

Jahr: 2010  
Autor: Moritz Tremmel  
Web: moritztremmel.de  
Lizenz: Creative Commons (BY-NC-SA)  
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/de/>

# **Die Entwicklung „neuer“ Grundrechte durch das BVerfG**

**am Beispiel des Grundrechts auf Gewährleistung der  
Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer  
Systeme**

# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	2
I. Ausgangslage	2
II. Herleitung	4
III. Schutzzumfang	5
1. Gegenstand	5
2. Umfang	6
C. Schutzlücke	7
I. Schutz durch andere Grundrechte	7
1. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis Art. 10 Abs. 1 GG	7
2. Unverletzlichkeit der Wohnung Art. 13 Abs. 1 GG	9
a) Unverletzlichkeit der Wohnung	9
b) Kernbereich privater Lebensgestaltung	11
3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG	13
a) Schutz der Privatsphäre	13
b) Informationelle Selbstbestimmung	13
II. Ergebnis	17
D. Judikative als Legislative?	20
I. Kompetenzen	20
II. Gewaltenteilung Art. 20 Abs. 2 GG	22
E. Ergebnis	23

## Literaturverzeichnis

- Böckenförde, Thomas  
Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre –  
Zugleich Besprechung von BVerfG, Urteil v. 27.2.2008  
- „Online-Durchsuchung“, in: JZ 2008, S. 925 – 939.
- Britz, Gabriele  
Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer  
Systeme – Einige Fragen zu einem „neuen  
Grundrecht“, in: DÖV 2008, S. 411 – 415.
- Bryde, Brun-Otto  
Verfassungsentwicklung – Stabilität und Dynamik im  
Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland,  
Baden-Baden 1982.
- Drallé, Lutz  
Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit  
und Integrität informationstechnischer Systeme, Kiel  
2010.
- Eifert, Martin  
Informationelle Selbstbestimmung im Internet – Das  
BVerfG und die Online-Durchsuchungen, in: NVwZ  
2008, S. 521 - 523.
- Epping, Volker / Lenz, Sebastian /  
Leydecker, Philipp  
Grundrechte, 4. Auflage, Berlin Heidelberg 2010.
- Erd, Rainer  
Bundesverfassungsgericht versus Politik – Eine  
kommentierende Dokumentation der jüngsten  
Entscheidungen zu drei Sicherheitsgesetzen, in: KJ  
2008, S. 118 – 133.

- Gudermann, Anne  
Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts  
– Die Zulässigkeit eines informationstechnologischen  
Instruments moderner Sicherheitspolitik, Hamburg  
2010.
- Gusy, Christoph  
Das Bundesverfassungsgericht als politischer Faktor,  
in: EuGRZ 1982, S. 93 – 101.
- Härtel, Ines  
Altes im neuen Gewande? Die Fortentwicklung der  
Grundrechtsdogmatik am Beispiel des BVerfG-Urteils  
zur Online-Durchsuchung, in: NdsVBl 2008, S. 276 –  
283.
- Herrmann, Christoph  
Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit  
und Integrität informationstechnischer Systeme –  
Entstehung und Perspektiven, Frankfurt am Main 2010.
- Hesse, Konrad  
Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel,  
in: JZ 1995, S. 265 – 316.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang  
Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und  
Integrität eigengenutzter informationstechnischer  
Systeme, in: JZ 2008, S. 1009 – 1022.
- Holzner, Stefan  
Die Online-Durchsuchung: Entwicklung eines neuen  
Grundrechts, Kenzingen 2009.
- Hömig, Dieter  
»Neues« Grundrecht, neue Fragen? Zum Urteil des  
BVerfG zur Online-Durchsuchung, in: JURA 2009, S.  
207 – 213.
- Hornung, Gerrit  
Erwiderung auf Johannes Rux JZ 2007, 285 – Die  
Festplatte als „Wohnung“? in: JZ 2007, S. 828 – 831.

- ders. Ein neues Grundrecht – Der verfassungsrechtliche Schutz der „Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, in: CR 2008, S. 299 – 306.
- Isensee, Josef Bundesverfassungsgericht – quo vadis? In: JZ 1996, S. 1085 – 1093.
- Kloepfer, Michael / Schärkel, Florian Grundrechte für die Informationsgesellschaft – Datenschutz und Informationszugangsfreiheit ins Grundgesetz? , in: JZ 2009, S. 453 – 462.
- Kutscha, Martin Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht? in: NJW 2008, S. 1042 - 1044.
- ders. Überwachungsmaßnahmen von Sicherheitsbehörden im Fokus der Grundrechte, in: LKV 2008, S. 481 – 486.
- Limbach, Jutta Das Bundesverfassungsgericht als politischer Machtfaktor, in: HFR 1996, S. 1- 4.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter Kommentar zum Grundgesetz, 2010.
- Menzel, Jörg Verfassungsrechtsprechung – Hundert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive, Tübingen 2000 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Menzel).
- Michael, Lothar / Morlok, Martin Grundrechte, 2. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard Grundrechte - Staatsrecht II, 26. Auflage, Heidelberg / München / Landsberg / Frechen / Hamburg 2010.

- Roggan, Frederik (Hrsg.) Online-Durchsuchungen – Rechtliche und tatsächliche Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 27. Februar 2008, Berlin 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Roggan).
- Rux, Johannes Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden – Rechtsfragen der „Online-Durchsuchung“, in: JZ 2007, S. 285 – 295.
- Sachs, Michael / Krings, Thomas Das neue „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, in: JuS 2008, S. 481 – 486.
- Schlaich, Klaus / Koriath, Stefan Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Auflage, München 2010.
- Scholz, Rupert / Lorenz, Dieter / Pestalozza, Christian / Kloepfer, Michael / Jarras, Hans D. / Degenhart, Christoph / Lepsius, Oliver (Hrsg.) Realitätsprägung durch Verfassungsrecht – Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Berlin 2008 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz / Lorenz / Pestalozza / Kloepfer / Jarras / Degenhart / Lepsius).
- Schröder, Burkhard / Schröder, Claudia Die Online-Durchsuchung - Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho, Hannover 2008.
- Volkmann, Uwe Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 27.2.2008, 1 BvR 370/07 und 1 BvR 595/07, in: DVBl 2008, S. 590 – 593.

## A. Einleitung

Seit den Terroranschlägen am 11. September 2001 wurden in Deutschland die Sicherheitsbefugnisse des Staates auf gesetzlicher Grundlage ausgebaut. Den Ermittlungsbehörden wurden viele neue Eingriffsbefugnisse wie beispielsweise die Vorratsdatenspeicherung, der Große Lauschangriff oder die Online-Durchsuchung gewährt. Diese Maßnahmen, die mit der neuen terroristischen Bedrohungslage begründet wurden, setzen zumeist weit im Vorfeld von Straftaten an und werden heimlich durchgeführt. Sie können daher den einzelnen Bürger trotz rechtskonformem Verhalten treffen.<sup>1</sup>

Aufgrund der Eingriffstiefe und der heftigen gesellschaftlichen Diskussion wurde bei vielen dieser Gesetze das BVerfG angerufen. Dieses hatte nun über die Verfassungsmäßigkeit der Maßnahmen zu entscheiden und sollte damit auch eine Balance zwischen Freiheit und Sicherheit des Einzelnen im Rahmen des Grundgesetzes finden. Mit der Entscheidung über die Online-Durchsuchung schuf es dabei ein neues Grundrecht, welches die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gewährleisten sollte.

Diese Seminararbeit geht der Frage nach, inwieweit ein neues Grundrecht zum Schutz informationstechnischer Systeme notwendig ist oder ob vielmehr nicht die bisherigen Grundrechte den Schutz gewährleisten. Hierzu wird das neue Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme mit seinen Hintergründen, der Herleitung, sowie des Schutzbereiches vorgestellt. Anschließend werden die Grundrechte diskutiert, die ebenfalls einen Lösungsansatz bieten könnten und sowohl vom BVerfG in seinem Urteil sowie dem Schrifttum diskutiert wurden. Im Anschluss wird eine zweite Frage aufgeworfen: Hat das Gericht nicht über seine judikativen Befugnisse hinaus gehandelt? Darauf folgt ein Gesamtergebnis.

---

<sup>1</sup> Holzner, Online-Durchsuchung, 2009, S. 1 (Die Online-Durchsuchung: Entwicklung eines neuen Grundrechts).

## **B. Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme**

### **I. Ausgangslage**

Am 15. Dezember 1983 fällte das BVerfG sein berühmtes Volkszählungsurteil<sup>2</sup> und erschuf dabei das „Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung“ als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>3</sup> Das Grundrecht sichert die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, wann und in welchem Umfang persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden dürfen.<sup>4</sup> Die Informationstechnologie stand zu dieser Zeit noch in den Anfängen. Preiswerte Systeme kamen erst langsam auf den Markt. Entwicklungen wie USB-Sticks, die eine Fülle von Daten fassen können, oder Smartphones die eine mobile Nutzung vernetzter Computer ermöglichen, waren nicht absehbar. Vielmehr stand damals die Gefährdung der Freiheit der Bürger durch staatliche Datenverarbeitung im Vordergrund.<sup>5</sup>

Ein Vierteljahrhundert später sind diese technischen Entwicklungen längst Realität geworden. Die Leistungsfähigkeit der Geräte hat aber auch andere Folgen. Die steigende Verbreitung von Verschlüsselungstechnik lässt klassische Ermittlungsansätze an ihre Grenzen stoßen. Sowohl die internetbasierte Kommunikation, als auch Daten die beispielsweise auf einer Festplatte lagern, können verschlüsselt und dadurch von den Strafverfolgungsbehörden nicht abgehört bzw. eingesehen werden.<sup>6</sup>

Eine Möglichkeit, dennoch an die Daten zu gelangen, besteht darin, sie vor der Verschlüsselung bzw. nach der Entschlüsselung auf dem jeweiligen informationstechnischen System (heimlich) mitzulesen.<sup>7</sup>

---

2 BVerfGE 65, 1 (1).

3 Peilert, in Menzel, BVerfGE 65, 1 – Volkszählung, 344 (345 f.).

4 Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1010).

5 Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009 (1009).

6 Schröder / Schröder, Online-Durchsuchung, 2008, S. 1 f. (Die Online-Durchsuchung - Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho).

7 Sachs / Krings, JuS 2008, 481 (482).



Für diesen Vorgang hat sich der Begriff Online-Durchsuchung etabliert.<sup>8</sup>

Mit Beschluss des BGH vom 31.1.2007 kann eine Online-Durchsuchung nur auf gesetzlicher Grundlage durchgeführt werden.<sup>9</sup>

Das nordrhein-westfälische Verfassungsschutzgesetz regelte als erste Norm die heimliche Online-Durchsuchung.<sup>10</sup> Das BVerfG erklärte infolge einer Verfassungsbeschwerde am 27.2.2008<sup>11</sup> den § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG NRW für nichtig,<sup>12</sup> welcher das heimliche Beobachten und Aufklären des Internets sowie einen heimlichen Zugriff auf informationstechnische Systeme regelte. Dabei entwickelte es das „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“, welches eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) darstellt und eine Schutzlücke füllen sollte.<sup>13</sup> Aufgrund des sperrigen Namens wird das Grundrecht auch als Computergrundrecht<sup>14</sup> oder IT-Grundrecht<sup>15</sup> bezeichnet.

Die Entscheidung ist damit nicht nur für die verfassungsmäßige Normierung einer Online-Durchsuchung und weiterer informationstechnischer Überwachungsmaßnahmen, sondern für den staatlichen Umgang mit Informationstechnik im Allgemeinen, relevant.<sup>16</sup>

Das Ergebnis der Verfassungsbeschwerde war weithin erwartet worden, jedoch sorgte die Begründung unter Erschaffung eines neuen Grundrechtes allgemein für Überraschung.<sup>17</sup> Offen bleibt daher die

---

8 BVerfGE 120, 274 (277); *Schröder / Schröder*, Online-Durchsuchung, 2008, S. 86 (Die Online-Durchsuchung - Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho).

9 BGH 31.1.2007 – StB 18/06 -, NJW 2007, 930 ff.

10 BVerfGE 120, 274 (278); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 1 f. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

11 BVerfGE 120, 274 (274).

12 BVerfGE 120, 274 (275).

13 BVerfGE 120, 274 (274).

14 *Lepsius*, in: Roggan, 21 (21); *Schröder / Schröder*, Online-Durchsuchung, 2008, S. 102 (Die Online-Durchsuchung - Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho).

15 *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1014); *Schröder / Schröder*, Online-Durchsuchung, 2008, S. 102 (Die Online-Durchsuchung - Rechtliche Grundlagen, Technik, Medienecho).

16 *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 3 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

17 *Kutscha*, NJW 2008, 1042 (1042); *Lepsius*, in: Roggan, 21 (22).

Frage, ob das BVerfG die Problematik auch ohne Schaffung des neuen Grundrechts hätte lösen können, welches im Folgenden über die Analyse der Schutzlücke und Debatte anderer Grundrechte, welche diese möglicherweise füllen können, geschehen soll.

## II. Herleitung

In seinem Urteil zur Online-Durchsuchung vom 27.2.2008 stellt das BVerfG eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der besonderen und mit dieser Entscheidung eingeführten Ausprägung als „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ fest.<sup>18</sup>

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde 1969 durch das BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs.1 GG abgeleitet<sup>19</sup> und zielt auf den Schutz der Identität des einzelnen Menschen<sup>20</sup> in allen Lebensbereichen<sup>21</sup>. Es ist dabei relativ offen gehalten und kann somit neuen Gefährdungen begegnen.<sup>22</sup> Es bedarf dabei Konkretisierungen die den Persönlichkeitsschutz den Entwicklungen anpassen.<sup>23</sup>

Die Notwendigkeit der neuen Ausprägung wird dabei mit der zunehmenden Verbreitung informationsverarbeitender Systeme begründet. Diese drängen immer tiefer in das Leben der Menschen ein und erlangen dabei eine immense Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit.<sup>24</sup> Aufgrund der Bedeutung und Möglichkeiten dieser ubiquitären Informationstechnik ergebe sich ein starker Persönlichkeitsbezug.<sup>25</sup> In der Literatur wird von „ausgelagertem Gehirn“ gesprochen.<sup>26</sup> Schon allein durch die Nutzung der Geräte würden Funktionsdaten des Systems erhoben in welchen sich die Nutzung widerspiegle.<sup>27</sup>

---

18 BVerfGE 120, 274 (302).

19 BVerfGE 120, 274 (302).

20 BVerfGE 27, 1 (6).

21 *Michael / Morlok*, Grundrechte, 2010, Rdnr. 417.

22 *Epping / Lenz / Leydecker*, Grundrechte, 2010, Rdnr. 619.

23 *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1009 f.).

24 BVerfGE 120, 274 (303 f.).

25 BVerfGE 120, 274 (305).

26 *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1012).

27 BVerfGE 120, 274 (305); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 40 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer

Aus den vielfältigen Daten können weitreichende Rückschlüsse auf Verhalten und Eigenschaften des Nutzers gezogen werden - bis hin zu einer Profilbildung. Gleichzeitig sei der Schutz der Daten sowie die Wahrnehmung eines Eingriffes durch den Nutzer mit erheblichem Aufwand und Schwierigkeiten verbunden, weshalb er auf das System vertrauen können müsse.<sup>28</sup>

Aus der Bedeutung und Gefährdung folgert das BVerfG ein erhebliches grundrechtliches Schutzbedürfnis.<sup>29</sup> Dieses könne durch die anderen Grundrechte nicht gewährleistet werden. Die Schutzlücke müsse daher mit dem Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gefüllt werden.<sup>30</sup> Das neue Grundrecht sei subsidiär zu verwenden und trete hinter den spezielleren Grundrechten sowie den anderen Ausprägungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zurück. Im Speziellen wird hier die informationelle Selbstbestimmung sowie Art. 10 Abs. 1 GG und Art. 13 Abs. 1 GG genannt.<sup>31</sup>

### **III. Schutzzumfang**

#### **1. Gegenstand**

Schutzgegenstand sind informationstechnische Geräte<sup>32</sup>, „die allein oder in ihren technischen Vernetzungen personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang und in einer Vielfalt enthalten können, dass ein Zugriff auf das System es ermöglicht, einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person zu gewinnen oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit zu erhalten“<sup>33</sup>. Das Gericht nennt den Zugriff auf Personalcomputer, aber auch Mobiltelefone oder elektronische Terminkalender, „die über einen großen Funktionsumfang verfügen und personenbezogene Daten

---

Systeme).

28 BVerfGE 120, 274 (305 f.).

29 BVerfGE 120, 274 (306).

30 BVerfGE 120, 274 (306).

31 BVerfGE 120, 274 (302).

32 Informationstechnisches System wird vom BVerfG nicht definiert. Es ist von einer weiten Definition auszugehen, da das Grundrecht ansonsten nicht für die Weiterentwicklung der Informationstechnik gerüstet wäre.

33 BVerfGE 120, 274 (314).

vielfältiger Art erfassen und speichern können<sup>34</sup>. Der Nutzer muss dabei das System als eigenes selbstbestimmt nutzen.<sup>35</sup> Geräte die nur einen punktuellen Bezug haben scheiden aus.<sup>36</sup>

## 2. Umfang

Geschützt wird die Vertraulichkeit und Integrität der vom Schutzbereich erfassten Systeme.<sup>37</sup> Der Nutzer muss davon ausgehen können, dass seine auf dem informationstechnischen System erfassten Daten vertraulich bleiben.<sup>38</sup>

Der Schutz der Integrität setzt hingegen nicht bei den Daten, sondern auf Systemebene und somit schon vor der Datenerhebung an.<sup>39</sup> Einen Eingriff stellt ein Zugriff auf das System dar, in dessen Folge „Leistungen, Funktionen und Speicherinhalte durch Dritte genutzt werden können“.<sup>40</sup>

Allerdings hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Online-Durchsuchung die ebenfalls geprüfte Kontodatenabfrage durch den Verfassungsschutz nicht an dem neuen IT-Grundrecht gemessen, obwohl der Schutzbereich durch die digitale Verwaltung der Bankdaten mithilfe informationstechnischer Systeme eröffnet gewesen wäre.<sup>41</sup>

---

34 BVerfGE 120, 274 (314).

35 BVerfGE 120, 274 (315); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 32 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

36 BVerfGE 120, 274 (313).

37 BVerfGE 120, 274 (314).

38 BVerfGE 120, 274 (314); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 38 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

39 *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 55 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

40 BVerfGE 120, 274 (314).

41 BVerfGE 120, 274 (346 ff.).

## C. Schutzlücke

### I. Schutz durch andere Grundrechte

#### 1. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis Art. 10 Abs. 1 GG

Art. 10 Abs. 1 GG schützt die Telekommunikationsinhalte und -umstände unabhängig von deren Übermittlungsart. Nach Abschluss des Kommunikationsvorganges entfällt der Schutz.<sup>42</sup>

Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG sei daher von einer Online-Durchsuchung nicht betroffen, so das BVerfG in seiner Entscheidung. Das Gericht nennt zwei Beispiele: Zum Einen umfasse der Schutz nicht „die nach Abschluss eines Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Telekommunikation, soweit dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen den heimlichen Datenzugriff treffen kann.“<sup>43</sup> Zum Anderen bestehe ein Schutz „ebenfalls nicht, wenn eine staatliche Stelle die Nutzung eines informationstechnischen Systems als solche überwacht oder die Speichermedien des Systems durchsucht.“<sup>44</sup> Es verbleibe eine Schutzlücke die durch das neue Grundrecht zu füllen sei.<sup>45</sup>

Bei der sogenannten „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ (Quellen-TKÜ), bei welcher die Technik der Online-Durchsuchung genutzt wird um die laufende Telekommunikation zu überwachen, sei hingegen Art. 10 Abs. 1 GG einschlägig. Das BVerfG sieht einen qualitativen Unterschied zur herkömmlichen Telekommunikationsüberwachung, da bei der Quellen-TKÜ immer die Gefahr bestehe, dass auch andere Daten übertragen werden, belässt es aber bei der Forderung nach „technische[n] Vorkehrungen und rechtliche[n] Vorgaben“.<sup>46</sup>

*Britz* sieht hier die Gefahr, dass durch die subsidiäre Anwendung der speziellere Art. 10 Abs. 1 GG im Falle einer Quellen-TKÜ niedrigere

---

42 BVerfGE 120, 274 (307 f.); 115, 166 (183 ff.); *Pieroth / Schlink*, Grundrechte.

26. Auflage 2010, Rdnr. 837 f. (Grundrechte – Staatsrecht II).

43 BVerfGE 120, 274 (307 f.).

44 BVerfGE 120, 274 (308).

45 BVerfGE 120, 274 (308).

46 BVerfGE 120, 274 (308).

*Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1022) zieht Schutzmöglichkeiten in Zweifel.

Anforderungen stelle. Dies sei aufgrund der hohen Persönlichkeitsrelevanz durch die Möglichkeit einer Datenübertragung außerhalb des Kommunikationsverhältnisses widersprüchlich.<sup>47</sup> *Drallé* und *Britz* nennen die Möglichkeit einer Kombination der beiden Grundrechte bzw. einer Schutzbereichübertragung.<sup>48</sup>

In der Literatur sind keine durchgreifenden Bedenken hinsichtlich der Abgrenzung zu Art. 10 Abs. 1 GG durch das BVerfG feststellbar.<sup>49</sup>

Vereinzelt wird die Möglichkeit aufgeworfen die nach Abschluss der Telekommunikation vorhandenen Daten mit in den Schutzbereich von Art. 10 Abs. 1 GG zu rechnen.<sup>50</sup> *Lepsius* zieht den Vergleich zu Standortdaten im Mobilfunk. Diese seien ebenso durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt. Eine Ausweitung auf Telekommunikationsdaten sei somit denkbar.<sup>51</sup>

Es wird zudem auf den Widerspruch seitens des BVerfG verwiesen<sup>52</sup>, welches die Daten im Herrschaftsbereich des Nutzer einerseits als von ihm zu schützen deklariert<sup>53</sup>, andererseits aber gerade diese Schutzmöglichkeit im Zuge der Begründung des IT-Grundrechts als nicht gegeben<sup>54</sup> ansieht.

---

47 *Britz*, DÖV 2008, 411 (414 f.).

48 *Britz*, DÖV 2008, 411 (415); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 55 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

49 Zustimmung: *Britz*, DÖV 2008, 411 (413); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 47 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (521); *Erd*, KJ 2008, 118 (124); *Gudermann*, Online-Durchsuchung, 2010, S. 84 ff. (Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts – Die Zulässigkeit eines informationstechnologischen Instruments moderner Sicherheitspolitik); *Härtel*, NdsVBl 2008, 276 (278); *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 48 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1021 f.); *Hömig*, JURA 2009, 207 (207 f.); *Hornung*, CR 2008, 299 (300 f.); *Lepsius*, in: Roggan, 21 (26 ff.); *Lorenz*, in: Scholz / Lorenz / Pestalozza / Kloepfer / Jarras / Degenhart / Lepsius, 17 (22); *Rux*, JZ 2007, 285 (292); *Sachs / Krings*, JuS 2008, 481 (483).  
Ablehnend: *Kutscha*, LKV 2008, 481 (485).

50 *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 55 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); *Lepsius*, in: Roggan, 21 (28).

51 *Kutscha*, LKV 2008, 481 (485); *Lepsius*, in: Roggan, 21 (28).

52 *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 49 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

53 BVerfGE 120, 274 (307 f.).

54 BVerfGE 120, 274 (306).

## 2. Unverletzlichkeit der Wohnung Art. 13 Abs. 1 GG

### a) Unverletzlichkeit der Wohnung

Art. 13 Abs. 1 GG schützt die räumliche Privatsphäre<sup>55</sup>. Ein Eingriff besteht, wenn in die Wohnung eingedrungen oder mit technischen Hilfsmitteln Einblick in die Wohnung genommen wird.<sup>56</sup>

Nach dem BVerfG sei Art. 13 Abs. 1 GG einschlägig, wenn in die Wohnung eingedrungen wird, um Veränderungen an einem informationstechnischen System vorzunehmen, aber auch, wenn mithilfe von Kamera oder Mikrophon eines informationstechnischen Systems bestimmte Vorgänge innerhalb einer Wohnung überwacht werden.<sup>57</sup> Die Online-Durchsuchung falle allerdings nicht in den Schutzbereich, selbst wenn sich das informationstechnische Gerät in einer Wohnung befinde. Der Eingriff könne unabhängig vom Standort erfolgen; ein raumbezogener Schutz sei daher nicht in der Lage der spezifischen Gefährdung zu begegnen.<sup>58</sup>

Ein erheblicher Teil der Lehre folgt<sup>59</sup> dem BVerfG in seiner Argumentation und erklärt den Art. 13 Abs. 1 GG für nicht einschlägig. Es sei keine befriedigende Lösung, wenn der Grundrechtsschutz vom Standort des informationstechnischen Systems abhängig wäre. Weiterhin sei die Intention des Art. 13 Abs. 1 GG der Schutz der Wohnung um allein und in Ruhe gelassen zu werden. Vernetzte informationstechnische Systeme würden dagegen zum Kommunizieren dienen.<sup>60</sup> Das BVerfG lege eine räumliche

---

55 BVerfGE 89, 1 (12); 103, 142 (150 f.).

56 BVerfGE 120, 274 (310); *Pieroth / Schlink*, Grundrechte. 26. Auflage 2010, Rdnr. 954 ff. (Grundrechte – Staatsrecht II).

57 Auch die Messung elektromagnetischer Abstrahlung falle unter Art. 13 Abs. 1 GG. BVerfGE 120, 274 (310).

58 BVerfGE 120, 274 (310 f.).

59 *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (926); *Britz*, DÖV 2008, 411 (413); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 51 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (521); *Erd*, KJ 2008, 118 (124); *Lepsius*, in: Roggan, 21 (23 ff.); *Härtel*, NdsVBl 2008, 276 (278); *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 50 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1021); *Hömig*, JURA 2009, 207 (208); *Lorenz*, in: Scholz / Lorenz / Pestalozza / Kloepfer / Jarras / Degenhart / Lepsius, 17 (22 ff.).

60 *Lepsius*, in: Roggan, 21 (23 f.).

Dem widerspricht *Rux*, JZ 2007, 285 (292).

Abgrenzung zu Grunde,<sup>61</sup> welche Räume und Wände umfasse und weder auf die virtuelle Welt ausgedehnt, noch auf Datenerhebungen angewandt werden könne.<sup>62</sup>

Die Gegner<sup>63</sup> dieser Argumentationslinie halten einen Schutz der informationstechnischen Geräte, die sich in Wohnungen befinden aufgrund ihres Standortes sehr wohl für gegeben.

*Hornung* kritisiert die Position des BVerfG dahingehend, dass es allein aus Perspektive des Angreifers argumentiere und damit den Gewährleistungsgehalt vernachlässige<sup>64</sup>. Zudem könnten durch die Überwachung des Systems auch weitreichende Rückschlüsse über das Verhalten des Nutzers in der Wohnung gezogen werden. Eine Unkenntnis der Behörden über den Standort des Systems dürfe keinesfalls zu Ungunsten des Nutzers ausgelegt werden.<sup>65</sup>

Die Problematik der mobilen Geräte wird auf verschiedenste Weise zu lösen versucht. *Rux* unterstellt die Intention des historischen Gesetzgebers durch die besonderen Schranken bestimmte Lebensbereiche als besonders schutzwürdig anzusehen. Daraus folgert er eine Schutzlücke, welche mit einer Schutzbereichsausweitung des Art. 13 Abs. 1 GG zu lösen sei.<sup>66</sup> *Hornung* widerlegt diesen Lösungsansatz: Dem historischen Gesetzgeber sei die Problematik sehr wohl bewusst gewesen. Er hätte zwar die Entwicklung von IT noch nicht absehen können, dennoch seien beispielsweise auch Tagebücher nur in, nicht aber außerhalb der Wohnung durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützt.<sup>67</sup> *Hornung* löst die Problematik, indem er Art.

---

61 Das BVerfG leitet im Urteil zum Großen Lauschangriff einen verhaltensbezogenen Grundrechtsschutz aus Art. 13 Abs. 1 GG ab und befindet sich damit im Widerspruch zum Urteil über die Online-Durchsuchung. BVerfGE 109, 279 (314).

62 *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 51 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

63 *Gudermann*, Online-Durchsuchung, 2010, S. 97 ff. (Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts – Die Zulässigkeit eines informationstechnologischen Instruments moderner Sicherheitspolitik); *Hornung*, JZ 2007, 828 (829); *Hornung*, CR 2008, 299 (301); *Rux*, JZ 2007, 285 (292); *Sachs / Krings*, JuS 2008, 481 (483).

64 Dieser könne sich durch immer ausgefeiltere Überwachungsmethoden nach und nach immer weiter verkleinern, befürchtet *Hornung*, CR 2008, 299 (301).

65 *Hornung*, CR 2008, 299 (301).

66 *Rux*, JZ 2007, 285 (293 f.).

67 *Hornung*, JZ 2007, 828 (829).



13 Abs. 1 GG nur innerhalb der Wohnung als einschlägig ansieht. Allerdings müsse die durchsuchende Behörde, sofern sie nicht sicher wisse, dass das informationstechnische System nicht in einer Wohnung stehe, die Schranken aus Art. 13 Abs. 1 GG anwenden.<sup>68</sup>

Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet den Schutz des Eigentums. Es besteht daher auch ein Schutz des Gerätes oder der Funktionalität für den jeweiligen Inhaber.<sup>69</sup> Interessant wird diese Argumentation vor allem, wenn man Art. 13 Abs. 1 GG für einschlägig hält. Kombiniert mit dem Eigentumsrecht erhält man so zwei Schutzbereiche (Wohnung, Außerhalb der Wohnung), welche mit unterschiedlichen Schranken ausgestattet sind.

Das unkörperliche Eindringen durch technische Mittel wird in Art. 13 Abs. 2 – 5 GG geregelt und ist daher als abschließend anzusehen.<sup>70</sup> Würde die Online-Durchsuchung unter Art. 13 Abs. 1 GG fallen, wäre sie daher erst nach einer Änderung des Grundgesetzes mit den Grundrechten vereinbar.<sup>71</sup>

#### b) Kernbereich privater Lebensgestaltung

Der Kernbereich privater Lebensgestaltung ergibt sich aus dem Menschenwürdegehalt von Art. 13 Abs. 1 GG und konkretisiert insofern Art. 1 Abs. 1 GG, welcher über Art. 79 Abs. 3 GG einen absoluten Schutz genießt.<sup>72</sup> Geschützt ist ein abwägungsfester Kernbereich, der „die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen [schützt]. Vom

---

68 *Hornung*, JZ 2007, 828 (830 f.).

69 *Volkman*, DVBl 2008, 590 (592).

70 *Pieroth / Schlink*, Grundrechte. 26. Auflage 2010, Rdnr. 955 (Grundrechte – Staatsrecht II).

71 *Hornung*, CR 2008, 299 (301); *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 53 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

72 BVerfGE 109, 279 (313); *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 53 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität.“<sup>73</sup> In diesen dürfe trotz überwiegender Interessen der Allgemeinheit nicht eingegriffen werden.<sup>74</sup>

Bei einer Online-Durchsuchung besteht nach herrschender Meinung die Gefahr<sup>75</sup>, dass dem Kernbereich zuzuordnende Daten erfasst werden.<sup>76</sup> Das BVerfG hat daher ein zweistufiges Schutzkonzept entwickelt. Auf der ersten Stufe soll die Erhebung von Daten mit Kernbereichsrelevanz bereits unterbleiben. Die zweite Stufe greift in dem Fall, in dem Daten unabsichtlich erhoben wurden oder die Erhebung nicht ausgeschlossen werden kann. Das BVerfG fordert in diesem Fall ein geeignetes Verfahren zur Durchsicht sowie eine unverzügliche Löschung der Daten mit Kernbereichsbezug.<sup>77</sup>

*Volkman* schließt daraus, dass der unantastbare Kernbereich gar nicht unantastbar ist und nur noch einem Optimierungsgebot gleicht.<sup>78</sup> *Sachs / Krings* kritisieren die BVerfGE weiter: „Wenn der Kernbereichsschutz und damit der der Menschenwürde ernst gemeint ist, müssten Aktivitäten, die unvermeidlich das Risiko von Eingriffen mit sich bringen, schlichtweg verboten und nicht unter dem Vorbehalt einer Reparaturregelung zugelassen werden.“<sup>79</sup>

---

73 BVerfGE 109, 279 (313 f.).

74 BVerfGE 109, 279 (324).

75 Laut BVerfG können weder technische Such- oder Ausschlussmechanismen noch die direkte Überwachung durch Personen „einen wirkungsvollen Kernbereichsschutz“ gewährleisten. BVerfGE 120, 274 (337 f.);

76 BVerfGE 120, 274 (335 f.); *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (522); *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 78 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1020); *Hornung*, CR 2008, 299 (304 f.); *Kutscha*, LKV 2008, 481 (486); *Rux*, JZ 2007, 285 (295).

77 BVerfGE 120, 274 (338 f.); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1020); *Hornung*, CR 2008, 299 (304 f.).

78 *Volkman*, DVBl 2008, 590 (593).

79 *Sachs / Krings*, JuS 2008, 481 (485 f.).

Zustimmend: *Kutscha*, LKV 2008, 481 (486).

Ähnlich: Richterinnen Hohmann-Dennhardt und Jaeger in ihrer abweichenden Meinung BVerfGE 109, 279 (382 ff.).

BVerfGE insoweit zustimmend: *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (522 f.).

### **3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG**

Das BVerfG behandelt zwei Ausprägungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art 1 Abs. 1 GG) welche im Folgenden überprüft werden sollen.

#### a) Schutz der Privatsphäre

„In seiner Ausprägung als Schutz der Privatsphäre gewährleistet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht einen räumlich und thematisch bestimmten Bereich, der grundsätzlich frei von unerwünschter Einsichtnahme bleiben soll“<sup>80</sup>.

Auf einem informationstechnischen System seien aber nicht nur die privaten Daten schutzbedürftig, sondern es könne durch die Verknüpfung aller Informationen (auch nicht sensibler) ein umfassendes Bild vom Nutzer erstellt werden.<sup>81</sup>

In der Literatur wird sich durchgehend positiv auf diese Abgrenzung bezogen.<sup>82</sup> Ein beachtlicher Teil geht aber auch überhaupt nicht auf diese Abgrenzung ein. Dass die Online-Durchsuchung nicht in den Schutzbereich der Ausprägung Schutz der Privatsphäre fällt, kann daher als herrschende Meinung angesehen werden.

#### b) Informationelle Selbstbestimmung

Die Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) geht über den Schutz der Privatsphäre deutlich hinaus, indem es dem Einzelnen gestattet selbst zu entscheiden, welche Informationen er mit wem teilen möchte.<sup>83</sup> Der Grundrechtsschutz beginnt dabei schon auf der Stufe der Gefährdung und beschränkt sich nicht auf sensible Informationen. Selbst trivial erscheinende personenbezogene Informationen können durch

---

80 BVerfGE 120, 274 (311).

81 BVerfGE 120, 274 (311).

82 *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 53 f. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven); *Hömig*, JURA 2009, 207 (208); *Sachs / Krings*, JuS 2008, 481 (483); *Hornung*, CR 2008, 299 (301).

83 BVerfGE 65, 1 (43); *Peilert*, in Menzel, BVerfGE 65, 1 – Volkszählung, 344 (345 f.).

entsprechende Verarbeitung und Verknüpfung grundrechtserhebliche Auswirkungen auf Privatheit und Verhaltensfreiheit haben.<sup>84</sup> Deshalb ist auch die Zweckänderung bereits erhobener Daten durch das Grundrecht geschützt.<sup>85</sup>

Dieses Recht, so das Gericht, würde allerdings der speziellen Persönlichkeitsgefährdung, die durch die Nutzung informationstechnischer Systeme (auf welche der Einzelne zu seiner Persönlichkeitsentfaltung angewiesen sei) entsteht, nicht gerecht. Ein Dritter könne sich bei dem Umfang der dem System anvertrauten oder bei der Nutzung des Systems entstandenen Daten einen potentiell sehr großen und aussagekräftigen Datenbestand verschaffen.<sup>86</sup> „Ein solcher Zugriff geht in seinem Gewicht für die Persönlichkeit des Betroffenen über einzelne Datenerhebungen, vor denen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt, weit hinaus.“<sup>87</sup>

Die Lösung des BVerfG wird im Schrifttum zum Teil positiv<sup>88</sup> aufgenommen über weite Strecken jedoch auch kritisch<sup>89</sup> gesehen.

Der Tenor der Kritik sieht die Lösung daher auch in der richtigen Auslegung der informationellen Selbstbestimmung. Nach *Lepsius* hätte die Möglichkeit bestanden, den Schutzbereich der informationellen Selbstbestimmung über die „Verarbeitung“ oder die „Zweckänderung“ der Daten zu tangieren.<sup>90</sup> Die informationelle Selbstbestimmung schütze bei derartig schweren Eingriffen erst recht<sup>91</sup> und seit jeher<sup>92</sup>. Die Umstände des Schutzes seien auf der

---

84 BVerfGE 120, 274 (311 f.); *Epping / Lenz / Leydecker*, Grundrechte, 2010, Rdnr. 626 f.

85 *Lepsius*, in: Roggan, 21 (29).

86 BVerfGE 120, 274 (312 f.).

87 BVerfGE 120, 274 (313).

88 *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (927 f.); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1019); *Hömig*, JURA 2009, 207 (208 f.).

Kritisch befürwortend: *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 39 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 54 ff. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

89 *Britz*, DÖV 2008, 411 (413); *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (521 f.); *Kloepfer / Schärudel*, JZ 2009, 453 (458); *Kutscha*, LKV 2008, 481 (484); *Lepsius*, in: Roggan, 21 (28 ff.); *Sachs / Krings*, JuS 2008, 481 (483 f.); *Hornung*, CR 2008, 299 (301 f.); *Volkman*, DVBl 2008, 590 (591).

90 *Lepsius*, in: Roggan, 21 (31).

91 *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (521); *Hornung*, CR 2008, 299 (301).

92 *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 57 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der

Verhältnismäßigkeitsebene zu klären und nicht mit einem neuen Grundrecht.<sup>93</sup> Aus einer besonderen Intensität eines Eingriffes eine Schutzlücke herleiten zu wollen sei unzulässig.<sup>94</sup>

Vielmehr scheine es, als sei die Lücke beabsichtigt konstruiert worden<sup>95</sup>, indem man der informationellen Selbstbestimmung ohne nähere Begründung an Bedeutung genommen hätte<sup>96</sup>. *Volkman* spricht von einer Entwertung des bisher sehr weit gefassten Rechtes.<sup>97</sup> Nach *Britz* weise schon die Entstehung der informationellen Selbstbestimmung in eine andere Richtung.<sup>98</sup> Der Wortlaut<sup>99</sup> und die bisherige Anwendung des BVerfG<sup>100</sup> untermauern diese Sicht.

Selbst Befürworter der Entscheidung attestieren das die Abgrenzung nicht ganz glücklich<sup>101</sup> oder zumindest auch auf anderem Wege mit dem Ausbau<sup>102</sup> bzw. der Erhaltung<sup>103</sup> des Schutzbereiches der informationellen Selbstbestimmung möglich gewesen wäre.

Die Befürworter sehen jedoch im grundlegend neuen Systemschutz<sup>104</sup>

---

Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

93 *Hornung*, CR 2008, 299 (301).

94 *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (521).

95 Besonders kritisch: *Britz*, DÖV 2008, 411 (413): „Es scheint als habe das Bundesverfassungsgericht einer etablierten [...] Freiheitsgewährleistung hier mutwillig die Flügel gestutzt, um ihr dann die erforderliche Flughöhe absprechen und die Notwendigkeit eines neuen Grundrechts behaupten zu können.“

96 *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 56 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

97 *Volkman*, DVBl 2008, 590 (591).

98 *Britz*, DÖV 2008, 411 (413): „Hätte sich das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil schon eine „Online-Durchsuchung“ vorstellen können, hätte es wahrscheinlich gerade diese zur Illustration seiner Sorgen herangezogen.“

99 BVerfGE 65, 1 (1): „Unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung wird der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfaßt.“

100 Im Urteil zur Kontenabfrage legte der gleiche Senat noch einen weiten Schutzbereich zu Grunde. BVerfGE 118, 158 (183 f.).

101 *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (927).

102 *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 43 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

103 *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 56 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

104 Dieser wird aus der Abhängigkeit des Einzelnen von der Nutzung informationstechnischer Systeme abgeleitet. Dieser liefere durch die Nutzung zwangsläufig Daten und müsse daher auf das System vertrauen können. *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 57 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und

eine Rechtfertigung für das neue Grundrecht. Hierbei handelt es sich um eine Verdinglichung des Schutzbereiches, ähnlich wie bei Art. 13 Abs. 1 GG in dem die Wohnung geschützt sei, sei somit das System geschützt.<sup>105</sup> Es handelt sich dabei um eine Vorverlagerung des Schutzes auf die Gefährdung eines Systems.<sup>106</sup> *Eifert* entgegnet, dass der Zugriff auf ein System bereits durch die informationelle Selbstbestimmung geschützt sei, sofern in hohem Maße Zugang zu personenbezogenen Daten ermöglicht werden.<sup>107</sup> Das Verfassungsgericht schränkt aber den Schutz der Integrität eines informationstechnischen Systems auf eben diesen Personenbezug ein.<sup>108</sup>

*Herrmann* hält dennoch die Vorverlagerung, im Speziellen auch auf die Zukunft gerichtet, für sinnvoll, da die weitere Entwicklung<sup>109</sup> einen solchen Schutz möglicherweise benötige und die Ausstrahlungswirkung in das Privatrecht nicht zu unterschätzen sei.<sup>110</sup>

Auch in den Wirkungen wird Sinn und Berechtigung des Grundrechtes gesehen. So habe das neue Grundrecht eine edukatorische Signalwirkung auf den Gesetzgeber.<sup>111</sup> *Drallé* hofft durch das öffentlichkeitswirksame Grundsatzurteil<sup>112</sup> auf eine

---

Perspektiven).

105*Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 46 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme); *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 57 f. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven); *Hornung*, CR 2008, 299 (302).

106*Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 57 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

Kritisch: *Volkman*, DVBl 2008, 590 (592) spricht von einer Schutzmauer um die bereits geschützten Daten.

107*Eifert*, NVwZ 2008, 521 (522).

Abwartend: *Hornung*, CR 2008, 299 (302).

Kritisch: *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 61 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

108BVerfGE 120, 274 (314).

109Er nennt hier entpersonalisierte Geräte die eigene Daten enthalten beispielsweise im Haushalt – gerade diese werden aber, sofern sie keinen Personenbezug haben, von dem neuen Grundrecht nicht geschützt. BVerfGE 120, 274 (314).

110*Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 61 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

111*Hömig*, JURA 2009, 207 (209).

112*Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 65 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

Sensibilisierung der Bevölkerung<sup>113</sup>. *Volkman* hingegen sieht die Intention in einem grundsätzlichen Votum für die Online-Durchsuchung.<sup>114</sup>

## II. Ergebnis

Aufbauend auf der vorhergehenden Analyse der Grundrechte und ihrem Bezug zur Online-Durchsuchung soll nun aufgezeigt werden, dass für das BVerfG auch die Möglichkeit bestand den Fall ohne die Schaffung eines neuen Grundrechtes zu lösen.

Die Online-Durchsuchung fällt nicht in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG. Der einzige Ausweg wäre eine künstliche Ausweitung des Schutzbereiches, um den Schutz der Inhalte und Umstände der Kommunikation auch nach deren Abschluss zu schützen. Dies kann aber nicht überzeugen, da sich das Fernmeldegeheimnis schon begrifflich auf den Schutz der Distanz bezieht. Historisch ist es als Unterfall des Postgeheimnisses entstanden, welches ebenfalls die der persönlichen Kontrolle entzogenen Nachrichten schützt.<sup>115</sup> Der Schutz nach Abschluss der Kommunikation wird durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet.

Eine Lösung der Problematik mit Art. 10 Abs. 1 GG scheidet als Option aus.<sup>116</sup>

Grundsätzlich erschließt sich nicht, warum ein informationstechnisches System innerhalb einer Wohnung nicht durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützt sein soll. Steht es in ebendieser, greift auch die raumbezogene Auslegung.

Allerdings bleibt die Problematik der Ortsabhängigkeit des Schutzes

113 *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 45 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

114 *Volkman*, DVBl 2008, 590 (592).

115 *Drallé*, IT-Grundrecht, 2010, S. 49 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

116 Zu kritisieren bleibt weiterhin die Lösung des BVerfG zur Quellen-TKÜ. Hier darf keinesfalls ein niedrigerer Schutz als bei der Online-Durchsuchung angesetzt werden, da auch hier davon auszugehen ist, dass Kommunikation und Datenbestand eines Rechners zumindest nicht immer getrennt abgerufen werden können.

bestehen. Es ist daher auf den Lösungsvorschlag von *Hornung* zu verweisen und im Falle einer Unsicherheit bezüglich des Standorts die Schranken des Art. 13 Abs. 1 GG anzusetzen.<sup>117</sup>

Über Art. 13 Abs. 1 GG hätte der Fall auch ohne die Erschaffung eines neuen Grundrechts gelöst werden können.

Der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung wird quer durch die Bank der Befürworter und Gegner der Argumentationslinie des BVerfG als von der Online-Durchsuchung gefährdet angesehen.<sup>118</sup> Da der Kernbereich privater Lebensgestaltung aus der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet wird, welche von Art. 79 Abs. 3 GG in ihrem Bestand geschützt und explizit nicht zur Abwägung steht, sowie keine Schranken besitzt, kann das zweistufige Schutzkonzept des BVerfG nicht überzeugen. Ein Eingriff in ein nicht zu veräußerndes Recht kann auch durch die nachträgliche Löschung und nicht-Nutzung nicht wieder rückgängig gemacht werden.

Über den Kernbereich privater Lebensgestaltung bestand ein weiterer Lösungsweg, der Grundrechtsdogmatisch nicht vernachlässigbar ist.

Der Schutz der Privatsphäre kann aufgrund seines Fokus auf Privatheit den Schutz nicht sensibler Daten, die nur personenbeziehbar sind, nicht gewährleisten. Dies ist herrschende Meinung und eröffnet keinen weiteren Lösungsweg.

Mit der informationellen Selbstbestimmung zog 1983 der Datenschutz in den Grundrechtsschutz ein. Der Schutzzumfang umfasst dabei gerade die Erstellung von Persönlichkeitsprofilen und die umfassende Datenerhebung und deren Verwendung.

Spätestens an dieser Stelle wirkt die Entscheidung sehr konstruiert. Der informationellen Selbstbestimmung wird ohne weitere

---

<sup>117</sup>*Hornung*, JZ 2007, 828 (830 f.).

<sup>118</sup>BVerfGE 120, 274 (335 f.); *Eifert*, NVwZ 2008, 521 (522); *Herrmann*, IT-Grundrecht, 2010, S. 78 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven); *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009 (1020); *Hornung*, CR 2008, 299 (304 f.); *Kutscha*, LKV 2008, 481 (486); *Rux*, JZ 2007, 285 (295).



Begründung die bisherige Schutzfunktion abgesprochen – im Widerspruch zur Rechtsprechung des gleichen Senats<sup>119</sup>.

Hier bestand die naheliegendere Lösung in der Verwendung der etablierten informationellen Selbstbestimmung.

Über Art. 13 Abs. 1 GG, den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung und der informationellen Selbstbestimmung bestanden drei naheliegende Lösungsmöglichkeiten im bisherigen und anerkannten Grundrechtskatalog. Das BVerfG hat nicht die kleine Lösung über die etablierten Grundrechte gewählt, sondern ein Grundsatzurteil gefällt, das weitreichende Auswirkungen mit sich bringt.<sup>120</sup> Aufgrund der offensichtlichen Mängel hätte das VSG NRW relativ einfach für verfassungswidrig erklärt werden können.<sup>121</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hätte ohne weiteres, so mein Fazit, das auch durch die Literatur gestützt<sup>122</sup> wird, anders entscheiden können.

Zu klären bleibt nun, ob das BVerfG eine solch weitreichende Entscheidung, im speziellen auf Basis der vorliegenden Verfassungsbeschwerde entscheiden durfte oder ob es dabei nicht seine Kompetenzen überschritten hat.

---

119BVerfGE 118, 158 (183 f.).

120Herrmann, IT-Grundrecht, 2010, S. 64 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

121Herrmann, IT-Grundrecht, 2010, S. 64 f. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

122 Eifert, NVwZ 2008, 521 (522); Gudermann, Online-Durchsuchung, 2010, S. 187 (Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts – Die Zulässigkeit eines informationstechnologischen Instruments moderner Sicherheitspolitik); Herrmann, IT-Grundrecht, 2010, S. 64 f. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven); Lepsius, in: Roggan, 21 (32); Sachs / Krings, JuS 2008, 481 (486).  
Abweichend: Böckenförde, JZ 2008, 925 (927 f.); Härtel, NdsVBl 2008, 276 (278 ff.).

## D. Judikative als Legislative?

### I. Kompetenzen

Das BVerfG hat sowohl in historischer, als auch in rechtsvergleichender Sicht eine Fülle von Kompetenzen – auch auf das Ausland bezogen. Deutschland hat eine auf das BVerfG konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>123</sup> Die Tätigkeitsfelder des BVerfG liegen dabei in der Kontrolle von Gerichtsentscheiden, der Exekutive und Gesetzgebungsakten. Hinzu kommt die Streitschlichtung zwischen Verfassungsorganen und einige speziellere Aufgaben. Daraus ergibt sich die Befugnis zur letztverbindlichen<sup>124</sup> Kontrolle aller drei Gewalten.<sup>125</sup>

Das Maß ist dabei die Verfassung eines politischen Gemeinwesens – daher wirken die Entscheidungen auch immer in den politischen Bereich hinein.<sup>126</sup> Aufgrund der Erfahrungen aus der Weimarer Zeit wurde dem Parlament vom Verfassungsgeber mit dem BVerfG bewusst eine starke Kontrollinstanz nachgeschaltet. Daher bildet das BVerfG auch einen herausragenden Faktor<sup>127</sup> im politischen Prozess.<sup>128</sup> Dennoch sind den Kompetenzen des BVerfG Grenzen gesetzt. Das Grundgesetz konstituiert es als Gericht. Dieses hat Rechtsfragen nach gerichtlichen Maßstäben zu klären.<sup>129</sup> Es kann nicht von selbst tätig werden, sondern kann nur unter im Einzelnen vorgeschriebenen Bedingungen angerufen werden<sup>130</sup> und unterliegt dabei einer strikten Bindung an den Streitgegenstand.<sup>131</sup>

Die grundrechtliche Garantie des unabhängigen Richters (Art. 97 Abs. 1 GG) soll diese gegenüber politischen Vorgaben immunisieren und gewährleisten, dass ausschließlich Recht und Gesetz maßgeblich sind. Das BVerfG kann zwar keine politischen Entscheidungen anstelle

---

123Schlaich / Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Auflage 2010, Rdnr. 1, 3 (Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen).

124Gusy, EuGRZ 1982, 93 (93).

125Schlaich / Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Auflage 2010, Rdnr. 4 ff. (Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen).

126Limbach, HFR 1996, Rdnr. 8.

127Limbach, HFR 1996, Rdnr. 8. spricht von Machtfaktor.

128Gusy, EuGRZ 1982, 93 (93, 99).

129Hesse, JZ 1995, 265 (267).

130Limbach, HFR 1996, Rdnr. 13.

131Isensee, JZ 1996, 1085 (1091).

anderer Organe treffen oder ihnen den Inhalt von Entscheidungen vorschreiben, dennoch haben die Entscheidungen des BVerfG unvermeidlich politische Auswirkungen.<sup>132</sup> Da die Übergänge zwischen der Erörterung von Rechtsfragen und politischen Entscheidungen fließend sind und es auch bis heute keine allgemein akzeptierte Abgrenzung gibt<sup>133</sup> hat sich das BVerfG eine Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) auferlegt, die eine Kompetenzüberschreitung verhindern soll. Das BVerfG versteht darunter einen Verzicht darauf „Politik zu treiben“ und den anderen Verfassungsorganen ihren garantierten Raum freier politischer Gestaltung zu lassen. Dieser allgemeine Satz obliegt der Deutungshoheit des Gerichts.<sup>134</sup>

Nun soll dies auf die Entscheidung zur Online-Durchsuchung vom 27.2.2008 bezogen werden.

Dass das Gericht angerufen wurde ist zu bejahen, ob es aber über den Streitgegenstand, die Online-Durchsuchung, hinaus entschieden hat, ist nicht so einfach zu beantworten. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) ist ein offenes Recht, das auch neuen Persönlichkeitsgefährdungen durch weitere Ausprägungen begegnen kann und soll. Eine neue Ausprägung wurde aber im vorliegenden Fall nicht nur nicht benötigt<sup>135</sup>, sondern konstruiert<sup>136</sup> um einen Systemschutz einzuführen, von dem vermutet wird, dass er weit in das Privatrecht hineinstrahlt. Das Gericht hat mit der Konstruktion seine reaktive Rolle verlassen und ist über den Streitgegenstand, der offenkundig grundrechtswidrig<sup>137</sup> war, hinausgegangen.

Die judicial self-restraint bietet als allgemeine Formel keinen

---

<sup>132</sup>Hesse, JZ 1995, 265 (267).

<sup>133</sup>Gudermann, Online-Durchsuchung, 2010, S. 176 (Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts – Die Zulässigkeit eines informationstechnologischen Instruments moderner Sicherheitspolitik).

<sup>134</sup>Schlaich / Koriath, Bundesverfassungsgericht, 8. Auflage 2010, Rdnr. 505 (Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen).

<sup>135</sup>Lepsius, in: Roggan, 21 (31).

<sup>136</sup>Britz, DÖV 2008, 411 (413); Herrmann, IT-Grundrecht, 2010, S. 64 (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

<sup>137</sup>Herrmann, IT-Grundrecht, 2010, S. 64 f. (Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Entstehung und Perspektiven).

verbindlichen Maßstab für eine Abgrenzung verfassungsrechtlicher Kompetenzen.<sup>138</sup>

## II. Gewaltenteilung Art. 20 Abs. 2 GG

Eine weitere Abwägungsmöglichkeit bietet das Gewaltenteilungsprinzip an. Die Gewaltenteilung führt ursprünglich auf Montesquieu zurück und teilt die staatliche Gewalt in Exekutive, Judikative und Legislative.<sup>139</sup> Die Gewaltenteilung des Grundgesetzes basiert zwar auf dieser Idee, setzt sie aber auf andere Weise um. Es wird auf eine funktionale Gewaltenteilung gesetzt, welche die staatlichen Aufgaben auf verschiedene spezialisierte Funktionsträger<sup>140</sup> aufteilt.<sup>141</sup>

Darauf lässt sich der funktionell-rechtliche Ansatz anwenden. Dieser versucht die Kompetenzen aus Funktionszuweisung, Organkompetenz und Organstruktur abzuleiten.<sup>142</sup>

Offen ist nun die Frage wer in Bezug auf die Entscheidung zur Online-Durchsuchung funktionell besser geeignet ist die Verfassung zu interpretieren, das BVerfG oder der Gesetzgeber. Da das BVerfG eine schon im Grundgesetz (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) angelegte Interpretationskompetenz besitzt, ist diesem der Vorzug zu gewähren. Die Lösung hilft allerdings nicht weiter, da von ihr mitnichten die Problematik erfasst wird.

Es handelt sich bei diesem Ansatz um abstrakte Theorie, welche mehr als ein an die Verfassungsrichter gerichteter Apell gesehen werden kann.<sup>143</sup>

---

138 *Gudermann*, Online-Durchsuchung, 2010, S. 177 (Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts – Die Zulässigkeit eines informationstechnologischen Instruments moderner Sicherheitspolitik); *Schlaich / Koriath*, Bundesverfassungsgericht, 8. Auflage 2010, Rdnr. 505 (Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen).

139 *Herzog / Grzeszick*, in: Maunz / Dürig, GG, Art. 20 (58. Ergänzungslieferung 2010) Rdnr. 37.

140 Die Funktionsträger (Organe) haben dabei keinen Ausschließlichkeitsanspruch und sollen sich durch gegenseitige Abhängigkeit kontrollieren (Hemmung und Mäßigung).

141 *Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 333 f. (Verfassungsentwicklung – Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland).

142 *Schlaich / Koriath*, Bundesverfassungsgericht, 8. Auflage 2010, Rdnr. 506 ff. (Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen).

143 *Gudermann*, Online-Durchsuchung, 2010, S. 178 (Online-Durchsuchung im Lichte des Verfassungsrechts – Die Zulässigkeit eines informationstechnologischen Instruments moderner Sicherheitspolitik).

## E. Ergebnis

Das Thema Online-Durchsuchung war schon im Vorfeld der BVerfGE stark umstritten<sup>144</sup>. Das Bundesverfassungsgericht beantwortete es in seinem Urteil vom 27.2.2008 mit einem neuen Grundrecht.<sup>145</sup> Aus dem Urteil und dem Schrifttum zum Thema konnten neben dem Schutzbereich des neuen Grundrechts fünf weitere extrahiert werden. Diese wurden auf ihre mögliche Einschlägigkeit überprüft. Mit Art. 13 Abs. 1 GG, der informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Kernbereich privater Lebensgestaltung (Art. 1 Abs. 1 GG) konnten gleich drei weitere Grundrechte mit denen eine Lösung des Online-Durchsuchung Falles möglich gewesen wäre gefunden werden. Das Bundesverfassungsgericht konnte folglich ohnehin schon zwischen drei Möglichkeiten mit unterschiedlichsten Auswirkungen wählen, konstruierte dann aber eine vierte Möglichkeit über ein neues Grundrecht.

Dabei besteht eine erste Problematik in der Möglichkeit allein zwischen drei etablierten Grundrechten wählen zu können. Sie sind alle in ihrer Entscheidung ebenso gut begründbar wie das neue Grundrecht und können vom Gericht nach den verschiedensten Kriterien ausgewählt werden. Besonders relevant wird dies im Hinblick auf die konkreten Auswirkungen der Wahl eines Grundrechtes auf die Zukunft der Online-Durchsuchung.

Wird Art. 13 Abs. 1 GG gewählt ist die Online-Durchsuchung erst nach einer Grundgesetzänderung möglich, da die Eingriffsmöglichkeiten mit technischen Hilfsmitteln (Art. 13 Abs. 2 – 5 GG) als abschließend anzusehen sind. Die Schranken sollten mit dem Großen Lausangriff<sup>146</sup> vergleichbar sein.

Der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung würde die Online-Durchsuchung komplett verbieten, da der Menschenwürdegehalt eigentlich<sup>147</sup> nicht zur Debatte steht. Grundrechts-

---

144Hornung, CR 2008, 299 (299).

145BVerfGE 120, 274 (274).

146BVerfGE 109, 279 (279 ff.).

147Durch die Entwicklung des zweistufigen Schutzbereiches durch das BVerfG

dogmatisch wäre es daher naheliegend gewesen diesen Lösungsansatz zu verwenden.

Als dritte Möglichkeit steht das in diesem Kontext umstrittenste Grundrecht, die informationelle Selbstbestimmung, als Möglichkeit offen. Im Prinzip hätte sich durch die Wahl dieses Grundrechts nicht viel zur jetzigen Situation geändert. Die Schranken hätten über die Verhältnismäßigkeitsebene ähnlich gesetzt<sup>148</sup> werden können. Der Systemschutz wäre zumindest teilweise entwickelbar.<sup>149</sup> Offen bleibt wie und ob sich der Systemschutz des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (weiter-)entwickeln wird.

Neben dem noch unklaren Systemschutz ist der größte Unterschied das neue Grundrecht an sich und die von ihm als Grundrecht ausgegangene Signalwirkung.

Allein aus den vielfältigen und relativ gleichwertigen Entscheidungsmöglichkeiten ergibt sich eine politische Entscheidung. Das BVerfG kann entscheiden ob es eine Online-Durchsuchung geben soll oder nicht und wenn ja unter welchen Umständen. Über diese immense Entscheidungsbefugnis ging das Gericht mit der Neuschaffung des IT-Grundrechtes sogar noch hinaus. Ziel scheint ein Votum für die Online-Durchsuchung unter strengen Bedingungen - unter Nutzung der Signalwirkung eines neuen Grundrechts - sowie ein Schritt weg vom Individualschutz hin zum Systemschutz. Anders lässt sich die Konstruktion über die grundlose Schutzbereichsbeschneidung bei der informationellen Selbstbestimmung nicht erklären.

In Bezug auf seine Kompetenzen verließ es nach meiner Auffassung auch den Streitgegenstand um bewusst ein Grundrecht zu entwickeln. Eine Kompetenzüberschreitung innerhalb der Gewaltenteilung kann dabei nur erahnt werden, da es keine allgemein anerkannte

---

können Eingriffe wieder rückgängig gemacht werden, die eigentlich niemals hätten passieren dürfen.

148Hornung, CR 2008, 299 (301).

149Eifert, NVwZ 2008, 521 (522).

Abgrenzung gibt. Auch die Selbstbeschränkung des BVerfG „keine Politik zu treiben“ hilft nicht weiter, da sich auch hieraus keine Kriterien zur Abgrenzung ableiten lassen.

Sicherlich ist das neue Grundrecht normativ wünschenswert und stellt eine Balance zwischen Freiheit und Sicherheit her. Dies kann aber nicht als Begründung für ein neues Grundrecht dienen.

Dogmatisch und methodologisch bleiben jedenfalls einige Zweifel. Offen bleibt was das Grundrecht in Zukunft bringt. War es eine einmalige Entwicklung um ein Signal zu setzen oder wird das BVerfG in Zukunft eine Entindividualisierung im Grundrechtsschutz anstreben? Das wird zu zeigen sein.