

ken könnten, bleibt bei *Eisele* damit offen.

Im strafrechtlichen Kontext liegen diese Berührungspunkte zwischen Kernstrafrecht und Datenschutzrecht wie gesehen v.a. bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale (u.a. § 206 StGB), sowie auf der Ebene der Rechtfertigung. Ändert sich das Datenschutzrecht nun durch Unionsrecht, so bleibt abzuwarten, welche Rückwirkungen

dies angesichts der Berührungspunkte auf die nationale Strafrechtsordnung haben wird. Zumindest für die Ebene der Rechtfertigung kann aber wohl hier schon festgehalten werden, dass der Einfluss des europäischen Rechtsakts begrenzt sein wird, denn an den Kriterien der strafrechtlichen Einwilligung ändert eine europäische Verordnung zum Datenschutz nichts.

Ein „Abschied von den Grundrechten“?

Ausblick auf den Grundrechtsschutz nach der EU-Datenschutzgrundverordnung

Markus Vordermayer

Die geplante EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO-E)¹ wird den Datenschutz – und insbesondere die grundrechtliche Komponente desselben – auf eine neue Grundlage stellen. Der Richter am Bundesverfassungsgericht *Johannes Masing* hat in diesem Zusammenhang bereits Anfang des Jahres die Diskussion angestoßen, inwiefern ein solch „technisch“ anmutendes Gesetzgebungsprojekt auf kaltem Wege verfassungsrelevante Änderungen in der europäischen Grundrechtsarchitektur vornehmen könnte und gar ein „Abschied von den [deutschen] Grundrechten“ droht². Ein solcher würde insbesondere auch den hier im Vordergrund stehenden *Schutz privater Daten im Internet* betreffen. Die ausnehmend kritische Perspektive von Masing soll im Folgenden als Ausgangspunkt dienen, einen Blick auf den materiellen Grundrechtsstandard nach Annahme der zur Diskussion stehenden Verordnung (I.) und die prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten desselben (II.) zu werfen.

I. Anwendbare Grundrechte und materieller Grundrechtsstandard

Wie auch *Masing* unterstellt, ist davon auszugehen, dass mit der Annahme des Kommissionsvorschlags durch Parlament und Rat die Grundrechte des Grundgesetzes (GG)

im Anwendungsbereich der Verordnung³ grds. außer Anwendung geraten.⁴ Mit der geplanten Umstellung des europäischen Rechtssatzes von einer Richtlinie⁵ auf eine Verordnung, deren weitgefassetem Anwendungsbereich⁶ und nur wenigen Abweichungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten⁷ würden die nationalen Grundrechte in einer besonders weit ausgreifenden Materie⁸ ihre Maßstabsfunktion verlieren.⁹ Zwar ist es unter Hinweis auf die „Schutzniveau Klausel“ des Art. 53 GRCh heute teilweise umstritten, inwiefern diese eine Renaissance nationaler Grundrechte

1 Allgemein zum Entwurf und den gegenwärtig bestehenden Regelungen siehe *Sommerrock*, in diesem Heft.

2 „Ein Abschied von den Grundrechten“, SZ v. 9.1.2012, 10.

3 Zur Bindung an die Unionsgrundrechte nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh („bei der Durchführung des Rechts der Union“) vgl. *Jarass*, Grundrechte-Charta, 2010, Art. 51 Rdn. 16 ff.; zur EuGH-Rspr. vor Geltung der GRCh („im Anwendungsbereich des Unionsrechts“) vgl. *Calliess*, JZ 2009, 113 (115).

4 Die Frage, ob der Entwurf in seiner ggw. Fassung kompetenzgemäß erlassen werden könnte, soll im Folgenden außer Betracht bleiben; vgl. nur *Franzen*, DuD 2012, 322 (325 f.).

5 Zu den einschlägigen Richtlinien, insbesondere der DS-Richtlinie 95/46/EG siehe *Sommerrock*, in diesem Heft.

6 Art. 2 DSGVO-E.

7 Vgl. *Hornung*, ZD 2012, 99 (100); z.B. Art. 80, 82 DSGVO-E; vgl. auch *Splinter*, in diesem Heft.

8 Zum Datenschutz als Querschnittsmaterie *Spiecker* gen. *Döhmann/Eisenbarth*, JZ 2011, 169; *Britz*, EuGRZ 2009, 1 (4).

9 Vgl. *Hornung* (Fn. 7), 100. Zwar erscheint fraglich, ob sich damit ggü. der vom EuGH mit einem weiten Anwendungsbereich versehenen und als grds. abschließende Harmonisierung verstandenen (ggw. geltenden) DS-Richtlinie substantiell etwas ändert – zumindest hinsichtlich einer möglichen verbleibenden Bindung an nationale Grundrechte im Umsetzungsspielraum der (jetzigen) Richtlinie (so z.B. *Calliess* [Fn. 3], 120) bleibt dies jedoch relevant; vgl. insgesamt dazu *Britz* (Fn. 8), 4 f.; *Siemen*, EuR 2004, 306 (312 f.).

selbst im Anwendungsbereich des Sekundärrechts ermöglicht¹⁰ – folgt man jedoch der Rechtsprechung des EuGH¹¹ und bleibt das BVerfG bei seiner restriktiven Haltung bzgl. der Ausübung einer grundrechtlichen Kontrolle ggü. unionalen Rechtsakten,¹² scheidet mangels nationalen Umsetzungsakts eine auf die Grundrechte des GG gestützte Prüfung im Anwendungsbereich der Verordnung zukünftig aus. Unter diesen Bedingungen könnte aber auch das wegweisende Volkszählungsurteil nicht mehr ergehen¹³ und einigen grundlegenden Aussagen des BVerfG, insbesondere zur Abwägung von Allgemeinem Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit, würde der Boden entzogen, indem einschlägige Sachverhalte zumeist von der Datenschutzproblematik überlagert werden.¹⁴

Konkret bemisst sich der grundrechtliche Datenschutz nach dem GG in erster Linie nach dem vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Recht auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁵ Gerät dieser grundgesetzliche Standard außer Anwendung, rücken von europäischer Seite die Unionsgrundrechte (vgl. Art. 6 EUV), insbesondere Art. 8 GRCh¹⁶ und Art. 8 EMRK¹⁷, ein. Neben der allgemein bemerkbaren Orientierung des EuGH an der Rechtsprechung des EGMR¹⁸ kommt Art. 8 EMRK auch über die sog. Transferklausel des Art. 52 Abs. 3 GRCh eine – im Einzelnen umstrittene – Bedeutung für die Konturierung des unionalen Datenschutzgrundrechts zu¹⁹. Durch den anstehenden Beitritt der Union zur EMRK (vgl. Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV)²⁰ würde die Union aber als Konventionspartei jedenfalls direkt an die Gewährleistung des Art. 8 EMRK gebunden.

Diese europäischen datenschutzgrundrechtlichen Verbürgungen²¹ können v.a. aufgrund der reichhaltigen Rechtsprechung des EGMR dem Standard des GG als im Wesent-

lichen entsprechend angesehen werden – zumindest in ihrer abwehrrechtlichen Komponente.²² Der hier interessierende Schutz privater Daten im Internet bzw. in sozialen Netzwerken²³ betrifft jedoch i.d.R. nicht diese klassische, hierarchisch gedachte Abwehrsituation²⁴, sondern vielmehr ein horizontales Rechtsverhältnis zwischen Anbieter und Nutzer. In solchen Konstellationen kann es aus einer grundrechtlichen Perspektive nur um die Erstreckung grundrechtlicher Pflichten auf Private (Drittwirkung) oder die Aktivierung einer grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates²⁵ zu Gunsten (und zu Lasten) Privater gehen. Die Lehre von der (echten) Drittwirkung führt gegenwärtig zwar eher ein Schattendasein, konzeptionell wird dies jedoch gerade für den Grundrechtsschutz im Internet wieder erwogen.²⁶ *En vogue* ist demgegenüber die Lösung horizontaler Konstellationen über die Lehre von den (staatlichen) Schutzpflichten. Eine solche Schutzpflichtendogmatik, die zu ihrer Verwirklichung in erster Linie den Gesetzgeber und die Gerichte verpflichtet,²⁷ lässt sich auch für das grundgesetzliche Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickeln.²⁸ Auf europäischer Ebene ist eine solche Dogmatik jedoch bislang nur in Ansätzen vorhanden;²⁹ erste Andeutungen findet dies in den Urteilen *Lindqvist* und *Promusicae*,³⁰ in denen der EuGH (zumindest im Ausgangspunkt) horizontal gelagerte Streitigkeiten zu beurteilen hatte. Als grundrechtliches „Plus“ lässt sich mit dem DSGVO-E jedenfalls verbuchen, dass das im gegenwärtigen Recht noch anzutreffende Problem, zur Anwendung des Datenschutzgrundrechts nur vermittelt über die (nicht immer gegebene) unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie zu kommen,³¹ sich mit der Umstellung auf eine Verordnung von selbst lösen wird. Ein Einfluss des Datenschutzgrundrechts auf horizontale Verhältnisse lässt sich schließlich aber auch „im Schat-

10 Eingehend *Calliess* (Fn. 3), 119 f.

11 Nachgezeichnet bei *Calliess* (Fn. 3), 115 f.

12 Vgl. z.B. die Lissabon-Entscheidung, BVerfGE 123, 267 (Rdn. 191).

13 *Hornung* (Fn. 7), 100.

14 Davon geht wohl auch *Masing* (Fn. 2) mit Blick auf die „Lüth“-Rspr. aus.

15 Dazu und zum subsidiären Charakter dieses Rechts vgl. *Bäcker*, *Der Staat* 51 (2012), 91 (94 f.). Zum Vertraulichkeitsschutz durch das sog. IT-Grundrecht vgl. *Hoffmann-Riem*, *JZ* 2008, 1009 (1014 ff.).

16 Zum Verhältnis von Art. 8 GRCh und Art. 16 Abs. 1 AEUV *Spiecker/Eisenbarth* (Fn. 8), 172; zum damit einhergehenden Problem der Anwendbarkeit der Schrankenregelung von Art. 52 Abs. 1 oder 2 GRCh auch *Schneider*, *Die Verwaltung* 2011, 499 (503 f.).

17 Zur Bedeutung der EMRK im Unionsrecht „nach Lissabon“ vgl. *Britz* (Fn. 8), 2. Auf Europarats-Ebene ist auch die sog. Datenschutzkonvention (ETS No. 108; BGBl. 1985 II S. 539) zu beachten, dazu *Schneider* (Fn. 16), 500.

18 Für den Kontext des Datenschutzrechts *Spiecker gen. Döhmman/Eisenbarth* (Fn. 8), 171.

19 Dazu *Schneider* (Fn. 16), 501, der jedoch i.R.d. Datenschutzgrundrechts die Transferklausel aufgrund einer fehlenden direkten Entsprechung zu Art. 8 GRCh in der EMRK nicht anwenden will.

20 Vgl. zum Beitritt insgesamt *Obwexer*, *EuR* 2012, 115; in dem Kontext hier *Schneider* (Fn. 16), 501.

21 Zur EMRK *Peters/Altwicker*, *EMRK*, 2012, § 26 Rdn. 17 ff.; zur Grundrechtecharta *Jarass* (Fn. 3), Art. 8.

22 Vgl. die Darstellung bei *Britz* (Fn. 8), 6 ff.; so schon für die DS-Richtlinie *Spiecker gen. Döhmman/Eisenbarth* (Fn. 8), 170.

23 Zu den weitgehenden datenschutzrechtlichen Problemen sozialer Netzwerke *Kühling u.a.*, *DuD* 2009, 335.

24 Bzw. den objektiv-rechtlichen Ausgestaltungsauftrag für den Gesetzgeber; dazu *Bäcker* (Fn. 15), 98.

25 Allgemein dazu *Calliess*, *JZ* 2006, 321.

26 Zu entsprechenden Konzepten *Karavas*, *Digitale Grundrechte*, 2006, 50 ff. und weiter.

27 *Gurlit*, *NJW* 2010, 1035 (1041); *Bäcker* (Fn. 15), 99 f.

28 Umfassend *Bäcker* (Fn. 15), 99 ff.; *Gurlit* (Fn. 27), 1039 ff.; *Hoffmann-Riem*, *AöR* 123 (1998), 513 (524 ff.); *Britz*, *Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts*, in: *Hoffmann-Riem*, *Offene Rechtswissenschaft*, 2010, 562 (585 ff.); aus der Rspr. BVerfG (K) *JZ* 2007, 576 (Rdn. 33); BGH *NJW* 2009, 2888 – spickmich.de.

29 Zweifelnd insofern *Hornung* (Fn. 7), 100; zur einschlägigen Rspr. des EuGH *Streinz*, *DuD* 2011, 602 ff.

30 EuGH, Rs. C-275/06 (Urt. v. 29.1.2008) bzw. C-101/01 (Urt. v. 6.11.2003); dazu *Britz* (Fn. 8), 8.

31 Diese ist grds. aber gerade nur für vertikale Bürger-Staat-Beziehungen anerkannt; zu dieser Einschränkung eines effektiven Grundrechtsschutzes „durch Richtlinien“ vgl. *Siemen* (Fn. 9), 315, 320. Kritisch zu der dabei zu befürchtenden Verwischung von grundrechtlichem Maßstab und Sekundärrecht auch *Britz* (Fn. 8), 7; vgl. ebenso *Streinz/Michl*, *EuZW* 2011, 384 (386); *Schneider* (Fn. 16), 514 f.

ten⁴² horizontal unmittelbar anwendbarer Grundfreiheiten denken, als deren Schranke und Schranken-Schranke die Unionsgrundrechte fungieren.³² Ebenso lässt sich auch die einschlägige Rechtsprechung des EGMR teilweise auf eine Anwendung in der Schutzpflichtenkonstellation übertragen.³³

Aus einer rein materiellen Perspektive steht also eigentlich ein solider europäischer Grundrechtsstandard zur Verfügung. Eine durchgreifende Kritik an der Europäisierung des Grundrechtsschutzes im Datenschutz-Kontext müsste damit vielmehr auf (eventuelle) prozedurale Durchsetzungsschwächen des europäischen Systems aufbauen.

II. Prozeduraler Grundrechtsschutz

Geht man nun von der Prämisse einer im Anwendungsbereich der Verordnung suspendierten Kontrollmöglichkeit des BVerfG am Maßstab des GG aus, muss zur Durchsetzung des europäischen Grundrechtsstandards auf anderweitige Mittel Rückgriff genommen werden.

Grundrechtsschutz durch „unabhängige Stellen“

Fester Bestandteil des europäischen Datenschutzrechts ist die Einrichtung unabhängiger Aufsichtsbehörden³⁴ in den Mitgliedstaaten³⁵. Nach ihrem Auftrag sind diese Behörden u.a. zu dem Zweck einzusetzen, die Grundrechte bei der Datenverarbeitung zu schützen (Art. 46 DSGVO-E). In Anlehnung an den Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDSB)³⁶ verfügen sie über unmittelbar aus dem Unionsrecht fließende Eingriffsbefugnisse (Art. 53 DSGVO-E)³⁷; in gerichtsähnlicher Funktion³⁸ nehmen sie Beschwerden entgegen und können aus eigener Initiative Untersuchungsbefugnisse wahrnehmen. Unionsrechtlich steht damit ein organisatorisch unabhängiger³⁹ Rechtsschutzkörper bereit, der bei Datenschutzverstößen unmittelbar tätig werden kann, selbst jedoch einer Letztkontrolle durch die nationalen Gerichte unterliegt (Art. 74 DSGVO-E). Insbesondere im Zusammenspiel von Datenschutzbeauftragten auf Seiten der Verarbeiter⁴⁰, Aufsichtsbehörden und Gerichten kann damit ein durchaus effektiver – v.a. präventiver – Grund-

rechtsschutz gewährleistet werden.⁴¹

Diesen positiven Eindruck eines gänzlichen neutralen „Hüters über den Datenschutz“ trübt jedoch insbesondere das Problem der tatsächlichen Durchsetzungsschwäche der Behörden⁴² und ihre fehlende Ausrichtung auf einen Grundrechtsschutz im Einzelfall.⁴³ V.a. ist aber auch in Fällen, die eine Abwägung konfligierender Grundrechtspositionen erfordern, ein außergerichtlicher Grundrechtsschutz selten ausreichend.⁴⁴ Und schließlich werfen die mit dem Entwurf einhergehenden Verwerfungen im institutionellen Gefüge der Datenschutzaufsicht – durch die vorgesehene Stärkung der Rolle der EU-Kommission sowohl bei der Setzung von Durchführungs- und delegierten Rechtsakten (Art. 290, 291 AEUV; vgl. z.B. Art. 80, 82 DSGVO-E) als auch bei der exekutiven Einzelfallaufsicht im Aufgabenfeld der nationalen Behörden – einen Schatten auf die Qualität des möglichen Rechtsschutzes.⁴⁵

Fachgerichtlicher Grundrechtsschutz

Neben dem Recht auf Beschwerde zur Aufsichtsbehörde verbürgt der Entwurf auch Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen die Behörde vor nationalen Gerichten (Art. 52, 53 iVm Art. 73, 74 DSGVO-E). Art. 76 Abs. 1 DSGVO-E räumt insofern – über den Individualrechtsschutz hinausgehend – auch Datenschutzverbänden die Klagemöglichkeit ein.⁴⁶ Wenden nationale Gerichte in all diesen Fällen die Verordnung unmittelbar an, obliegt es ihnen schließlich auch, die Unions-Grundrechte anzuwenden und dem EuGH Fragen vorzulegen (Art. 267 AEUV).⁴⁷ Die Problemlage wird sich dabei – wiederum im Vergleich zu Urteilen wie in der o.g. Rs. *Promusicae* – unter der geplanten Verordnung jedoch anders stellen: Mit der Umstellung auf eine Verordnung werden sich die Streitigkeiten zu einem großen Teil nicht mehr um die Vereinbarkeit der nationalen Umsetzung einzelner Richtlinien mit dem Datenschutzgrundrecht ranken; indem die Verordnung selbst die unmittelbar anzuwendenden Normen vorgibt, wird sich der Streit mittelfristig vielmehr auf die Vereinbarkeit der Verordnung selbst mit den Unionsgrundrechten konzentrieren. Nur in den (eng begrenzten) Fällen, in denen nationales Recht zur Ausfüllung einer Öffnungsklausel der DSGVO-E ergeht, bleibt die Situ-

32 Mit Bezug auf die Angonese-Rspr. des EuGH (Rs. C-281/98, Urt. v. 6.6.2000) *Streinz/Michl* (Fn. 31), 387 f.

33 Allgemein zu Art. 8 EMRK *Uerpmann-Witzack/Jankowska-Gilberg*, MMR 2008, 83 (87 f.).

34 Kapitel VI des Entwurfs; vgl. auch schon Art. 28 DS-Richtlinie.

35 In Deutschland sind dies die Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder, vgl. für Bayern § 38 Abs. 6 BDSG iVm Art. 34 BayDSG und § 1 Abs. 1 S. 1 BayDSchV; dazu *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. Aufl. 2012, § 38 Rdn. 29.

36 Zu diesem Art. 41 ff. VO (EG) 45/2001; zum Grundrechtsschutz durch denselben Eckhardt, *Die Akteure des außergerichtlichen Grundrechtsschutzes in der EU*, 2009, 176 ff. und 448 ff.

37 Die ggü. der DS-Richtlinie ausgeweitet wurden, vgl. *Hornung* (Fn. 7), 104.

38 *Hijmans*, CMLRev. 43 (2006), 1313 (1330 ff.).

39 Zum Urteil des EuGH in der Rs. C-518/07, Urt. v. 9.3.2010 – *KOM./. Deutschland*, und der darin gerügten mangelnden „Unabhängigkeit“ der Aufsichtsbehörden Bull, EuZW 2010, 488; *Balthasar*, ZÖR 2012, 5.

40 Art. 35 DSGVO-E.

41 *Hijmans* (Fn. 38), 1317, 1324; einen solchen Grundrechtsschutz aber nur als gerichtsergänzendes „Grundrechtsmonitoring“ ansehend *Gusy*, *Der Staat* 47 (2008), 511 (543 ff.) (mit Blick auf die Institution der Datenschutzbeauftragten).

42 Dazu etwa *Bull* (Fn. 39), 490.

43 Zur (notwendigen) Konzentration auf „strategisch“ wichtige Fälle Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 191, 18.

44 Vgl. *Bull* (Fn. 39), 491.

45 Die Kritik entzündet sich insb. am sog. Kohärenzverfahren (Art. 57 ff. DSGVO-E), mit dem die Kommission stellenweise umfangreichen Einfluss auf die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden erhalten soll; vgl. *Hornung* (Fn. 7), 101, 105; *Hermann*, ZD 2012, 49 (50), sieht dadurch sogar der o.g. Rspr. des EuGH (Fn. 39) den Boden entzogen.

46 Insoweit noch enger Art. 28 Abs. 4 DS-Richtlinie; zu Verbandsklagen im Unionsrecht allgemein *Frenz*, DVBl. 2012, 811.

47 Paradigmatisch ist insofern der Fall EuGH, verb. Rs. C-92 und 93/09, Urt. v. 9.11.2010 – *Schecke und Eifert*, der auf Vorlage des VG Wiesbaden zur tlw. Nichtigerklärung der VO (EG) Nr. 1290/2005, Nr. 259/2008 durch den EuGH geführt hat.

ation dieselbe: Prüfung der Vereinbarkeit nationalen Rechts auf Vereinbarkeit mit Verordnungsrecht und Datenschutzgrundrecht.⁴⁸ In diesem Rahmen lässt sich auch weiterhin davon ausgehen, dass der EuGH – ähnlich wie das BVerfG⁴⁹ – einen gewissen Spielraum beim Ausgleich der widerstreitenden (grundrechtlichen) Positionen zubilligen wird.⁵⁰

Rolle der europäischen Gerichte

Im Hinblick auf den EuGH ist das Fehlen einer verfassungsbeschwerdeanalogen Rechtsschutzmöglichkeit seit langem ein wesentlicher Kritikpunkt am Niveau des Rechtsschutzes auf Unionsebene.⁵¹ Nicht zuletzt wird auch an die Kapazitätsprobleme der in Reserve stehenden europäischen Gerichte⁵² erinnert und das Vorabentscheidungsverfahren zwischen EuGH und nationalen (in Deutschland bislang nur Fach-)Gerichten für unzureichend erachtet⁵³. Ob der EuGH damit schon nicht als „Grundrechtegericht“ anzusehen ist⁵⁴ oder er sich zumindest zu einem veritablen „Datenschutzgericht“⁵⁵ entwickeln kann, ist gegenwärtig offen. Vor dem Hintergrund der Beseitigung vormaliger Kompetenzprobleme durch die neue Rechtsgrundlage des Art. 16 AEUV⁵⁶ und zunehmenden Orientierung des EuGH an Grundrechtsfragen⁵⁷ ist letzteres aber nicht ausgeschlossen. Zumindest im Rahmen der EMRK steht mit der Individualbeschwerde zum EGMR (Art. 34 EMRK) auch eine der Verfassungsbeschwerde zumindest in Teilen entsprechende Rügemöglichkeit bereit. Und das bislang noch anzutreffende Problem des ggü. der EU gegenwärtig zurückgenommenen Prüfungsumfangs des EGMR⁵⁸ wird langfristig durch den Beitritt der EU zur EMRK (s.o.) ohnehin gemildert.

Alternative Modelle des Grundrechtsschutzes

Schließlich finden sich aber auch gerade im Datenschutzrecht Erwägungen, einen effizienteren und unmittelbaren Schutz des Datenschutzgrundrechts durch alternative Mittel zu bewirken. Der Entwurf hält u.a. mit dem „Recht auf Vergessen“ (Art. 17) bzw. dem Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 18) Ansätze zu innovativer Rechtsetzung

bereit.⁵⁹ Auch solche Rechte der Betroffenen überwinden jedoch das Problem nicht, zu ihrer Durchsetzung stets noch eines „klassischen“ Rechtsbehelfs zu bedürfen. Konsequenter ist insofern das Konzept des Datenschutzes durch „technische Lösungen“⁶⁰, mit dem der Schutz persönlicher Daten unmittelbar durch in der Software angelegte Mechanismen bewirkt werden soll. In einem größeren Kontext lässt sich dies auf die Vorstellung des „Code as Law“⁶¹ zurückführen, nachdem generell eine Regulierung des Internets nur mittels des Einsatzes von Software möglich ist. Art. 23 DSGVO-E nimmt diesen Gedankengang zwar auf, verzichtet jedoch auf allzu konkrete Vorgaben; mittelbar zielen in eine ähnliche Richtung aber zumindest die Regelungen zu Zertifizierungsverfahren und Datenschutzsiegeln sowie die Aufstellung von „Verhaltensregeln“ (Art. 38, 39 DSGVO-E).⁶² Technische Mittel versprechen insgesamt eine effiziente(re) Bekämpfung von Datenmissbräuchen, indem gerade auf jene Mittel zurückgegriffen wird, auf denen ohnehin die soziale Interaktion im Internet beruht.⁶³ Von besonderem Interesse wird es auch sein, ob der EuGH die offene Formulierung des Art. 23 DSGVO-E zum Anlass nehmen wird, aus dem europäischen Datenschutzgrundrecht abgeleitete, konkretere Vorgaben zum technischen Datenschutz in das Sekundärrecht einfließen zu lassen.

III. Nach dem Abschied...

Mit der geplanten Verordnung droht also insgesamt kein grundrechtlicher Kahlschlag. Die Dogmatik des Datenschutzgrundrechts ist in der Rechtsprechung von EGMR und EuGH bereits so weit gediehen, dass der Ausfall des deutschen Grundrechtsstandards zumindest aus materieller Perspektive im Wesentlichen nichts ändert. Prozedural unterliegt der Grundrechtsschutz im europäischen System zwar einigen konstruktiven wie tatsächlichen Schwächen. Es wird aber einer immer stärker auf den Grundrechtsschutz ausgerichteten Rechtsprechung des EuGH und den besonderen – auch im DSGVO-E teilweise verwirklichten – datenschutzspezifischen Schutzmechanismen nicht gerecht, im Verlust der Kontrollmöglichkeit des BVerfG einen grundstürzenden Rückschritt zu sehen. Jede Integrationsleistung bedeutet einen Abschied; der „Abschied“ von den Grundrechten des GG bedeutet in diesem Fall jedoch kein Ende eines qualitativ hochwertigen Grundrechtsschutzes.

48 Zu dieser zweistufigen Prüfung unter der Geltung der Richtlinie *Strein/Michl* (Fn. 31), 386.

49 Zur Reduktion auf eine Evidenz-Kontrolle *Gurlit* (Fn. 27), 1041.

50 Dazu im Kontext der *Promusicae*-Rspr. vgl. *Strein/Michl* (Fn. 31), 386 f.

51 Zur Nichtigkeitsklage Privater (Art. 263 Abs. 4 AEUV) eingehend *Everling*, *EuZW* 2010, 572.

52 Vgl. dazu *Jestaedt*, *JZ* 2011, 872.

53 Zur Diskussion um das Vorlageverfahren vgl. u.a. *Rennert*, *EuGRZ* 2008, 263; *Skouris*, *EuGRZ* 2008, 341.

54 So z.B. *Masing* (Fn. 2).

55 So *Spiecker gen. Döhmman/Eisenbarth* (Fn. 8), 173 ff.

56 Ebd.

57 So z.B. im Verfahren *Schecke und Eifert*, s. Fn. 47. In diesem Zusammenhang kann auch an die Aufladung der Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) mit einem – vom Binnenmarktbezug losgelösten – Mindestbestand an Rechten erinnert werden; vgl. umfas. *Wollenschläger*, *ELJ* 17 (2011), 1 [= dt. *ZEuS* 2009, 1].

58 Zur *Bosphorus*-Rspr. des EGMR vgl. nur *Haratsch*, *ZaöRV* 66 (2006), 927.

59 Kritisch dazu Art. 29-Datenschutzgruppe (Fn. 43), 13 f.; zur tlw. Verankerung solcher Konzepte bereits im *BDSG* *Hornung* (Fn. 7), 103; *Nolte*, *ZRP* 2011, 236 (238 f.).

60 Auch „privacy enhancing technologies“; vgl. u.a. *Hoeren*, *ZRP* 2010, 251 (253); *KOM*(2007) 228 endg., 3 f.; *Kühling*, *Die Verwaltung* 2007, 153 (161 ff.) und allgemein *Mayer-Schönberger*, *delete – The Virtue of Forgetting in the Digital Age*, 2009, 169 ff. (zum Recht auf Vergessenwerden).

61 Grundlegend dazu *Lessig*, *Code – Version 2.0*, 2006.

62 Zu diesen jeweils *Hornung* (Fn. 7), 100 ff.

63 Plastisch bringt *Lessig* (Fn. 61), 225 ff., die Rolle des Rechts auf den Punkt, das in einem solchen Modell (nur) der Software zum Schutz der Daten ver helfe (230).