



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Verfassung, Rechtsprechung und Informationstechnologie –
Die Interpretation der Verfassung durch das
Bundesverfassungsgericht und den U.S. Supreme Court im
Lichte technologischer Entwicklungen am Beispiel des
Privatsphäreschutzes“**

Dissertation vorgelegt von Leander Jérôme Kommer

Erstgutachter: Prof. Dr. Michael Anderheiden

Zweitgutachter: Prof. Dr. Bernd Grzeszick

Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie

„Verfassung, Rechtsprechung und Informationstechnologie – Die Interpretation der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht und den U.S. Supreme Court im Lichte technologischer Entwicklungen am Beispiel des Privatsphäreschutzes“

Leander Jérôme Kommer, LL.M. (Berkeley)

Die Dissertation erscheint als Teil der Reihe „Studien zu Staat, Recht und Verwaltung“, herausgegeben von RiBVerfG Prof. Dr. Gabriele Britz, Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, Prof. Dr. Laura Münkler und Prof. Dr. Jens-Peter Schneider (Nomos: Baden-Baden).

Die Arbeit untersucht die Anpassung von Verfassungen an technologische Entwicklungen durch Verfassungsgerichte am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts und des U.S.-amerikanischen Supreme Courts. Ausgehend von der These, dass technologische Entwicklungen gesellschaftliche und soziale Entwicklungen mit sich bringen und sich damit auch auf grundrechtsrelevante Verhaltensweisen der Menschen auswirken, wird die Frage untersucht, wie die beiden Gerichte auf diese Entwicklungen bei der Auslegung der jeweiligen Verfassung reagiert haben. Besonders deutlich sind diese Veränderungen anhand der Entwicklung der für den Schutz der Privatsphäre relevanten Technologien nachvollziehbar, insbesondere bei Überwachungstechnologien, so dass sich die Untersuchung der Rechtsprechung maßgeblich auf Entscheidungen konzentriert, die diese zum Gegenstand haben.

Verfassungen – erst recht nicht die über 200 Jahre alte U.S. Constitution – können nicht alle technologischen Entwicklungen antizipieren und weisen daher mehr oder weniger große Lücken, die von den sie auslegenden Gerichten gefüllt werden können oder es notwendig machen, die Verfassung auf neue und nicht antizipierte Sachverhalte anzuwenden. Damit stellt sich gerade hier die alte Frage danach, ob und wenn ja auf welche Weise die Gerichte dadurch die Verfassungen an technologische Entwicklungen anpassen sollen. Anstatt zu versuchen, diese Frage unmittelbar zu beantworten, beschäftigt sich die Arbeit aber zunächst mit einem Vergleich der Rechtsprechung der beiden Gerichte auf diesem Gebiet.

Das erste Kapitel legt die Grundlagen für den Vergleich. Ausgangspunkt ist eine Gegenüberstellung der Grundlagen von *judicial review* in den USA und Deutschland sowie der jeweiligen Legitimation der Ausübung richterlicher Macht und deren Schranken. Dabei werden erhebliche Unterschiede im Verfassungsrecht der USA und Deutschlands deutlich, die sich natürlich auch auf die Rechtsprechung der beiden hier untersuchten Gerichte auswirken. Das beginnt bereits mit der jeweiligen Stellung der Gerichte, mit dem Supreme Court als Superrevisionsinstanz auf der einen Seite und dem Bundesverfassungsgericht als reines Verfassungsgericht auf der anderen, und setzt sich mit weiteren unterschiedlichen funktionellen Grenzen der richterlichen Machtausübung fort, wie etwa den zulässigen Verfahrensarten vor den Gerichten.

Die Diskussionen in der Literatur in den USA und in Deutschland folgen unterschiedlichen Mustern und konzentrieren sich auf unterschiedliche Probleme. Die amerikanische Diskussion betrachtet primär die inhärente politische Rolle des Supreme Courts und seine Methodik zur Ausübung von richterlicher Zurückhaltung. In Deutschland wird das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ gesehen; seine maßgebliche Aufgabe ist die Stärkung der Grundrechte und damit gerade auch die Weiterentwicklung des Verfassungsrechts bis hin zum Verfassungswandel zur Berücksichtigung geänderter

Lebenswirklichkeiten. Die Diskussion über die Grenzen der Macht des Bundesverfassungsgerichts tritt hinter die Untersuchung der verfassungsrechtlichen Dogmatik oftmals zurück. Dennoch gibt es gemeinsame Themen, die beide Gerichte gleichermaßen betreffen. Nach der vorherrschenden Ansicht in den USA und in Deutschland setzen die Gerichte durch ihre Tätigkeit bei der Konkretisierung der Verfassung auch neues Recht und handeln dabei auch als politische Akteure.

Aus der Auseinandersetzung im zweiten Kapitel mit den Befürchtungen, die Rechtsprechung von Verfassungsgerichten wie dem Supreme Court und dem Bundesverfassungsgericht führe zu einer Juridifizierung der Politik bzw. einer Politisierung der Justiz folgt die Erkenntnis, dass auf dieser Basis ein Vergleich der Rechtsprechung beider Gerichte nicht durchführbar ist. Insbesondere bislang verwendete Definitionen des Begriffs *judicial activism* sind ungeeignet, als objektive Gradmesser für die Aktivität der Gerichte zu dienen, die dann verglichen werden könnte. Zu oft wird der Begriff vom Verwender nur dazu benutzt, auszudrücken, dass ihm bestimmte Entscheidungen eines Gerichts missfallen. Zu unterschiedlich sind außerdem die verfassungsrechtlichen Gefüge innerhalb derer sich die beiden Gerichte bewegen und zu unterschiedlich die äußeren Einflüsse und Grenzen ihrer Rechtsprechung.

Um dennoch eine Vergleichbarkeit der Rechtsprechung im Hinblick auf die hier zu untersuchende Frage herzustellen, wird am Ende des zweiten Kapitels eine Definition von *judicial activism* entwickelt und für den Vergleich der Rechtsprechung des Supreme Courts und des Bundesverfassungsgerichts in den Bereichen neuer technologischer Entwicklungen und insbesondere des Schutzes der Privatsphäre nutzbar gemacht. Die Diskussion über die Juridifizierung der Politik bietet trotz allem einige Anknüpfungspunkte an, die benutzt werden können, ein bestimmtes Verhalten der Gerichte als aktivistisch zu bezeichnen. Nach der hier entwickelten Definition sprechen die folgenden Indizien für eine aktivistische Entscheidung eines Gerichts:

- Eine Entscheidung, die über die Grenzen des Wortlauts der Verfassung hinausgeht, ist ein Indiz für Aktivismus.
- Ändert das Gericht seine bisherige Rechtsprechung, ist das ein Indiz für Aktivismus.
- Macht das Gericht in seiner Entscheidung detaillierte Vorgaben an den Gesetzgeber, die über den Regelungsbedarf im Einzelfall hinausgehen, ist das ein weiteres Indiz für Aktivismus.
- Haben die Richter ihre Argumentation für eine solche Entscheidung zudem auf technologische Entwicklungen gestützt, haben sie im Sinne dieser Arbeit aktivistisch gehandelt.

Mit dieser Definition sollen die Sachverhalte herausgefiltert werden, die von einer anderen Staatsgewalt als dem Gericht hätten entschieden werden können oder entschieden wurden, das Gericht also insbesondere gegen den Willen der Mehrheit im Parlament entscheidet oder es der Mehrheit verwehrt, eine eigene Entscheidung zu treffen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Bedeutung des Wortlauts der Verfassung offensichtlich keinen Hinweis auf die vom Gericht gewählte Auslegung gibt. Andererseits soll durch den Fokus auf die Argumentation mit technologischen Entwicklungen eine Konzentration auf diesen Aspekt erfolgen, der Begriff objektiviert und daher für die Vergleichbarkeit nutzbar gemacht werden.

Das dritte Kapitel fasst als weitere Grundlage für den in den Kapiteln vier bis sechs folgenden Vergleich der Rechtsprechung des Supreme Courts und des Bundesverfassungsgerichts knapp die einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Privatsphäreschutzes in den USA und Deutschland zusammen. Bemerkenswert dabei sind insbesondere die im Vergleich zur Constitution wesentlich ausdifferenzierteren Regelungen des Grundgesetzes in Kombination mit der Generalklausel des Art. 2 GG. Die Constitution dagegen weist zwar auch Generalklauseln auf (z.B. im Vierzehnten Amendment); das konkret auf den Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Privatsphäre abzielende Vierte Amendment allerdings richtet sich konkret nur gegen unangemessene Durchsuchungen und das Beschlagnahmen der Person, des Heims, der Papiere und Habseligkeiten. Diesen rechtlichen Grundlagen stellt das dritte Kapitel im Anschluss die Entwicklung privatsphärelevanter Technologien insbesondere im relevanten Untersuchungszeitraum gegenüber, mit einem besonderen Fokus auf Computer- und Telekommunikationstechnologien (kurz: Informationstechnologie). Dies zeigt auf, welche enormen Wandlungen die Gesellschaft in diesem Bereich ausgesetzt war und ist und welche Gefahren für die Privatsphäre durch die Verwendung der verschiedensten Technologien drohten und drohen. Geht man von der rapiden Entwicklung dieser Technologien und dem jeweiligen Alter der Constitution und des Grundgesetzes aus, könnte man vermuten, dass es gerade dann mehr aktivistische Entscheidungen der Gerichte geben muss, wenn solche technologische Entwicklungen Grundrechte berühren. Das gilt insbesondere für das Recht auf den Schutz der Privatsphäre, das von vielen modernen Entwicklungen in besonderem Maße betroffen ist.

Die Untersuchung der Rechtsprechung des Supreme Courts und des Bundesverfassungsgerichts in den Kapiteln 4 und 5, die sich wegen des Todes von Justice Antonin Scalia im Jahr 2016 und der darauf und den Tod von Justice Ruth Bader Ginsburg folgenden konservativen Umstrukturierung der Besetzung des Supreme Courts unter Präsident Donald Trump auf den Zeitraum bis einschließlich 2015 beschränkt, zeigt jedoch, dass das Vorliegen technischer Entwicklungen an sich noch keinen Aktivismus hervorrufen muss. Der Supreme Court ist sogar trotz des weitaus höheren Anpassungsbedarfs der Constitution gegenüber dem Grundgesetz weitaus zurückhaltender als das Bundesverfassungsgericht, wenn es um das Entwickeln neuer verfassungsrechtlicher Grundlagen für den Umgang mit neuen Technologien geht.

Der Supreme Court konzentriert seine Rechtsprechung in dem hier untersuchten Bereich auf das Vierte Amendment und den Schutz vor staatlicher Überwachung. Die aktivistischsten Entscheidungen stammen aus den 1960er Jahren. Insbesondere die Entscheidung *Katz v. United States* führte zu einer völlig neuen Interpretation des Vierten Amendments durch die Einführung des Tests auf eine angemessene Erwartung eines Schutzes der Privatsphäre. Nachfolgende Entscheidungen schränkten den Schutz jedoch wieder ein und nahmen zahlreiche Gegenstände aus dem Schutzbereich heraus. So hat es der Supreme Court bislang beispielsweise verweigert, ein Recht auf Schutz von bei Dritten gespeicherten persönlichen Daten oder ein allgemeines Recht auf den Schutz der Privatsphäre anzuerkennen. Weitere Ausweitungen des Schutzes versagte der Supreme Court. Im Gegenzug reagierte der Kongress und schuf zahlreiche einfachgesetzliche Schutzmaßnahmen. Über diese einfachgesetzlichen Maßnahmen musste der Supreme Court weit überwiegend nie entscheiden.

Das Bundesverfassungsgericht war dagegen weitaus aktivistischer, erfand neue verfassungsrechtliche Schutzregimes und schrieb oftmals dem Gesetzgeber im Detail vor, wie er die verfassungsrechtlich garantierten Rechte zu schützen habe. Das Bundesverfassungsgericht zog klare Linien für die Telefonüberwachung und die elektronische

Überwachung von Wohnungen. Es erkennt einen absoluten Kern der Privatsphäre an, der als Teil des Schutzes der Menschenwürde unverletzlich ist. Das Bundesverfassungsgericht schuf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung strahlt auf andere Grundrechte aus, indem es sehr bestimmte Grenzen für das Erheben, Nutzen und die Übermittlung persönlicher Daten setzt.

Sowohl die USA als auch Deutschland kennen einen besonderen Schutz der Wohnung. Während der Supreme Court daraus aber ein sehr räumliches Schutzkonzept entwickelt, legt das Bundesverfassungsgericht den Schutz konzeptioneller und breiter aus. Dies steht beispielhaft für den unterschiedlichen Umgang der Gerichte mit dem Verfassungstext. Im Ergebnis führt das höhere Maß an Aktivismus in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Vergleich zu der Zurückhaltung des Supreme Courts zu einem höheren verfassungsrechtlichen Schutzniveau vor neuen, durch technologische Entwicklungen bedingten Gefahren in Deutschland.

Der unmittelbare Vergleich der Rechtsprechung beider Gerichte in Kapitel 6 schließt mit einer Untersuchung der über das materielle Verfassungsrecht hinausgehenden Einflüsse auf den unterschiedlichen Aktivismusgrad der Gerichte. Dazu gehören die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Struktur und Funktion der Gerichte. Die Hauptunterschiede der beiden Gerichte, die ihren Aktivismus mit beeinflussen, sind die Auswahl der Richter, Zugangsmöglichkeiten zu den Gerichten und das Ansehen der Gerichte in der Bevölkerung. Das Auswahlverfahren der Richter in den USA ist hochpolitisch und führt zu wechselnden Mehrheiten im Gericht und dadurch einer anderen Interaktion mit den anderen Staatsgewalten, als das beim Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Der Auswahlprozess in Deutschland findet weitgehend im Verborgenen statt, sichert aber eine pluralistische Besetzung des Gerichts, die die jeweils gegenwärtige Zusammensetzung der politischen Kräfte widerspiegelt. Die Richter in Deutschland haben einen gleichförmigen Hintergrund, was sich in ihren Ansichten bezüglich der Verfassungenauslegung und der dogmatischen Methode niederschlägt, die sie bei der Analyse ihrer Fälle anwenden. Das Grundgesetz ermöglicht einen relativ einfachen Zugang zum Bundesverfassungsgericht, was auch darin begründet ist, dass das Bundesverfassungsgericht anders als der Supreme Court kein Ermessen bezüglich der Annahme eines Falles hat. Die überragende Rolle des Bundesverfassungsgerichts bei der Verfassungenauslegung wird durch seinen Status als „Hüter der Verfassung“ und reines Verfassungsgericht gefestigt, während der Supreme Court daneben eine generelle Rolle als letzte Instanz hat. In den USA sind zudem alle Instanzen zur Verfassungenauslegung gleichermaßen berufen, auch wenn der Supreme Court im Einzelfall das letzte Wort haben mag. Genau diese Unterschiede schlagen sich in den untersuchten Entscheidungen nieder und beeinflussen somit den Aktivismusgrad der Gerichte mehr, als es die technologischen Entwicklungen als solche tun.

Angesichts der Ergebnisse dieser Untersuchung und dem Ergebnis des dritten Kapitels, der Feststellung des Anpassungsbedarfs der Verfassungen an technologische Entwicklungen, stellt sich damit für das siebte Kapitel die abschließende Frage, ob ein genereller Ansatz für den Umgang mit technologischen Entwicklungen bei der Auslegung der Verfassung entwickelt werden kann. Ausgangspunkt für diese Diskussion sind die in Deutschland als auch den USA in der Literatur vertretenen Ansätze zur Entwicklung der Verfassungeninterpretation im Hinblick auf den technologischen Fortschritt. Der Hauptkritikpunkt an allen diesen Ansätzen – trotz ihrer unterschiedlichen Stoßrichtungen – ist, dass sie jeweils zu einseitig entweder funktionelle oder materielle Gesichtspunkte adressieren, ohne das im Vergleich der Rechtsprechung der Gerichte zu Tage kommende komplexe Gebilde des jeweiligen

Verfassungsgefüges in allen seinen Ausprägungen und sich gegenseitig beeinflussenden Faktoren zu berücksichtigen. Versuche, die Anpassung der Verfassung der Gerichte materiell einzuschränken scheitern entweder daran, dass allein materielle Grenzen nur durch das Gericht selbst bestimmt werden können und andererseits daran, dass ein Anpassungs- und damit Auslegungsbedarf besteht, um die jeweilige Verfassung nicht bedeutungslos werden zu lassen. Rein funktionelle Betrachtungen lassen diesen zweiten Gesichtspunkt ebenso vermissen, bringen aber bedeutende Argumente in die Diskussion ein, wie insbesondere die Beeinflussung und Legitimierung der Entscheidungen der Gerichte durch die Öffentlichkeit.

Auf der Grundlage dieser Kritik lässt sich ein Ansatzpunkt für die Anpassung der Verfassung an technologische Entwicklungen herausarbeiten, der auch die für die Entwicklung der hier verwendeten Definition von *judicial activism* zugrunde gelegten Ergebnisse berücksichtigt. Ausgangspunkt ist, dass funktionell gewährleistet ist, dass die Gerichte sich ein hinreichendes Verständnis der jeweiligen Technologie verschaffen können, was Supreme Court und Bundesverfassungsgericht hier bestätigt haben, und dass die funktionellen Grenzen hinreichend berücksichtigt werden. Dennoch kommen die Gerichte an Wertentscheidungen nicht vorbei, was eine Herausarbeitung und Auseinandersetzung der den jeweiligen Verfassungen und insbesondere Grundrechtsnormen zugrunde liegenden Prinzipien erforderlich macht. Diese Arbeit kann technologieneutral geleistet werden. Die Technologie muss aber berücksichtigt werden, damit identifiziert werden kann, ob die Verfassungsnormen ohne Anpassung auf den konkreten Sachverhalt angewendet werden können oder ob es einer Anpassung bedarf. Wenn letzteres der Fall ist, muss unter Berücksichtigung der Intensität und Qualität der Auswirkungen des Einsatzes der jeweiligen Technologie bestimmt werden, inwieweit den zuvor ermittelten Prinzipien effektive Geltung verschafft werden muss. Auf diese Weise ist einerseits gewährleistet, dass die Methode für die Anpassung der Verfassung an technologische Entwicklungen hinreichend „unscharf“ ist, um auf zukünftige Entwicklungen reagieren zu können, und andererseits eine ausreichende Nachvollziehbarkeit und Verlässlichkeit gewährleistet ist.

Die Arbeit zeigt, dass die Untersuchung von *judicial activism*, trotz der Schwierigkeiten, diesen Begriff handhabbar zu definieren, sinnvoll ist. Gerade als Werkzeug der Rechtsvergleichung bei so unterschiedlichen Systemen wie dem US-amerikanischen und dem deutschen hilft ein wie hier objektiver Begriff, eine Vergleichbarkeit herzustellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Rechtsprechung selbst über einen langen Zeitraum hinweg untersucht wird und gerade nicht vom Autor ausgewählte einzelne Entscheidungen, gegenüber denen er sein Missfallen ausdrücken möchte. Auf der Grundlage solcher Untersuchungen lassen sich dann weitere Fragen untersuchen, die für das Verständnis des jeweiligen Verfassungsgefüges von überragender Bedeutung sind, wie das Zusammenwirken verschiedener politischer Institutionen, die Machtausübung dieser Institutionen beeinflussender Faktoren und nicht zuletzt die Frage nach den der Verfassungsordnung zugrundeliegenden Werten und Prinzipien.