abmildern, die notwendige Kooperation der Gerichte erreichen und den Anforderungen des Subsidiaritätsprinzips und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht werden. Und nur so kommt die Europäische Union dem erklärten Ziel der Schaffung eines hohen Datenschutzstandards tatsächlich näher.

Zitierempfehlung: Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, HFR 2012, S. 167 ff.

⁵⁰ Zur zentralen Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für das materielle Schutzniveau und grundlegend zu den punktuellen dogmatischen Konturen auf europäischer Ebene: Britz (Fn. 31) 1, 6 ff., 9.

⁵¹ Vergleiche zuletzt den Beschluss vom 24. Januar 2012, 1 BvR 1299/05.

⁵² Vergleiche hierzu der Beschluss des Bundesrates vom 30. März 2012 (BR-Drucksache 52/12) gegen den Verordnungsvorschlag zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung eine Subsidiaritätsrüge zu erheben.