

„Digitale Infrastruktur“ und „digitale Privatsphäre“ in der Landesverfassung?

Nach dem Ergebnis der Klausurtagung des Sonderausschusses Verfassungsreform sollen in die Schleswig-Holsteinische Landesverfassung zwei Bestimmungen über die „Herausforderungen der digitalen Gesellschaft“ aufgenommen werden, nämlich dass das Land „im Rahmen seiner Kompetenzen“

- „den Aufbau, die Weiterentwicklung und den Schutz digitaler Infrastrukturen sowie die Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger an diesen“, aber auch
- „den Schutz der digitalen Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger“

„gewährleistet“.

Beide Vorschläge sind fragwürdig, weil sie in wesentlichen Teilen mit der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung nicht vereinbar sind. Der ausdrückliche Kompetenzvorbehalt ändert nichts daran, dass die Formulierung insgesamt den unzutreffenden Eindruck erweckt, das Land könne bei diesen Themen eigene Akzente setzen oder die Bürgerinnen und Bürger besser schützen als wenn es diesen Verfassungsauftrag nicht gäbe. Der „Infrastrukturauftrag“ würde überdies schon deswegen weitgehend leerlaufen, weil er bereits von den interessierten Unternehmen ausgeführt wird.

I. Zur Terminologie

Die Begriffe „digitale Gesellschaft“, „digitale Infrastruktur“ und „digitale Privatsphäre“ entstammen der sozialwissenschaftlichen und medialen (politischen und kulturkritischen) Diskussion über die Folgen der Einführung elektronischer Informationsverarbeitung und Kommunikation. „Digital“ ist zunächst ein Begriff aus der Informatik und der Physik; er bedeutet eigentlich „ziffernmäßig“, „in Ziffern dargestellt“, „stufenförmig“ geordnet, „in diskrete Einzelschritte aufgelöst“ im Gegensatz zu „analog“ (= stufenlos, kontinuierlich).¹ In der Außendarstellung für den Nutzer ist aber kein Unterschied zwischen diesen Verarbeitungsformen zu bemerken: „Stufenlose“ Vorgänge werden – z. B. das sich kontinuierlich bewegende Ziffernblatt einer Uhr – werden zwar „digital“ aufgenommen, aber „analog“ dargestellt.

Zur Beschreibung sozialer Phänomene ist das Attribut „digital“ sprachlogisch falsch und praktisch zumindest ungenau². Wörtlich genommen, gibt es keine „digitale Gesellschaft“. Allenfalls die *Infrastruktur*, also die Netze und die daran angeschlossenen Geräte können sinnvoll als „digital“ bezeichnet werden (besser wäre aber „elektronisch“ o.ä.). Gemeint ist

¹ Brockhaus Enzyklopädie, 21. Aufl. Mannheim 2006, Band 7, S. 15.

² Die Brockhaus Enzyklopädie von 2006 enthält auf neun Seiten ausschließlich *technische* Begriffe mit dem Bestandteil „digital“.

die Gesellschaft, die sich der elektronischen Datenverarbeitung in ihren modernsten Formen bedient. Inwieweit diese Techniknutzung den Charakter der heutigen Gesellschaft prägt, ist Gegenstand kulturkritischer Erörterungen, deren Wert für die rechtliche Verfassung oft schwer erkennbar ist.

„Privatsphäre“ ist als Bestandteil eines Gesetzes oder der Verfassung ein *juristischer* Begriff. Der Schutz der Privatsphäre (neuerdings vielfach statt dessen: der „Privatheit“) wird aus den Grundrechten in Art. 1 Abs. 1 (Menschenwürde) und Art. 2 Abs. 1 (Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung) abgeleitet. Die Privatsphäre soll nach bisherigem allgemeinem Verständnis stets und überall geschützt werden, d.h. in allen Konstellationen, in denen sie bedroht ist, unabhängig davon, welche Technik dabei eingesetzt wird.³ Wenn nun von „digitaler“ oder „elektronischer“ Privatsphäre gesprochen wird, soll damit ausgedrückt werden, dass es Risiken für die Privatsphäre gibt, die speziell durch die neuen IuK-Techniken begründet sind, die aber angeblich durch das geltende Recht nicht abgewehrt werden. Genauer formuliert, müsste es also heißen: „Schutz der Privatsphäre auch gegen die Gefahren der Informations- und Kommunikationstechnik“. Als besonders „bedrohlich“ wird dabei das Internet empfunden; man könnte deshalb daran denken, auch dieses im Text der Verfassung zu erwähnen.

Klar ist, dass eine „digitale Privatsphäre“ sich in der *Zielsetzung* – Schutz des Individuums – nicht von der „analogen“ unterscheidet; allenfalls kommen zu diesem Zweck neue rechtliche *Instrumente* oder Verfahrensweisen in Betracht.

II. „Digitale Infrastruktur(en)“ als Landes-Verfassungsauftrag?

1. Die grundgesetzliche Aufgabenverteilung

a) Aufbau und Weiterentwicklung der „digitalen Infrastrukturen“

Die „digitale Infrastruktur“,⁴ also das System von Leitungen und Geräten zur elektronischen Kommunikation, ist bisher von *Privatunternehmen* aufgebaut und ständig weiterentwickelt worden. Der Bund hat das seinerzeitige Verwaltungsmonopol „Fernmeldewesen“ im Jahre 1994 privatisiert und sich auf die „Gewährleistung“ von Telekommunikationsdienstleistungen zurückgezogen (Art. 87f Abs. 1 GG). Diese Abkehr von der „Erfüllungsverantwortung“ des Staates gilt als Musterbeispiel der Entwicklung zum „Gewährleistungsstaat“.⁵ Dahinter steht das Konzept der Kombination marktwirtschaftlich zu erbringender Leistungen mit der Regulierungsaufsicht des Staates: Der Staat braucht bestimmte Aufgaben nicht mehr durch eigenes Personal und mit eigenen Einrichtungen wahrzunehmen, sondern kann sich auf die Erfüllung entsprechender Pflichten durch Private verlassen; andererseits ist die Gewährleistungsverantwortung auch eine *Ergebnisverantwortung*, so dass der Staat

³ Privatsphäre ist aber kein „selbstdefinierter und beherrschbarer Gegenstandsbereich“, wie Schliesky formuliert (Erfordernis einer Neubestimmung der Privatheit?, Arbeitspapier 065, S. 9). Nicht irgendwelche „Gegenstände“ sind geschützt, sondern das individuelle Interesse an Abschirmung (so auch Schliesky aaO. S. 13 und 19). Deshalb ist Datenschutz selbstverständlich auch dann geboten, wenn die Daten in einer „Cloud“ gespeichert sind.

⁴ In dem Entwurf eines neuen Verfassungsartikels ist der Plural „Infrastrukturen“ verwendet. Das ist ungewöhnlich und nicht zu empfehlen; denn schon im Singular umfasst „Infrastruktur“ eine Vielzahl von Elementen, die demselben Zweck dienen.

⁵ Ausführlich dazu u.a. Möstl, in: Maunz/Dürig, GG, Oktober 2010, Art. 87f Rn. 1 ff., 4, 73 ff.; s.a. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 ff.; zuvor grundlegend schon Eifert, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1999.

einspringen muss, wenn die Privaten ihre Aufgaben nicht angemessen erfüllen („Rückholbarkeit“, „Auffangverantwortung“).⁶ Aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Entscheidung hat der Staat im Bereich der Telekommunikation eine Regulierungsfunktion, d.h. er muss darauf hinwirken, dass ein funktionsfähiger Wettbewerb zwischen den auf diesem Markt tätigen Unternehmen herrscht.

Im Verhältnis der verschiedenen staatlichen Ebenen zueinander ist die Zuständigkeitsbestimmung eindeutig: Es ist der *Bund*, dem die Gewährleistung obliegt; die Länder sind darin nicht einbezogen. Die erforderlichen Hoheitsaufgaben werden nach Art. 87f Abs. 2 Satz 2 GG „in bundeseigener Verwaltung ausgeführt“. Der Bund hat damit insbesondere die Bundesnetzagentur beauftragt.

b) Schutz der Infrastruktur und Teilhabe der Bürger

Der *Schutz* der „digitalen“ Infrastruktur und die *Teilhabe* der Bürgerinnen und Bürger an ihr sind bereits geregelt, und zwar durch das bundesrechtliche TKG. Der Bund hat dabei alle mit dem Vorschlag zur Landesverfassung verfolgten Intentionen aufgenommen und in den einleitenden Paragraphen ausführlich umschrieben. So ist in § 1 TKG als „Zweck des Gesetzes“ u.a. angegeben, „leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckende angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“. In § 2 Abs. 2 TKG ist unter den „Zielen der Regulierung“ u.a. die Wahrung der Nutzer- und insbesondere der Verbraucherinteressen genannt, darüber hinaus sind aber auch soziale Aspekte angesprochen, z.B. dass die Bedürfnisse „bestimmter sozialer Gruppen, insbesondere von behinderten Nutzern, älteren Menschen und Personen mit besonderen sozialen Bedürfnissen“ zu berücksichtigen sind (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG). Das Bundesgesetz enthält nicht nur technisch-organisatorische Bestimmungen, sondern auch detaillierte Vorschriften zur Zugangsregulierung (§§ 16-26), zur Entgeltregulierung (§§ 27-39), zum Kundenschutz (§§ 43a-47b) sowie die für die Gewährleistung entscheidenden Universaldienstverpflichtungen (§§ 78-87), und schließlich werden auch das Fernmeldegeheimnis (§§ 88-90) und der Datenschutz (§§ 91-107) ausgestaltet. Aus der Gesamtheit dieser konkreten und aufeinander abgestimmten Regelungen ergibt sich, dass die angestrebte „Teilhabe der Bürgerinnen und Bürger“ an den „digitalen Infrastrukturen“ zu fairen Bedingungen weitestgehend gesichert ist.

c) Staatliche oder kommunale Subventionierung privatwirtschaftlicher Aktivitäten?

Die weitere Verbesserung effektiver und effizienter elektronischer Kommunikationswege ist wirtschaftlich attraktiv. Die damit befassten Unternehmen bedürfen keiner Staatshilfen; sie können ihre Investitionen über den Kapitalmarkt finanzieren. Trotzdem wird vielfach gefordert, der Staat solle den Netzausbau fördern, etwa um die Breitbandversorgung in dünn besiedelten Gebieten sicherzustellen. Es ist umstritten, ob der Staat über die Regulierung hinaus die Entwicklung etwa durch Förderung des Netzausbaus unterstützen darf.⁷ Eine solche finanzielle Unterstützung würde eine Abweichung von dem bundesverfassungsrechtlichen Grundkonzept „Private Leistungserbringung – staatliche Aufsicht“ darstellen.⁸ Überdies dürften europarechtliche Hindernisse bestehen.⁹ Eine

⁶ Vgl. Voßkuhle (Fn. 5), VVDStRL 62, 266 (326); Hoffmann-Riem, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 89 (97); Knauff, Gewährleistungsstaatlichkeit in Krisenzeiten, DÖV 2009, 581 (582).

⁷ Vgl. Möstl (Fn. 5) Rn. 5 S. 11 m.w.N. – mit starken Zweifeln an der Zulässigkeit der tatsächlichen Förderungspraxis; anders jedoch Rn. 72 S. 77.

⁸ Möstl aaO. (Fn. 5) Rn. 5 (S. 11 f.).

Subventionierung des Netzausbaus wäre vor allem im Hinblick auf das Gebot sparsamer Finanzwirtschaft bedenklich: Sie ist im strengen Sinne nicht erforderlich und würde die Einhaltung der Schuldenbremse erschweren.

Denkbar ist, dass die *Gemeinden* sich am Auf- und Ausbau der elektronischen Netze beteiligen wollen oder dazu gedrängt werden. Um der kommunalen Daseinsvorsorge willen oder als Eigentümer bzw. Träger der Wegebaukosten für die Grundstücke, auf oder unter denen Leitungen („Telekommunikationslinien“) verlegt werden sollen, sind sie an der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung interessiert. Gegen eine wirtschaftliche Betätigung der Kommunen auf dem Gebiet der Telekommunikation bestehen aber erhebliche rechtliche Bedenken,¹⁰ und das Telekommunikationsgesetz des Bundes lässt für spezielle wegerechtliche Vereinbarungen nur geringe Spielräume (vgl. §§ 68 ff., insbes. § 68 Abs. 3 TKG).

Adressat von Förderungswünschen könnte im Übrigen nur der Bund sein. Er ist in der Pflicht und rechtlich in der Lage, die gewünschte Versorgung auch der entlegeneren Teile des Landes zu „gewährleisten“, indem er z.B. eine entsprechende Universaldienstleistungspflicht begründet (vgl. nochmals §§ 78 ff. TKG). Solange das Grundgesetz in seiner jetzigen Fassung gilt, kann umgekehrt das Land keinen Einfluss auf die Unternehmen erlangen, der rechtlich mit gleicher Wirksamkeit gesichert wäre. Einer eventuellen finanziellen Förderung des Landes stünde also keine „Gegenleistung“ der Unternehmen gegenüber.

Folgerichtig sollte keine Vorschrift in die Landesverfassung aufgenommen werden, die eventuell als eine neue Verpflichtung des Landes interpretiert werden könnte und damit zu einer Belastung der Landesfinanzen führen würde.

2. Gesetzgebungskompetenz und Gewährleistungsverantwortung des Bundes

Die vorstehenden Ausführungen zur Bedarfsfrage haben bereits gezeigt, dass die Zuständigkeit für die Telekommunikationsinfrastruktur vom Bund wahrgenommen wird. Im Grundgesetz ist dies in Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 und Art. 87f festgelegt. Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das Postwesen und die Telekommunikation und die Gewährleistungspflicht für entsprechende Leistungen: „Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“. Diesen Gesetzgebungsauftrag hat der Bund mit dem Erlass des TKG erfüllt.

Das Land hat also in diesem Bereich keine Regelungskompetenz. Es könnte an der Aufgabenerfüllung des Bundes nur insoweit beteiligt sein, wie es generell zur Ausführung der Bundesgesetze zuständig ist (Art. 83 ff. GG). Der Bund führt seine hoheitlichen Aufgaben im Bereich der Telekommunikation aber durch bundeseigene Verwaltung aus (Art. 87f Abs. 2 Satz 2 GG). Raum für eigene Behörden und eigene Verwaltungsvorschriften der Länder lässt das Grundgesetz in diesem Bereich nicht (vgl. Art. 86 GG). Eine Zusammenarbeit der Bundesnetzagentur mit Landesbehörden ist grundsätzlich nicht vorgesehen (sondern nur Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt und mit Behörden der EU, vgl. §§ 123 Abs. 1 und 123a TKG). Die Zusammenarbeit mit den Landesmedienanstalten, die der Bundesnetzagentur in § 123 Abs. 2 TKG aufgegeben ist, ändert nichts daran, dass die vorgeschlagene umfassende

⁹ Auch dazu Möstl aaO.; ferner – differenzierend – Windthorst, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 87f Rn. 18 m.w.N.

¹⁰ Zum Streitstand s. etwa Möstl (Fn. 5) Rn. 60.

Gewährleistung der „digitalen Infrastruktur“ eine Angelegenheit des Bundes ist. Auch eine eventuelle Förderung des Netzausbaus ist, wie oben bereits ausgeführt (II. 1. c) a.E.), Sache des Bundes.

Somit könnten für die Landesverwaltung höchstens unterstützende Tätigkeiten in Betracht kommen, soweit die zuständigen Bundesbehörden derer bedürfen; auch dies ist aber angesichts der Vorschriften über die Durchsetzung der bundesrechtlichen Verpflichtungen durch die Bundesnetzagentur nicht zu erwarten (vgl. § 115 TKG).

III. Landesverfassungsrechtlicher Schutz der „digitalen Privatsphäre“?

1. Die Bedarfsfrage

Bedarf für eine ausdrückliche Norm zum Schutz der „digitalen“ Privatsphäre (neben dem der „analogen“ Privatheit) besteht nicht. Denn es ist unstreitig, dass die „analoge“ Privatsphäre nicht allein als räumlich abgegrenzter Bereich verstanden werden darf, sondern dass auch eine ideelle oder virtuelle Privatsphäre geschützt werden muss und durch das geltende Recht geschützt wird.

Diese Grundüberlegung hat ihren Niederschlag im Ansatz schon seit langem im Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) gefunden, und sie kommt auch in der Rechtsprechung des BVerfG zum Ausdruck, wo der Schutz des Persönlichkeitsrechts auf die eigengenutzten Computer ausgedehnt worden ist.¹¹ Das BVerfG sieht in einer landesrechtlich zugelassenen „Online-Durchsuchung“ von Computern durch den Verfassungsschutz eine „heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems“, die „das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner besonderen Ausprägung als Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ verletzt,¹² und verlangt von einem Gesetz, das solche Eingriffe erlaubt, Vorkehrungen zum Schutz des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“.¹³ Das BVerfG denkt also von dem Ziel her, den persönlichen Entfaltungs- und Rückzugsbereich umfassend zu schützen. Eine Abgrenzung der „digitalen“ von der „analogen“ Privatsphäre wird nicht vorgenommen; sie wäre wohl auch nicht sinnvoll.

Ob mit der vom BVerfG bezeichneten Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts tatsächlich, wie das Gericht meint, eine Lücke gefüllt wird¹⁴ oder ob nicht die betreffenden Informationseingriffe bereits durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verboten waren, ist umstritten. In aller Deutlichkeit hat das Gericht aber ausgeführt, dass der rechtliche Ausgangspunkt aller dieser Überlegungen in dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu suchen ist.¹⁵ Nirgends ist davon die Rede, dass die virtuelle Privatsphäre von dem Schutz des Grundrechts ausgenommen sei. Auch eine Klarstellung, dass sie dazugehört, wird nicht gefordert.

¹¹ U. v. 27.2.2008, BVerfGE 120, 274.

¹² BVerfGE 120, 274 (301).

¹³ Leitsatz 3 des Urteils.

¹⁴ BVerfGE 120, 274 (313); dazu auch Böckenförde, JZ 2008, 925 ff.; Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 ff.; anders z.B. Eifert, NVwZ 2008, 521 ff.; Hoeren, MMR 2008, 365 f.; Sachs/Krings, JuS 2008, 482 ff.; Bull, Informationelle Selbstbestimmung – Vision oder Illusion?, 2. Aufl. 2011, S. 34 f. und 56.

¹⁵ BVerfGE 120, 274 (313). S. a. Leitsatz 1 des Urteils.

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Privatsphäre (Art. 8 EMRK) weit ausgelegt und gegen neuartige Gefahren geschützt.¹⁶ In der Europäischen Grundrechte-Charta ist ein Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Kommunikation enthalten (Art. 7), das ebenfalls weit ausgelegt und vom EuGH in seiner Rechtsprechung berücksichtigt wird.¹⁷

Richtig ist, dass es zur Durchsetzung des Privatheitsschutzes im Internet u.U. rechtlicher Instrumente und Verfahrensweisen bedarf, die in anderen Bereichen nicht nötig sind, z.B. erweiterte Auskunft- und Mitwirkungspflichten der Betreiberfirmen und Anordnungs- und Bußgeldbefugnisse der Aufsichtsbehörden, wie sie u.a. im TKG geregelt sind, oder ein „Recht auf Vergessen“, wie es in der geplanten Datenschutz-Grundverordnung der EU vorgesehen ist. Ganz neu sind aber auch diese Instrumente nicht mehr; sie sind vielmehr aus den zentralen Rechtsinstituten des Datenschutzrechts entwickelt worden. Soweit es an Durchsetzungsmöglichkeiten fehlt, liegt das an der internationalen Verflechtung der Internetwirtschaft und –technik, und selbst die Nationalstaaten tun sich schwer damit, diese Grenzen der Wirksamkeit des Rechts zu überwinden. Eine Norm der Landesverfassung kann zur Lösung dieser Probleme schon deswegen nichts beitragen, weil sie – wie der vorliegende Vorschlag – abstrakt bleiben muss, also keine konkreten Instrumente zum Schutz der Individualrechte einführen kann.

Dazu passt eine Feststellung des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz: Es ist „nicht erkennbar, dass die Existenz landesverfassungsrechtlicher Regelungen zu einem verstärkten materiell-rechtlichen Schutz des Grundrechts auf Datenschutz geführt hätte“.¹⁸

2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Das Recht des Persönlichkeitsschutzes gehört rechtssystematisch zum Bürgerlichen Recht.¹⁹ Seine erste gesetzliche Ausprägung ist das „sonstige Recht“ in § 823 Abs. 1 BGB; hieran hat zunächst der BGH und später das BVerfG angeknüpft und dieses bis dahin unbenannte subjektive Recht verfassungsrechtlich unterfangen und in verschiedene Richtungen ausgeformt. Es ist unbestritten, dass die Regelungskompetenz insofern dem Bund zusteht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).

Da es sich hier um eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz handelt, ist zu prüfen, ob das Land gleichwohl ein eigenes Gesetz erlassen kann. Nach Art. 72 Abs. 1 GG würde das voraussetzen, dass der Bund „von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“. Das ließe sich immerhin mit der Begründung vertreten, das Persönlichkeitsrecht sei durch die Gerichte entwickelt worden. Der Bund hat zwar in der Vergangenheit Versuche unternommen, ein entsprechendes Gesetz zustande zu bringen; das ist ihm aber nicht gelungen. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, weil zu erwarten ist, dass der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch machen würde, wenn ein Landesgesetzgeber sich mit dieser Materie befassen wollte. Die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG sind erfüllt; die bundesgesetzliche Regelung wäre zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich.

¹⁶ Dazu ausführlich Siemen, Datenschutz als europäisches Grundrecht, Berlin 2006, S. 51 ff.

¹⁷ Auch dazu Siemen (vorige Fn.), S. 212 ff.

¹⁸ Schr. an den Sonderausschuss Verfassungsreform v. 11.1.2014, LT-Umdruck 18/2300, S. 4. Auch der Schleswig-Holsteinische Anwalt- und Notarverband sieht kein Bedürfnis für eine zusätzliche landesrechtliche Regelung, vgl. sein Schr. an den Sonderausschuss Verfassungsreform v. 14.2.2014, Arbeitspapier 084.

¹⁹ So auch Schliesky (Fn. 3), Arbeitspapier 065, S. 11.

Eine Gesetzgebungskompetenz des Landes könnte allerdings dann begründet sein, wenn es um den Schutz der Privatsphäre bzw. Privatheit gegen Eingriffe des *Staaates* geht. So ist der Datenschutz im öffentlichen Bereich als eine Materie des öffentlichen Rechts anzusehen, fällt also nicht unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.²⁰ Der Bundesgesetzgeber kann nur diejenigen Fälle regeln, die im Zusammenhang mit einer dem Bund ausdrücklich zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz stehen; umgekehrt haben die Länder auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung kein Gesetzgebungsmonopol.²¹ Für eine landesrechtliche Regelung – und damit für einen landesverfassungsrechtlichen Regelungsauftrag – scheiden daher u.a. wichtige Fallgruppen wie das Melde- und Ausweiswesen (Art. 73 Abs. 1 Nr. 3), die Terrorismusabwehr (unter den Voraussetzungen des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a) und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in der Kriminalpolizei und beim Verfassungsschutz (Art. 73 Abs. 1 Nr. 10) aus.

IV. Schlussbemerkung

Utz Schliesky fasst seine Überlegungen zur „Neubestimmung der Privatheit“ wie folgt zusammen: „Verfassungspolitisch wäre dem Grundgesetz durchaus ein umfassendes Grundrecht auf Privatheit wünschenswert, und zwar ausdrücklich auch mit Verdeutlichung des digitalen Kontextes. Möglicherweise können die Landesverfassungen vorangehen, doch wird letztlich hier vor allem auch die europäische Ebene am Ende des Tages nur erfolgreichen Schutz gewährleisten können“.²²

Eine Änderung des Grundgesetzes steht nicht zur Debatte, und ob die Landesverfassungen „vorangehen“ sollten, ist nach den bisherigen Erfahrungen mit landesverfassungsrechtlichen Sonderwegen fragwürdig.²³ Sehr bedenkenswert ist jedoch der Schlusssatz: Die rechtlichen Defizite – insbesondere bei der rechtlichen Einhegung des Internets – werden langfristig wohl nur auf europäischer Ebene beseitigt werden können.

²⁰ So schon Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Oktober 1984, Art. 74 Rn. 61 m.w.N.

²¹ Vgl. dazu die differenzierenden Bemerkungen von Simitis, in: ders. (Hrsg.), BDSG, 7. Aufl. 2011, § 1 Rn. 1 f. (4, 6).

²² Schliesky (Fn. 3), Arbeitspapier 065, S. 22.

²³ S. nochmals die Einschätzung des ULD (oben bei Fn. 18).