

# Regeln statt Prinzipien im Privatsphärenschutz

*Axel Tschentscher*

## I. Grundrechte: Regel- oder Prinzipiencharakter?

Robert Alexy versteht Prinzipien als Optimierungsgebote.<sup>1</sup> Als solche begegnen sie uns notwendig im Paket mit dem Rechtsanwendungsmodus der Abwägung: Prinzipienkollisionen werden durch Abwägung gelöst, Regelkollisionen durch Anwendung von Vorrangregeln.<sup>2</sup> Die Abwägung von Prinzipien ist in der deutschen Grundrechtsdogmatik in den drei Teilen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ausgedrückt.<sup>3</sup> Besonders deutlich wird das im dritten Teilgrundsatz, den Alexy als „Abwägungsgesetz“ konkretisiert: „Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, desto größer muß die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.“<sup>4</sup>

Wenn man Grundrechtsbestimmungen, von Ausnahmen abgesehen,<sup>5</sup> als Prinzipien versteht, dann werden Grundrechtsfragen maßgeblich durch Abwägung entschieden. Das Bundesverfassungsgericht als Letztabwäger gewinnt dadurch den Balanceakt gegenüber allen anderen Institutionen – selbst gegenüber dem unmittelbar legitimierten Parlament. Diese immanente Tendenz zum Jurisdiktionsstaat hat der Prinzipientheorie zahlreiche Kritiker beschert.<sup>6</sup> Gerade in der US-amerikanischen Diskussion stößt die über Abwägung und Prinzi-

---

<sup>1</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl. 1996 (3. Nachdruck 2011), S. 75.

<sup>2</sup> Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, 2. Aufl. 2007, S. 115.

<sup>3</sup> Zuletzt Robert Alexy, *Menschenwürde und Verhältnismäßigkeit*, in: AöR 140 (2015), S. 497–513 (501); etwas anders Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (Fn. 2), S. 120f.: Abwägung nur im dritten Teilgrundsatz.

<sup>4</sup> Alexy, *Theorie* (Fn. 1), S. 146; *ders.*, *Menschenwürde* (Fn. 3), S. 501.

<sup>5</sup> Abwägungsfrei und insofern regelhaft sind beispielsweise die Menschenwürdegarantie, das Todesstrafenverbot, das Folterverbot und das Zensurverbot. Die Wesensgehaltsgarantie weist einen regelhaft geschützten Kernbereich für jedes Grundrecht aus. Das Optimierungsgebot hat zudem selbst Regelcharakter; siehe Borowski, *Grundrechte als Prinzipien* (Fn. 2), S. 92.

<sup>6</sup> Etwa Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, 2003, insbes. S. 75f., 81f.; Matthias Jestaedt, *Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen*, in: FS Isensee, 2007, S. 253ff. (269f.); Wolfram Cremer, *Praktische Konkordanz als grundrechtliche Kollisionsauflösungsregel – Einebnung gesetzgeberischer Entscheidungsspielräume*, in: FS Jarass, 2015, S. 175ff. (180f.), alle m. w. N. Grundlegend für die Jurisdiktionsstaatskritik, wenn auch noch nicht bezogen auf den Prinzipiencharakter der Grundrechte, Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in: *Der Staat* 29 (1990), S. 1ff. (25).

pientheorie in Gang gesetzte Selbstermächtigung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und mehr noch deren „virale“ Verbreitung in Europa und der Welt auf tiefe Skepsis.<sup>7</sup>

Angesichts solcher Skepsis lohnt sich die Frage, was die Skeptiker in ihrem eigenen Rechtssystem eigentlich anders machen: Wie weitgehend kann man auf Abwägung verzichten? Und führt das zu substanziellen Unterschieden im Ergebnis? Der rechtsvergleichende Blick auf den Privatsphärenschutz in den USA lohnt sich hier besonders. Wie Deutschland verfügt das Land über eine institutionell mächtige und argumentativ starke Verfassungsgerichtsbarkeit. Wie Deutschland hat es den Privatsphärenschutz, insbesondere den Datenschutz in Zeiten des Internets, vor allem durch Verfassungsjudikatur entwickelt. Aber anders als Deutschland hat es dabei eine traditionell regelorientierte und abwägungsaverse Grundhaltung zu wahren versucht.

## II. Grundlagen des Privatsphärenschutzes

Die US-Verfassung enthält keine allgemeine Bestimmung zum Privatsphärenschutz, sondern schützt Privatheit als Teilaspekt spezieller Garantien unter ihren Zusatzartikeln.<sup>8</sup> Dabei ist der vierte Zusatzartikel über unvernünftige Durchsuchungen und Beschlagnahmen (*unreasonable searches and seizures*) die am häufigsten einschlägige Bestimmung. Das liegt unter anderem an der weiten

<sup>7</sup> *Alec Stone Sweet/Jud Mathews*, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, in: *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), S. 72ff. (156).

<sup>8</sup> Die Verfassungszusätze, die gesamthaft als Teil der US Bill of Rights 1791 angenommen wurden, lauten (privatsphärenrelevante Passagen hervorgehoben): „(1) Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or *abridging the freedom of speech*, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. (2) [...] (3) No Soldier shall, in time of peace be *quartered in any house, without the consent of the Owner*, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law. (4) The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, *against unreasonable searches and seizures*, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. (5) No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; *nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. [...] (14) Sec. 1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. Sec. 2-5: [...]“

Lesart der Tatbestandsmerkmale. So gilt ein Alkoholest beispielsweise als Form der Durchsuchung und die Verhaftung ist eine Beschlagnahme der Person. Nur indirekt schützt der sonst so wichtige erste Zusatzartikel über Religions- und Meinungsfreiheit die Privatsphäre. Er garantiert die Privatheit des Glaubens sowie die anonyme Rede, und er dient als Grundlage, um staatliche Maßnahmen mit abschreckender Wirkung (*chilling effect*) zu verbieten. Noch weniger direkt wirkt der Privatsphärenschutz, der im dritten Zusatzartikel über das Einquartieren von Soldaten enthalten ist. Diese Bestimmung dient für den räumlichen Schutz der Wohnung als Grundlage, allerdings ergänzt durch den vierten Zusatzartikel. Und schließlich ist auch der fünfte Zusatzartikel mittelbar privatsphärenschützend, indem er Selbstbeschuldigungen durch erzwungene Preisgabe vertraulicher Informationen verbietet. Dieser Artikel sowie die allgemeine Freiheitsgarantie im 14. Zusatzartikel garantieren zudem allgemein ein faires Verfahren bei Freiheitsbeschränkungen.

Unter den Verfassungen der U.S.-Gliederstaaten nehmen nur wenige den Privatsphärenschutz ausdrücklich auf. Wenn überhaupt, dann positionieren sie ihn unter die Neuerungen am Schluss der Grundrechtsgewährleistungen. Im wichtigen Referenzland Kalifornien ist die Privatsphäre heute am Ende des Katalogs unveräußerlicher Rechte gewährleistet.<sup>9</sup> In der ursprünglichen Fassung von 1880 war sie noch nicht enthalten. Ähnlich erfolgte die Ergänzung in Louisiana.<sup>10</sup> Florida hat die Privatsphäre zusammen mit der ebenfalls neuen Informationsfreiheit am Ende des Grundrechtsabschnitts eingefügt.<sup>11</sup> In den Staatsverfassungen von Montana und South Caroline ist die Privatsphäre systematisch beim älteren Schutz gegen Durchsuchungen und Beschlagnahmen verortet.<sup>12</sup> Die übrigen Staatenverfassungen folgen einem dieser Wege (Alaska, Arizona, Hawaii, Illinois, Washington) oder ähneln der Bundesverfassung, indem sie Privatheit und Vertraulichkeit nur mittelbar über andere Schutzgüter garantieren.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> Art. 1 Sec. 1 CA-Const.: „All people are by nature free and independent and *have inalienable rights*. Among these are enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property, and pursuing and obtaining safety, happiness, *and privacy*.“

<sup>10</sup> Art. 1 Sec. 5 LA-Const.: „Every person shall be secure in his person, property, communications, houses, papers, and effects against unreasonable searches, seizures, *or invasions of privacy*. [...]“

<sup>11</sup> Art. 1 Sec. 23 FL-Const.: „Every natural person has the *right to be let alone and free from governmental intrusion into the person's private life* except as otherwise provided herein. [...]“

<sup>12</sup> Art. II Sec. 10 MT-Const.: „The *right of individual privacy* is essential to the well-being of a free society and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest.“  
 Art. 1 Sec. 10 SC-Const.: „The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable searches and seizures and *unreasonable invasions of privacy* shall not be violated, [...]“

<sup>13</sup> Vgl. *Dominika Blonski*, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, 2015, S. 154 ff.

Das Gesetzesrecht der USA kennt weder auf Bundesebene noch auf Staatenebene ein vergleichbar umfassendes Datenschutzgesetz, wie es in Deutschland und der Schweiz existiert. Der *Privacy Act* von 1974 enthält vor allem Transparenz- und Korrekturregeln und ist allein für Bundesbehörden anwendbar. Selbst die wenigen Verbotsbestimmungen des Gesetzes, etwa das Verbot, im Rahmen der Leistungsverwaltung zusätzlich die Angabe der Sozialversicherungsnummer zu verlangen,<sup>14</sup> gelten nicht, wenn ein anderes Bundesgesetz die Datenerhebung vorsieht. Das an Bundesbehörden gerichtete Verbot, Bürgerdaten ohne gesetzliche Grundlage als Mailversandlisten zu verkaufen,<sup>15</sup> ist überhaupt nur nötig, weil in den USA für behördliche Aktivitäten kein allgemeiner Gesetzesvorbehalt gilt. Entsprechend gering ist die Bedeutung der Zweckbindungsvorschrift, die in einzelnen Gerichtsentscheidungen eine Rolle gespielt hat.<sup>16</sup> Jede Behörde kann sich ihre Zwecke relativ pauschal selbst geben und dann gegenüber den Beschränkungen des Gesetzes ein berechtigtes Nutzungsbedürfnis geltend machen (*routine use exception*).<sup>17</sup> In diesem wie auch in anderen Gesetzen und allgemein innerhalb der Grundrechtssystematik ist zudem der personelle Schutzbereich auf US-Staatsbürger und dauerhaft zum Aufenthalt zugelassene Ausländer (*resident aliens*) beschränkt.<sup>18</sup> In dieser Form ist das Gesetz weder sonderlich wirksam, noch konkretisiert es ein Menschenrecht auf Schutz der Privatsphäre.

Die Spezialgesetzgebung der USA kennt indes eine Reihe von griffigen Beschränkungen, die dem Privatsphärenschutz dienen und sogar private Akteure binden. So enthält das Gesetz über das Kreditwürdigkeitsgeschäft seit 2005 einen in der Praxis sehr bedeutsamen Anspruch auf kostenlose und zentralisierte Auskunft über die bei den drei nationalen Kreditwürdigkeitsauskunfteien gespeicherten Daten (*free file disclosure*).<sup>19</sup> Für Gesundheitsdaten sieht das entsprechende Spezialgesetz vor, dass sie ohne Einwilligung des Patienten nur für die Sicherung der öffentlichen Gesundheit und ähnlich dringliche Zwecke wei-

<sup>14</sup> Federal Privacy Act of 1974, Sec. 7(a)(1): „It shall be unlawful for any Federal, State or local government agency to deny to any individual any right, benefit, or privilege provided by law because of such individual’s refusal to disclose his social security account number.“

<sup>15</sup> Federal Privacy Act of 1974, kodifiziert als: 5 U.S.C. § 552a(n): „An individual’s name and address may not be sold or rented by an agency unless such action is specifically authorized by law. [...]“.

<sup>16</sup> Vgl. *Christopher W. Wasson*, Privacy Law – The Routine Use Exception to the Privacy Act: A Clarification on Compatibility, in: Villanova Law Review 35 (1990), S. 822ff.

<sup>17</sup> *Blonski*, Biometrische Daten (Fn. 13), S. 171 f.

<sup>18</sup> 5 U.S.C. (Fn. 15), § 552a(a)(2): „the term ‘individual’ means a citizen of the United States or an alien lawfully admitted for permanent residence; [...]“. Zur entsprechenden, wenn auch im Detail sehr umstrittenen Beschränkung des Grundrechtsschutzes siehe beispielsweise *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259 (1990), S. 259ff. (267): „There is likewise no indication that the Fourth Amendment was understood by contemporaries of the Framers to apply to activities of the United States directed against aliens in foreign territory or in international waters.“

<sup>19</sup> Federal Credit Reporting Act of 1970, kodifiziert in: 15 U.S.C. § 1681j(a).

tergegeben werden dürfen.<sup>20</sup> Im Deregulierungsgesetz zur Kabelnetzindustrie versteckt sich eine Vorschrift, die es den Kabelnetzbetreibern verbietet, ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung der Kunden deren Daten zu anderen Zwecken als dem verkauften Service zu verwenden.<sup>21</sup> Unter den Spezialgesetzen der Einzelstaaten ragt die Regulierung in Kalifornien als wegweisend heraus und bildet das Vorbild für viele andere Staaten. Hinsichtlich der Datensicherheit haben sich hier gesetzliche Pflichten zur sofortigen Information der Betroffenen (*breach notification*) und Sicherheitsstandards durchgesetzt, die bei korrekter Befolgung eine Immunität vor staatlicher Strafverfolgung garantieren (*safe harbor*).

Als Teil des ungeschriebenen Fallrechts hat sich der Privatsphärenschutz schon sehr früh entwickelt. Unter dem Titel „*The Right to Privacy*“ publizierten Warren und Brandeis im Jahr 1890 einen Schlüsselartikel, der den Anspruch, in Ruhe gelassen zu werden, als einen Rechtsanspruch geltend macht, der aus dem Common Law folgt.<sup>22</sup> Den Autoren ging es zunächst um die Begründung privatrechtlicher Abwehransprüche gegen aufdringliche Pressejournalisten und Fotografen. In seiner Funktion als Richter des US Supreme Court machte Brandeis den Privatsphärenschutz später auch als Grundrecht geltend. In einem für die weitere Rechtsentwicklung wegweisenden Sondervotum erklärte er es für einen Verstoß gegen den vierten und fünften Verfassungszusatz, wenn die Bundespolizei private Telefonate ohne richterliche Genehmigung abhört.<sup>23</sup> Auch beim Wiederaufleben der Privatsphärenrechtsprechung in den 1960er Jahren wurde zugunsten der Verwendung von Verhütungsmitteln innerhalb der ehelichen Gemeinschaft an ein Recht auf Privatheit appelliert, das älter sei als die Grundrechte der Bundesverfassung.<sup>24</sup> Das so begründete Recht gewann in der Folge auch ohne genaue Anknüpfung an einzelne Verfassungsbestimmungen an Relevanz. So differenzierte der Supreme Court zwischen der allgemeinen Rechtfertigung von Pornographieverboten in der Öffentlichkeit und der fehlenden Rechtfertigung für eine Erstreckung solcher Verbote in die häusliche Privatsphäre.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, kodifiziert in: 45 C.F.R. § 164.512.

<sup>21</sup> Cable Communications Policy Act of 1984, kodifiziert in: 47 U.S.C. § 551(c).

<sup>22</sup> Samuel D. Warren/Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, in: Harvard Law Review 4 (1890), S. 193 ff.

<sup>23</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), S. 471 ff. (478 f.): „To protect, that right, every unjustifiable intrusion by the government upon the privacy of the individual, whatever the means employed, must be deemed a violation of the Fourth Amendment. And the use, as evidence | in a criminal proceeding, of facts ascertained by such intrusion must be deemed a violation of the Fifth.“

<sup>24</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), S. 479 ff. (486): „We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights ...“. Ausdehnung auf Einzelpersonen unabhängig von der ehelichen Gemeinschaft in *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), S. 438 ff. (439).

<sup>25</sup> *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), S. 557 ff. (565).

### III. Regel-Ausnahme-Charakter der Schutzkriterien

Das zentrale Schutzkriterium für den grundrechtsbasierten Privatsphärenschutz entwickelte der Supreme Court in *Katz v. United States*.<sup>26</sup> Im praktischen Ergebnis wurde die polizeiliche Abhörung eines Telefonats ohne gerichtlichen Beschluss zum Verstoß gegen die „*search and seizure*“-Regel des vierten Verfassungszusatzes erklärt. Als Schutzkriterium wurde in diesem Zusammenhang die Formel von der „*reasonable expectation of privacy*“ entwickelt, die einerseits, aus Sicht des Grundrechtsträgers, eine tatsächliche Erwartung von Privatheit voraussetzt, und andererseits, aus Sicht der Gesellschaft, eine Bewertung dieser Erwartung als vernünftig im Sinne von berechtigt.<sup>27</sup> Wer in einer geschlossenen Telefonkabine spricht, dessen Erwartung in die Vertraulichkeit ist berechtigt, wohingegen eine solche Erwartung bei ungeschützter Kommunikation in der Öffentlichkeit nicht berechtigt ist. Zur Konkretisierung dieser Regel gibt es bis in die Gegenwart zahlreiche Entscheidungen des Supreme Courts.<sup>28</sup>

Der Regelcharakter sowohl des vierten Verfassungszusatzes als auch des angewandten Schutzkriteriums wird darin deutlich, dass nirgendwo eine Abwägung ins Spiel kommt. Es geht nicht um das Gewicht der vom Staat mit der Abhörung verfolgten Interessen, sondern allein um die Subsumtion unter die Formulierung des Grundrechts. Entsprechend konzentriert sich auch die Gegenansicht allein darauf, dass die weit gefasste Formel unzulässig über den Wortlaut der Bestimmung hinausgeht, weil immaterielle Kommunikationsinhalte nicht in gleicher Weise greifbar seien wie beschlagnahmte Gegenstände.<sup>29</sup> Im Regelmodell des Grundrechtsschutzes gilt ein Alles-oder-Nichts. Wenn die Voraussetzungen für den Schutz vorliegen, ist dieser ohne Rücksicht auf das Gewicht der Beeinträchtigung und der gegenläufigen öffentlichen Interessen zu gewähren.

Die Einschränkung des Schutzes erfolgt wiederum nicht durch Abwägung, sondern durch Ausnahmeklauseln. Abgesehen von der persönlichen Ausnahme für Ausländer<sup>30</sup> ist die sachlich wohl wichtigste Ausnahme beim Privatsphärenschutz die „*third party doctrine*“. Danach besteht kein Grundrechtsschutz für Informationen, die vom Grundrechtsträger freiwillig an einen Dritten heraus-

<sup>26</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

<sup>27</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), S. 347 ff. (361) – grundlegende Analyse in der zustimmenden Erwägung von Justice *Harlan*.

<sup>28</sup> *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *United States v. Karo*, 468 U.S. 705 (1984); *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986); *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001); *United States v. Jones*, 132 S.Ct. 945 (2012); *Florida v. Jardines*, 133 S.Ct. 1409 (2013); *Riley v. California*, 134 S.Ct. 2473 (2014).

<sup>29</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967), S. 364 ff. (365) – ablehnende Erwägung von Justice *Black*.

<sup>30</sup> Siehe oben Fn. 18.

gegeben wurden, also beispielsweise wenn der Staat nicht persönliche Akten einsieht, sondern solche Akten, die bei der Bank des Berechtigten geführt werden.<sup>31</sup> Auch der staatliche Zugriff auf die Randdaten bei Telefongesellschaften wurde mit dieser Argumentation vom Grundrechtsschutz ausgenommen.<sup>32</sup> Entsprechendes gilt heute für sämtliche Daten bei Internet Service Providern.

Die durch die *third party doctrine* etablierte Ausnahme hat wiederum Regelcharakter. Es kommt nicht auf das Gewicht der staatlichen Nachforschung oder auf die Persönlichkeitsnähe der Informationen an. Sobald überhaupt persönliche Daten im Rahmen einer vertraglichen Beziehung, also rechtlich gesehen freiwillig und legal, einem Dritten offenbart werden, stehen diese ohne Grundrechtsschutz für den staatlichen Zugriff offen. Das gilt selbst in extremen Konstellationen. Wenn eine Universität über Zugriff auf den passwortgeschützten Laptop eines Wissenschaftlers verfügt, der das Gerät für private Zwecke nutzt, dann kann sich der Wissenschaftler nach der *third party doctrine* gegenüber den Polizeibehörden nicht auf Verfassungsschutz berufen.<sup>33</sup> Zwar gewährt die Gesetzgebung des Bundes punktuellen Schutz.<sup>34</sup> Dieser steht aber unterhalb der Verfassung und ist nach der *lex specialis* Regel jederzeit der Einschränkung durch Überwachungsgesetzgebung unterworfen. Ein Grundrechtsschutz ist das nicht. Insoweit scheidet auch die verfassungsgerichtliche Kontrolle aus. Der Schutzbereich des vierten Verfassungszusatzes wird folglich abwägungsfrei um ein relativ großes Stück verkleinert. Soweit daran Kritik geübt wird,<sup>35</sup> richtet sich diese nicht gegen den Regelcharakter der Ausnahme, sondern stellt deren Eignung im Bereich des Internets in Frage, also nur die Reichweite der Anwendung. Selbst mit einer Gegenausnahme wäre keine Abwägung verbunden.

---

<sup>31</sup> *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976), S. 435 ff. (435): „The Fourth Amendment does not prohibit the obtaining of information revealed to a third party and conveyed by him to Government authorities.“

<sup>32</sup> *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979), S. 735 ff. (744): „This analysis dictates that petitioner can claim no legitimate expectation of privacy here. When he used his phone, petitioner voluntarily conveyed numerical information to the telephone company and ‘exposed’ that information to its equipment in the ordinary course of business. In so doing, petitioner assumed the risk that the company would reveal to police the numbers he dialed.“

<sup>33</sup> *United States v. Yudong Zhu*, 41 F.Supp. 3d 341 (S.D.N.Y. 2014).

<sup>34</sup> Federal Wiretap Act of 1968, kodifiziert in: 18 U.S.C. §§ 2510 ff.

<sup>35</sup> *United States v. Jones*, 615 F. 3d 544 (= 565 U.S. n.n.) [www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259](http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259) – zustimmende Erwägung von Justice Sotomayor: „More fundamentally, it may be necessary to reconsider the premise that an individual has no reasonable expectation of privacy in information voluntarily disclosed to third parties. [...] This approach 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.“

#### IV. Substanzielle Differenz zum prinzipienbasierten Grundrechtsschutz

Der grundrechtliche Privatsphärenschutz der USA lässt sich mit demjenigen in Deutschland und sonst in Europa nur indirekt vergleichen. Die geschilderten Regeln folgen einem Schutzmodell, das man als grundrechtliche Innentheorie charakterisieren kann. Das Grundrecht selbst, der grundrechtliche Anspruch, trägt in seinem Umfang bereits alle Regeln der Beschränkung in sich. Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst demgemäß einen von vornherein „präformierten“ Anspruch.<sup>36</sup> Als Ergebnis der Grundrechtsinterpretation resultieren Schutzregeln und -ausnahmen, mit denen ein unverrückbarer grundrechtlicher Minimalschutz festgelegt wird. Dies ist gleichzeitig der effektive Garantiebereich, an dem die gesetzlichen und administrativen Maßnahmen gemessen werden. Abwägung wäre bei der Grenzbestimmung zwar auch in diesem Modell denkbar, hat aber praktisch darin keinen Platz.

Demgegenüber geht die Außentheorie die – von wenigen Bereichen abgesehen<sup>37</sup> – dem deutschen und europäischen Grundrechtsdenken zugrunde liegt, zunächst von einem weiten *prima facie*-Recht aus.<sup>38</sup> Ein *prima facie*-Anspruch besteht schon dann, wenn der persönliche und sachliche Schutzbereich des Grundrechts betroffen ist – typischerweise durch einen staatlichen Eingriff. Weil die solchermaßen weit verstandenen grundrechtlichen Freiheitssphären nicht konfliktfrei nebeneinander bestehen können, sind Einschränkungen regelmäßig gerechtfertigt. Diese Schrankenziehung durch Eingriffsrechtfertigung bildet in der Außentheorie den zweiten gedanklichen Schritt, mit dem das *prima facie*-Grundrecht auf ein definitives Recht zurückgeführt wird, das subjektiv als definitiver Anspruch dient. Auch in der Außentheorie resultiert also ein effektiver Garantiebereich, der allerdings auf anderem Weg ermittelt wird.

Der Erkenntnisweg des Schutzbereich-Schranken-Denkens ließe sich theoretisch als kompliziertes Geflecht von Regeln und Ausnahmen rekonstruieren, in dem erst das *prima facie*-Recht und dann alle seine einzelnen Einschränkungen bestimmt werden. In der Praxis ist dies aber nicht der Fall. Vielmehr geht das Schutzbereich-Schranken-Denken eine Symbiose mit der Prinzipientheorie ein. Bei der Schrankenbestimmung kommt es nämlich regelmäßig zur Abwägung, weil die Eingriffsrechtfertigung maßgeblich von der Verhältnismäßigkeit des staatlichen Gesetzes oder Einzelaktes abhängig gemacht wird. Die Prinzipientheorie führt diesen Zusammenhang auf den Prinzipiencharakter der Grundrechte zurück. Indem das Grundrecht als Prinzip eine Optimierung des ge-

<sup>36</sup> Zur Analyse allgemein, ohne Bezug auf die USA, Gertrude Lübbe-Wolff, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, 1988, S. 17.

<sup>37</sup> Siehe oben Fn. 5.

<sup>38</sup> Borowski, Grundrechte als Prinzipien (Fn. 2), S. 34 ff. m. w. N.



schützten Gutes gebietet, zieht es in der Kollision mit anderen Schutzgütern die Abwägung zwangsläufig nach sich.

Im Privatsphärenschutz nach dem Grundgesetz ist die Abwägung allgegenwärtig. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Rechtsprechung jüngst im BKAG-Urteil noch einmal konsolidiert.<sup>39</sup> Als Ausfluss der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn muss der Gesetzgeber seine Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse mit Blick auf das Eingriffsgewicht ausgestalten.<sup>40</sup> Daraus resultieren beispielsweise konkrete Benachrichtigungspflichten, Auskunftsrechte, gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten, das Gebot effektiver Sanktionen, Berichtspflichten und Löschungsansprüche.<sup>41</sup> Sogar der besondere Schutz im „Kernbereich privater Lebensgestaltung“ ist, obwohl intern abwägungsfrei,<sup>42</sup> ein Ergebnis der Abwägung. Er wurzelt in den betroffenen Freiheitsrechten in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie.<sup>43</sup> Ob ein Sachverhalt in diesen unantastbaren Kernbereich fällt, hängt auch davon ab, „in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt“.<sup>44</sup> Die Grenze der Abwägung wird so ihrerseits durch Abwägung ermittelt.

## V. Ergebnisse

Für die Fragen nach der substanziellen Differenz im Ergebnis und die Kritik an der Prinzipientheorie im grundrechtlichen Privatsphärenschutz lassen sich drei Beobachtungen festhalten. Erstens schützt das Recht der U.S.A. die Privatsphäre eher punktuell als breitflächig. Das muss nicht notwendig in allen Bereichen eine geringere Schutzintensität zu Folge haben. Für den Grundrechtsschutz gilt allerdings, dass der regelorientierte Ansatz tendenziell kleinteiliger operiert. Anders als in Europa liegt es darum weniger nahe, dass ein allgemeines ungeschriebenes Verfassungsrecht auf Privatsphäre aus den einzelnen grundrechtlichen Schutzgütern entfaltet wird. Zweitens führt der regelorientierte Ansatz mit seinem Alles-oder-Nichts tendenziell zu rigideren Grenzziehungen. Wenn eine Klausel wie die *third party doctrine* erst einmal etabliert ist, dann gelingt es kaum, für besonders sensible Bereiche wie persönliche Computer oder Internetkommunikation neue Ausnahmeklauseln anzuerkennen. Erfolgt die Grenzziehung hingegen durch Abwägung, so kann die Anpassung an neue Fallgruppen vergleichsweise flexibel geschehen. Drittens schließlich entfällt im

<sup>39</sup> BVerfGE 141, 220 – BKAG m. w. N. zur bisherigen Rechtsprechung.

<sup>40</sup> BVerfGE 141, 220 (266 ff.) – BKAG.

<sup>41</sup> BVerfGE 141, 220 (282 ff.) – BKAG.

<sup>42</sup> BVerfGE 141, 220 (278) – BKAG.

<sup>43</sup> BVerfGE 109, 279 (313 ff.) – Großer Lauschangriff m. w. N.

<sup>44</sup> BVerfGE 80, 367 (374) – Tagebuch.

regelerorientierten Ansatz die detailreiche Steuerung der Legislative durch das Verfassungsgericht. Derlei Regulierungsaufträge sind dem U.S. Supreme Court völlig fremd. Dies lässt sich primär auf ein anderes institutionelles Selbstverständnis zurückführen. Begünstigt wird die Zurückhaltung aber auch dadurch, dass im Alles-oder-Nichts des regelerorientierten Ansatzes kein Optimierungsanspruch für die konfligierenden Rechtsgüter erhoben wird. Der Grundrechtsschutz gilt als unverrückbare Mindestgrenze, bei der nur das Unterschreiten überprüft wird. Die Tendenz zum Jurisdiktionsstaat ist, so gesehen, keine Folge der mehr oder weniger flexiblen Grenzziehung und demgemäß keine notwendige Folge der Regel-Prinzipien-Differenz, sondern eine Folge des Verständnisses von Prinzipien als Optimierungsgebote. Würde man auf diesen Optimierungsanspruch verzichten, so wäre eine abwägende Grenzziehung auch ohne detaillierte Handlungsanweisungen an den Gesetzgeber möglich.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Axel Tschentscher, *Interpreting Fundamental Rights – Freedom versus Optimization*, in: Hermann Pünder/Christian Waldhoff (Hg.), *Debates in German Public Law*, Oxford 2014, S. 43 ff. (53 ff.).

# Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie

Robert Alexys System

Herausgegeben von

Martin Borowski, Stanley L. Paulson  
und Jan-Reinard Sieckmann

Mohr Siebeck

*Martin Borowski*

ist Inhaber der Professur für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

*Stanley L. Paulson*

ist Mercator Professor an der Universität Kiel und ist Gast im Hermann Kantorowicz-Institut für Juristische Grundlagenforschung an der Universität Kiel.

*Jan-Reinard Sieckmann*

ist Professor für Rechtstheorie und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg.

ISBN 978-3-16-155626-5

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung . . . . .	1
----------------------	---

## I. Begriff und Natur des Rechts

<i>Joseph Raz</i> Das Gerechtigkeitsargument . . . . .	9
<i>John Finnis</i> Zur Natur des Rechts . . . . .	31
<i>Eugenio Bulygin</i> Alexy zwischen Positivismus und Nicht-Positivismus . . . . .	53
<i>Ulfrid Neumann</i> Notwendigkeit und Grenzen von Idealisierungen im Rechtsdenken. Anmerkungen zu Robert Alexys Modell der „Doppelnatur“ des Rechts . . . . .	67
<i>Trevor R. S. Allan</i> In Defence of Radbruch’s Formula: Injustice, Interpretation, and Invalidity . . . . .	87
<i>Jan C. Joerden</i> Zwischen Recht, Moral und Strafbarkeit. Zu Robert Alexys Position zur Bestrafung der sog. Mauerschützen	105
<i>Andreas Hoyer</i> Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit . . . . .	121
<i>Paula Gaido</i> The Place for Morality in Law. An Exchange between Robert Alexy and Joseph Raz . . . . .	133

<i>Júlio Aguiar de Oliveira</i> Beyond Positivism and Non-Positivism . . . . .	145
<i>Alejandro Nava Tovar</i> Non-Positivism, the Radbruch Formula, and the Dual Nature of Law. Some Remarks on the Finnis-Alexy Debate . . . . .	161
<i>Hidebiko Adachi</i> Relationen zwischen Recht und Moral. Eine Analyse der Klassifikation von Robert Alexy . . . . .	175
<i>Carsten Bäcker</i> Menschenrechte zwischen Recht und Richtigkeit . . . . .	185
 II. Diskurstheorie, Theorie der juristischen Argumentation und Methodenlehre  	
<i>Manuel Atienza</i> Alexy and the 'Argumentative Turn' in Contemporary Legal Theory . . . . .	207
<i>Jörn Ipsen</i> Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik . . . . .	225
<i>Andreas Funke</i> Varianten sprachpragmatischer Rechtsphilosophie . . . . .	239
<i>Rodolfo Arango</i> A Discursive Concept of Rights. In Search of an Adequate Foundation of Human Rights . . . . .	263
<i>Laura Clérico</i> Zur Struktur des Arguments des vergleichenden Rechts in der mensenrechtlichen Argumentation . . . . .	275
<i>Bartosz Brożek</i> Is Analogy a Form of Legal Reasoning? . . . . .	291
<i>Eduardo Soderó</i> Von der Sonderfallthese bis zum Fallvergleich: προλεγόμενα (Prolegomena) zu einer Theorie der Präjudizien . . . . .	305

<i>Yan Zhang</i> On the Argumentative Validity of Guiding Cases . . . . .	327
--	-----

### III. Prinzipientheorie, Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik

<i>Aharon Barak</i> A Critical Review of Alexy Regarding the Relationship between Constitutional Rights as Principles and the Theory of Proportionality . . . . .	347
<i>J. J. Moreso</i> Moral Complications and Legal Structures . . . . .	359
<i>Julian Rivers</i> Proportionality in Practice: the British Experience . . . . .	375
<i>George Pavlakos</i> A Plea for Moderate Optimization: On the Structure of Principles as Interpersonal Reasons . . . . .	395
<i>Jan-Reinard Sieckmann</i> Menschenrechte als transnationales Verfassungsrecht . . . . .	411
<i>Peng-Hsiang Wang</i> Formal Principles as Second-Order Reasons . . . . .	429
<i>Martin Borowski</i> Alexys drittes Modell formeller Prinzipien . . . . .	449
<i>Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno</i> Proposal for a Distinction between Legislative and Judicial Discretion Rooted in Kelsen's and Alexy's Theories . . . . .	477
<i>Carlos Bernal Pulido</i> The Constitutional Adjudication of Positive Social and Economic Rights by Means of the Proportionality Analysis . . . . .	497
<i>Alfonso García Figueroa</i> The Ubiquity of Principles. Some Critical Remarks on Robert Alexy's <i>Exklusionstheorem</i> . . . . .	523

<i>Mitsubiro Matsubara</i>	
Repräsentation der idealen Dimension . . . . .	547

<i>Axel Tschentscher</i>	
Regeln statt Prinzipien im Privatsphärenschutz . . . . .	563

#### IV. Verschiedene Aspekte

<i>Ralf Dreier</i>	
Integratives Verstehen – eine Bilanz . . . . .	575

<i>Stanley L. Paulson</i>	
The Makings of a Radical Norm Theory. Hans Kelsen's Sanction-Norm as Empowering Norm . . . . .	589

<i>Joachim Renzikowski</i>	
Der Gegenstand der Norm . . . . .	631

<i>Hubert Rottleuthner</i>	
„Wenn Sie noch einmal Hegel erwähnen, verlasse ich den Raum.“ Zur Rolle der Rechtsphilosophie in der Rechtsprechung . . . . .	645

<i>Matthias Kaufmann</i>	
Was sind subjektive Rechte? . . . . .	665

<i>Massimo La Torre</i>	
Kleiner Versuch einer Philosophie der Rechtsgeschichte. Die Evolution des Rechts und der Anspruch auf Fortschritt . . . . .	677

<i>Nils Jansen</i>	
Der Richtigkeitsanspruch der Privatrechtsdogmatik. Vom säkularen Naturrecht der Frühen Neuzeit zur modernen Privatrechtstheorie . . . . .	697

<i>A. Daniel Oliver-Lalana</i>	
Zur gerichtlichen Prüfung des Verfahrens legislativer Begründung . .	719

<i>Hui Wang</i>	
The Institutionalization of Human Dignity in China . . . . .	749



Anhang

Verzeichnis der Schriften von Robert Alexy . . . . .	767
Autorenverzeichnis . . . . .	807