

Sonderdruck aus:

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**

Band 74

Hans Christian Röhl, Andreas von Arnould

**Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode
durch Internationalität und Interdisziplinarität:
Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen**

Fabian Wittreck, Frauke Brosius-Gersdorf

**Dritte Gewalt im Wandel – Veränderte Anforderungen
an Legitimität und Effektivität?**

Jan Ziekow, Stephan Rixen

**Gestaltung des demographischen Wandels
als Verwaltungsaufgabe**

Thilo Marauhn, Magdalena Pöschl

**Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards
gegenüber neuen Gefährdungen durch private und
ausländische Akteure**

Referate und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in Düsseldorf vom 1. bis 4. Oktober 2014

De Gruyter

Nicht im Buchhandel erhältlich.

Redaktion: Prof. Dr. Uwe Volkmann (Mainz)

ISBN 978-3-11-041989-4
e-ISBN (PDF) 978-3-11-041912-2
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-041918-4

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2015 Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen
Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier
Printed in Germany

www.degruyter.com

Vierter Beratungsgegenstand:

**Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards
gegenüber neuen Gefährdungen durch private und
ausländische Akteure**

2. Referat von Professorin Dr. *Magdalena Pöschl*, Wien¹

Inhalt

	Seite
I. Gute, alte Welt	406
II. Von bipolarer Klarheit zu multipolarer Unklarheit	406
1. Staat und Bürger	406
2. Private Verwalter	408
3. Rein private Grundrechtsstörer	412
III. Vom Gewaltmonopol zu dezentraler Macht	418
1. Zwang	418
2. Geld	419
3. Information	420
IV. Vom Territorium zur Grenzenlosigkeit	422
1. Geherrscht wird zuhause	422
2. Private Akteure aus dem Ausland	425
3. Private Akteure im Ausland	430
4. Ausländische Mächte	438
V. Gefährliche, neue Welt?	446

¹ Bei der Bewältigung der üblichen Gefährdungen, die mit Staatsrechtslehrerreferaten einhergehen, hatte ich wertvollste Unterstützung: Hannah Berger, Lorenz Dopplinger, Rosa Duarte-Herrera, Irina Durovic, Alexandra Kunesch und Christof Rattinger haben für den vorliegenden Beitrag unermüdlich recherchiert, mit mir ungezählte Einzelprobleme diskutiert, den Fußnotenapparat kontrolliert, und sie werden mir hoffentlich verzeihen, dass hier nur ein Teil ihrer vielen Fundstücke sichtbar werden kann: Ich danke ihnen für ihren Einsatz, ihre Sorgfalt und für ihre vielen klugen Einwände und Ideen! Iris Eisenberger, Norbert Paul Engel, Daniel Ennöckl, Clemens Jabloner, Franz Merli, Kirsten Schmalenbach, Miloš Vec und Ewald Wiederin haben mir in der ihnen je eigenen Weise viele wichtige Anregungen gegeben, mit mir teils schon das Konzept diskutiert und den Vortragstext kritisch gelesen: Ihnen allen mein herzlicher Dank!

I. Gute, alte Welt

Das klassische Drama der Grundrechte ist ein Stück mit zwei Hauptrollen – die eine für den Staat, die andere für den Bürger. Die Bühne dieses Stücks ist das Territorium, das der Staat im ersten Akt mühsam unter seine Kontrolle bringt. Im zweiten Akt entmachtet er die intermediären Kräfte und konzentriert alle Gewalt bei sich. Im dritten Akt schließlich droht der allmächtige Staat den ohnmächtigen Bürger zu unterwerfen, bis er in das Kraftfeld der Grundrechte gerät, die den Staat zähmen, um den Bürger zu befreien.

Blickt man heute auf die internationale Grundrechts-Bühne, so herrscht auf ihr große Unübersichtlichkeit. Neben dem Staat und dem Bürger finden sich dort auch mächtige private Akteure, die fernab vom Bürger Platz genommen haben, manche recht nahe beim Staat. Im Umkreis des Staates treten nun außerdem Figuren auf, die zwar zivil gekleidet sind, sich aber amtlich gebärden. Auch wimmelt es auf dieser Bühne vor Internationalen Organisationen und NGOs, die zwischen Bürger und Staat eilig hin und hergehen. Ganz selten schleichen sich aus dem Staat sogar Personen heraus, um dem Publikum z.B. zu eröffnen, dass auf der Bühne längst auswärtige Staaten stehen, die die Bürger kontrollieren, versteckt hinter privaten Akteuren, und wie sie zum Staat stehen, ist leider nicht zu sehen.

Dass diese privaten und ausländischen Akteure im Drama der Grundrechte nur eine Nebenrolle spielen, kann nicht verwundern: Sie stören die schlichte Schönheit der Meistererzählung, die zumindest auf drei Prämissen beruht. Erstens: Die Grundrechtsbeziehung ist bipolar, sie besteht zwischen Staat und Bürger, und zwar – zweitens, weil der Staat alle Gewalt bei sich monopolisiert: Auf diese Macht antworten die Grundrechte. Seine Gewalt übt der Staat drittens im eigenen Territorium aus, wo sonst? Alle drei Prämissen sind heute zweifelhaft geworden.

II. Von bipolarer Klarheit zu multipolarer Unklarheit

1. Staat und Bürger

Dass der Bürger in der Meistererzählung ein klar definiertes Gegenüber hat, den Staat, kommt historisch nicht von ungefähr. Denn zuvor war der Einzelne in verschiedenste Herrschaftsverbände eingegliedert, die sich örtlich, wirtschaftlich und sozial keineswegs deckten – Grundherrschaft, Kirche, Dorfgemeinschaft:² Mit der Entmachtung dieser Intermediäre

² W. Reinhard *Geschichte der Staatsgewalt*, 3. Aufl. 2002, 196 ff., 211 ff., 407; zur „Pluralität der Herrschaftsgewalten“ s. z.B. auch H. Quaritsch *Staat und Souveränität*, Bd. 1: Die Grundlagen, 1970, 178 ff.

stand der Bürger nur noch *einem* Akteur, dem Staat, gegenüber; das wird allgemein als Fortschritt angesehen,³ vielleicht war das aber auch nur eine Theorie, die der Wirklichkeit schon damals unzulänglich entsprach.⁴

Diese klare theoretische Bipolarität von Bürger und Staat verliert in letzter Zeit noch weiter an Eindeutigkeit, denn der moderne Staat kann seine vielfältigen Aufgaben längst nicht mehr mit eigenem Personal erfüllen; so setzt er dafür Private ein,⁵ und zwar in einem Ausmaß, das man nicht mehr als Nebensache ausblenden kann:⁶ Private erlassen Bescheide, zertifizieren Produkte, erbringen für den Staat Leistungen, sammeln

³ S. z.B. *U. Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 235 (253 f.); zu diesem Vorgang insgesamt *E.-W. Böckenförde* Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, 1973, 10 ff.; besonders anschaulich auch *M. Weber* Wirtschaft und Gesellschaft, 1922 (Studienausgabe hrsg. von J. Winckelmann, 1964, Bd. 2), 1046, nach dem der moderne Staat „die sachlichen Betriebsmittel in der Hand seiner Leiter vereinigt, die sämtlichen eigenberechtigten ständischen Funktionäre aber, die früher zu Eigenrecht darüber verfügten, enteignet und sich selbst in seiner höchsten Spitze an deren Stelle gesetzt hat“.

⁴ Zweifel sind jedenfalls aus globalgeschichtlicher Perspektive angebracht; so zeigt etwa *C. A. Bayly* Die Geburt der modernen Welt. Eine Globalgeschichte 1780–1914, 2006, 312, dass neben dem zentralisierten Staat des 19. Jahrhunderts auch ganz andere Formen der Staatlichkeit existierten: In manchen Staaten war die Staatsmacht unter lokalen Gruppen aufgeteilt, in anderen gab es einen religiösen Gegenstaat, in wieder anderen Staaten übernahmen mächtige Gesellschaften das Staatshandeln, bisweilen war die Macht auch bei den Oberhäuptern von Abstammungsgruppen konzentriert, schließlich gab es „auf Familien gestützte mobile Völker, für die Staatsmacht nicht viel mehr war als ein Traum von sagenhaften Königen“.

⁵ S. dazu z.B. *F. Ossenbühl* und *H.-U. Gallwas* Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 und 211; *M. Schmidt-Preuß* und *U. Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 und 235; *M. Heintzen* und *A. Voßkuhle* Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 220 und 266; *M. Burgi* Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, 2008.

⁶ Neu ist also nur die Intensität, nicht die Einbindung Privater in die staatliche Aufgabenerfüllung an sich; denn der Staat hat, wie schon *R. H. Herrnritt* Grundlehren des Verwaltungsrechtes, 1921, 186, treffend bemerkte, die Verwaltung nie vollständig monopolisiert. Die Intensität wiederum ist auch nur relativ neu, nämlich gemessen an der jüngeren Vergangenheit; blickt man in der Geschichte weiter zurück, findet man die Privatisierungsdebatten der Gegenwart z.B. auch im spanischen Weltreich des 16. Jahrhunderts, s. mwN *M. Vec* Staatliche Aufgaben und private Akteure in der Rechtsgeschichte. Methodischer Etatismus als historiografisches Problem, in: C. Fuchs/F. Merli/M. Pöschl/R. Sturm/E. Wiederin/A. Wimmer (Hrsg.) Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd. 1: Erscheinungsformen und Effekte (in Druck).

Daten und überwachen einander sogar.⁷ All diese Figuren tragen zwar ein privates Gesicht, doch aus ihnen spricht bisweilen auch der Staat.

Der Staat selbst hat zugleich seine eigene Rolle im Grundrechtsdrama neu interpretiert: Er tritt nicht mehr als Gefährder unserer Grundrechte auf, sondern viel lieber als ihr Beschützer.⁸ Beschränkt er Freiheiten, so tut er das auch und gerade, um uns vor dem Freiheitsgebrauch unserer Mitbürger zu bewahren. So hat sich die Konfrontationslinie der Grundrechte um 90 Grad gedreht. Grundrechtskonflikte bestehen heute nicht mehr nur vertikal, sondern immer häufiger auch horizontal,⁹ und das heißt abermals: Der Bürger hat nicht mehr *einen* großen, sondern potenziell unendlich viele kleine Grundrechtsgegner.

Diese Gegner wiederum können neuerdings sehr diffus werden: Wer sich über eine persönlichkeitsverletzende Autoergänzung in Suchmaschinen beschwert, muss mit der Antwort rechnen, diese Ergänzung sei nur Produkt der Suchanfragen der Internet-Gemeinde, oder gar nur das Ergebnis eines Algorithmus:¹⁰ Wie aber wehrt man sich gegen die Internet-Gemeinde, wie gegen einen Algorithmus? So ist aus der ehemals klaren bipolaren Grundrechtsbeziehung zwischen Bürger und Staat eine multipolare Unklarheit geworden, in der der Grundrechtsgegner manchmal geradezu zu verschwinden scheint.

2. *Private Verwalter*

Die Lehre hat zunächst versucht, diese neuen Phänomene mit alten Dichotomien zu bannen: Über private Verwalter herrscht etwa in

⁷ Vgl. mit zahlreichen weiteren Beispielen *Di Fabio* Selbstregulierung (Fn. 3), 242 ff.; *Burgi* Privatisierung (Fn. 5), 34 ff., 41 ff., sowie die Beiträge in *Fuchs/Merlil Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer* (Fn. 6).

⁸ S. schon *K. Stern* Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung, DÖV 2010, 241 (244), nach dem der Staat seine Rolle vom „Grundrechtsfeind“ zum „Grundrechtsfreund“ gewechselt hat; s. ferner *K. Günther* Menschenrechte zwischen Staaten und Dritten: Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis der Menschenrechte, in: N. Deitelhoff/J. Steffek (Hrsg.) Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter, 2009, 259 (261 ff., 271 f.), der auch zutreffend auf die Ambivalenz und Gefahren dieser Entwicklung hinweist.

⁹ *Günther* in: Deitelhoff/Steffek (Fn. 8), 261 f., 266 ff.

¹⁰ Vergleichbare Argumente veranlassten z.B. das OLG Köln eine Klage zurückzuweisen, die rügte, dass die Suchmaschine Google den Namen des Klägers automatisch mit den Begriffen „Scientology“ und „Betrug“ verknüpft, obwohl er in keinerlei Zusammenhang mit Scientology stehe und ihm auch kein Betrug vorzuwerfen sei oder vorgeworfen werde; s. dann aber das Urteil des BGH, 14.5.2013, Az. VI ZR 269/12, DuD 2013, 663, das die Auffassung des OLG Köln verwirft, sowie das Folgeurteil des OLG Köln 8.4.2014, 15 U 199/11.

Deutschland, Österreich und in der Schweiz Einigkeit: Belehrt der Staat jemanden mit Hoheitsgewalt, so wird diese Person insoweit zum Staat und ist wie dieser grundrechtsgebunden.¹¹ Das leuchtet ein, schließlich kommt die Hoheitsgewalt dem Staat ja exklusiv zu: Woran, wenn nicht an ihr sollte man den Staat denn sonst erkennen?¹²

Erstaunlicherweise ist uns aber nicht restlos klar, was Hoheitsgewalt eigentlich ist. Daher wird kontrovers beurteilt, ob private Normungsverbände beliehen sind,¹³ Gleiches gilt für akkreditierte Zertifizierungsstellen,¹⁴ für Notare,¹⁵ Private, die Umwelтанlagen überwachen¹⁶ oder Asylunterkünfte zur Verfügung stellen:¹⁷ Sie alle üben weder physischen

¹¹ S. jeweils mwN für Deutschland *W. Graf Vitzthum* in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 48 Rn. 38; *H. Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 58; *H. Dreier* in: H. Dreier (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Abs. 3 Rn. 39; für Österreich *W. Berka* Die Grundrechte, 1999, Rn. 194; für die Schweiz *G. Müller* Schutzwirkung der Grundrechte, in: Merten/Papier, ebd., Bd. VII/2, 2007, § 204 Rn. 17; *P. Tschannen* Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. 2011, § 7 Rn. 42. Soweit der Beliehene nicht hoheitlich handelt, bleibt er freilich ein Privater und als solcher grundrechtsberechtigt: *H. J. Wolff/O. Bachofl/R. Stober* Verwaltungsrecht, Bd. III, 5. Aufl. 2004, § 90 VII 2 Rn. 47.

¹² S. schon *K. Vogel* Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, 80 f., nach dem die Macht, Rechtsverhältnisse einseitig zu gestalten, das einzige Recht sei, das dem Staat exklusiv zukomme.

¹³ Vgl. *Vofßkuhle* Beteiligung (Fn. 5), 294 f., nach dem sich die Normung einer eindeutigen Zuordnung entzieht; gegen eine Beleihung mwN *Dreier* in: *Dreier* (Fn. 11), Art. 1 Abs. 3 Rn. 43.

¹⁴ Gegen eine Beleihung mwN *Burgi* Privatisierung (Fn. 5), 45; *F. Merli* Bewertung durch Private, in: *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer* (Fn. 6); dafür z.B. *F. Reimer* Qualitätssicherung, 2010, 286 f.; für ein gemischtes Recht neuer Art *G. Dimitropoulos* Zertifizierung und Akkreditierung im Internationalen Verwaltungsverbund. Internationale Verbundverwaltung und gesellschaftliche Administration, 2012, 126 ff. mwN, 251 ff., 288 ff.; s. ferner VfSlg. 19.728/2012, wonach die Zertifizierung von Deutsch-Integrationskursen eine „hoheitliche Aufgabe“ ist, und dazu *M. Holoubek* Handlungsformen, Legalitätsprinzip und Verwaltungsgerichtsbarkeit, FS Raschauer, 2013, 181 (189 ff.); *ders* Das „Zertifizierungsrechtsverhältnis“ – Überlegungen zu „Staat“ und „Privat“ im Wirtschaftsrecht, FS Stolzelechner, 2013, 259 (270 Fn. 43).

¹⁵ Eine Beleihung bejahend *M. Burgi* Aufgabenübertragungen auf den Notar im Lichte der Allgemeinen Privatisierungsdogmatik, in: N. Preuß (Hrsg.) Aufgabenübertragung auf Notare, 2011, 31 (38) mwN für die gegenteilige Ansicht.

¹⁶ S. zu den Zuordnungsproblemen mwN *Vofßkuhle* Beteiligung (Fn. 5), 294 f.

¹⁷ Beliehene in der Schweiz: BGE 133 I 49 X. In Österreich ist die Einordnung unklar: Private Quartiergeber sind zwar gesetzlich nicht zur Ausübung von Hoheitsmacht ermächtigt, doch verpflichten die Länder sie zum Teil vertraglich, Hausordnungen zu verfassen und sie der zuständigen Behörde zur Zustimmung vorzulegen, was eine hoheitliche Anordnungsbefugnis nahelegt. Zugleich werden diese Hausordnungen aber

Zwang aus noch haben sie eine einseitige Anordnungsbefugnis. Im überrkommenen Sinn beliehen sind sie also nicht. Dennoch erwägen wir, sie als Beliehene zu qualifizieren, vermutlich, weil wir an ihnen sehen, dass grundrechtliche Gefährdungslagen nicht nur in hoheitlichen Gewaltverhältnissen entstehen.¹⁸

So wird die Grundrechtsbindung Privater Verwalter heute tendenziell weiter gefasst, je nach Rechtskultur auf unterschiedlichen Wegen. Mit offenen Karten spielt hier die Schweiz. Ihre Verfassung sieht ausdrücklich vor, dass grundrechtsgebunden ist, wer staatliche Aufgaben wahrnimmt (Art. 35 Abs. 2 BV) – das ist jedenfalls der Beliehene, aber nicht nur er.¹⁹ In Deutschland kommt man zu ähnlichen Ergebnissen, indem man den Beleihungsbegriff auf schlicht-hoheitliche Befugnisse ausdehnt.²⁰ Ebenso

den im Quartier untergebrachten Asylwerbern zur Unterschrift vorgelegt: Das wiederum indiziert, dass die Hausordnung erst mit dieser privatautonomen Erklärung verbindlich wird; s. zu dieser verwickelten Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten z.B. A. König/S. Rosenberger Desintegration, Dezentralität, Disziplinierung: Grundversorgung im Bundesländervergleich, in: S. Rosenberger (Hrsg.) Asylpolitik in Österreich. Unterbringung im Fokus, 2010, 273 ff.; zu den Hausordnungen ebd., 282 ff. und z.B. M. Bergthaller/H. Moser Parallel zur Gesellschaft? Eine Untersuchung zur Grundversorgung von AsylwerberInnen in Oberösterreich, in: S. Rosenberger, ebd., 203 (208 f.).

¹⁸ So üben z.B. Zertifizierungsstellen regelmäßig „freiwilligen Zwang“ aus, weil ihre Konformitätsbewertung für Wirtschaftstreibende praktisch unverzichtbar ist: *Burgi* Privatisierung (Fn. 5), 43. Private Sicherheitskräfte können bei der gemischten Streife „parasitär“ an staatlicher Polizeihohheit teilnehmen, anschaulich S. *Rixen* Vom Polizeirecht über das Gewerberecht zurück zum Polizeirecht? DVBl 2007, 221 (226). Faktische Machtverhältnisse bestehen ferner, wenn ein Anlagenbetreiber seine Geschäftsgeheimnisse privaten Gutachtern offenlegen muss, die auch für die Konkurrenz tätig sind oder die nach ihrer Arbeitszeit honoriert werden und deshalb an einer besonders intensiven Prüfung interessiert sind: *Di Fabio* Selbstregulierung (Fn. 3), 257. Private mit Fixsätzen zu honorieren, löst Probleme aber nicht automatisch, sondern kann sie sogar erst produzieren, wie sich z.B. bei Asylwerbern gezeigt hat, die in Österreich großteils von Privaten untergebracht und gepflegt werden. Da die Länder für jeden untergebrachten Asylwerber einen festen Betrag refundieren, verdienen Quartiergeber umso mehr, je schlechter sie die Asylwerber versorgen. Das dürfte erklären, warum 2013 etwa einem Drittel dieser Quartiere bescheinigt wurde, in einem indiskutablen Zustand zu sein: *Dossier* Wo man mit „Schwein!“ grüßt. Wie Behörden dabei versagen, Asylwerber menschenwürdig zu beherbergen, Falter 47/13; auf Missstände wies zuvor auch schon die Studie von *Rosenberger* Asylpolitik (Fn. 17) hin.

¹⁹ Näher M. *Schefer* Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP/PJA 10/2002, 1131 (1139 ff.).

²⁰ MWN B. *Schmidt am Busch* Die Beleihung: Ein Rechtsinstitut im Wandel, DÖV 2007, 533 (535). Verschiedentlich wird auch dafür plädiert, als Beleihung bereits die „Übertragung öffentlicher Aufgabenerfüllung unter Einräumung zwar nur faktischer, aber normativ abgestützter Hoheitsgewalt“ aufzufassen: *Di Fabio* Selbstregulierung (Fn. 3) 273. Nicht durchgesetzt hat sich hingegen die reine Aufgabentheorie von U. *Steiner* Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, 46 ff., wonach für eine Beleihung schon

gehen in Österreich Zivilgerichte vor;²¹ im Staatsrecht fragt man in heiklen Fällen eher, ob der Private öffentliche Aufgaben wahrnimmt; wenn ja, indiziert das, dass der Gesetzgeber ihm auch hoheitliche Befugnisse verleihen wollte.²² Helfen Hoheitsbefugnisse und öffentliche Aufgaben nicht weiter, wird bisweilen noch ein drittes Kriterium eingesetzt, die staatliche Ingerenz: Je intensiver der Staat das Handeln Privater beeinflussen kann, z.B. durch Auswahl, Weisung oder Abberufung, desto eher wird der Private dem Staat zugerechnet und damit als grundrechtsgebunden angesehen.²³

genügt, dass ein Privater staatliche Aufgaben im materiellen Sinn wahrnimmt, s. dazu mwN *M. Burgi* Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, FS Maurer, 2001, 581 (585 Fn. 33). Zu Recht weist *Steiner* ebd., 47 f. allerdings darauf hin, dass schlicht-hoheitliches Handeln letztlich nur durch die dabei jeweils erfüllte Aufgabe als staatlich identifiziert werden kann.

²¹ Das wirkt sich vor allem im Amtshaftungsrecht aus, mwN *W. Schragel* Kommentar zum Amtshaftungsgesetz, 3. Aufl. 2003, § 1 Rn. 80.

²² Bsp aus der Literatur bei *M. Pöschl* Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, FS Mayer, 2011, 515 (526 Fn. 73). Wird aus der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf hoheitliche Befugnisse geschlossen, ist bisweilen auch schildernd von „Hoheitsaufgaben“ oder „hoheitlichen Aufgaben“ die Rede, z.B. in dem in Fn. 14 erwähnten Erkenntnis VfSlg. 19.728/2012. Auf die fließenden Übergänge zwischen öffentlicher Gewalt und öffentlicher Aufgabe weist auch *Di Fabio* Selbstregulierung (Fn. 3), 264 hin, nach dem „der Staat, der mit seiner Ausgestaltung der Rechtsordnung Organisationen faktisch mächtig macht und ihnen die Erfüllung von öffentlichen Aufgaben überträgt, die Privatrechtsordnung mit Elementen öffentlicher Gewalt imprägniert“. Das Kriterium der öffentlichen Aufgabe wird auch sonst herangezogen, um Grundrechtsbindungen festzustellen: So sieht die österreichische Lehre privatwirtschaftlich handelnde Gebietskörperschaften als Grundrechtsadressaten an, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen, nicht hingegen, wenn sie erwerbswirtschaftlich tätig sind (*Berka* Grundrechte [Fn. 11], Rn. 173 f.; *T. Öhlinger/H. Eberhard* Verfassungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 705). Gleiches gilt nach Art. 35 Abs. 2 BV für die Schweiz (BGE 127 I 84, 90; *R. Rhinow/M. Schefer* Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 1155; *R. Kiener/W. Kälin* Grundrechte, 2. Aufl. 2013, 46 f.). Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind nach der EMRK ganz allgemein grundrechtsgebunden, wenn sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen; dafür wiederum wird die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse als entscheidend angesehen: *C. Grabenwarter/K. Pabel* Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 13 Rn. 13.

²³ S. für Deutschland z.B. *Burgi* Der Beliehene (Fn. 20), 589, wonach die Statuierung von Aufsichtsbefugnissen staatlicher Behörden ein Anhaltspunkt dafür ist, dass eine Beleihung gewollt ist; für Österreich z.B. *H.-P. Rill* Zum Verwaltungsbegriff, FS Antonioli, 1979, 35 (55), nach dem eine besondere organisatorische Verbindung zu einer Gebietskörperschaft eine Beleihung indiziert; zustimmend *M. Krajcsir* Staatliche Hoheitsverwaltung durch Private, 1999, 72; für die Schweiz *Schefer* Schutzpflichten (Fn. 19), 1133, 1141 f., wonach bei Unklarheit, ob eine staatliche Aufgabe vorliegt, über die Zurechnung einer Handlung zum Staat entscheide, wie weit der Staat die jeweilige Handlung beeinflussen kann.

Dass alle drei Kriterien – Hoheitsbefugnisse, öffentliche Aufgaben und Ingerenz – unscharf sind, versteht sich.²⁴ Diese Schwäche ist vermutlich ihre Stärke, denn sie erlaubt es, den Staat, der seine Gestalt und Herrschaftsinstrumente immer wieder ändert, stets aufs Neue fassbar zu machen. Dass wir nicht genau wissen, wer das eigentlich ist: der Staat als Hauptdarsteller im Grundrechtsdrama, muss uns dabei nicht beunruhigen. Wir wussten das auch früher nicht genau, obwohl es kanonisch gewordene Definitionen, etwa von *G. Jellinek*,²⁵ zuhauf gibt. Die drei Kriterien, mit denen wir heute den Staat vom Bürger abgrenzen, sind schon seit *O. Mayer* im Einsatz, in je unterschiedlicher Gewichtung.²⁶ Offenbar reagieren wir damit auf jeweils typische Herrschaftsformen: Steuert der Staat, wie derzeit, nicht mehr vordringlich mit Zwang, sondern stärker durch „Kooperation“,²⁷ justieren wir den Staatsbegriff eben nach und rücken die öffentliche Aufgabe in den Vordergrund. Neue Gefährdungen durch Private Akteure wehren wir in diesem Feld also ab, indem wir den Staat weiter fassen als sein Gewaltmonopol reicht.

3. *Rein private Grundrechtsstörer*

Wenn staatlich-private Hybride grundrechtsgebunden sein können, ohne über Hoheitsgewalt zu verfügen, fragt sich, wie es um echte Private steht: Auch sie können Freiheiten ja beeinträchtigen. Dass Private unmittelbar an Grundrechte gebunden sind, wird in Deutschland, Österreich und in der Schweiz heute im Grundsatz überwiegend verneint.²⁸ Das überzeugt

²⁴ Näher *Pöschl* Private Verwalter (Fn. 22), 524 ff.

²⁵ *G. Jellinek* Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914; zu diesem und weiteren zentralen Staatsbegriffen *C. Möllers* Staat als Argument, 2. Aufl. 2011, 12 ff.

²⁶ *MwN* zur Entwicklung *Pöschl* Private Verwalter (Fn. 22), 517 ff.

²⁷ Auf den Begriff brachte den „kooperativen Staat“ *E.-H. Ritter* Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft, AöR 104, 1979, 389; zur weiteren Entwicklung z.B. *G. F. Schuppert* Verwaltungswissenschaft, 2000, 115 ff.

²⁸ S. jeweils *mwN* für Deutschland *H.-J. Papier* Drittwirkung, in: *Merten/Papier* (Fn. 11), Bd. II, 2006, § 55 Rn. 24; *S. Müller-Franken* Bindung Privater an Grundrechte? Zur Wirkung der Grundrechte auf Privatrechtsbeziehungen, FS Bethge, 2009, 223; *H. Dreier* in: *Dreier* (Fn. 11), Vorb. vor Art. 1 Rn. 98; für Österreich *Berka* Grundrechte (Fn. 11), Rn. 228 ff.; *J. Hengstschläger/D. Leeb* Grundrechte, 2. Aufl. 2013, Rn. 1/74; *E. Schulev-Steindl* Drittwirkung und Fiskalgeltung, in: *D. Merten/H.-J. Papier/G. Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. VII/1, 2. Aufl. 2014, § 6 Rn. 7 ff. In der Schweiz ist die Drittwirkung der Grundrechte in Art. 35 Abs. 1 und 3 BV ausdrücklich normiert und an sich neutral formuliert (Abs. 1: „Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen“, Abs. 3: „Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden“); sie wird in der Lehre aber überwiegend als mittel-

auch, denn die Grundrechtskataloge aller drei Rechtsordnungen behalten es eben dem Gesetzgeber vor zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen in Grundrechte eingegriffen werden darf. Dass Verwaltungsbehörden an diese gesetzlichen Vorgaben gebunden sind, halten wir für selbstverständlich; nichts anderes kann aber für Gerichte gelten.²⁹ Auch sie dürfen Eingriffe daher nicht schon gestützt auf andere Grundrechte, sondern nur mit gesetzlicher Ermächtigung verfügen. Vermittelt durch diese einfachen Gesetze wirken Grundrechte dann freilich auch zwischen Privaten.

Der Staat ist dabei nach heute ebenfalls herrschender Lehre nicht nur ermächtigt, sondern kann ebenso verpflichtet sein, Bürger vor Grundrechtsstörungen durch andere Bürger zu schützen, und zwar primär durch einfaches Gesetz.³⁰ Über die Erfolgsbilanz dieser Schutzpflichtenlehre kann man zwar geteilter Meinung sein;³¹ sie hat aber doch ins Bewusstsein

bar verstanden: *W. Haller/A. Kölz/T. Gächter Allgemeines Staatsrecht*, 4. Aufl. 2008, 318 f.; *Rhinow/Schefer Verfassungsrecht* (Fn. 22), Rn. 1171; *Tschannen Staatsrecht* (Fn. 11), § 7 Rn. 63; *Kiener/Kälin Grundrechte* (Fn. 22), 53. Zum Teil wird aber auch angenommen, dass die Grundrechte direkt zur Anwendung kommen, wenn ihnen durch eine grundrechtskonforme Auslegung einfacher Gesetze nicht ausreichend Rechnung getragen werden kann, s. *R. J. Schweizer*, B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, 3. Aufl. 2014, Art. 35 BV Rn. 59 ff. mwN. In den übrigen europäischen Staaten wird überwiegend, aber nicht durchwegs eine mittelbare Drittwirkung angenommen, s. *A. Seifert Die horizontale Wirkung von Grundrechten*, *EuZW* 2011, 696 (697) mwN; s. auch noch Fn. 42.

²⁹ *G. Hermes Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, *VVDStRL* 61 (2002), 119 (136 ff.), kritisiert zu Recht, dass die Lehre die Gesetzesbindung der Verwaltung als selbstverständlich betrachtet, während sie gerichtliche Gesetzesüberschreitungen als bloßes Methodenproblem abtut.

³⁰ Für Deutschland *Dreier* in: *Dreier* (Fn. 11), Vorb. vor Art. 1 Rn. 101 ff.; *C. Calliess Schutzpflichten*, in: *Merten/Papier* (Fn. 11), Bd. II, 2006, § 44 Rn. 4; für Österreich *M. Holoubek Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, 1997, 146 ff. et passim; *G. Kucsko-Stadlmayer Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte*, in: *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Fn. 28), Bd. VII/1, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 56 ff.; für die Schweiz *Müller* *Schutzwirkung* (Fn. 11), § 204 Rn. 4; *Kiener/Kälin Grundrechte* (Fn. 22), 37 ff.

³¹ ME ist diese Bilanz etwas weniger großartig als der Ruf der Schutzpflichtenlehre. Zunächst sollte man sehen, dass viele Schutzgesetze auch ohne grundrechtliche Pflicht bestünden, wie man schon daran erkennen kann, dass diese Gesetze großteils älter sind als die Grundrechte, s. etwa die bei *Stern* Schutzpflichtenfunktion (Fn. 8), 246, genannten Vorschriften des Arbeits-, Miet- und allgemeinen Vertragsrechts. Umgekehrt fällt auf, dass die Forderung nach neuen Schutzgesetzen oft am weiten Ermessensspielraum scheitert, der dem Gesetzgeber bei der Schutzgewährung zugestanden wird, s. etwa die bei *Stern* Schutzpflichtenfunktion (Fn. 8), 245, 247, genannten Fälle von Umweltverschmutzung, Lagerung chemischer Waffen und Misswirtschaft von Banken und Großunternehmen; nach der EMRK werden Schutzpflichtverletzungen allerdings häufiger festgestellt, s. mwN *H. Krieger Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein-europäischen Grundrechtsdogmatik*, leeres Verspre-

gebracht, dass Grundrechte von Anfang an nicht nur den Staat abwehren, sondern auch die Gesellschaft verändern sollten, und zwar grundlegend.³² Das wird besonders deutlich, wenn Grundrechtskataloge Leibeigenschaft, Untertänigkeits- und Hörigkeitsverbände aufheben,³³ Sklaverei verbieten³⁴ oder Vorrechte aufgrund von Geburt und Bekenntnis beseitigen:³⁵ Diese Garantien wehren den Staat nicht ab, sie nehmen ihn in Anspruch, um gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse zu zerschlagen: „[N]icht anti-staatlich, sondern anti-ständisch“ war daher die Stoßrichtung dieser

chen oder Grenze der Justiziabilität? ZaöRV 2014, 187 (190). Bedenklicher als diese zum Teil beschränkte Bedeutung ist, dass Schutzpflichten bisweilen argumentativ missbraucht oder auch nur unbedacht eingesetzt werden, um Freiheitseingriffe leichter zu rechtfertigen. Das geschieht z.B., wenn Freiheitseingriffe als unterlassene Schutzhandlungen aufgefasst und dann gestützt auf den erwähnten weiten Ermessensspielraum des Schutzgesetzgebers als unbedenklich qualifiziert werden (s. z.B. noch unten bei Fn. 169 und Fn. 181). Es geschieht ferner, wenn klassische Staatszwecke als Schutzpflichten reformuliert werden, um Freiheitseingriffe populärer zu machen, etwa indem die weitreichenden Überwachungsmaßnahmen im Gefolge der Terroranschläge des 11. September 2001 primär als Maßnahmen zum Schutz der Grundrechte auf Leben, Gesundheit und Eigentum präsentiert werden. Ein argumentativer Missbrauch liegt ebenso vor, wenn rechtfertigungsbedürftige Freiheitsbeschränkungen in grundrechtlich gebotene Schutzmaßnahmen transponiert und in dieser neuen Tonart gegen Einwände immunisiert werden; beispielhaft zu nennen wären hier Forschungsverbote, die auf die Menschenwürde gestützt werden (s. z.B. C. *Kopetzki* Zur Lage der embryonalen Stammzellen in Österreich, FS Deutsch, 2009, 297), aber auch die jüngst erhobene Forderung, die seit Jahrhunderten praktizierte und akzeptierte religiöse Beschneidung von Knaben plötzlich zu kriminalisieren (dagegen treffend C. *Jablonec* Shylocks Recht, FS Schlink, 2014, 173 [181 ff., insb. 184 f.]). Schon um dieses gesamte Missbrauchspotenzial zu entschärfen, sollten Schutzpflichtprobleme dogmatisch soweit wie möglich abwehrrechtlich erfasst werden, s. schon P. *Szczekalla* Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, 404 ff.

³² S. für Deutschland mit eingehenden Nachweisen H. *Dreier* Dimensionen der Grundrechte, 1993, insb. 33, wo die Auffassung, die Grundrechte hätten nur eine Abwehrfunktion als „gewaltige Verkürzung“ zurückgewiesen wird. Für Österreich hat dies insb. F. *Lehne* Grundrechte achten und schützen? 1862 und 1867, JBl 1986, 341 und 424, gezeigt; für die Schweiz s. z.B. M. *Schefer* Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, 2001, 246 f.

³³ S. z.B. für Deutschland § 3 Verfassung des Königreichs Bayern 1808, § 166 Paulskirchenverfassung 1849; für Österreich § 26 Märzverfassung 1849, Sylvesterpatent 1851, Art. 7 StGG; für die Schweiz Art. 4 Bundesverfassung 1848, Art. 4 Bundesverfassung 1974.

³⁴ Für Österreich § 26 Märzverfassung 1849; ferner Art. 4 EMRK.

³⁵ Für Deutschland § 137 Paulskirchenverfassung 1849, Art. 4 und Art. 12 Preußische Verfassung 1850, Art. 3 Abs. 3 GG; für Österreich Art. 2 und Art. 14 StGG, Art. 7 Abs. 1 B-VG; für die Schweiz § 6 Staatsgrundgesetz Helvetiens 1802, Art. 3 Mediationsverfassung 1803, Art. 4 Bundesverfassung 1848, Art. 4 Bundesverfassung 1974, Art. 8 Abs. 2 BV.

Rechte.³⁶ Die intermediären Kräfte, die durch diese Grundrechte Privilegien und Macht verloren haben, waren freilich zuvor Verbündete des Staates oder gar Teil von ihm: Er war auf ihre spezifischen Fähigkeiten und Standortvorteile angewiesen, insbesondere bei der Kontrolle seines Territoriums. Erst als der Staat durch eigenes Personal bis in den letzten Winkel herrschen konnte, hat er sich und damit auch die Gesellschaft von den Intermediären befreit.³⁷ Das sollte nicht vergessen werden: Ein Staat, der in zentralen Herrschaftsfragen von einzelnen Privaten abhängig ist, kann beim Schutz der Allgemeinheit blockiert sein.

Das führt zur Frage, was zu geschehen hat, wenn der Gesetzgeber seine Schutzpflichten nicht erfüllt, aus welchen Gründen immer. In der Praxis lösen Gerichte viele Probleme schon über privatrechtliche Generalklauseln,³⁸ die auf gute Sitten und ähnliche Figuren verweisen und sich damit für grundrechtliche Wertungen weit öffnen.³⁹ Lässt sich ein Grundrechtsschutz so nicht bewerkstelligen, schreiten Gerichte im Allgemeinen recht beherrscht zur richterlichen Rechtsfortbildung.⁴⁰ Sie läuft dann freilich, auch wenn das nicht ausdrücklich gesagt wird, auf eine direkte Anwendung von Grundrechten hinaus.⁴¹ Insoweit ist die unmittelbare Drittwirkung

³⁶ Dreier Dimensionen (Fn. 32), 29.

³⁷ Reinhard Staatsgewalt (Fn. 2), 183 ff., 196 ff., 305, 317 f. In neuer globalgeschichtlicher Perspektive wird freilich deutlich, dass diese Erzählungen ihre eurozentrische Seite und damit ihre Schwächen und blinden Flecken haben. Imperien etwa haben immer anders regiert, s. mwN *Vec* Staatliche Aufgaben, in: Fuchs/Merli/Pöschl/Sturm/Wiederin/Wimmer (Fn. 6).

³⁸ In Deutschland insb. §§ 138, 242, 826 BGB; in Österreich insb. §§ 16, 879 und 1295 ABGB, in der Schweiz insb. Art. 2 ZGB.

³⁹ Da diese Klauseln ein „Stück offengelassener Gesetzgebung“ (*J. W. Hedemann* Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, 58) sind, kommen die Grundrechte hier zwar ohne gesetzliche Konkretisierung zur Anwendung; der Gesetzgeber hat dem aber durch eine weite Verweisnorm immerhin zugestimmt.

⁴⁰ In der Schweiz stützt man sich dabei auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, wonach der „offenbare Missbrauch eines Rechtes [...] keinen Rechtsschutz“ findet; darin wird eine Ermächtigung zur Gesetzeskorrektur gesehen: *H. Hausheer/R. Aebi-Müller*, in: *H. Hausheer/H. P. Walter* (Hrsg.) *Berner Kommentar* 2012, Art. 2 ZGB Rn. 16 ff.; spezifisch für die grundrechtsgeleitete Gesetzeskorrektur z.B. *Schefer* Schutzpflichten (Fn. 19), 1137 Fn. 52.

⁴¹ Verschiedentlich wird angenommen, die gesetzliche Grundlage sei in solchen Fällen das Grundrecht selbst (mwN *Szcekalla* Schutzpflichten [Fn. 31], 162); dagegen deutlich *Tschannen* Staatsrecht (Fn. 11), § 7 Rn. 73: „Die Lehre von den ‚Schutzpflichten aus Grundrechten‘ läuft Gefahr, [...] die Grundrechte des einen als gesetzliche Grundlage für Eingriffe in die Grundrechte anderer genügen zu lassen. Damit aber wäre das grundrechtliche Legalitätsprinzip völlig ausgehebelt, und dies erst noch unter Berufung auf die Grundrechte.“ Eine – für den Anlassfall allerdings nicht immer befriedigende – Alternative zur Rechtsfortbildung besteht, soweit Verfassungsgerichte ermäch-

also nicht vom Feld, sondern nur auf die Ersatzbank verwiesen; sie kommt ins Spiel, wenn der Schutzgesetzgeber ausfällt.⁴²

Gerichte haben aus ihrer Sicht fehlenden gesetzlichen Schutz freilich schon kompensiert, als in der Lehre weder von Drittwirkung noch von Schutzpflichten die Rede war. Ein frühes Beispiel ist der Kontrahierungszwang, der in Deutschland, Österreich und in der Schweiz judikativ entwickelt wurde.⁴³ Ein anderes Beispiel ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, den deutsche und österreichische Zivilgerichte „entdeckt“ haben, durchaus unter Beifall der Lehre; sie rätselte dann

tigt sind, den säumigen Gesetzgeber zum Tätigwerden aufzufordern bzw. die Verfassungswidrigkeit des gesetzgeberischen Unterlassens festzustellen, s. z.B. für Deutschland *J. Dietlein* Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, 180 f.; *K. Schlaich/S. Koriath* Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 394 ff. S. ferner Art. 41 EMRK, wonach der EGMR Konventionsverletzungen, folglich auch Schutzpflichtverletzungen feststellen kann, und dazu mit zahlreichen Beispielen *H. Krieger* Positive Verpflichtungen (Fn. 31), 190, 198.

⁴² Damit nähert sich die Praxis der Lage in Staaten an, in denen man Private als direkt grundrechtsverpflichtet ansieht, sofern nicht der einfache Gesetzgeber seinen Schutzauftrag wahrnimmt, s. für Brasilien *I. W. Sarlet* Die Einwirkung der Grundrechte auf das brasilianische Privatrecht, in: Neuner (Hrsg.) Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, 81 (insb. 96 f.). Ähnlich wird z.T. für Portugal vertreten, dass die Grundrechte in Privatrechtsbeziehungen grundsätzlich mittelbar über Privatrechtsnormen anzuwenden seien; finde ein Gericht aber keine geeignete Norm, dürfe es direkt auf Grundrechte zurückgreifen: *P. M. Pinto* Die Einwirkung der Grundrechte auf das portugiesische Privatrecht, in: Neuner ebd., 105 (112 f.); ebenso für Spanien *J. M. Bilbao Ubillos* Die Einwirkung der Grundrechte auf das spanische Privatrecht, in: Neuner ebd., 119 (139 f.). Dass ausschließliche Grundrechtsbindung des Staates, unmittelbare und mittelbare Drittwirkung nur theoretisch scharf zu trennen sind, in der Praxis aber zu sehr ähnlichen Ergebnissen führen, zeigen rechtsvergleichend auch *C. O’Cinneide/M. Stelzer*, Horizontal effect/state action, in: M. Tushnet/T. Fleiner/C. Saunders (Hrsg.) Routledge Handbook of Constitutional Law, 2012, 177 ff.; ebenso *S. Perner* Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, 2013, 162 ff.

⁴³ Besonders freihändig ist diese Judikatur in Österreich, wo der Zwang, einen Vertrag zu schließen just auf § 879 ABGB gestützt wird, also auf eine Bestimmung, die sittenwidrige Verträge für nichtig erklärt: OGH 16.9.1971, 1 Ob 227/71; zu dieser Judikatur mwN *L. Khakzadeh-Leiler* Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, 2011, 127 ff. In Deutschland wird der allgemeine Kontrahierungszwang überwiegend aus § 826 BGB, z.T. aber auch unmittelbar aus dem Gleichheitssatz abgeleitet: *J. Busche*, in: F. J. Säcker/R. Rixecker (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2012, Vor § 145 Rn. 20 ff. In der Schweiz stützt man den Kontrahierungszwang in der Lehre bisweilen auf das Gleichbehandlungsgebot (*H. Merz*, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl. 1992, Rn. 287) und in der Judikatur auf das Verbot sittenwidriger Schädigungen in Art. 41 OR (mwN *C. Müller*, in: A. Furrer/A. Schnyder [Hrsg.] Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Bd. IV, 2. Aufl. 2012, Art. 41 OR Rn. 56).

allerdings jahrzehntelang, aus welcher Rechtsnorm dieser Grundsatz ableitbar ist,⁴⁴ bis er z.B. in Österreich gesetzlich anerkannt wurde.⁴⁵

Dass der Gesetzgeber judikativ entwickelten Grundrechtsschutz, gegebenenfalls etwas modifiziert, nach einiger Zeit validiert, kommt immer wieder vor. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz wurde durch das europäische Antidiskriminierungsrecht teils sogar vertieft.⁴⁶ Punktuell ordnen Verfassungen aber auch ausdrücklich eine unmittelbare Drittwirkung an, etwa die Lohngleichheit von Mann und Frau⁴⁷ oder die Koalitionsfreiheit⁴⁸. Das Grundrecht auf Datenschutz bindet in Österreich seit 1980 auch Private,⁴⁹ und zwar schon damals mit der Begründung, dass ein *Orwell'scher* großer Bruder auch in der Privatwirtschaft entstehen, „den Menschen manipulier[en] und ihm den Freiheitsraum abschnür[en]“ kann.⁵⁰ Eine solche Informationsmacht versucht heute

⁴⁴ Jeweils mwN für Deutschland *H. Wiedemann*, Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht, 2001, 10; für Österreich *M. Pöschl*, Verfassungsrechtliche Gleichheit, arbeitsrechtliche Gleichbehandlung, unionsrechtliche Antidiskriminierung, DRdA 2013, 467 (472 ff.). In der Schweiz hat man den umgekehrten Weg gewählt: Nachdem sich die Lehre (z.B. *T. Geiser* Gibt es ein Gleichbehandlungsgebot im schweizerischen Arbeitsrecht? FS Rehbindler, 2002, 37 ff.; *K. Pärli* Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2009, Rn. 1443 ff.), weitgehend geeinigt hat, aus welcher Rechtsgrundlage ein Gleichbehandlungsgrundsatz entwickelt werden kann, bringt die Judikatur diesen Grundsatz nun zurückhaltend zur Anwendung: BGE 129 III 276 (281 ff.).

⁴⁵ § 18 Betriebspensionsgesetz, BGBl. 1990/282. Zahlreiche weitere Beispiele für eine richterliche Rechtsfortbildung, die in unmittelbare Drittwirkung umschlägt, bei *H.-G. von Dückler* Der Richter als Ersatzgesetzgeber, FS Maurer, 2001, 49 (55 ff.).

⁴⁶ Teils füllt der Gleichbehandlungsgrundsatz aber auch Lücken, die das Antidiskriminierungsrecht lässt, s. für Österreich mwN *Pöschl* Gleichheit (Fn. 44), 481 f. Punktuell sind die dort normierten Diskriminierungsverbote für Private sogar strikter als für den Staat: So trifft den Arbeitgeber etwa eine besondere Begründungslast, wenn er Arbeitnehmer aufgrund ihres Alters benachteiligt – ein Merkmal, nach dem der Staat ohne besondere Rechtfertigungslast differenzieren darf und tatsächlich auch permanent differenziert, mwN *M. Pöschl* Altersdiskriminierung und Verfassung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.) Alter und Recht, 2012, 47 (48, 51).

⁴⁷ Art. 8 Abs. 3 S. 3 BV; die Lohngleichheit gilt nach Art. 157 AEUV auch innerhalb der EU und bindet nach der Judikatur des EuGH (EuGH 8.4.1976, Defrenne II, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Rn. 38/39) ebenfalls Private.

⁴⁸ Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, weitere Bsp. aus der Judikatur bei *R. J. Schweizer*, in: B. Ehrenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Fn. 28), Art. 35 BV Rn. 60 f.

⁴⁹ § 1 Abs. 6 Datenschutzgesetz – DSG, BGBl. 1978/565; seit der Novelle BGBl. I 2012/51 wird der Sitz der Drittwirkung in Art. 1 § 1 Abs. 1 DSG 2000 verortet (RV 2168 BlgNR 24. GP 6); treffender wäre wohl Abs. 2.

⁵⁰ So der Abgeordnete *E. E. Veselsky* in der parlamentarischen Beratung des DSG, StenProtNR, 14. GP, 104. Sitzung am 18.10.1978, 10228.

auch das europäische Datenschutzrecht abzuwehren,⁵¹ das uns Rechte gegen den Staat und gegen Private verschafft.

Insgesamt ist die Bipolarität der Grundrechtsbeziehung daher heute relativiert: Diese Beziehung besteht zwar primär zwischen Staat und Bürger. Durch die Judikatur, durch nationale Verfassungen und das Europarecht sind daneben aber auch für Private bedeutsame Grundrechtsbindungen entstanden, und sie können weiter entstehen.⁵²

III. Vom Gewaltmonopol zu dezentraler Macht

1. Zwang

Betrachtet man die Felder, in denen sich Grundrechtspflichten auch für Private verdichtet haben, so erscheint die zweite Prämisse der Meistererzählung in einem neuen Licht: Die Grundrechte sind, so lautet diese Prämisse, eine Antwort auf das staatliche Gewaltmonopol.⁵³ Gewalt meint dabei physischen Zwang, den der Staat androht und durch einen professionellen Gewaltapparat auch jederzeit ausüben kann.⁵⁴ Androhung und Einsatz von Gewalt sind seit dem 19. Jahrhundert zentrale Herrschaftsmittel des Staates, der verbietet, gebietet, bestraft, einsperrt, abschiebt,

⁵¹ Insb. die Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 281/1995, 31 (Datenschutz-RL).

⁵² Ob schließlich die GRC unmittelbare Drittwirkung entfaltet, ist noch offen. Nachdem der EuGH aber Private schon an Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbote direkt gebunden hat (mwN *Perner* Grundfreiheiten [Fn. 42], 146 ff., 156 ff.), ist nicht auszuschließen, dass er das auch bei dem einen oder anderen Grundrecht der GRC tut; für möglich hält dies z.B. *M. Potacs* Systematik und Durchsetzung des (neuen) Grundrechtsschutzes, in: C. Grabenwarter/W. Pöcherstorfer/C. Rosenmayr-Klemenz (Hrsg.) Die Grundrechte des Wirtschaftslebens nach dem Vertrag von Lissabon, 2012, 1 (10 ff.); ebenso *S. Scholz* Die Drittwirkung der gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote der Europäischen Grundrechtecharta, in: T. Horvath/R. Lebesmühlbacher/F. Lehne/M. Lütte/I. Murer (Hrsg.) Ungleichheit im aktuellen Diskurs, 2013, 17 (31 ff.).

⁵³ Treffend *G. Birtsch* Einleitung: Die Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte als Gegenstand der Forschung, in: ders (Hrsg.) Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte, 1981, 11 (18): „Grundrechtsgeschichte ist die eigentliche Kehrseite der Machtgeschichte“; s. ferner *M. Kriele* Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte, FS Scupin, 1973, 187 (194 f.); *K. Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, § 59 I 5.

⁵⁴ S. nur *Weber* Wirtschaft und Gesellschaft (Fn. 3), 1042 ff., und *J. Isensee* Das staatliche Gewaltmonopol als Grundlage und Grenze der Grundrechte, FS Sendlar, 1991, 39 (46 f.).

ausweist. Diese Art von Macht ist sichtbar, bisweilen auch physisch spürbar, und sie wirkt nicht etwa über Umwege, sondern ganz direkt. Sie äußert sich in der Negation von Freiheit,⁵⁵ und sie braucht gerade deshalb Freiheitsgarantien als Gegengewicht.⁵⁶

2. Geld

Macht äußert sich aber nicht nur in der Anwendung physischer Gewalt; sie kann ebenso aus ökonomischer Überlegenheit entstehen, die abhängig macht. Auch über diese Macht verfügt der Staat. Sie war, wenn man so will, das Herrschaftsinstrument des späten 20. Jahrhunderts: Der gütige, der Leistungsstaat, der „Vorsorgestaat“,⁵⁷ der austeilte, subventioniert, an uns Aufträge vergibt, für uns Arbeit sucht und uns Wohnungen baut, der uns mobil macht und den allgemeinen Lebensstandard hebt. Dass all diese Annehmlichkeiten auch in grundrechtliche Gefährdungslagen führen können, war nicht sofort sichtbar.⁵⁸ Nach einigen Diskussionen sehen wir den Staat heute aber auch dann als grundrechtsgebunden an, wenn er zwanglos, dh privatwirtschaftlich tätig wird.⁵⁹

Anders als Gewalt ist Geld nicht beim Staat monopolisiert. Er muss diese Machtressource mit Privaten also teilen. Doch nehmen die Grundrechte gerade die ökonomische Privatmacht besonders in die Pflicht: durch den Kontrahierungszwang, der den Monopolisten trifft,⁶⁰ durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz⁶¹ und durch Diskriminierungsverbote,⁶² also durch Bindungen, die auch den Staat beschränken, wenn er privatwirtschaftlich tätig wird.

Zugleich ist nicht zu übersehen, dass es heute multinationale Konzerne gibt, deren Jahresumsatz höher ist als das Bruttoinlandsprodukt mancher

⁵⁵ B.-C. Han Psychopolitik. Neoliberalismus und die neuen Machttechniken, 2014, 25 f.

⁵⁶ Repräsentativ G. Jellinek System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, 103: „Alle Freiheit ist einfach Freiheit von gesetzwidrigem Zwange“.

⁵⁷ F. Ewald L'État providence, 1986; dt. Der Vorsorgestaat, 1993.

⁵⁸ H. F. Zacher Verwaltung durch Subvention, VVDStRL 25 (1967), 308, spricht treffend von der „verschleierte Staatsgunst“; zu den damit einhergehenden Grundrechtsgefährdungen ebd., 343 ff., 363 ff.; s. auch F. Ossenbühl VVDStRL 29 (1971), 171, sowie W. Martens und P. Häberle Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1971), 7 ff. und 43 (69 ff.).

⁵⁹ S. jeweils mwN für Deutschland W. Riefner HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 197 Rn. 68 ff., insb. Rn. 77; für Österreich G. Kuesko-Stadlmayer Strukturen (Fn. 30), § 3 Rn. 49 ff.; für die Schweiz Kiener/Kälin Grundrechte (Fn. 22), 46 f.

⁶⁰ S. oben Fn. 43.

⁶¹ S. oben Fn. 44 und 46.

⁶² S. oben Fn. 46, 47 und 52.

Staaten.⁶³ Diese Akteure setzen ihre wirtschaftliche Potenz nicht nur Privaten, sondern auch Staaten gegenüber ein, und zwar umso erfolgreicher, je mehr ein Staat auf Geld angewiesen ist.⁶⁴ Wenn privates Geld und staatliche Gewalt Allianzen eingehen, kann das die Menschenrechte der Bevölkerung ernstlich bedrohen, denken wir nur an Shell in Nigeria.⁶⁵

3. *Information*

Macht äußert sich nicht nur in Gewalt und Geld. Sie entsteht überdies, und zwar in ihrer subtilsten Form, durch Information, die der Staat auch zunehmend als Steuerungsmittel einsetzt: Sie ist gewissermaßen das Herrschaftsinstrument des beginnenden 21. Jahrhunderts: Der gütige und deshalb leider auch verschuldete Staat verbietet weder noch straft er; er teilt auch weniger aus, umso mehr aber hat er den Bürgern mitzuteilen: Er klärt auf, kennzeichnet, berät, empfiehlt, warnt, und für all das kann er nicht genug Information bekommen: So sammelt er Wissen, befragt und vermisst seine Bürger, legt über sie Datenbanken an, bindet sie in all das kooperativ ein, steuert gleichsam „bis in die Köpfe der Menschen hinein“⁶⁶ und erreicht so Effekte, die er mit Verboten und Strafen nicht erzielen könnte.⁶⁷

Diese Macht ist kaum sichtbar, schon gar nicht ist sie unmittelbar physisch spürbar. Sie wirkt meist indirekt und ist deshalb schwer zu kontrollieren.⁶⁸ Nach und nach wird aber auch sie grundrechtlich eingeeht, so

⁶³ So lagen z.B. die Einnahmen von Royal Dutch Shell im Jahr 2012 über dem Bruttoinlandsprodukt von 171 Staaten; das Unternehmen zählte damit zu den 26 größten Wirtschaftsentitäten weltweit, s. dazu und zur Stellung anderer Unternehmen *T. S. Keys/ T. W. Malnight/C. K. Stoklund Corporate Clout 2013: Time for Responsible Capitalism*, 2013, www.globaltrends.com/reports/?doc_id=500539&task=view_details (31.10.2014).

⁶⁴ S. schon *Günther* in: Deitelhoff/Steffek (Fn. 8), 274 f. Dass sich „Private, anders als der Staat, in vielfältigen Konkurrenz- und Abhängigkeitsverhältnissen zueinander“ befinden, wie *Müller-Franken* Bindung (Fn. 28), 231 konstatiert, trifft insofern zwar oft, aber nicht durchwegs zu: Auch Staaten können in Abhängigkeitsverhältnisse zu Privaten geraten.

⁶⁵ Näher IV.3.

⁶⁶ *Di Fabio* Selbstregulierung (Fn. 3), 239.

⁶⁷ Zum „Verwaltungsrecht als Informations- und Kommunikationsordnung“ s. nur die Beiträge bei *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle* (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II Informationsordnung Verwaltungsverfahren Handlungsformen, 2. Aufl. 2012, 1 ff.

⁶⁸ S. schon *Di Fabio* Selbstregulierung (Fn. 3), 254 ff., aus anderer Perspektive nun auch *Han* Psychopolitik (Fn. 55), 25: „Je größer die Macht ist, desto stiller wirkt sie.“ (Hervorhebung im Original), 27: „Die smarte, freundliche Macht operiert nicht frontal gegen den Willen der unterworfenen Subjekte, sondern steuert deren Willen zu ihren Gunsten. [...] Statt sich dem Subjekt entgegenzusetzen, kommt sie ihm entgegen.“

haben die Gerichte etwa schon klargestellt, dass auch Warnungen, z.B. vor Lebensmitteln,⁶⁹ Sekten,⁷⁰ Finanzdienstleistern,⁷¹ an Grundrechten zu messen sind.⁷²

Information schlechthin monopolisieren zu wollen, wäre illusorisch. Diese Machtressource muss der Staat daher ebenfalls mit Privaten teilen, und anders als beim Geld legt er es sogar darauf an. Sie zu disziplinieren, versucht allerdings das europäische Datenschutzrecht, indem es Privaten im Wesentlichen gleichlautende Pflichten auferlegt wie dem Staat, mag es auch nicht immer wirksam sein.⁷³

Informationsmacht wird von Privaten jedenfalls intensiv genützt, besonders von jenen Internet-Giganten, die „uns permanent dazu auffordern], [...] unsere Meinungen, Bedürfnisse, Wünsche und Vorlieben zu kommunizieren und unser Leben zu erzählen.“⁷⁴ Und in der Tat: Menschen rapportieren uns im Internet pausenlos, wo sie sind, was sie gerade tun und gleich zu tun gedenken, und sie legen Fotos bei, die all das dokumentieren. Immer mehr Menschen vermessen sogar ihren Körper, um die Daten über ihn zu teilen: Kalorienverbrauch, Hirnströme, Tiefschlaf- und Wachphasen.⁷⁵ Diese dauernde Selbstprüfung und -überwachung hat, anders als oft gesagt wird, mit *Orwells* Überwachungsstaat wenig gemein. In der digitalen Welt wird ja gerade „nicht gefoltet, sondern getwittert oder gepostet“ – kein Geständnis ist hier gewaltsam erzwungen; die Entblößung findet freiwillig statt.⁷⁶ Genau das macht die Informationsmacht auch so smart: Sie negiert die Freiheit nicht; sie macht von ihr Gebrauch.⁷⁷ Sie delegiert die Überwachung an jeden Einzelnen, der sich da-

⁶⁹ BVerfGE 105, 252.

⁷⁰ BVerfGE 105, 279.

⁷¹ VfSlg. 18.747/2009.

⁷² Literarische Aufarbeitung z.B. bei *M. Ibler* Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane, FS Maurer, 2001, 145.

⁷³ Zu den Defiziten und der Notwendigkeit einer Reform z.B. *A. Roßnagel* Modernisierung des Datenschutzrechts für eine Welt allgegenwärtiger Datenverarbeitung, MMR 2005, 71; *W. Berka* Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, Gutachten für den 18. Österreichischen Juristentag, Bd. I/1, 2012, 40 ff.; *T. Weichert* Die Kontrolle durch die Datenschutzbeauftragten – Handlungsgrenzen und Handlungsmöglichkeiten, insbesondere im Lichte des neuen EU-Rechts, in: *H. Hill/M. Martini/E. Wagner* (Hrsg.) Facebook, Google & Co, 2013, 127 ff.; *D. Ennöckl* Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung, 2014, 579 ff.

⁷⁴ *Han* Psychopolitik (Fn. 55), 27.

⁷⁵ Sog. Self-tracking, s. z.B. *J. Willmroth* Regiereraum des Lebens, Süddeutsche.de v. 23.7.2014.

⁷⁶ *Han* Psychopolitik (Fn. 55), 18 f., 54 f.

⁷⁷ Zur Funktionsweise dieser „smarten Macht“ anschaulich *Han* Psychopolitik (Fn 55), 25 ff.

bei vollkommen frei fühlt.⁷⁸ Deshalb regte sich gegen diese Macht zunächst auch kaum Widerstand, und sie ist auf Zwang nicht angewiesen. Ja, dass sie *nicht* über Zwang verfügt, ist sogar ihre eigentliche Stärke: Denn was Menschen ihren tausenden „Freunden“ täglich auf Facebook anvertrauen, würden sie dem Staat niemals freiwillig offenbaren. Diese Fähigkeit der Internet-Dienstleister, gewaltfrei ganz nahe an Menschen, und zwar an Massen von Menschen, heranzurücken, macht sie (abgesehen von ihrem Geld) für datenhungrige Staaten hochinteressant. Auch das kann die Bereitschaft der Staaten lähmen, ihre Bevölkerung vor diesen Intermediären in Schutz zu nehmen.⁷⁹

IV. Vom Territorium zur Grenzenlosigkeit

1. *Geherrscht wird zuhause*

Zusätzliche Probleme schafft – und damit erreichen wir die dritte Prämisse des Grundrechtsdramas –, dass die neuen Intermediäre grenzüberschreitend tätig sind oder, wie im Internet, sogar in einer Welt ohne Grenzen. Die Meistererzählung der Grundrechte weiß von solchen Vorkommnissen freilich nichts. Unter dem Stichwort „Grenze“ berichtet sie nur von den großen Anstrengungen der Staaten, ihre Herrschaft bis in die äußersten Winkel ihres Territoriums auszudehnen.⁸⁰ An der Staatsgrenze endete diese Herrschaft aber auch. So geht die dritte Prämisse der Meister-

⁷⁸ *Han* Psychopolitik (Fn. 55), 19, 23.

⁷⁹ In diesem Sinn wird etwa kritisiert, dass die Kartellklage gegen Google durch die Europäische Kommission nur schleppend verfolgt wird (z.B. *M. Döpfner* Warum wir Google fürchten, faz.net v. 16.4.2014; *C. Arthur* European commission reopens Google antitrust investigation, theguardian.com v. 8.9.2014; EU-Kommission vs. Google: Druck auf den letzten Drücker, SPIEGEL ONLINE v. 23.9.2014) und dass die Datenschutzreform in Europa viel zu langsam vorangeht (z.B. *P. Beuth* Reform des EU-Datenschutzes ist erst einmal abgesagt, ZEIT ONLINE v. 23. Januar 2014; Ringen um EU-Datenschutz geht in entscheidende Runde, derstandard.at v. 29.7.2014), dafür wird u.a. das intensive Lobbying großer IT-Dienstleister gegen diese Reform verantwortlich gemacht (z.B. *K. O'Brien* Silicon Valley Companies Lobbying Against Europe's Privacy Proposals, nytimes.com v. 25.1.2013; *U. Ebbinghaus/S. Schulz/T. Thiel* Machtprobe mit Silicon Valley, faz.net v. 11.3.2014).

⁸⁰ Diese Erzählung ist freilich auf den Nationalstaat konzentriert; sie passt schon nicht mehr auf das Imperium, das „seine weniger deutlich bestimmten Außengrenzen dort [findet], wo es auf ‚Wildnis‘ und/oder ‚Barbaren‘ oder auf ein anderes Imperium trifft“: *J. Osterhammel* Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts, 2009, 607.

erzählung von einem Staat aus, der „zuhaus“ herrscht, und dort wirken auch die Grundrechte.⁸¹

Diese Prämisse ist heute doppelt unter Druck geraten. Zum einen werden Staaten aufgrund internationaler Behördenkooperation zunehmend auf fremdem Hoheitsgebiet tätig.⁸² Bisweilen transferieren sie Hoheitsakte sogar gezielt in schwach, unklar oder nicht beherrschte Räume, Guantanamo ist hier nur ein Beispiel von vielen.⁸³ Mithilfe avancierter Technik können Staaten heute auch im Territorium anderer Staaten tätig werden, ohne dort physisch präsent zu sein und z.B. die Kommunikation weltweit aus dem Weltraum und mit Unterseedatenkabeln überwachen.⁸⁴ Außen-

⁸¹ Besonders deutlich kommt dieses Verständnis in Art. 2 IPBPR zum Ausdruck, nach dem sich jeder Vertragsstaat verpflichtet, die Rechte des Paktes „allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Jurisdiktion unterstehenden Personen [...] zu gewährleisten“.

⁸² Allgemein zur zunehmend dichteren Behördenkooperation in der EU z.B. *W. Weiß* Der europäische Verwaltungsverbund, 2010; *M. Holoubek/M. Lang* (Hrsg.) Verfahren der Zusammenarbeit von Verwaltungsbehörden in Europa, 2012; im Besonderen zu Organhandeln auf fremdem Staatsgebiet z.B. *L. Harings* Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen, in: E. Schmidt-Assmann/B. Schöndorf-Haubold (Hrsg.) Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 127 ff.

⁸³ S. z.B. auch die grenzüberschreitende Verfolgung Terrorismusverdächtiger durch die CIA im Rahmen des „extraordinary rendition programme“, an der auch europäische Staaten mitgewirkt haben (*D. Priest* CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons, *The Washington Post* v. 2.11.2005). Sie hat jüngst dazu geführt, dass Polen vom EGMR verurteilt wurde, weil es zuließ, dass zwei US-Gefangene auf polnischem Staatsgebiet von Angehörigen der CIA gefoltert wurden: EGMR 24.7.2014, *Al Nashiri v. Polen*, Appl. 28761/11 und *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polen*, Appl. 7511/13. Weitere Beschwerden gegen Rumänien (*Al Nashiri v. Rumänien*, Appl. 33234/12) und gegen Litauen (*Abu Zubaydah v. Litauen*, Appl. 46454/11) sind noch anhängig.

⁸⁴ Zu dieser geheimdienstlichen Überwachung durch die sog. „Five Eyes“ noch IV.4. Im Zuge dieser Überwachung sollen NSA-Mitarbeiter 2012 sogar versehentlich das Internet in Syrien vorübergehend lahmgelegt haben (*J. Bamford* The most wanted man in the world, *Wired* 9/2014 v. 22.9.2014, www.wired.com/2014/08/edward-snowden/, 31.10.2014). Der britische Geheimdienst soll u.a. online-Umfragen manipulieren (*G. Greenwald* Hacking Online Polls and Other Ways British Spies Seek to Control the Internet, *The Intercept* v. 14.7.2014, <https://firstlook.org/theintercept/2014/07/14/manipulating-online-polls-ways-british-spies-seek-control-internet/>, 31.10.2014). Ähnliche Effekte lassen sich erzielen, wenn ein Staat, wie anscheinend Russland, massenhaft Personen beauftragt, die Stimmung in ausländischen Internet-Foren in seinem Sinn zu beeinflussen: *J. Hans* Putins Trolle, *Sueddeutsche.de* v. 13.6.2014. Extraterritoriale Einflussnahme ermöglichen ferner satellitengestützte Navigationssysteme, über die derzeit die USA (GPS) und Russland (Glonass) verfügen, die aber auch von anderen Staaten genutzt werden. Beide Systeme werden vom Militär betrieben und können Medienberichten zufolge verfälscht oder punktuell abgeschaltet werden. Das soll auch im

politik wird zur Weltinnenpolitik, auch hier schwinden die Sicherheiten, die Gegensatzpaare wie innen/außen lange gaben.

Noch rasanter gestiegen ist zum anderen die Mobilität privater Akteure. Verfügen sie über genug Geld bzw. Informationsmacht, verhalten sie sich ähnlich wie Staaten: Sie setzen Helfer ein, die sie in eine grundrechtsfreie Zone schieben, d.h. sie gründen Tochterunternehmen in Staaten mit niedrigen Schutz- oder Vollziehungsstandards und kooperieren mit deren Regierungen.⁸⁵ Bisweilen weichen auch sie in unbeherrschte Räume aus und betreiben z.B. auf Hoher See Arbeitsschiffe unter sklavereiähnlichen Bedingungen.⁸⁶ Nicht zuletzt können auch Internet-Dienstleister auf das Leben der Bürger eines Staates intensiv einwirken, ohne in dessen Territorium physisch anwesend zu sein.⁸⁷

All das fordert unser Grundrechtskonzept heraus: Es hat nicht mit Staaten gerechnet, die auf Reisen gehen, und hat deshalb auch keine eindeutigen Antworten auf die Frage, ob die Grundrechtsbindung an der Staatsgrenze endet oder ob sie den Staat begleitet, und wenn ja: wobei, wohin und wie lange? Muss ein Staat privaten Akteuren, die im Ausland tätig werden, grundrechtlich gebotene Schutzstandards ins Gepäck geben? Und müssen Staaten ihre Bürger vor Akteuren schützen, die nur vom Ausland aus agieren?

Kosovo-Krieg geschehen sein und hat die EU veranlasst, ein eigenes Satellitensystem namens „Galileo“ aufzubauen: *A. Gras* Galileo mit zwei Gesichtern, die tageszeitung v. 10.1.2010; Falsche Umlaufbahn: EU-Kommission fordert Aufklärung nach „Galileo“-Debakel, SPIEGEL ONLINE v. 25.8.2014.

⁸⁵ Näher sogleich IV.3.

⁸⁶ S. z.B. zu den Bedingungen, unter denen in Thailand Garnelen gefischt und verarbeitet werden: *K. Hodall/C. Kelly/F. Lawrence* Revealed: Asian slave labour producing prawns for supermarkets in US, UK, theguardian.com v. 10.6.2014. Das Seasteading Institute erforscht derzeit allgemein, wie im Meer schwimmende Städte gebaut werden können; an solchen Städten ist u.a. Google interessiert, um ein Zusammenleben jenseits staatlicher Regeln auszuprobieren: *G. Hamann/K. Pham/H. Wefing* Die Vereinigten Staaten von Google, Die Zeit, Dossier v. 7.8.2014.

⁸⁷ Zu denken ist insb. an Internet-Dienstleister wie Google und Facebook, zu diesen näher z.B. *Hill/Martin/Wagner* Facebook (Fn. 73). Zu den Globalisierungseffekten des Internet und den Problemen seiner Regulierung *G.-P. Calliess* Globale Kommunikation – staatenloses Recht. Zur (Selbst-)Regulierung des Internet durch prozedurales Recht am Beispiel des Verbraucherschutzes im elektronischen Geschäftsverkehr, ARSP-Beiheft 79, 2001, 61; *U. Schliesky/C. Hoffmann/A. D. Luch/S. E. Schulz/K. C. Borchers* Schutzpflichten und Drittwirkung im Internet, 2014, insb. 119 ff.

2. *Private Akteure aus dem Ausland*

Die letzte Frage hat sich in den vergangenen Jahren für tausende Menschen gestellt, allen voran für den Spanier Mario Costeja González.⁸⁸ Er musste, wie nun leider weltweit bekannt ist, vor 16 Jahren sein Grundstück versteigern. Das wurde damals vorschriftsgemäß in einer Zeitung angezeigt. Direkt zu dieser Anzeige führte nun die Suchmaschine Google jeden, der nach González suchte. Darüber beschwerte er sich bei der spanischen Datenschutzagentur und verlangte, Google möge die Verlinkung löschen. Er richtete diese Forderung an Google Inc., das die Suchmaschine in den USA betreibt,⁸⁹ und an Google Spain, das in Spanien Werbeflächen für die Suchmaschine verkauft.

Diese Geschichte ist kurz, grundrechtlich aber komplex, denn Herr González scheint hier gleich drei diffuse Grundrechtsgegner zu haben: Zunächst die Internet-Nutzer, die sich ein Bild von ihm machen wollen, potenziell also die ganze Internet-Gemeinde. Sodann die Zeitung, die über die Versteigerung berichtet hat, und vielleicht viele weitere Personen, die das ebenso getan haben. Auffindbar ist diese, im Netz möglicherweise breit gestreute Information erst durch die Suchmaschine Google, deren Betreiber aber in den USA niedergelassen ist, sich deshalb nicht an europäisches Datenschutzrecht gebunden fühlt und zudem bestreitet, überhaupt Daten zu verarbeiten: Die Suchmaschine nehme ja nur bereits veröffentlichte Informationen auf und ordne sie nach den Interessen der Internet-Gemeinde, ohne zu wissen, ob es sich dabei um personenbezogene Daten handelt und ohne diese Daten kontrollieren zu können.⁹⁰ Anders gesagt: Der früher verschuldete Mario Costeja González ist ein schönes Beispiel für die multipolare Unübersichtlichkeit, die Grundrechtskonflikte heute auszeichnet und die Bürger bei der Verfolgung ihrer Rechte oft resignieren lässt.

Umso bemerkenswerter ist, wie der EuGH – vom spanischen Gericht angerufen – die Komplexität dieses Falles reduziert: Er stellt González ins Zentrum seiner Überlegungen und bestimmt von ihm aus alle übrigen Positionen. Erstens: Google kann weder hinter der Zeitung noch hinter der Internet-Gemeinde verschwinden; seine Suchmaschine ist das Scharnier, das beide erst zusammenführt. Dass Google dafür (u.a.) personenbe-

⁸⁸ Zum Sachverhalt dieses Falles EuGH 13.5.2014 (GK), *Google v. Mario Costeja González*, Rs. C-131/12, Rn. 14 ff., 43.

⁸⁹ Die Daten werden auch auf Servern zwischengespeichert; wo sich diese Server befinden, wird allerdings aus Wettbewerbsgründen geheim gehalten: EuGH 13.5.2014, *Google v. Mario Costeja González*, Rs. C-131/12, Rn. 43.

⁹⁰ EuGH 13.5.2014, *Google v. Mario Costeja González*, Rs. C-131/12, Rn. 22.

zogene Daten im Netz aufspürt, ordnet und in die Suchergebnis-Liste aufnimmt, ist eine Datenverarbeitung, die der Datenschutz-RL sachlich unterfällt und für die Google auch verantwortlich ist.⁹¹

Zweitens: Auch dass diese Datenverarbeitung in den USA vorgenommen wird, entpflichtet Google nicht; denn diese Tätigkeit hängt untrennbar mit der Werbetätigkeit der spanischen Niederlassung zusammen, sodass die Richtlinie auch räumlich anwendbar ist.⁹² Der EuGH modelliert Google also wie einen Staat: Interne Arbeitsteilung schlägt nicht nach außen durch; und ebenso wenig wie der Staat seine Grundrechtsbindung abstreifen kann, indem er Private einsetzt, kann sich Google aus europarechtlichen Bindungen befreien, indem es Datenverarbeitungen in die USA verlegt.

Drittens: Googles Datenverarbeitung beeinträchtigt González Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und Schutz personenbezogener Daten erheblich, denn mithilfe der Suchmaschine kann von ihm jeder ein detailliertes Profil erstellen.⁹³ Googles „wirtschaftliche Interessen“⁹⁴ rechtfertigen diese Beeinträchtigung keinesfalls.⁹⁵ Das Informationsinteresse der Internet-Nutzer⁹⁶ rechtfertigt den Eingriff nur in besonderen Fällen, abhängig von der Art der Information, ihrer Sensibilität für das Privatleben und der Rolle, die der Betroffene im öffentlichen Leben spielt.⁹⁷ Damit ist die Argumentationslast klar verteilt: Im Zweifel (und so auch im konkreten Fall⁹⁸) gehen González' Grundrechte vor.

Viertens: In Anbetracht dieser Grundrechte kann González' von Google verlangen, dass ihn betreffende Informationen aus der Suchergebnis-Liste gelöscht werden, und zwar auch dann, wenn diese Informationen sachlich richtig sind und ursprünglich rechtmäßig verarbeitet wurden, angesichts der verstrichenen Zeit aber für den Verarbeitungszweck nicht mehr erheblich sind.⁹⁹ Über einen solchen Löschantrag muss künftig

⁹¹ EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 25 ff.

⁹² EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 48 ff.

⁹³ EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 36 ff., 80.

⁹⁴ Nicht etwa seine unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC).

⁹⁵ EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 81, 97, 99.

⁹⁶ Nicht etwa ihre Informationsfreiheit (Art. 11 GRC).

⁹⁷ EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 81, 97, 99.

⁹⁸ EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 98.

⁹⁹ EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 93 ff. In der Literatur wurde dieser Löschantrag als „Recht auf Vergessen“ bzw. „Recht auf Vergessenwerden“ rezipiert, s. z.B. *M. Arning/F. Moos/J. Schefzig* Vergiss(,) Europa! CR 2014, 447; *J. Caspar* Besprechung des EuGH-Urteils vom 13. Mai 2014 in dem Verfah-

Google anhand der genannten Kriterien in einer sorgsamem Interessenabwägung entscheiden.¹⁰⁰ Zur Bewältigung dieser komplexen Abwägungsentscheidungen lässt Google gerade von einem Beirat eigene Richtlinien erstellen.¹⁰¹ Löscht Google ein Suchergebnis nicht, muss sich der Antragsteller dagegen bei der nationalen Datenschutzbehörde zur Wehr setzen können.¹⁰²

ren C-131/12, Ping 2014, 133 (135); *J. Kühling* NJW-Editorial, NJW 2014; *C. Piltz* Nach dem Google-Urteil des EuGH: Analyse und Folgen für das Datenschutzrecht, K&R 2014, 566 (569). Der EuGH selbst verwendet diese Formulierung allerdings nicht. Die von ihm umschriebenen Voraussetzungen des Löschanpruches zeigen auch, dass er gerade kein absolutes Recht auf Vergessen postuliert; sie erhöhen nur die Chancen, dass bestimmte Informationen vergessen werden, s. schon *Jandt* EuGH stärkt den Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber Suchmaschinen, MMR-Aktuell 2014, 358242. Im Übrigen schafft auch das im Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung (Art. 17) konzipierte „Recht auf Vergessenwerden“ – anders als die Formulierung suggeriert – kein Recht auf vollständiges Vergessen; es trifft nur Klarstellungen zu schon jetzt bestehenden Löschanträgen und erlegt dem Löschpflichtigen zudem bestimmte Informationspflichten auf, s. *G. Hornung/K. Hofmann* Ein „Recht auf Vergessenwerden“? JZ 2013, 163 (165 ff.); *M. Lang* Google Search und das „Recht auf Vergessenwerden“, K&R 2014, 449 (451).

¹⁰⁰ EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 77, 96 f. Dass der EuGH Google damit, wie *Arning/Moos/Schefzig* (Fn. 99), 455, meinen, zu einer „privaten Vor-Zensur-Behörde“ gemacht hat, trifft nicht zu, sondern folgt wohl eher dem schon bei *O. Diggelmann* Grundrechtsschutz durch Privatheit VVDStRL 70 (2011), 50 (76 f.) zutreffend kritisierten Reflex, die Verhinderung von Indiskretion als Zensur zu diskreditieren: Eine Vorzensur liegt hier schon deshalb nicht vor, weil eine Löschung definitionsgemäß nicht im Vorhinein, sondern erst nachträglich erfolgt. Zudem hat die vom EuGH verlangte Löschung anders als eine Zensur den Sinn, Persönlichkeitsrechte zu schützen. Schließlich ist daran zu erinnern, dass Medien bei heiklen Berichten permanent (und zwar wirklich im Vorhinein) abwägen müssen, ob Persönlichkeitsrechte das allgemeine Informationsinteresse überwiegen, ohne dass bisher jemandem eingefallen wäre, das als private „Zensur“ zu kritisieren.

¹⁰¹ Diesem Beirat gehören Experten aus Wissenschaft, Medien, Datenschutz, Zivilgesellschaft und Technologie, darunter auch die frühere deutsche Justizministerin an; er führt öffentliche Anhörungen von Experten in sieben europäischen Städten durch und soll auf dieser Grundlage Leitlinien zur Frage erstellen, wie im Fall eines Löschantrages die Individualinteressen des Antragstellers gegen öffentliche Interessen abzuwägen sind, s. näher *D. Drummond* We need to talk about the right to be forgotten, theguardian.com v. 10.7.2014; Google beruft Leutheusser-Schnarrenberger in „Lösch-Beirat“, faz.net v. 10.7.2014; sowie die Webseite des Experten-Beirates www.google.com/advisorycouncil/ (31.10.2014), auf der u.a. die öffentlichen Anhörungen dieses Beirates einsehbar sind.

¹⁰² EuGH 13.5.2014, Google v. Mario Costeja González, Rs. C-131/12, Rn. 77 ff. Keine ausdrückliche Aussage enthält das Urteil zur Frage, ob die Löschung global erfolgen muss oder – wie Google meint – nur innerhalb der EU. Einträge, die bloß auf europäischen Webseiten entfernt werden, scheinen freilich in allen anderen Suchmaschinen Googles, etwa auf www.google.com, weiterhin auf und können dort auch von

Fünftens: González' muss sein Löschbegehren nicht auch an die Urheber der Information richten, also an die Zeitung und eine potenziell unübersehbare Vielzahl von weiteren Personen;¹⁰³ er kann sich direkt an die *eine* Person halten, die durch ihre Suchmaschine den Schlüssel zu all den verstreuten Informationen in der Hand hält.¹⁰⁴

Letztlich hat der EuGH damit einen scheinbar multipolaren Konflikt auf ein bipolares Grundrechtsverhältnis reduziert, in dem der Bürger seine Grundrechte durchsetzen kann. Was kann man aus diesem Fall in allgemeiner Hinsicht lernen?

Wie Staaten versuchen auch Private Bindungen zu entgehen, und zwar indem sie sensible Tätigkeiten in eine andere Rechtsordnung verschieben. Die Auswirkungen dieser Tätigkeit wieder an Grundrechtsstandards zu binden, kann mühsam sein, ist aber möglich, wenn ein Staat seine Jurisdiktion entsprechend ausdehnt.

Akteure, die solche Transaktionen durchführen können, sind für gewöhnlich einflussreich, weil sie über sehr viel Geld bzw. Informationsmacht verfügen. Das kann die Schutzbereitschaft des Gesetzgebers lähmen, und zwar selbst wenn es um die Rechte der Mehrheitsbevölkerung geht.¹⁰⁵ In solchen Situationen springen bisweilen Gerichte für den Bürger in die Bresche, mit spektakulären Urteilen, die die im Gesetz fehlende Schutznorm unmittelbar aus dem Grundrecht ableiten.¹⁰⁶ Anders als

Europa aus abgefragt werden. Das Recht auf Löschung läuft dann weitgehend leer, weshalb ein kanadisches Gericht den territorialen Löschanatz, den Google auch außerhalb der EU praktiziert, jüngst verworfen hat: *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063, Rn. 148. Skeptisch zur Löschpraxis von Google auch *Caspar* Besprechung (Fn. 99), 137.

¹⁰³ EuGH 13.5.2014, *Google v. Mario Costeja González*, Rs. C-131/12, Rn. 82 ff., wonach ein solches Junktim den Schutz des Betroffenen leerlaufen ließe, weil die zu löschende Information auf vielen Webseiten veröffentlicht sein kann, weil die dafür Verantwortlichen nicht notwendig dem Unionsrecht unterliegen oder weil sie aufgrund des Medienprivilegs oder sonstiger berechtigter Interessen unter Umständen gar nicht zur Löschung verpflichtet sind. Der Betroffene würde dann, wie es ein kanadisches Gericht ausgedrückt hat, einem endlosen Spiel von *Whac-a-mole* ausgesetzt, in dem aus einer Vielzahl von Erdlöchern ständig ein neuer Maulwurf auftaucht, der mit gerichtlicher Hilfe vertrieben werden muss, s. *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063, Rn. 72.

¹⁰⁴ Zu dieser Schlüsselfunktion der Suchmaschine EuGH 13.5.2014, *Google v. Mario Costeja González*, Rs. C-131/12, Rn. 36, 87.

¹⁰⁵ S. schon oben Fn. 79.

¹⁰⁶ Ob etwa das Urteil des EuGH im Fall *Google v. Mario Costeja González* in allen Punkten der Datenschutz-RL entspricht, lässt sich durchaus bestreiten; insb. ist zweifelhaft, ob die Richtlinie auf diesen Fall räumlich anwendbar war, kritisch z.B. *Arning/Moos/Schefzig* Vergiss (Fn. 99), 449 f.; *Piltz* Google-Urteil (Fn. 99), 567; eine Wort-

sonst in der Demokratie schützt das Grundrecht dann nicht mehr primär eine Minderheit vor der Mehrheit, es befreit vielmehr wie im 19. Jahrhundert die Mehrheit von der Herrschaft eines Intermediärs.

Solche Urteile können einen Prozess der Verrechtlichung anstoßen, der im Idealfall dazu führt, dass die judikativ entwickelte Schutznorm inhaltlich verbessert wird.¹⁰⁷ Ist die Rechtssetzung kompliziert, weil sie zwischenstaatliche Kooperation voraussetzt, können an die Stelle des Gesetzgebers aber auch Private treten und die judikative Schutznorm selbst konkretisieren, wie im Fall Google sogar mit grenzüberschreitendem Wirkungsanspruch.¹⁰⁸

Das Urteil hat ferner gezeigt, dass auch diffuse, schwer greifbare Grundrechtsstörer wie die Internet-Gemeinde in den Griff zu bekommen sind, wenn man die Störung rechtsschutzfreundlich zurechnet und dem Betroffenen *ein* klagbares Gegenüber verschafft, hier etwa Google, das der Internet-Gemeinde erst ihre Wirksamkeit gibt. Dem entspricht zunehmend auch die Judikatur nationaler Gerichte, die z.B. von Foren-Betreibern ausreichende Sicherungen gegen beleidigende oder verhetzende Postings anonymen Nutzer verlangt.¹⁰⁹

lautüberschreitung konstatiert auch *Lang Google Search* (Fn. 99), 450, er dürfte sie aber letztlich aus grundrechtlichen Erwägungen billigen. Tatsächlich fällt auf, dass sich der EuGH in allen maßgeblichen Fragen dieses Urteils zumindest auch auf die Grundrechte stützt, s. Rn. 38, wonach eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Suchmaschinenbetreibers neben dem Herausgeber der Webseite erforderlich sei, damit das Recht auf Achtung des Privatlebens verwirklicht werden könne; Rn. 58, wonach es „nicht angehen“ könne, die in den USA vorgenommene Datenverarbeitung Googles den Garantien der Datenschutz-Richtlinie zu entziehen, weil dies den Schutz der Grundrechte einschränken würde; Rn. 68 f., wonach die Art. 6, 7, 12, 14 und 28 der Datenschutz-RL die Grundrechte der Art. 7 und 8 GRC durchführen und daher im Lichte dieser Grundrechte auszulegen seien; Rn. 81, 97, 99, wonach die Grundrechte aus Art. 7 und 8 GRC die Interessen des Suchmaschinenbetreibers und der Internetnutzer grundsätzlich überwiegen; Rn. 84, wonach die Rechte der Betroffenen nicht wirksam und umfassend geschützt wären, wenn die Löschung aus der Suchergebnis-Liste davon abhinge, dass vorher oder parallel eine Löschung beim Herausgeber der Webseite erreicht wird.

¹⁰⁷ Überlegungen in diese Richtung werden im Fall des Google-Urteils in Deutschland schon angestellt, s. z.B. „Recht auf Vergessen braucht ein Gesetz“, Handelsblatt.com v. 25.5.2014.

¹⁰⁸ S. die bei Fn. 101 erwähnten Richtlinien des Beirates.

¹⁰⁹ In Deutschland nimmt die Judikatur an, dass Betreiber von Internetportalen Kommentare umso stärker überwachen müssen, je eher zu befürchten ist, dass diese Kommentare Persönlichkeitsrechte verletzen und je schwerer die zu erwartenden Verletzungen sind; gegebenenfalls müssen Foren sogar moderiert oder Kommentare vor ihrer Freigabe überprüft werden: mwN *T. Haug* Die Haftung von Internetportalen für verletzende Nutzerkommentare, AfP 2014, 27 (29); s. für Österreich OGH 21.12.2006, 6Ob

3. *Private Akteure im Ausland*

Es ist schon schwierig genug, Datenverarbeitungen in den USA, die sich in Europa nachteilig auswirken, dem europäischen Datenschutzrecht zu unterstellen. Noch wesentlich schwieriger ist es aber, gegen ökonomisch mächtige multinationale Konzerne vorzugehen, die in Staaten mit niedrigen Regulierungs- und Vollziehungsstandards eine Niederlassung gründen, sich mit der dort herrschenden Regierung verbünden und dann an Menschenrechtsverletzungen teilnehmen, die sich *nur* im Gaststaat auswirken: Zwangsarbeit, Kinderarbeit, Vertreibungen, die gewaltsame Niederschlagung von Protesten bis hin zur Mitwirkung an Folter uam.¹¹⁰

Die betroffene Bevölkerung hat in solchen Fällen von ihrem Staat meist keinen Schutz zu erwarten. Der Herkunftsstaat des Unternehmens könnte dieses Defizit zwar kompensieren, indem er das Unternehmen verpflichtet, auch im Ausland bestimmte Standards einzuhalten.¹¹¹ Dass er dazu durch die Menschenrechte auch verhalten ist, dass seine Schutzpflichten

178/04a, wonach der Betreiber eines Online-Gästebuchs Beiträge löschen muss, die Rechte Dritter offensichtlich verletzen. Eine besondere Prüfpflicht trifft den Betreiber, wenn ihm schon mindestens eine Rechtsverletzung bekannt gegeben wurde und damit die Gefahr weiterer Rechtsverletzungen besteht. S. ferner England and Wales Court of Appeal (Civil Division), 14.2.2013, Tamiz v. Google Inc, wonach Google für die Inhalte in von ihm gehosteten Blogs verantwortlich ist, wenn es auf Beschwerden über verleumderische Kommentare nicht rasch reagiert; EGMR 10.10.2013, Delfi AS v. Estland, Appl. 64569/09, wonach es konventionskonform ist, wenn ein Internet News-Portal für Userkommentare haften muss, die (meist anonym bzw. pseudonym) zu den dort erscheinenden Artikeln abgegeben werden; mit Beschluss vom 17.2.2014 wurde dieser Fall allerdings von der Großen Kammer angenommen.

¹¹⁰ Multinationale Unternehmen können an solchen Menschenrechtsverletzungen in vielfältiger Weise partizipieren: Zum Teil finanzieren sie vom Gaststaat vorgenommene Menschenrechtsverletzungen, zum Teil profitieren sie von solchen Verletzungen (z.B. von der Vertreibung der Bevölkerung aus rohstoffreichen Gebieten), sie können Verletzungen aber auch selbst begehen (z.B. Zwangs- oder Kinderarbeit), s. *A. Peters* Sind transnationale Unternehmen verpflichtet, (internationale) Menschenrechte zu respektieren und zu fördern? in: P. G. Kirchschräger/T. Kirchschräger/A. Belliger/D. J. Krieger (Hrsg.) *Menschenrechte und Wirtschaft*, 2005, 127; *Günther* in: *Deitelhoff/Steffek* (Fn. 8), 268 f., sowie die Fallstudien bei *G. Skinner/R. McCorquodale/O. De Schutter/A. Lambe* *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, 2013; *J. Zerk* *Corporate liability for gross human rights abuses*, 2013.

¹¹¹ Aktives Personalitätsprinzip, s. z.B. *W. Meng* *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 1994, 56, 507 ff. Dem stünde die Souveränität des Gaststaates nicht entgegen, wenn dieser sich völkerrechtlich selbst zur Einhaltung der Standards verpflichtet hat: *J. Bernstorff* *Extraterritoriale menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility*, AVR 2011, 34 (58).

also extraterritorial wirken, wird aber tendenziell verneint.¹¹² Und es fällt den Staaten auch sichtlich schwer, solchen Schutz zu gewähren: Immerhin sollen sie „ihren“ Unternehmen Pflichten auferlegen und sie damit im Wettbewerb schwächen, nicht, um die eigene, sondern um eine fremde Bevölkerung zu schützen, also Personen, die sich dafür bei den nächsten Wahlen nicht bedanken werden:¹¹³ Das ist wenig verlockend.

So funktioniert der Menschenrechtsschutz in diesem Feld auch nur umwegig.¹¹⁴ Erste Bewegungen brachten in diese Situation abermals

¹¹² mwN *Bernstorff* Staatenpflichten (Fn. 111), 55 f.; *T. Koenen* Wirtschaft und Menschenrechte, 2012, insb. 206 f. Manche Äußerungen des UN-Sozialpaktausschusses weisen zwar isoliert betrachtet auf extraterritoriale Schutzpflichten hin, etwa die Aufforderung „States parties should also take steps to prevent human rights contraventions abroad by corporations which have their main offices under their jurisdiction, without infringing the sovereignty or diminishing the obligations of host States under the Covenant“ (Social and Cultural Rights, Statement on the Obligations of States Parties Regarding the Corporate Sector and Economic, Social and Cultural Rights, 5, UN-Dok E/C.12/2011/1 v. 12.7.2011, Rn. 5; auf eine Vorversion dieser Aufforderung berufen sich *Skinner/McCorquodale/De Schutter/Lambe* Third Pillar [Fn. 110], 29). Der UN-Sonderbeauftragte für Menschenrechte und Unternehmen, *J. Ruggie*, hat eine dahin gehende Rechtspflicht aber schon in seinem ersten Bericht aus 2007 verneint (Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie – Addendum 1: State responsibilities to regulate and adjudicate corporate activities under the United Nations core human rights treaties: an overview of treaty body commentaries, UN-Dok A/HRC/4/35/Add. 1 vom 13.2.2007, Rn. 81 ff.). Auch *Ruggies* Bericht aus 2011 betont im ersten grundlegenden Prinzip, dass Staaten verpflichtet sind, Bürger auch vor Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen zu schützen, dies aber nur „within their territory and/or jurisdiction“ (Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie – Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN-Dok A/HRC/17/31 v. 21.3.2011, 6 f.). Im Lichte dieses, vom UN-Menschenrechtsrat angenommenen (UN-Menschenrechtsrat, Human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN-Dok A/HRC/RES/17/4 v. 6.7.2011, 2) Berichts sind Äußerungen des UN-Sozialpaktausschusses wohl nicht als Bestätigung einer harten Rechtspflicht, sondern nur als rechtspolitische Aufforderung gemeint; davon abgesehen sind diese Äußerungen ohnedies nur als Interpretationshilfen zu verstehen.

¹¹³ Anders als im oben IV.2. geschilderten Fall Google versagt die Demokratie hier also nicht nur punktuell; zwischen dem potenziell schutzpflichtigen Staat und der schutzbedürftigen Bevölkerung fehlt vielmehr von vornherein ein demokratisches Band.

¹¹⁴ Ob Unternehmen (jenseits des völkerrechtlichen *ius cogens*) unmittelbar an Menschenrechte gebunden sind bzw. werden können, wird in der Literatur zwar diskutiert (s. mwN *A. Peters* Jenseits der Menschenrechte, 2014, 90 ff., sowie generell *A. Clapham* [Hrsg.] *Human Rights and Non-State Actors*, 2013); dass die Staaten sich auf solche Bindungen in völkerrechtlichen Verträgen verständigen, ist derzeit aber wenig aussichtsreich, s. ebenfalls *Peters* ebd., 92.

Gerichte, und zwar gestützt auf das *Alien Tort Statute*, ein amerikanisches Gesetz aus dem Jahr 1789. Es erklärt Bundesgerichte für zuständig, über Schadenersatzklagen zu entscheiden, die Ausländer wegen der Verletzung des Völkerrechts erheben.¹¹⁵ Historisch hatte man dabei insbesondere an die Verletzung diplomatischer Rechte gedacht – gerade sie sollte nicht irgendwo verhandelt werden, sondern vor einem *Bundessgericht* des Empfangsstaates USA, um dem Entsendestaat des Diplomaten gebührenden Respekt zu erweisen.¹¹⁶ Dieses Gesetz kam, wie man sich denken kann, zunächst nur selten zum Einsatz, wurde in den 1980er Jahren aber reanimiert.¹¹⁷ Auf seiner Basis ließen amerikanische Gerichte nach und nach Klagen zu, mit denen Ausländer in den USA Schadenersatz für Menschenrechtsverletzungen begehrten, die ausländische Unternehmen im Ausland begangen haben.¹¹⁸ Dabei genügte den Gerichten ein minimaler Anknüpfungspunkt, um ihre Jurisdiktion gegenüber dem Beklagten zu eröffnen, z.B. ein kleines Verbindungsbüro des Unternehmens in den USA.¹¹⁹

Diese Judikatur fanden nun gleich mehrere Staaten respektlos, zum einen die – vorwiegend europäischen – Herkunftsstaaten der Unternehmen,¹²⁰ zum anderen aber auch die Gaststaaten, die mit den Unternehmen kooperierten und durch deren Verurteilung mittelbar auch getroffen wur-

¹¹⁵ 28 U.S.C. § 1350. Dieses Gesetz besteht aus einem einzigen Satz: „The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.“

¹¹⁶ S. zu diesem historischen Hintergrund *M. Stürner* Die territorialen Grenzen der Human Rights Litigation in den USA, JZ 2014, 13 f.

¹¹⁷ Schlüsselfall *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980); zur weiteren Entwicklung *Stürner* Human Rights Litigation (Fn. 116), 16 f.

¹¹⁸ Im Fall *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000) begehrten z.B. Nigerianer Schadenersatz für Menschenrechtsverletzungen, die das europäische Unternehmen Shell in Nigeria begangen habe; s. ferner *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 582 F.3d 244 (2d Cir. 2009); *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011).

¹¹⁹ So im Fall *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d 88 (2d Cir. 2000).

¹²⁰ Vgl. z.B. Brief of the Governments of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of the Netherlands as Amici Curiae in Support of Neither Party, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013); Brief of The Federal Republic of Germany as Amicus Curiae in Support of Respondents, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013); s. dazu auch *D. I. Baker* Extraterritoriality and the Rule of Law: Why Friendly Foreign Democracies Oppose Novel, Expansive U.S. Jurisdiction Claims by Non-Resident Aliens Under the Alien Tort Statute, *Md. J. Int'l L.* 2013, 42; zum Widerstand Europas gegen extraterritoriale Jurisdiktion auch in anderen Belangen s. ferner *A. Reinisch* The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors, in: P. Alston (Hrsg.) *Non-State Actors and Human Rights*, 2005, 37 (57).

den.¹²¹ Ob das Alien Tort Statute diese weit ausgreifende Jurisdiktion deckt, wurde denn auch vielfach bezweifelt;¹²² sie galt selbst Richtern als ein Lohengrin, der plötzlich zur Rettung der Menschenrechte erschienen ist, aber nicht gefragt werden darf, woher er eigentlich kommt.¹²³ Vor kurzem hat auch der Supreme Court diese Judikatur in ihre Grenzen verwiesen und an die verfassungsrechtliche Vermutung erinnert, dass für extraterritoriale Sachverhalte keine Jurisdiktion besteht.¹²⁴

Lohengrins Abgang ist aus menschenrechtlicher Sicht zu verschmerzen, weil er auch legale Nachfahren in Europa hat:¹²⁵ EU-Staaten und die Schweiz stellen nämlich – auf gesicherter Rechtsgrundlage – einen Gerichtsstand zur Verfügung,¹²⁶ an dem in diesen Staaten niedergelassene

¹²¹ An sich ist das freilich ein vertrauter Mechanismus, wenn zwei Akteure gemeinsam eine Menschenrechtsverletzung produzieren. Gerichte greifen dann auf den, den sie erreichen und rechnen ihm die Handlungen des anderen zu: So werden Beliehene dem Staat zugeschlagen; die Datenverarbeitung von Google Inc. findet „im Rahmen der Tätigkeit“ von Google Spain statt; und bei Transnationalen Unternehmen wird das staatliche Handeln ein Stück weit dem privaten Komplizen zugerechnet, weil man nur ihn klagen kann, s. etwa den bei *Reinisch* Non-State Actors (Fn. 120), 65, referierten Fall, in dem Burma Menschenrechtsverletzungen vorgeworfen wurden; da Burma aufgrund der Staatenimmunität nicht direkt vor US-Gerichten belangt werden konnte, klagten die Opfer das Unternehmen Unocal als Komplizen Burmas.

¹²² Z.B. J. M. Sweeney A Tort Only in Violation of the Law of Nations, *Hastings International and Comparative Law Review* 1995, 445; A. Bradley/J. L. Goldsmith The Current Illegitimacy of International Human Rights Litigation, *Fordham L. Rev.* 1997, 317; Einwände gegen diese Kritik bei R. Knowles A Realist Defense of the Alien Tort Statute, *Wash. U. L. Rev.* 2011, 1117; wN bei *Stürner* Human Rights Litigation (Fn 116), 13, 22.

¹²³ Richter *Friendly*, Urteil IIT v. Vencap Ltd., 519 F.2d 1001, 1015 (2d Cir. 1975).

¹²⁴ *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, 569 U.S. (2013) = 133 S. Ct. 1659 (2013); näher und kritisch zu dieser Entscheidung und zu ihren Konsequenzen *Stürner* Human Rights Litigation (Fn. 116), 17 ff.

¹²⁵ S. für Details zum Folgenden mwN R. Grabosch Rechtsschutz vor deutschen Zivilgerichten gegen Beeinträchtigungen von Menschenrechten durch transnationale Unternehmen, in: R. Nikol/T. Bernhard/N. Schniederjahn (Hrsg.) *Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht*, 2013, 69.

¹²⁶ Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVO). Die Schweiz und die restlichen EFTA-Staaten haben das EuGVO-Regime großteils mit dem Lugano-Übereinkommen übernommen; s. für die Schweiz Art. 2 und 21 IPRG. Nach der EuGVO dürfen die Gerichte ihre Zuständigkeit nicht mit dem Argument ablehnen, ein anderer Gerichtsstand sei geeigneter (EuGH, *Owusu v. N. B. Jackson* u.a., Rs. C-281/02, Slg. 2005, I-1383, Rn. 46). Gestützt auf dieses *forum non conveniens* verweisen amerikanische Gerichte Kläger bisweilen an den Gaststaat des Unternehmens, weil dort der Schaden zugefügt wurde. In diesem Staat wird die Klage dann aber praktisch nie eingebracht, weil sie keine Aussicht

Unternehmen auf Schadenersatz geklagt werden können, und zwar auch wegen schädigender Handlungen im Ausland.¹²⁷ Beurteilt werden solche Klagen grundsätzlich nach dem Recht des Staates, in dem der Schaden eingetreten ist,¹²⁸ also des Gaststaates des Unternehmens, mit zwei wichtigen Ausnahmen: Normen, die der öffentlichen Ordnung des Forumsstaates offensichtlich zuwiderlaufen, sind unanwendbar.¹²⁹ Umgekehrt bleiben Normen des Forumsstaates anwendbar, die er für die Wahrung des öffentlichen Interesses als entscheidend ansieht.¹³⁰ Insgesamt kann der Herkunftsstaat des Unternehmens so Vollziehungsschwächen und grobe Regulierungsdefizite des Gaststaates kompensieren.¹³¹

Für die Opfer solcher Menschenrechtsverletzungen ist der Kampf um ihr Recht dennoch mühselig, aus vielen Gründen:¹³² Die Prozesse finden im Ausland statt; sie dauern viele Jahre, sind enorm teuer, und die Beweislast ist drückend, denn unter schlechten Sicherheitsbedingungen, wie sie im Verletzerstaat oft bestehen, sind Beweismittel nur schwer zu bekom-

auf ordnungsgemäße Behandlung hat oder weil der Kläger sogar seinerseits mit Verfolgung zu rechnen hätte; er bleibt dann de facto ohne Rechtsschutz, s. mwN *Skinner/McCorquodale/De Schutter/Lambe Third Pillar* (Fn. 110), 39 ff.

¹²⁷ Manche Staaten lassen Schadenersatzklagen überdies zu, wenn ein Unternehmen in ihrem Territorium zwar nicht niedergelassen ist, dort aber Vermögen hat, z.B. Deutschland (§ 23 ZPO) und Österreich (§ 99 JN). In der Schweiz kann ein Unternehmen außerdem auf Schadenersatz geklagt werden, wenn sonst nirgendwo ein faires Verfahren zu erwarten ist, sofern die Klage einen gewissen Bezug zur Schweiz aufweist, sog. *forum necessitatis*, Art. 3 IPRG. Die Kommission hat einen entsprechenden Vorschlag auch für die Reform der EuGVO erstattet, der aber nicht angenommen wurde: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), KOM(2010) 748 endgültig v. 14.12.2010, dort Art. 26.

¹²⁸ Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“). Eine Ausnahme statuiert Art. 7 Rom II-VO für Umweltbeeinträchtigungen.

¹²⁹ Art. 26 Rom II-VO.

¹³⁰ Sog. Eingriffsnormen, Art. 16 Rom II-VO.

¹³¹ Als Unterschied zum Alien Tort Statute bleibt, dass Schadenersatzforderungen nach dem europäischen Konzept nicht unmittelbar an völkerrechtlichen Grundsätzen gemessen werden, s. *Stürner Human Rights Litigation* (Fn. 116), 22. Menschenrechtliche Standards könnten aber mittelbar im Rahmen der ordre-public-Prüfung bzw. als Eingriffsnormen zur Anwendung kommen, s. *Grabosch Rechtsschutz* (Fn. 125), 84 ff., und wohl auch *O. De Schutter The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law*, in: *Alston* (Fn. 121), 227 (274 f.).

¹³² S. zum Folgenden mwN *Skinner/McCorquodale/De Schutter/Lambe Third Pillar* (Fn. 110), 61 ff.

men, insbesondere Zeugen kaum zu mobilisieren.¹³³ Schließlich bilden die Unternehmen aufgrund ihrer Konzernstruktur ein undurchsichtiges Geflecht von Entitäten mit jeweils unterschiedlichen Aufgaben; den Schleier dieser Körperschaft zu heben, ist aber nur ausnahmsweise möglich. Umso schwerer ist es für die Opfer zu beweisen, dass z.B. eine Muttergesellschaft mit Sitz in der EU in Menschenrechtsverletzungen eines Tochterunternehmens in Nigeria involviert war.

Entsprechend niedrig ist die Erfolgsquote solcher Schadenersatzklagen, nicht nur in Europa, auch in den USA.¹³⁴ Und doch werden diese Klagen erhoben, denn sie verschaffen dem Anliegen des Klägers auch mediale Aufmerksamkeit.¹³⁵ Die dritte Gewalt wird bisweilen also nur eingesetzt, um die „vierte Gewalt“ zu mobilisieren, die wiederum die Konsumenten in Bewegung bringt: Verweigern sie aus Solidarität mit den Opfern der Menschenrechtsverletzung den Konsum,¹³⁶ kann ein Unternehmen in kurzer Zeit sehr viel Geld verlieren, und zwar selbst dann, wenn es sich nichts zuschulden kommen hat lassen.¹³⁷ Dieser dezentrale „Menschenrechtsprozess“ läuft nun völlig am Staat vorbei.

¹³³ Diese Beweisprobleme verringern sich zwar, wenn ein Staat die Menschenrechtsverletzung zugleich als Straftat verfolgt und damit die Beweislast übernimmt; das geschieht aber nur selten, weil oft keine Zuständigkeiten bestehen, Ressourcen zu knapp und die Fälle zu komplex sind, aber auch weil eine Strafbarkeit von Unternehmen in vielen Staaten nicht vorgesehen ist: *Skinner/McCorquodale/De Schutter/Lambe* Third Pillar (Fn. 110), 47 ff.

¹³⁴ Nach dem Alien Tort Statute wurden bisher rund 180 Klagen gegen Unternehmen erhoben, doch nur ein Bruchteil davon endete mit einer Verurteilung des Unternehmens (2) oder mit einem Vergleich (13): *M. D. Goldhaber* Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard, UC Irvine Law Review 2013, 127 (128).

¹³⁵ *J. C. Drimmer/S. R. Lamoree* Think Globally, Sue Locally: Trends and Out-of-Court Tactics in Transitional Tort Actions, Berkeley J. Int'l Law 2011, 456 (488).

¹³⁶ Studien zufolge achten immer mehr Verbraucher darauf, dass Produkte ethisch korrekt erzeugt werden; als Impulsgeber für Konsumethik sehen sie dabei zwar weiterhin die Politik an, in zunehmendem Maß aber auch NGOs und die Wirtschaft: Otto Group Trendstudie 2013. 4. Studie zum ethischen Konsum, 2013, 8 f., www.ottogroup.com/media/docs/de/trendstudie/1_Otto_Group_Trendstudie_2013.pdf (31.10.2014).

¹³⁷ Dass manche Berichterstattung überzogen ist, hat z.B. das Unternehmen Shell erlebt, das 1995 plante, den schwimmenden Öltank „Brent Spar“ in der Nordsee zu entsorgen. Um das zu verhindern, rief die Umweltschutzorganisation Greenpeace medienwirksam zu einem Boykott von Shell auf. Als Shell-Tankstellen in der Folge tatsächlich starke Umsatzeinbußen erlitten, lenkte der Konzern ein und sagte zu, den Öltank nicht im Meer zu entsorgen. Wie sich später herausstellte, hatte Greenpeace die Gefahr dieser Entsorgung allerdings deutlich überzeichnet, insb. enthielt die „Brent Spar“ nur einen Bruchteil der von Greenpeace verlautbarten Restölmenge, s. „Versenkt die Shell“, SPIEGEL ONLINE v. 19.6.1995; *R. Luyken* Die Protest-Maschine, ZEIT ONLINE v. 6.9.1996; *Reinisch* in: Alston (Fn. 130), 48.

Zwischen diesen beiden Extremen – dem langwierigen Gerichtsverfahren und dem kurzen Prozess der Zivilgesellschaft – gibt es noch viele andere Instrumente.¹³⁸ OECD-Leitsätze¹³⁹ empfehlen z.B. Unternehmen, bestimmte Menschenrechtsstandards einzuhalten. Zugleich richten Regierungen Nationale Kontaktstellen ein, die Mediationsverfahren führen, wenn sich jemand beschwert, dass ein Unternehmen die Leitsätze verletzt hat. Diese Verfahren sind bei weitem nicht so langwierig und aufwendig, freilich auch nicht so spektakulär wie gerichtliche Verfahren; vielleicht werden sie auch deshalb in Europa viel intensiver genutzt als in den USA.¹⁴⁰

Direkt beim Unternehmen setzt der Global Compact der UN an.¹⁴¹ Er fordert Unternehmen auf, sich zu bestimmten Prinzipien zu bekennen und sie umzusetzen.¹⁴² Wer dem beiträgt, kann mit Imagegewinnen rechnen,

¹³⁸ Neben den im Folgenden erläuterten Instrumenten sind z.B. die UN Guiding Principles for Business and Human Rights zu nennen (Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises [Fn. 112]); ferner die ISO-Norm 26000 zur sozialen Verantwortung (ISO 26000:2010 – Leitfaden zur gesellschaftlichen Verantwortung von Organisationen); näher z.B. *N. Jägers* UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Making Headway Towards Real Corporate Accountability? Netherlands Quarterly of Human Rights 2011, 159; *Peters* Jenseits der Menschenrechte (Fn. 114), 92 ff.; *M. Kaltenborn/J. Norpoth* Globale Standards für soziale Unternehmensverantwortung, RiW 2014, 402. Gewisse Akzente setzt auch die EU; so forderte die Europäische Kommission alle großen europäischen Unternehmen auf, sich bis 2014 zu verpflichten, bei der Entwicklung ihres CSR-Konzepts die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, den „Global Compact“ der Vereinten Nationen oder die ISO-Norm 26000 zur sozialen Verantwortung zu berücksichtigen: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine neue EU-Strategie (2011–14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR) v. 25.10.2011 KOM(2011) 681 endgültig.

¹³⁹ OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, 2011, www.oecd.org/investment/mne/48808708.pdf (31.10.2014).

¹⁴⁰ Die Datenbank der OECD verzeichnet 168 Verfahren vor Nationalen Kontaktstellen der EU-Staaten und 10 Verfahren in der Schweiz, aber nur 37 Verfahren in den USA: mneguidelines.oecd.org/database/ (31.10.2014); zu möglichen Ursachen s. *J. Wouters/C. Ryngaert* Litigation for overseas corporate human rights abuses in the European Union: The Challenge of Jurisdiction, *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 2009, 939 (972 ff.).

¹⁴¹ Näher zum Global Compact www.unglobalcompact.org/Languages/german/index.html (31.10.2014); *R. G. Steinhardt* Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria, in: P. Alston (Fn. 121), 177 (206 f.); *A. Rasche/S. Waddock/M. McIntosh* The United Nations Global Compact: Retrospect and Prospect, *Business & Society* 2013, 6.

¹⁴² Nach Prinzip 1 sollen Unternehmen z.B. den Schutz der internationalen Menschenrechte unterstützen und achten, nach Prinzip 7 im Umgang mit Umweltproblemen dem Vorsorgeprinzip folgen und nach Prinzip 10 gegen alle Arten der Korruption eintreten.

muss dafür aber jährlich über Fortschritte bei der Umsetzung der Prinzipien berichten. Geschieht das nicht, wird das Unternehmen nach einem Jahr als „non communicating“ gekennzeichnet – das ist im 21. Jahrhundert ein schwerer Makel! – und nach einem weiteren Jahr ausgeschlossen.¹⁴³ Dieses Konzept der Selbstverpflichtung wendet den kurzen Prozess der Zivilgesellschaft ins Positive: Es arbeitet nicht mit der Aufdeckung von Skandalen, sondern gibt zunächst den Unternehmen das Wort; wer sich dann aber verschweigt, hat mit Reputationsverlusten zu rechnen. Dem Global Compact haben sich mittlerweile über 8.000 Unternehmen aus 145 Ländern angeschlossen.¹⁴⁴

Weiche Selbstverpflichtungen können aber auch hart gekocht werden, z.B. durch das Wettbewerbsrecht: Wer systematisch gegen einen Verhaltenskodex verstößt, dem er sich freiwillig unterworfen hat und mit dem er wirksam wirbt¹⁴⁵, muss in Europa damit rechnen, dass ihn Konkurrenten oder Verbände wegen unlauteren Wettbewerbs klagen.¹⁴⁶

Was zeigen diese Entwicklungen? Wenn Regierungen sich mit ökonomisch mächtigen Akteuren verbünden, ihre eigene Bevölkerung nicht schützen und wenn auch die Gerichte dieser Staaten nicht helfen, wird die Sicherung von Menschenrechten kompliziert und zunehmend dezentralisiert. Sie wird zu einer Parallelaktion verschiedenster Akteure – anderer Staaten, Internationaler Organisationen, NGOs, der Konkurrenten, Medien und Konsumenten, von denen jeder die Mittel einsetzt, die ihm eben zur Verfügung stehen. Staatlicher Zwang ist dabei nur ein Mittel von vielen und nicht immer das wirksamste. Zunehmend bedeutsamer wird hingegen das Machtmittel der Information, das auch und vor allem in den Händen der Zivilgesellschaft zu einem scharfen Schwert werden kann.

¹⁴³ Näher www.unglobalcompact.org/docs/communication_on_progress/COP_Policy.pdf (31.10.2014).

¹⁴⁴ S. im Detail www.unglobalcompact.org/ParticipantsAndStakeholders/index.html (31.10.2014).

¹⁴⁵ Genauer: Die Geschäftspraxis muss im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände geeignet sein, einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte.

¹⁴⁶ Art. 6 Abs. 2 b) Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABI L 149/2005, 22; umgesetzt in § 5 Abs. 1 Z. 6 dt. UWG; § 2 Abs. 3 Z. 2 ö. UWG; s. auch *J. Wouters/L. Chanet Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective*, *Northwestern Journal of International Human Rights* 2008, 262 (287 ff.).

4. *Ausländische Mächte*

Noch komplizierter scheinen die Dinge nur mehr, wenn als Grundrechtsstörer kein Privater auftritt, sondern ein auswärtiger Staat. Judikatur und überwiegende Lehre nehmen zwar an, dass ein Staat seine Bürger auch vor solchen Grundrechtsstörungen schützen muss;¹⁴⁷ diese Schutzpflicht kämpft aber mit grundlegenden Problemen: Anders als der Private steht der auswärtige Staat zum schutzpflichtigen Staat in einem Verhältnis der Koordination, nicht der Subordination.¹⁴⁸ Daher kann der schutzpflichtige Staat die Grundrechtsbeeinträchtigung nicht einfach zwangsweise unterbinden; er muss mit anderen Mitteln versuchen, den Störer davon abzuhalten.¹⁴⁹ Dabei darf er nach herrschender Ansicht auch berücksichtigen, dass allzu forsche Schutzhandlungen seine diplomatischen Beziehungen zum anderen Staat belasten können.¹⁵⁰ Was wir bei Privaten Akteuren als Systemstörung ansehen, gehört hier also zum System. Dazu kommt schließlich, dass fehlender Schutz gegen ausländische Mächte schwer einklagbar ist. Wie gezeigt, können Gerichte zwar Schutznormen supplieren;¹⁵¹ Protestnoten abgeben, Verhandlungen mit anderen Staaten führen, Staatenbeschwerden erheben und völkerrechtliche Verträge kündi-

¹⁴⁷ mwN *Szczekalla* Schutzpflichten (Fn. 31), 133 f., 283 ff., 437 ff.; *J. Dietlein* Schutzpflichten (Fn. 41), 122 ff.; sowie die in Fn. 152 genannte Literatur; skeptisch *H. Dreier* in: *Dreier* (Fn. 11) Vorb. zu Art. 1 Rn. 104 mwN zur Gegenposition.

¹⁴⁸ *J. Isensee* Abwehrrecht und Schutzpflicht, HStR IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 208.

¹⁴⁹ Zu möglichen Reaktionen gegen völkerrechtliche Verletzungen allgemein *T. Giegerich* Verfassungsgerichtliche Kontrolle der auswärtigen Gewalt im europäisch-atlantischen Verfassungsstaat: Vergleichende Bestandsaufnahme mit Ausblick auf die neuen Demokratien in Mittel- und Osteuropa, *ZaöRV* 1997, 409 (473 ff.), und gegen Informationsoperationen im Besonderen *T. Stein/T. Marauhn* Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen, *ZaöRV* 2000, 1 (26 ff.).

¹⁵⁰ Zur gelockerten Kontrolldichte in diesem Bereich mwN *Szczekalla* Schutzpflichten (Fn. 31), 285 f., 451 f.; *V. Röben* Außenverfassungsrecht, 2007, 203 ff. Gestützt auf diesen weiten Ermessenspielraum werden staatliche Handlungspflichten manchmal sogar von vornherein verneint; so meinen etwa *W. Ewer/T. Thienel* Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Aspekte des NSA-Datenskandals, *NJW* 2014, 30 (35), die deutsche Bundesregierung sei im Hinblick auf den NSA-Skandal nicht verpflichtet, „die ihr zur Verfügung stehenden völkerrechtlichen Handlungsmöglichkeiten wahrzunehmen oder gar auszuschöpfen“. Zutreffend demgegenüber *W. Hoffmann-Riem* Freiheitsschutz in den globalen Kommunikationsinfrastrukturen, *JZ* 2014, 53 (62), nach dem die Bundesregierung zwar Gestaltungsspielraum bei der Frage habe, wie Schutz zu gewähren ist, nicht aber bei der Frage, ob überhaupt Schutzhandlungen zu setzen sind; treffend auch allgemein *Dietlein* Schutzpflichten (Fn. 41), 123: „Weite Ermessensspielräume bedeuten eben nicht Bindungslosigkeit.“

¹⁵¹ Oben II.3. und Fn. 106.

gen können sie aber nicht. So bleibt ihnen letztlich nur festzustellen, dass Schutzpflichten verletzt wurden.

Ehe man hier auf Schutz wartet, lohnt es sich zu überlegen, ob nicht auch die Grundrechtsstörung selbst bekämpft werden kann. Ein gutes Anschauungsbeispiel dafür ist der NSA-Skandal, der in der Literatur verstärkt unter dem Titel der Schutzpflichten erörtert wird.¹⁵² Seit Edward Snowden im Juni 2013 enthüllt hat, dass der amerikanische Geheimdienst die Kommunikation in Europa massenhaft überwacht,¹⁵³ haben die europäischen Staaten aber noch keine nennenswerten Schutzhandlungen gesetzt.¹⁵⁴

Direkt gegen den Eingreifer, nämlich die USA, können die europäischen Bürger hier zwar nicht vorgehen. Denn die amerikanische Rechtsordnung sieht für Personen, die im Ausland überwacht werden, keine Rechte und Rechtsbehelfe vor.¹⁵⁵ Der amerikanische Geheimdienst führt

¹⁵² Z.B. A. Peters, *Surveillance Without Borders? The Unlawfulness of the NSA-Panopticum*, Part II, EJIL: Talk! 2013, www.ejiltalk.org/author/anne-peters/ (31.10.2014); Ewer/Thienel *NSA-Datenskandal* (Fn. 150), 34 f.; Hoffmann-Riem *Freiheitschutz* (Fn. 150), 56 ff.; S. Schmahl, *Effektiver Rechtsschutz gegen Überwachungsmaßnahmen ausländischer Geheimdienste?* JZ 2014, 220 (221, 226 ff.); P. Szezekalla *Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure*, DVBl 2014, 1108 (1110 f., 1113); s. außerdem die Stellungnahmen von W. Hoffmann-Riem (15 ff.) und H.-J. Papier (9 ff.) zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22.5.2014, beide abrufbar unter www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/18/ua/1/untersuchungsausschuss/-/280848 (31.10.2014).

¹⁵³ S. zu diesen Enthüllungen aus der Masse der Literatur insb. G. Greenwald *Die globale Überwachung*, 2014; M. Rosenbach/H. Stark *Der NSA-Komplex*, 2014.

¹⁵⁴ Wie breit das Spektrum möglicher Maßnahmen wäre, zeigt der umfassende Katalog an Forderungen, die das Europäische Parlament an die USA und an die Mitgliedstaaten der EU gerichtet hat: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Überwachungsprogramm der Nationalen Sicherheitsagentur der Vereinigten Staaten, die Überwachungsbehörden in mehreren Mitgliedstaaten und die entsprechenden Auswirkungen auf die Grundrechte der EU-Bürger und die transatlantische Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (2013/2188(INI)).

¹⁵⁵ P. Wittmann *Der Schutz der Privatsphäre vor staatlichen Überwachungsmaßnahmen durch die US-amerikanische Bundesverfassung*, 2014, 698 f., 789, 797 f.; s. ferner den Report on the Findings by the EU Co-chairs of the ad hoc EU-US Working Group on Data Protection v. 27.11.2013, Punkt 5, wonach EU-Bürger keine Auskunft über Daten erwirken können, die im Rahmen der US-Überwachungsprogramme erhoben und weiterverarbeitet werden; ebenso wenig können sie die Berichtigung oder Löschung dieser Daten erreichen; auch administrative oder gerichtliche Rechtsbehelfe stehen nicht zur Verfügung. Die USA haben zwar den IPBPR ratifiziert, der jedem Menschen, also auch Ausländern ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens garantiert (Art. 17). Doch haben sich die USA dem Individualbeschwerdeverfahren für diesen Pakt nicht unterworfen. Allerdings hat der UN-Menschenrechtsausschuss im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens (Art. 40 IPBPR) seiner Sorge Ausdruck verliehen, dass

seine weltumspannende Überwachung aber nicht allein durch, sondern setzt dafür zahlreiche Helfer ein: zum einen vier eng verbündete Staaten, darunter Großbritannien,¹⁵⁶ zum anderen Private, darunter alle großen Internet-Dienstleister, die auch in Europa tätig sind und über deren Server ein wesentlicher Teil des weltweiten Datenverkehrs fließt: Google, Facebook, Microsoft, YouTube etc.¹⁵⁷ Wendet man die Regel an, die sich schon bei Privaten Verwaltern, bei Google Spain und bei Transnationalen Unternehmen bewährt hat, so gilt auch hier: Ist der Grundrechtsstörer selbst nicht greifbar, sollte man sich an seine Helfer halten. Tatsächlich sind auch schon zwei Verfahren anhängig, die das versuchen.

Das erste Verfahren betrifft eine Individualbeschwerde an den EGMR; sie kritisiert die Überwachung durch den britischen Geheimdienst als konventionswidrig, und zwar nicht nur in Großbritannien, sondern ebenso hinsichtlich der Auslandskommunikation.¹⁵⁸ Prüft der EGMR diese

die Überwachungsmaßnahmen der NSA die Rechte des IPBPR verletzen; der Ausschuss registriert zwar, dass die Presidential Policy Directive (PPD-28) gewisse Verbesserungen für „non-US persons“ gebracht habe; er moniert aber zugleich, dass diese Personen im Fall von Rechtsverletzungen nach wie vor keinen wirksamen Rechtsschutz genießen: Human Rights Committee Concluding observations on the fourth report of the United States of America, adopted by the Committee at its 110th session (10–28 March 2014), Rn. 22.

¹⁵⁶ Die Geheimdienste der USA, Großbritanniens, Kanadas, Australiens und Neuseelands bilden zusammen die sog. „Five Eyes“: Sie ergänzen sich aufgrund ihrer geopolitischen Lage perfekt; zudem verbindet sie die englische Sprache und ein gemeinsames Rechtsverständnis: *T. Weichert* Globaler Kampf um digitale Grundrechte, Kritische Justiz 2014, 123 f. Zu dieser Partnerschaft und weiteren Partnern der NSA, zu denen u.a. Deutschland, Österreich und die Schweiz gehören sollen, s. ferner *Greenwald* Überwachung (Fn. 153), 174 ff., insb. 180.

¹⁵⁷ Näher zu diesen Partnerschaften und Überwachungsprogrammen *Greenwald* Überwachung (Fn. 153), 151 ff. Einen Überblick über die von der NSA und dem GCHQ eingesetzten Programme bietet außerdem *P. Beuth* Alles Wichtige zum NSA-Skandal, ZEIT ONLINE (laufend aktualisiert), www.zeit.de/digital/datenschutz/2013-10/hintergrund-nsa-skandal/komplettansicht (30.10.2014).

¹⁵⁸ Die Beschwerde wurde von drei NGOs mit Sitz in London (Big Brother Watch, English PEN, Open Rights Group) und einer in Deutschland wohnhaften Spezialistin für technische Überwachung am 4.9.2013 erhoben und ist beim EGMR zur Zahl 58170/13 registriert. Sie rügt insb., dass der GCHQ ohne gesetzliche Grundlage Informationen ausländischer Geheimdienste empfangt und verarbeitet, und dass er auf zu vager gesetzlicher Basis auswärtige Kommunikation abfangen. Nachdem der EGMR die Verfahrensbeteiligten am 9.1.2014 u.a. zur Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges befragt hatte (EuGRZ 2014, 122 [125]), wurde das Beschwerdeverfahren am 11.4.2014 ausgesetzt, bis das innerstaatliche Verfahren der Beschwerdeführer vor dem Investigatory Powers Tribunal abgeschlossen ist, das über Beschwerden gegen den Geheimdienst entscheidet; erweist sich dieses Rechtsmittel nicht als effektiv, wird das Beschwerdeverfahren vor dem EGMR fortgeführt.

Überwachung an der EMRK¹⁵⁹ und hält er sie auch – was eine andere Frage ist – für konventionswidrig,¹⁶⁰ wäre der Datenverkehr, der über

¹⁵⁹ Dass die EMRK hier durchwegs anwendbar ist, wird verschiedentlich bezweifelt. Denn nach Art. 1 EMRK sichern die Vertragsstaaten Rechte und Freiheiten nur Personen zu, die ihrer Jurisdiktion unterstehen. Jurisdiktion kann ein Staat zwar auch im Ausland haben; der EGMR hat sie bisher aber nur bei hoheitlicher Tätigkeit diplomatischer und konsularischer Behörden bejaht, ferner, wenn ein Staat im Ausland (z.B. infolge militärischer Besetzung) die Gesamtkontrolle über ein Gebiet ausübt oder wenn er Einzelpersonen kontrolliert, sie z.B. festnimmt oder interniert (mwN *G. Thallinger* Grundrechte und extraterritoriale Hoheitsakte, 2008, 113 ff., 179 ff.). Gestützt auf diese Judikatur verneint *S. Talmon* in seiner Stellungnahme für den NSA-Untersuchungsausschuss, 9 ff. (www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848, 31.10.2014) die Anwendbarkeit der EMRK auf Überwachungsmaßnahmen, die der GCHQ im Ausland setzt, ebenso auf Maßnahmen im Inland, mit denen der GCHQ Personen im Ausland überwacht. In beiden Konstellationen übe der GCHQ nämlich weder eine Gesamtkontrolle über ein fremdes Territorium noch physische Kontrolle über Personen aus. Gegen die Anwendung der EMRK auf globale Überwachungen spreche zudem, dass sonst mehrere Millionen, wenn nicht Milliarden Menschen beschwerdelegitimiert wären (*Talmon* ebd., 9, 11). Konsequenz zu Ende gedacht bedeutet dieses zweite Argument freilich, dass die EMRK unanwendbar wird, sobald ein Staat massenhaft in Freiheitsrechte eingreift: Das überzeugt nicht. Zudem ist zu bedenken, dass der EGMR eine Beschwerde zweier NGOs mit Sitz in Dublin gegen Überwachungsmaßnahmen britischer Behörden für begründet erachtet hat, ohne die Zulässigkeit dieser Beschwerde in Zweifel zu ziehen (EGMR 1.7.2008, *Liberty* u.a. v. UK, Appl. 58243/00, Rn. 55). Das legt nahe, dass der EGMR die EMRK auch für anwendbar hält, wenn ein Staat Personen im Ausland überwacht (ebenso *H. P. Aust* Stellungnahme für den NSA-Untersuchungsausschuss, 11, www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848, 31.10.2014). Für Überwachungsmaßnahmen, die ein Staat auf fremdem Territorium setzt, fehlt es hingegen an einschlägiger Judikatur, denn die vom EGMR bisher entschiedenen Fälle betrafen durchwegs den Einsatz von Waffengewalt auf fremdem Territorium; eine derart intensive Kontrolle kann bei geheimsdienstlicher Überwachung naturgemäß nicht erreicht werden (*Aust* ebd., 12). ME spricht viel dafür, eine – dann eben „virtuelle“ – Kontrolle auch bei einer solchen Überwachung zu bejahen, egal mit welchen technischen Mitteln und von wo aus sie erfolgt. Jede andere Auslegung würde den Staaten nur neue Wege eröffnen, sich der Grundrechtsbindung durch raffinierte Technik zu entziehen. Wie der EGMR im Fall *Issa* ausgesprochen hat, darf Art. 1 EMRK aber nicht so ausgelegt werden, dass er den Vertragsstaaten Konventionsverletzungen auf fremdem Territorium erlaubt, die ihnen auf eigenem Staatsgebiet verboten sind (EGMR 16.11.2004, *Issa* u.a. v. Türkei, Appl. 31821/96, Rn. 71). Für eine Erweiterung des Kontrollbegriffs um eine „virtual control“ bereits *Peters*, *Surveillance* (Fn. 152); *P. Margulies* *The NSA in Global Perspective: Surveillance, Human Rights, and International Counterterrorism*, *Fordham Law Review* 82 (2014), 2137 (2150 ff.); *D. Korff* Stellungnahme zum NSA-Untersuchungsausschuss, 4, www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848, 31.10.2014; für die vorliegende Konstellation wohl auch *Aust* ebd., 13 f.; die Anwendbarkeit der EMRK bejaht hier ebenso *Schmahl* *Rechtsschutz* (Fn. 152), 227, allerdings gestützt auf sinngemäß heranzuziehende Auslieferungsentscheidungen des EGMR; für

Glasfaserkabel zwischen Großbritannien und Amerika geführt wird, für die NSA nicht mehr im selben Maß kontrollierbar wie heute.

Ein zweites Verfahren ist derzeit vor dem EuGH anhängig; es betrifft einen wichtigen privaten Helfer der NSA, den Internet-Dienstleister Facebook, der nach wie vor Nutzerdaten an die USA weitergibt, obwohl dort – wie der Beschwerdeführer im Ausgangsverfahren beanstandet¹⁶¹ – keine Datensicherheit mehr besteht; das widerspreche Art. 25 Abs. 6 der Datenschutz-RL. Der irische Datenschutzbeauftragte fand diese Beschwerde „frivol“;¹⁶² denn die Europäische Kommission habe in der sog. Safe-Harbor-Entscheidung bereits im Jahr 2000 festgestellt, dass in den USA ausreichende Datensicherheit besteht.¹⁶³ Der High Court of Ireland meint hingegen, dass seit dieser Entscheidung bedeutende Neuerungen eingetreten sind: Die GRC sei verbindlich geworden; der EuGH habe ausgesprochen, dass eine massenhafte, verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung die GRC verletzt,¹⁶⁴ und mit den Enthüllungen Snowdens sei bekannt geworden, dass die USA die Auslandskommunikation massenhaft und verdachtsunabhängig überwacht.¹⁶⁵ Das irische Gericht will nun vom EuGH wissen,¹⁶⁶ ob es dennoch an die Entscheidung der Kommission gebunden ist oder ob es im Lichte dieser Neuerungen eigene Ermittlungen zur Datensicherheit in den USA anstellen darf oder sogar muss.¹⁶⁷

möglich halten die Anwendbarkeit der EMRK in der vorliegenden Konstellation vor-
sichtig auch *Ewerl/Thienel* NSA-Datenskandal (Fn. 150), 32.

¹⁶⁰ Skeptisch zur Konventionskonformität z.B. *Peters*, Surveillance (Fn. 152); *Ewerl/Thienel* NSA-Datenskandal (Fn. 150), 33; *D. Korff* Stellungnahme (Fn. 159), 3; wohl auch *Schmahl*, Rechtsschutz (Fn. 152), 225.

¹⁶¹ Die Beschwerde ist abrufbar unter www.europe-v-facebook.org/prism/facebook.pdf (31.10.2014).

¹⁶² S. die Sachverhaltsdarstellung im Vorlagebeschluss des High Court of Ireland, 17.7.2014, Maximilian Schrems/Data Protection Commissioner, 2013/765JR, Rn. 4, www.europe-v-facebook.org/ref_ecj.pdf (31.10.2014).

¹⁶³ Entscheidung der Kommission vom 26.7.2000 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des „sicheren Hafens“ und der diesbezüglichen „Häufig gestellten Fragen“ (FAQ) gewährleisteten Schutzes, vorgelegt vom Handelsministerium der USA, ABI L 215/2000, 7.

¹⁶⁴ EuGH 8.4.2014 (GK), Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a., verb. Rs. C-293/12 und C-594/12.

¹⁶⁵ Vorlagebeschluss des High Court of Ireland (Fn. 162), Rn. 67 ff.

¹⁶⁶ Beim EuGH ist dieses Vorabentscheidungsverfahren zur Zahl C-362/14 registriert.

¹⁶⁷ Für Deutschland und einige andere Mitgliedstaaten wird eine solche Prüfungsbefugnis für Datenschutzbehörden teils bejaht (*F. C. Mayer* Mit Europarecht gegen die amerikanischen und britischen Abhöraktionen? Teil 1: NSA, VerfBlog 18.11.2013, www.verfassungsblog.de/mit-europarecht-gegen-amerikanischen-und-britischen-

Dieses Verfahren könnte dem EuGH Gelegenheit geben, einen Informationskanal zur NSA zu schließen, den die Kommission durch ihre Safe-Harbor-Entscheidung eröffnet hat; dass sie diesen Weg bisher nicht selbst gesperrt hat,¹⁶⁸ ist keine unterlassene Schutzhandlung,¹⁶⁹ sondern ein fort-dauernder Eingriff, der, wenn er grundrechtswidrig ist, abgewehrt werden kann.

Mit den privaten Helfern der Geheimdienste kommen erneut die Konsumenten ins Spiel; sie könnten zu Internet-Dienstleistern wechseln, die nicht mit dem amerikanischen Geheimdienst kooperieren müssen. Das befürchten offenbar auch schon die amerikanischen Internet-Dienstleister,¹⁷⁰ denn sie entrüsten sich nun nicht nur periodisch darüber, dass die Behörden ständig Nutzerdaten von ihnen fordern;¹⁷¹ sie bekämpfen diese

abhoeraktionen-teil-1-nsa/, 31.10.2014), teils bestritten (*A. Spies* Datenschutzbeauftragte: Keine „Genehmigungen“ mehr zum USA-Datenexport nach Safe Harbor – ist das rechtlich möglich? ZD-Aktuell 2013, 3691).

¹⁶⁸ Dabei wurde die Europäische Kommission schon mehrfach aufgefordert, die Safe Harbor-Entscheidung zu suspendieren, z.B. von der Konferenz der deutschen Datenschutzbeauftragten (Presseerklärung vom 24.7.2013, Geheimdienste gefährden massiv den Datenverkehr zwischen Deutschland und außereuropäischen Staaten), später auch vom Europäischen Parlament (Entschließung vom 12.3.2014 [Fn. 154], Rn. 40). Die Kommission stellte bisher aber nur „[e]rnsthafte in Frage [...] ob die Datenschutzrechte europäischer Bürger [...] angesichts des umfassenden Zugriffs der Nachrichtendienste auf Daten, die von Safe-Harbor-Unternehmen in die USA übermittelt werden, kontinuierlich geschützt sind“. Zugleich formulierte sie 13 Empfehlungen, die die Safe-Harbor-Regelung wirksamer machen sollen, u.a.: „Wichtig ist, dass von der in der Safe-Harbor-Entscheidung vorgesehenen Ausnahme der nationalen Sicherheit nur so weit Gebrauch gemacht wird, wie dies unbedingt notwendig oder angemessen ist“ (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Funktionsweise der Safe-Harbor-Regelung aus Sicht der EU-Bürger und der in der EU niedergelassenen Unternehmen vom 27. November 2013, COM(2013) 847 final, 20, 22). Mehr als das ist bisher nicht geschehen.

¹⁶⁹ Anders wohl *Schmahl* Rechtsschutz (Fn. 152), 226; *D.-K. Kipker/F. Voskamp* PRISM und staatliche Schutzpflichten – ein politisches Märchen? RDV 2014, 84 (86).

¹⁷⁰ Diese Sorge dürfte auch realistisch sein: So wird angenommen, dass die US-Cloud-Industrie wegen des durch den NSA-Skandal entstandenen Vertrauensverlustes in den nächsten drei Jahren zehn bis zwanzig Prozent der Marktanteile im Ausland verlieren und dadurch einen Schaden von 21,5 bis 35 Milliarden Dollar erleiden wird: *The Information Technology & Innovation Foundation* How Much Will PRISM Cost the U.S. Cloud Computing Industry? 2013, 3 f., www.itif.org/publications/how-much-will-prism-cost-us-cloud-computing-industry (31.10.2014).

¹⁷¹ Führende IT-Dienstleister der USA forderten zunächst in einem offenen Brief, dass die staatliche Überwachung beschränkt werde und dass sie bekanntmachen dürfen, wie oft und warum Regierungen die Herausgabe von Nutzerinformationen verlangen (US-Internetfirmen fordern Grenzen für Überwachung, ZEIT ONLINE v. 9.12.2014). Nach monatelangen Verhandlungen wurde IT-Unternehmen dann tatsächlich gestattet,

Forderungen auch gerichtlich, zwar ohne Erfolg, doch mit hoher medialer Aufmerksamkeit.¹⁷² In der neuen Grundrechtswelt werden Klagen also nicht nur eingesetzt, um Unternehmen Kunden abspenstig zu machen, sondern auch, um Kunden zu halten oder sie zurückzugewinnen.

Dass die europäischen Regierungen auf die Überwachung durch die NSA bisher zurückhaltend reagiert haben, hat Gründe. Zum einen sind sie den USA politisch verbunden; vermutet wird zum anderen, dass europäische Geheimdienste sich über die NSA Daten beschaffen, die sie selbst nicht erheben dürfen.¹⁷³ Auch ein solcher „Ringtausch“ wäre kein Schutzpflichtproblem;¹⁷⁴ die Anforderung bzw. Annahme solcher Daten greift vielmehr direkt in das Recht auf Achtung des Privatlebens und auf Datenschutz ein und wäre, da gesetzlos, nicht zu rechtfertigen.¹⁷⁵

Für staatliche Schutzpflichten bleibt dann noch der Vorschlag, zum einen die IT-Infrastruktur zu dezentralisieren, d.h. insbesondere Datenknotenpunkte in Europa auszubauen und für europäische Cloud-Dienste zu sorgen,¹⁷⁶ zum anderen aber auch Internet-Dienstleistern eine benut-

detailliertere Zahlen zur Internet-Überwachung zu publizieren (US-Regierung lässt Technikindustrie ein bisschen Freiheit, Süddeutsche.de v. 28.1.2014), was seither auch regelmäßig geschieht (s. etwa die erste von Apple veröffentlichte Abfrage-Statistik unter images.apple.com/pr/pdf/140127upd_nat_sec_and_law_enf_orders.pdf, 31.10.2014). Die Zahlen dürfen allerdings nur für größere Zeiträume und nur gestaffelt publiziert werden, was ihre Aussagekraft beschränkt (Geheimdienste griffen auf Zehntausende Online-Accounts zu, Süddeutsche.de v. 4.2.2014). S. zur Überwachungskritischen Haltung der IT-Unternehmen auch *Weichert* Globaler Kampf (Fn. 156), 128.

¹⁷² S. z.B. Verfahren in New York: Microsoft und Co. wollen Cloud-Daten vor US-Zugriff schützen, SPIEGEL ONLINE v. 17.6.2014; US-Internetkonzerne müssen in Europa gespeicherte Daten herausgeben, ZEIT ONLINE v. 31.7.2014; Judge may hold Microsoft in contempt after refusal to hand over foreign data, theguardian.com v. 1.9.2014. Apple wirbt neuerdings damit, dass es, anders als seine Konkurrenten, nicht mehr auf Daten der von ihm produzierten iPhones und iPads zugreifen und folglich auch nicht mehr von der Polizei zur Datenherausgabe verpflichtet werden könne: Apple ärgert die Polizei, ZEIT ONLINE v. 18.9.2014.

¹⁷³ Z.B. *J. Berger* GCHQ and European spy agencies worked together on mass surveillance, theguardian.com v. 1.11.2013; Vom Opfer zum Täter? faz.net v. 2.11.2013. Auf eine solche Datenbeschaffung scheinen auch interne Dokumente hinzuweisen: EU verschleierte die NSA-Affäre, Die Presse v. 12.9.2014.

¹⁷⁴ *Ewer/Thienel* NSA-Datenskandal (Fn. 150), 35; *H.-J. Papier* Gutachterliche Stellungnahme (Fn. 152), 8; *Szczekalla* Sicherung (Fn. 152), 1111.

¹⁷⁵ Ob ein solcher Ringtausch wirklich stattfindet, war bisher aber, trotz verschiedenster Anläufe und Verfahren, nicht zu ermitteln, s. für Deutschland *Szczekalla* Sicherung (Fn. 152), 1111.

¹⁷⁶ S. z.B. *A. Dix* Grundrechtsschutz durch informationelle Gewaltenteilung, FS Kutscha, 2013, 95 (103 f.); *Hoffmann-Riem* Stellungnahme (Fn. 152), 18; s. außerdem die Stellungnahmen von *S. Gaycken* (3, 6) und *M. Waidner* (2, 32 ff., 41 ff.) zum

zerfreundliche Verschlüsselung vorzuschreiben.¹⁷⁷ Letzteres ist längst überfällig, und auch die Stärkung einer europäischen Infrastruktur leuchtet ein. Man sollte sich allerdings bewusst sein, dass europäische Daten damit nur der NSA entzogen, für die heimischen Geheimdienste aber umso leichter greifbar würden. Dass unsere Daten ausgerechnet in den Händen jenes Staates sicherer sind, der auf uns unmittelbar mit Zwang zugreifen kann, ist aber nicht von vornherein gesagt.¹⁷⁸

NSA-Untersuchungsausschuss, beide abrufbar unter www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848. Hilfreich könnte bei dieser Dezentralisierung sein, dass die Interessen der Politik (Unabhängigkeit), der Wirtschaft (bessere Wettbewerbslage für europäische IT-Anbieter) und der Bürger (Schutz der Privatheit) hier in dieselbe Richtung gehen: *T. Weichert* Globaler Kampf (Fn. 156), 131, 133.

¹⁷⁷ S. z.B. die Entschließung der 86. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder vom 1. und 2. Oktober 2013, Sichere elektronische Kommunikation gewährleisten – Ende-zu-Ende-Verschlüsselung einsetzen und weiterentwickeln, DuD 2013, 802 (803); *Gaycken* Stellungnahme (Fn. 176), 3, 6; *Waidner* Stellungnahme (Fn. 176), 39 ff.; die Verschlüsselung der Kommunikationsinhalte schützt freilich nicht vor der sehr ergiebigen Auswertung der Metadaten: *M. Kutscha* Offene Fragen zum Überwachungs-GAU, vorgänge 2013, 89 (95). Dafür müssten zusätzlich – breit einsetzbare – Anonymisierungsdienste entwickelt werden, s. *Waidner* Stellungnahme (Fn. 176), 29 ff., der ebd., 45 ff. ebenso wie *Gaycken* Stellungnahme (Fn. 176), 7 ff., noch weitere Maßnahmen zur IT-Sicherheit empfiehlt.

¹⁷⁸ Auch dass europäische Geheimdienste dem Grunde nach zurückhaltender wären als die NSA, liegt derzeit nicht nahe; ein Rechtsvergleich zeigt vielmehr, dass amerikanische, britische und deutsche Geheimdienste in zentralen Punkten ähnlich verfahren: Sie überwachen basierend auf relativ vagen Ermächtigungen ausländische Kommunikation deutlich intensiver als inländische. Dabei wird zunächst die gesamte Kommunikation gesammelt und erst dann die inländische Kommunikation herausgefiltert und gelöscht, auch das aber nur, wenn sie für die Auslandsaufklärung irrelevant ist. In allen drei Staaten ist die Aufsicht über die Geheimdienste zudem beschränkt wirksam; sie erfolgt insb. fast vollständig geheim, sodass Rechtswidrigkeiten im Regelfall nicht nach außen dringen: *S. Heumann/B. Scott* Rechtsrahmen für geheimdienstliche Überwachung im Internet: USA, Großbritannien und Deutschland im Vergleich, in: *M. Beckedahl/A. Meister* (Hrsg.) Überwachtes Netz, 2013, 149. *M. Bäcker* Erhebung, Bevorratung und Übermittlung von Telekommunikationsdaten durch die Nachrichtendienste des Bundes, Stellungnahme zur Anhörung des NSA-Untersuchungsausschusses am 22.5.2014, 23 (www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/ua/1untersuchungsausschuss/-/280848, 31.10.2014), meint sogar, dass die Sammelbefugnis des deutschen Geheimdienstes „dem Vorgehen ausländischer Nachrichtendienste in nichts nachstünde“, wenn man – der deutschen Bundesregierung folgend, aber verfassungsrechtlich verfehlt – als Rechtsgrundlage für die Auslandsüberwachung die bloße Aufgabenzuweisung des § 3 Abs. 2 Satz 1 BNDG genügen lässt. Für verfassungsrechtlich bedenklich hält die Auslandsüberwachung des deutschen Geheimdienstes auch *B. Huber* Die strategische Rasterferndienst des Bundesnachrichtendienstes – Eingriffsbefugnisse und Regelungsdefizite, NJW 2013, 2572 (2574, 2576 f.). Wie schließlich *Margulies* NSA (Fn. 159), 2158 ff., zeigt, ist

Gegen diese Fremdkontrolle hilft dann nur mehr Selbstschutz und auch etwas Selbstkontrolle: Wir können uns dem Internet zwar nicht mehr entziehen,¹⁷⁹ aber es gibt doch Dinge, auf die man auch verzichten kann. Es muss nicht pausenlos kommuniziert werden, es muss auch nicht alles gesagt werden, und schon gar nicht muss alles pausenlos allen gesagt werden.¹⁸⁰

Was kann man also aus der NSA-Affäre lernen? Wer die ganze Welt überwachen will, braucht weltweit Helfer; wer so viele Helfer hat, schafft aber auch Ansatzpunkte für die Sicherung der Menschenrechte.

Private Helfer können für Staaten überaus nützlich sein, weil sie Fähigkeiten haben, die der Staat nicht entwickeln kann. Sind diese Helfer aber zugleich kommerziell tätig, werden sie auch doppelte Loyalitäten entwickeln. So ist nicht auszuschließen, dass Internet-Dienstleister mittelfristig vom Staat Distanz nehmen und sich mit ihren Nutzern verbünden.

Noch etwas zeigt der NSA-Skandal: Nicht alles, was nach Schutzpflicht aussieht, ist auch ein Schutzpflichtproblem,¹⁸¹ und der Bürger muss nicht immer darauf warten, dass er geschützt wird: Er kann einerseits manche Angriffe abwehren und sollte sich andererseits auch vor sich selbst in Schutz nehmen.

V. Gefährliche, neue Welt?

Ich komme zum Schluss und fasse zusammen: In der gefährlichen, neuen Grundrechtswelt sind alle drei Prämissen des klassischen Grundrechtskonzepts ins Wanken geraten. Die Bipolarität des Grundrechtsver-

auch der Schutz der Privatsphäre nach der EMRK nicht in jeder Hinsicht höher als in den USA. Dass sich die verfassungsrechtliche Argumentation in den USA und in Deutschland „trotz unterschiedlicher Kulturen des Datenschutzes“ durchaus ähnelt, stellen auch *K. F. Gärditz/C.-F. Stuckenberg* Vorratsdatenspeicherung à l'américaine – Zur Verfassungsmäßigkeit der Sammlung von Telefonverbindungsdaten durch die NSA, JZ 2014, 209 (219) fest. Soweit europäische Geheimdienste nicht derart intensiv überwachen wie die „Five Eyes“, beruht das also nicht notwendig auf ihrer rechtsstaatlichen Überlegenheit; es kann auch schlicht das Ergebnis ihrer technischen Unterlegenheit sein.

¹⁷⁹ Das „Leben als antidigitaler Robinson“ ist, wie *Hoffmann-Riem* Freiheitsschutz (Fn. 150), 54, zutreffend meint, längst „eine unrealistische Alternative“.

¹⁸⁰ Für Selbstschutz, insb. Datenvermeidung und Datensparsamkeit wurde schon vielfach plädiert, s. z.B. *T. Weichert* PRISM, Tempora, Snowden: Analysen und Perspektiven, in: *Beckedahl/Meister* (Fn. 178), 179 (184 f.).

¹⁸¹ Dass Grundrechtseingriffe bisweilen fälschlich und zum Schaden für den Grundrechtsschutz unter dem Titel der Schutzpflichten abgehandelt werden, hat allgemein schon *Szcekalla* Schutzpflichten (Fn. 31), 438 ff., gezeigt.

hältnisses – hier der Bürger, dort der Staat – ist erstens einer multipolaren Vielfalt gewichen: Neben den Staaten sind als Grundrechtsstörer auch staatlich-private Hybride, mächtige private Akteure und diffuse Figuren wie die Internet-Gemeinde ins Rampenlicht getreten. Dieser Pluralisierung der Störer entspricht zweitens eine Ausweitung und Dezentralisierung der Machtmittel: Nach wie vor wird Macht zwar durch Zwang ausgeübt, aber auch durch Geld und vor allem durch Information. Plural geworden sind drittens die Orte, von denen aus Grundrechte beeinträchtigt werden – ihre Bühne ist heute die ganze Welt.

Diese dreifache Pluralisierung erschwert es dem Bürger zwar, zu seinem Recht zu kommen. Die Zivilgesellschaft hat aber auch Abwehrstrategien entwickelt. Zum Schutz vor übermächtig erscheinenden Grundrechtsstörern holt sie heute mehr und mehr organisierte Grundrechtsaktivisten auf die Bühne, die engagiert und oft gewitzt für Bürgerrechte streiten: NGOs, aber auch Einzelkämpfer wie den wackeren Max Schrems, der seit Jahren und nicht ohne Erfolg gegen Facebook prozessiert.¹⁸²

Gegen undurchsichtige Machtausübung setzt die Zivilgesellschaft zunehmend ihre eigenen „Spione“ ein: Whistleblower, investigative Journalisten und abermals NGOs, die der Weltöffentlichkeit von Menschenrechtsverletzungen berichten und damit Diskussionen anstoßen, also ihrerseits die Macht der Information nutzen. Manche von ihnen sind schlicht Spione, die die Seite gewechselt haben, z.B. Edward Snowden¹⁸³ oder Caspar Bowen, ehemals Mitarbeiter bei Microsoft, heute energischer Kämpfer für den Datenschutz.¹⁸⁴ Auch diese Figuren spielen im Grundrechtsdrama eine zunehmend wichtige Rolle.

¹⁸² Die Verfahren seiner Plattform „Europe versus Facebook“ sind dokumentiert auf www.europe-v-facebook.org/DE/de.html; dazu gehört auch das oben Fn. 161 erwähnte Verfahren gegen Irland.

¹⁸³ Der Fall Snowden zeigt freilich auch, wie gefährlich Whistleblower leben, weil die Menschen zwar den „Verrat“ lieben, nicht aber den „Verräter“. So wurde Snowden nach seinen Enthüllungen innerhalb kürzester Zeit medial diskreditiert (Details bei *Greenwald* Überwachung [Fn. 153], 297 ff.), von seinem Arbeitgeber gekündigt und von den USA strafrechtlich verfolgt. Schutz vor dieser Verfolgung fand er nicht in westlichen Staaten (was vielfach kritisiert wurde, s. z.B. *Weichert* PRISM [Fn. 180], 183 f.), sondern zuerst in China und dann in Russland, wo er eineinhalb Jahre nach seinen Enthüllungen noch immer lebt. Dass Snowden für seine Courage mehrere Preise, darunter auch der sog. Alternative Nobelpreis (Right Livelihood Award) verliehen wurden, entschädigt dafür wohl nicht. Zu Recht werden wirksame Schutzgesetze für Whistleblower gefordert, s. etwa *D. Deiseroth* Whistleblowing und ziviler Ungehorsam im demokratischen Verfassungsstaat, Neue Gesellschaft Frankfurter Hefte 2014, Heft 1–2, 4; *Weichert* Globaler Kampf (Fn. 156), 131.

¹⁸⁴ Zu ihm näher *K. Kohlenberg/Y. Musharbash/W. Wiedmann-Schmidt* Sie wissen, wer du bist, ZEIT ONLINE, 2.6.2014.

Gelegentlich stürmt sogar das Publikum die Bühne, weil es Menschenrechtsverletzungen nicht mehr tatenlos zuschauen, sondern sie durch Protest verhindern will: Das sind die Konsumenten, die multinationale Konzerne grenzüberschreitend boykottieren, also die Macht des Geldes und die Achillesferse der Reputation von Unternehmen nutzen.

Das Grundrechtsstück ist nach all dem nicht ein steriles Musical, das einmal produziert und dann weltweit immer gleich aufgeführt wird; es ähnelt eher einer Aufführung in Bayreuth, an der immer wieder und weiter gearbeitet wird. Der Staat spielt in diesem Stück noch immer eine wichtige Rolle, aber nicht mehr die Hauptrolle. Er führt auch nicht mehr die Regie: Das Grundrechtsstück ist heute kein groß inszeniertes Drama mehr, sondern wird, vor allem in grenzüberschreitenden Zusammenhängen, mehr und mehr zum Improvisationstheater. Dafür ist das Generalthema dieses Stückes deutlicher geworden: Es geht nicht so sehr um die Herrschaft des Staates über Menschen, sondern um die Herrschaft von Menschen über Menschen.

Die Rechtswissenschaft hat bei diesem Stück die Rolle des Feuilletons. Kraft ihrer Beobachtungs- und Analyseinstrumente hat sie einen schärferen Blick auf gesellschaftliche Zustände und kann daher auch empfehlen, wie das Stück besser aufgeführt werden kann. Drei Grundregeln gelten aber unverändert, erstens: Der Gegner des Bürgers muss nicht der Staat sein, aber er muss ein Gesicht haben und greifbar sein, sonst kann er nicht adressiert werden – das ist die bleibende Kernaussage der ersten Prämisse. Zweitens: Macht muss nicht nur durch Zwang ausgeübt werden, aber der Bürger muss sehen, dass und mit welchen Mitteln geherrscht wird; deshalb sind Geheimnisse stärker zu reflektieren – das ist die bleibende Kernaussage der zweiten Prämisse. Die dritte Prämisse, nach der der Staat zuhause herrscht, ist längst falsifiziert, und die Probleme, die durch grenzüberschreitende Eingriffe entstehen, fordern Einfallsreichtum und Experimentierfreude. Diese beiden Qualitäten sind vielleicht auch sonst probat für die Meisterung der Szenerie, in der wir uns heute finden.

Leitsätze der 2. Referentin über:

Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure

I. Gute, alte Welt

(1) Das traditionelle Konzept der Grundrechte beruht auf drei Prämissen: Grundrechte regeln das Verhältnis zwischen Staat und Bürger; sie antworten auf das staatliche Gewaltmonopol; der Staat übt seine Macht im eigenen Territorium aus. Alle drei Prämissen sind heute zweifelhaft geworden.

II. Von bipolarer Klarheit zu multipolarer Unklarheit

1. Staat und Bürger

(2) Die Bipolarität des Grundrechtsverhältnisses als Beziehung zwischen Staat und Bürger hat an Eindeutigkeit verloren, weil der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben zunehmend Private einsetzt, weil Grundrechtskonflikte mehr und mehr horizontal bestehen, und weil sich bisweilen schwer fassen lässt, wer eigentlich der Grundrechtsstörer ist.

2. Private Verwalter

(3) Die Grundrechtsbindung privater Verwalter knüpft nicht mehr nur an die Ausübung von Hoheitsgewalt an. Sie bestimmt sich, teils explizit, teils implizit, auch nach den jeweils übertragenen Aufgaben und nach dem Einfluss, den der Staat auf die Aufgabenerfüllung hat.

(4) Die relative Unschärfe dieser Kriterien ist keine Schwäche, sondern eine Stärke: Sie erlaubt es, den Staat, der seine Gestalt und Herrschaftsinstrumente immer wieder ändert, stets aufs Neue fassbar zu machen.

3. *Rein private Grundrechtsstörer*

(5) *Rein private Grundrechtsstörer werden in Deutschland, Österreich und in der Schweiz grundsätzlich nicht als unmittelbar grundrechtsgebunden angesehen; das überzeugt auch, denn die Grundrechtskataloge aller drei Rechtsordnungen behalten es dem Gesetzgeber vor zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen in Grundrechte eingegriffen werden darf.*

(6) *Die Schutzpflichtenlehre hat allerdings in Erinnerung gerufen, dass Grundrechte den Staat von Anfang an nicht nur abwehren, sondern ihn auch in Anspruch nehmen sollten, um gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse zu zerschlagen. Die Geschichte zeigt aber ebenso, dass ein Staat, der in zentralen Herrschaftsfragen von einzelnen Privaten abhängig ist, beim Schutz der Allgemeinheit blockiert sein kann.*

(7) *Erfüllt der Gesetzgeber seine Schutzpflichten nicht, schreiten Gerichte bisweilen zur richterlichen Rechtsfortbildung. So ist die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte nur auf die Ersatzbank verwiesen; sie kommt ins Spiel, wenn der Schutzgesetzgeber ausfällt.*

(8) *Insgesamt ist die Bipolarität der Grundrechtsbeziehung heute relativiert: Diese Beziehung besteht zwar primär zwischen Staat und Bürger. Daneben sind aber durch die Judikatur, durch nationale Verfassungen und das Europarecht auch für Private bedeutsame Grundrechtsbindungen entstanden.*

III. *Vom Gewaltmonopol zu dezentraler Macht*

1. *Zwang*

(9) *Androhung und Einsatz von physischer Gewalt sind seit dem 19. Jahrhundert zentrale und exklusive Herrschaftsmittel des Staates. Diese Art von Macht äußert sich in der Negation von Freiheit, und sie braucht gerade deshalb Freiheitsgarantien als Gegengewicht.*

2. *Geld*

(10) *Macht kann ebenso aus ökonomischer Überlegenheit entstehen, die der Staat seit dem späten 20. Jahrhundert verstärkt als Herrschaftsmittel einsetzt und deren grundrechtliches Gefährdungspotenzial erst nach und nach sichtbar wurde. Anders als Gewalt ist Geld zwar nicht beim Staat monopolisiert; die Ausübung ökonomischer Macht zwischen Privaten wird aber grundrechtlich besonders in die Pflicht genommen. Ungelöste Probleme können allerdings entstehen, wenn Staaten mit ökonomisch mächtigen Privaten Allianzen eingehen.*

3. Information

(11) *Macht entsteht schließlich durch Information, die der Staat im beginnenden 21. Jahrhundert zunehmend als Steuerungsmittel einsetzt. Diese Macht ist kaum sichtbar, sie wirkt meist indirekt und ist deshalb schwer zu kontrollieren; nach und nach wird aber auch sie grundrechtlich eingeehgt. Auch Private nutzen Information intensiv als Machtressource, sie werden dabei insbesondere durch das Datenschutzrecht diszipliniert. Auch hier kann es aber zu Schutzdefiziten kommen, wenn Staaten sich mit privaten Informations-Intermediären verbünden.*

IV. Vom Territorium zur Grenzenlosigkeit

1. Geherrscht wird zuhause

(12) *Staaten herrschen längst nicht nur im eigenen Territorium; sie werden zunehmend auf fremdem Hoheitsgebiet tätig, bisweilen sogar, ohne dort physisch präsent zu sein. Noch rasanter gestiegen ist die Mobilität privater Akteure, und auch sie können auf das Leben der Bürger eines Staates intensiv einwirken, ohne in dessen Territorium physisch anwesend zu sein.*

2. Private Akteure aus dem Ausland

(13) *Wie Staaten versuchen private Akteure, Grundrechtsbindungen zu entgehen, und zwar indem sie sensible Tätigkeiten in eine andere Rechtsordnung verschieben. Die Auswirkungen dieser Tätigkeit wieder an Grundrechtsstandards zu binden, ist möglich, wenn ein Staat seine Jurisdiktion entsprechend ausdehnt.*

(14) *Private Akteure, die solche Transaktionen durchführen können, sind für gewöhnlich einflussreich; das kann die Schutzbereitschaft des Gesetzgebers lähmen, selbst wenn es um die Rechte der Mehrheitsbevölkerung geht.*

(15) *In solchen Situationen springen bisweilen Gerichte für den Bürger in die Bresche; ihre Urteile können einen Regulierungsprozess anstoßen, der im Idealfall dazu führt, dass die judikativ entwickelte Schutznorm inhaltlich verbessert wird.*

(16) *Auch diffuse Grundrechtsstörer wie die Internet-Gemeinde sind in den Griff zu bekommen, wenn man die Störung rechtsschutzfreundlich zurechnet und dem Betroffenen ein klagbares Gegenüber verschafft.*

3. *Private Akteure im Ausland*

(17) *Wenn Regierungen sich mit ökonomisch mächtigen privaten Akteuren verbünden, ihre eigene Bevölkerung nicht schützen und wenn den Bürgern auch die Gerichte dieser Staaten nicht helfen, wird die Sicherung von Grundrechten zu einer patchworkartigen Parallelaktion verschiedenster Akteure. Staatlicher Zwang ist dabei nur ein Mittel von vielen und nicht immer das wirksamste. Zunehmend bedeutsamer wird hingegen das Machtmittel der Information.*

4. *Ausländische Mächte*

(18) *Wer die ganze Welt überwachen will, braucht weltweit Helfer; wer so viele Helfer hat, schafft aber auch Ansatzpunkte für die Sicherung der Grundrechte.*

(19) *Private Helfer können für Staaten nützlich sein, weil sie Fähigkeiten haben, die der Staat nicht entwickeln kann. Sind diese Helfer zugleich kommerziell tätig, werden sie allerdings doppelte Loyalitäten entwickeln; auch das kann Grundrechte sichern.*

(20) *Schließlich ist der Bürger nicht immer auf staatlichen Schutz angewiesen: Manche unterlassene Schutzhandlung erweist sich bei näherem Hinsehen als klassischer Grundrechtseingriff, den der Bürger aktiv abwehren kann. Und ein Stück weit sollte sich der Einzelne auch vor sich selbst in Schutz nehmen.*

V. *Gefährliche, neue Welt?*

(21) *Die Pluralisierung der Grundrechtsstörer, Methoden und Orte der Machtausübung kann den Rechtsschutz sehr erschweren. Doch hat die Zivilgesellschaft auch neue Bekämpfungsstrategien entwickelt: Sie setzt bei übermächtig erscheinenden Gegnern und undurchsichtiger Machtausübung zunehmend auf renitente Grundrechtsaktivisten, zivile „Gegenspione“ und auf den Boykott der Konsumenten.*

(22) *Der Grundrechtsgegner des Bürgers muss nicht der Staat sein, aber er muss ein Gesicht haben und greifbar sein. Macht muss nicht allein durch Zwang ausgeübt werden, aber der Bürger muss sehen, mit welchen Mitteln geherrscht wird. Die Probleme, die durch grenzüberschreitende Grundrechtseingriffe entstehen, fordern Einfallsreichtum und Experimentierfreude.*

(23) *Insgesamt verursacht dieser gesamte Wandel zwar vielfältige Schwierigkeiten; er hat aber auch das Thema der Grundrechte deutlicher gemacht: Es geht nicht so sehr um die Herrschaft des Staates über Menschen, sondern um die Herrschaft von Menschen über Menschen.*