

**TÜRKISCH-DEUTSCHE UNIVERSITÄT  
INSTITUT FÜR SOZIALWISSENSCHAFTEN  
MASTERSTUDIENGANG PRIVATRECHT**

**DIE FUNKTIONEN DER GRUNDRECHTE  
IN PRIVATRECHTLICHEN ZUSAMMENHÄNGEN  
IN DER DEUTSCHEN RECHTSORDNUNG**

**MASTERARBEIT**

**Özlem YILDIRIM**

**BETREUER  
Prof. Dr. Philip KUNIG**

**ISTANBUL, Juni 2022**

## VORWORT

Die vorliegende Arbeit mit dem Titel „Die Funktionen der Grundrechte in privatrechtlichen Zusammenhängen in der deutschen Rechtsordnung“ beschäftigt sich mit dem Einfluss des Grundrechtskatalogs auf den Bereich des Privatrechts, wobei sie sich aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung, welche laufend neue Rechtsfragen verursacht, Rechtsverhältnisse zwischen Privaten enorm beeinflusst und als eine Gefahr, die Grundrechte einzuschränken droht sowie infolgedessen das Datenschutzrecht ein äußerst dynamisches Rechtsgebiet ist sowohl in der deutschen als auch in der türkischen Rechtsordnung auf das Datenschutzrecht.

Ich möchte mich an dieser Stelle ganz herzlich bei all denen bedanken, die zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen haben. Die Idee zu dieser Arbeit entstand nach einer Vorlesung von Herrn Prof. Philip Kunig an der Türkisch-Deutschen Universität. Seine Veranstaltung hat mein Interesse am Thema der Grundrechtsfunktionen geweckt. Mein besonderer Dank gilt daher meinem Betreuer Herrn Prof. Philip Kunig für seine stete Unterstützung, sein Einfühlungsvermögen, seine stets freundliche Bereitschaft zum Gespräch und Verständnis. Ohne seine Hilfsbereitschaft und Ermunterung wäre diese Arbeit nicht zustande gekommen.

Zudem danke ich allen Mitarbeitern des Instituts für Sozialwissenschaften der Türkisch-Deutschen Universität für ihre wohlwollende Unterstützung.

Einen großen und herzlichen Dank möchte ich an meine Familie richten, die mich trotz der schwierigen Situation, in der sie sich befindet, moralisch sehr unterstützt und ermutigt hat, diese Arbeit zu schreiben.

Özlem Yıldırım

# Gliederung

<b>VORWORT</b> .....	<b>II</b>
<b>GLIEDERUNG</b> .....	<b>III</b>
<b>ZUSAMMENFASSUNG</b> .....	<b>V</b>
<b>ÖZET</b> .....	<b>VII</b>
<b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b> .....	<b>IX</b>
<b>EINLEITUNG</b> .....	<b>1</b>
<b>ABSCHNITT 1. WIRKUNG DER GRUNDRECHTE IM PRIVATRECHT</b> .....	<b>5</b>
1.1. LEHRE VON DER UNMITTELBAREN DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE .....	5
1.1.1. <i>Argumentation der Vertreter der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung</i> .....	5
1.1.2. <i>Kritik an der Lehre der unmittelbaren Drittwirkung</i> .....	7
1.1.3. <i>Zwischenergebnis</i> .....	8
1.2. LEHRE VON DER MITTELBAREN DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE .....	9
1.2.1. <i>Entstehungsgeschichte des Begriffs</i> .....	9
1.2.2. <i>Rechtswissenschaftliche Diskussion im Jahre 1950</i> .....	10
1.2.3. <i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> .....	11
1.3. ZUSAMMENFASSUNG UNTER KRITISCHER BETRACHTUNG DER LEHRE VON DER MITTELBAREN DRITTWIRKUNG .....	20
<b>ABSCHNITT 2. GRUNDRECHTSFUNKTIONEN IN DEUTSCHLAND</b> .....	<b>21</b>
2.1. SUBJEKTIV-RECHTLICHE FUNKTIONEN DER GRUNDRECHTE .....	21
2.2. OBJEKTIV-RECHTLICHE FUNKTIONEN DER GRUNDRECHTE .....	22
2.3. GRUNDRECHTE ALS VERFAHRENSRECHTE UND IN DER ORGANISATION .....	23
2.4. SCHUTZPFLICHTEN DES STAATES .....	24
<b>ABSCHNITT 3. DIE WIRKUNGSWEISE DER GRUNDRECHTE IM ARBEITSRECHTLICHEN BEREICH</b> .....	<b>26</b>
3.1. ART. 9 ABS. 3 GG UND STREIK ALS ARBEITSKAMPFMITTEL .....	27
3.1.1. <i>Definition von Streik</i> .....	29
3.1.2. <i>Schutz des Streiks als koalitionspezifischen Verhaltensweisen</i> .....	30
3.1.3. <i>Begründung staatlicher Pflichten zur Schaffung privatrechtlicher Wirkungen des Streiks</i> .....	32
3.2. ERGEBNIS .....	39
<b>ABSCHNITT 4. DIE WIRKUNGSWEISE DER GRUNDRECHTE IM DATENSCHUTZRECHTLICHEN BEREICH</b> ...	<b>41</b>
4.1. DIE ENTWICKLUNG DES DEUTSCHEN DATENSCHUTZRECHTS .....	41
4.2. DATENSCHUTZ IM VERHÄLTNIS ZWISCHEN PRIVATEN .....	45
4.2.1. <i>Grundrechtseingriff</i> .....	46
4.2.2. <i>Zentrale datenschutzrechtliche Begriffe</i> .....	47
4.3. ZWISCHENERGEBNIS .....	52
4.4. DAS RECHT AUF INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG IM PRIVATRECHTSVERKEHR .....	53
4.4.1. <i>Scoring anlässlich von Vertragsabschlüssen</i> .....	53
4.5. ERGEBNIS .....	65

<b>ABSCHNITT 5. DIE SITUATION IM TÜRKISCHEN RECHT .....</b>	<b>67</b>
5.1. GRUNDRECHTSFUNKTIONEN .....	67
5.2. DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE.....	69
5.3. ZWISCHENERGEBNIS.....	70
5.4. TÜRKISCHES DATENSCHUTZRECHT UND DER EINFLUSS DER GRUNDRECHTE AUF PRIVATRECHTSVERHÄLTNISSE .....	71
5.5. ERGEBNIS .....	76
<b>FAZIT.....</b>	<b>78</b>
<b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>	<b>81</b>

# **ZUSAMMENFASSUNG**

## **DIE FUNKTIONEN DER GRUNDRECHTE IN PRIVATRECHTLICHEN ZUSAMMENHÄNGEN IN DER DEUTSCHEN RECHTSORDNUNG**

Der Grundrechtskatalog hat auf sämtliche Bereiche des Privatrechts Einfluss, auch wenn immer noch viele Menschen die Grundrechte nur als Abwehrrechte gegen den Staat verstehen. Hierbei kommen insbesondere das Arbeits-, Miet-, Versicherungs-, Bank- und Datenschutzrecht in Betracht. In diesem Zusammenhang ist die Frage der Wirkung der Grundrechte zwischen Privatpersonen von zentraler Bedeutung.

Obwohl sich die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bereits vor vielen Jahren im Privatrecht durchgesetzt hat, können die Fragen nach der Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten und der Grundrechtsfunktionen im Privatrecht, insbesondere im Hinblick auf die gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen sowie die Funktion der Privatautonomie, weder in der deutschen noch in der türkischen Rechtsordnung als erledigt angesehen werden. Aus diesen Gründen stellt sich vor allem die Frage nach der Rolle der Reichweite der Schutzpflicht des Staates in privatrechtlichen Streitigkeiten.

Anhand verschiedener Entscheidungen der deutschen und türkischen Gerichte wurden in dieser Arbeit die Wirkung von Grundrechten zwischen Privatrechtssubjekten und Funktionen der Grundrechte untersucht, wobei sich die Untersuchung auf die mittelbare Drittwirkung und die objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte bzw. die grundrechtliche Schutzpflicht konzentriert hat. Weiterhin hat sich die Arbeit mit aktuellen wichtigen Themen des Arbeits- und Datenschutzrechts aus der Praxis befasst und diese sorgfältig aufbereitet, wobei die deutsche Rechtsordnung detaillierter behandelt und im arbeitsrechtlichen Bereich nur das Streikrecht diskutiert wurde. Dieser Themenbereich des Streikrechts wurde lediglich beziehend auf das deutsche Rechtssystem

analysiert. Der Grund für die ausführliche Befassung mit der deutschen Rechtsordnung liegt darin, dass die Diskussion darüber, ob und wie die Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse wirken erstmals in Deutschland geführt bzw. die Drittwirkung erstmals in Deutschland „erfunden“ wurde. Aufgrund des enormen Einflusses der in diesem Zusammenhang durch die deutsche Rechtsprechung und Literatur geführten Diskussionen auf die türkische Rechtsordnung, wurde diese ebenfalls untersucht. In diesem Abschnitt der Arbeit wurde jedoch lediglich das türkische Datenschutzrecht behandelt und hierbei auf die praxisrelevanten Fallgestaltungen eingegangen und diese kritisch beleuchtet, die in der Praxis häufig vorkommen.

**Schlagwörter:** Grundrechtsfunktionen, Schutzpflichttheorie, Lüth-Urteil, Wirkung der Grundrechte zwischen Privatrechtssubjekten, Volkszählungsurteil, unmittelbare und mittelbare Drittwirkung, staatliche Schutzpflicht, informationelle Selbstbestimmung, Privatautonomie, Streikrecht, Datenschutz, Einwilligung, freie Selbstbestimmung, Kollision zwischen Grundrechten, Interessenausgleich, türkisches Datenschutzrecht

**Datum:** 09/05/2022

# ÖZET

## ALMAN HUKUK SİSTEMİ KAPSAMINDA ÖZEL HUKUK İLİŞKİLERİNDE TEMEL HAKLARIN FONKSİYONLARI

Her ne kadar çoğu insan tarafından temel hakların sadece devlete karşı kullanılmasının mümkün olduğu düşünülse de, temel haklar katalogunun özel hukukun bütün alanlarına etkisi bulunmaktadır. Bu bakımdan özellikle iş, kira, sigorta, banka ve kişisel verilerin korunması hukuku dikkate alınan hukuk alanlarını oluşturmaktadırlar. Bu bağlamda temel hakların özel hukuk kişilerine etkisi sorusu merkezi önem taşımaktadır.

Temel hakların üçüncü kişilere dolaylı etkisi özel hukukta yıllar önce kabul edilmiş olmasına rağmen temel hakların özel kişiler arasında etkisine ve özel hukukta temel hakların fonksiyonlarına ilişkin soruların özellikle toplumsal ve teknolojik gelişmeler ve ayrıca irade özerkliğinin fonksiyonu göz önünde bulundurulduğunda ne Alman ne de Türk hukukunda çözülmüş olduklarını görmek mümkün değildir. Bu sebeplerden dolayı özellikle devletin koruma yükümlülüğünün özel hukuk uyumsuzluklarında etkilemesinin mümkün olduğu alanlara ilişkin soru ortaya çıkmaktadır.

Temel hakların özel hukuk kişilerine etkisi ve temel hakların fonksiyonları bu çalışmada çeşitli Alman ve Türk mahkeme kararları aracılığıyla incelenmiştir. Fakat bu inceleme o esnada dolaylı etki ve temel hakların objektif hukuksal boyutu, daha doğrusu anayasal koruma yükümlülüğü konularına yoğunlaşmıştır. Ayrıca bu çalışma iş ve kişisel verilerin korunması hukuku açısından uygulamada önemli ve güncel olan konularla ilgilenmiş ve bunlar özenle işlenmiştir. Bu esnada Alman hukuk düzeni daha ayrıntılı ele alınmış ve iş hukuku alanında grev hakkı tartışılmıştır. Grev hakkına ilişkin konu sadece Alman hukuk düzenine dayanarak analiz edilmiştir. Alman hukuk düzeninin daha ayrıntılı olarak ele alınmasındaki sebep temel hakların özel hukuk ilişkilerine etki edip etmedikleri ve nasıl etki ettiklerine ilişkin tartışmaların ilk olarak Almanya'da gerçekleşmiş olmasından yani yatay etki ilk olarak Almanya'da "icat

edildiğinden” kaynaklanmaktadır. Alman yargı içtihatlarında ve doktrininde bu bağlamda yürütülen tartışmaların Türk hukuk düzenine olağanüstü etkisi nedeniyle kendisi de incelenmiştir. Fakat çalışmanın bu bölümünde sadece Türk hukukunda kişisel verilerin korunması hakkı işlenmiş ve burada uygulamaya yönelik önemli ve sık gerçekleşen olayların üzerine gidilmiş ve bunlar eleştirel açıklanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Temel hakların fonksiyonları, koruma yükümlülüğü teorisi, Lüth kararı, temel hakların özel hukuk kişilerine etkisi, nüfus sayımı kararı, doğrudan ve dolaylı yatay etki, devletin koruma yükümlülüğü, kişisel verilerin geleceğini belirleme hakkı, irade özerkliği, grev hakkı, kişisel verilerin korunması, rıza, özgürce kendi kaderini tayin etme, birbiriyle çatışan temel haklar, menfaat dengesi, türk hukukunda kişisel verilerin korunması hakkı

**Tarih:** 09/05/2022

# ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

<b>Abs.</b>	: Absatz
<b>Abschn.</b>	: Abschnitt
<b>ABl.</b>	: Amtsblatt der Europäischen Union
<b>AcP</b>	: Archiv für die civilistische Praxis
<b>AEUV</b>	: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
<b>AO</b>	: Abgabenordnung
<b>ArbR</b>	: Arbeitsrecht
<b>ArbR-K</b>	: Kommentar zum Arbeitsrecht
<b>Aufl.</b>	: Auflage
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi (Das türkische Verfassungsgericht)
<b>BAG</b>	: Bundesarbeitsgericht
<b>BAGE</b>	: Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
<b>BDSG</b>	: Bundesdatenschutzgesetz
<b>Beschl.</b>	: Beschluss
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGH</b>	: Bundesgerichtshof
<b>BGHZ</b>	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
<b>BT-Drucks.</b>	: Bundestags-Drucksache
<b>BVerfG</b>	: Bundesverfassungsgericht
<b>BVerfGE</b>	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<b>bzw.</b>	: beziehungsweise
<b>DÖV</b>	: Die öffentliche Verwaltung
<b>DSAnpUG-EU</b>	: Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU
<b>DSGVO</b>	: Datenschutz-Grundverordnung
<b>E.</b>	: Esas (Rechtssache)
<b>ErfK</b>	: Erfurter Kommentar
<b>EuGH</b>	: Europäischer Gerichtshof

<b>EUV</b>	: Vertrag über die Europäische Union
<b>f.</b>	: folgende
<b>ff.</b>	: fortfolgende
<b>Fn.</b>	: Fußnote
<b>GG</b>	: Grundgesetz
<b>Grundrechte-K</b>	: Grundrechte-Kommentar
<b>Hdb.</b>	: Handbuch
<b>[Yargıtay] HGK</b>	: Großer Zivilsenat des türkischen Kassationshofs (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu)
<b>HGrR</b>	: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte
<b>Hrsg.</b>	: Herausgeber
<b>Ibid.</b>	: (lat.: ibidem) (genau, gerade dort) am angegebenen Ort
<b>i.S.d.</b>	: im Sinne des
<b>i.V.m.</b>	: in Verbindung mit
<b>JuS</b>	: Juristische Schulung
<b>JZ</b>	: Juristenzeitung
<b>K.</b>	: Karar (Entscheidung)
<b>KVKK</b>	: Kişisel Verileri Koruma Kurumu (Die türkische Datenschutzbehörde)
<b>KVKK</b>	: Kişisel Verileri Koruma Kanunu (Das türkische Datenschutzgesetz)
<b>MünchHdbArbR</b>	: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
<b>NVwZ</b>	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
<b>NZA</b>	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<b>op. cit.:</b>	: (lat.: opere citato) im zitierten Werk
<b>Pkt.</b>	: Punkt
<b>RdA</b>	: Recht der Arbeit (Zeitschrift)
<b>RG</b>	: Türkisches Amtsblatt (Resmî Gazete)
<b>RL</b>	: Richtlinie

<b>Rn.</b>	: Randnummer
<b>S.</b>	: Seite
<b>SGB</b>	: Sozialgesetzbuch
<b>S. o.</b>	: Siehe oben
<b>StGB</b>	: Strafgesetzbuch
<b>TV</b>	: Türkische Verfassung
<b>u. a.</b>	: unter anderem
<b>Vgl.</b>	: vergleiche

# EINLEITUNG

Stellen Sie sich folgende Situation vor: Sie befinden sich in einer zivilrechtlichen Auseinandersetzung und fühlen sich in Ihrem Grundrecht verletzt. Können Sie daraufhin eine Verfassungsbeschwerde erheben? Aus den obigen Ausführungen ist ersichtlich, dass dies möglich ist. Warum besteht diese Möglichkeit bzw. worauf beruht sie?

Die Grundrechte schützen die Bürger, wie bereits im Rahmen der bisherigen Ausführungen angedeutet wurde, auf unterschiedlicher Weise. Die meisten Grundrechte haben eine Doppelfunktion: Subjektiv-rechtliche und objektivrechtliche-Funktion.<sup>1</sup>

Während es sich bei den Abwehrrechten um die „Freiheit vom Staat“ handelt, erfordern Leistungsrechte (status positivus) aktives staatliches Handeln.<sup>2</sup> Im Gegensatz zu den Abwehr- und Leistungsrechten gewährleisten die Grundrechte als Mitwirkungsrechte (status activus) die Teilnahme des Bürgers am Staatsleben durch Wahrnehmung seiner staatsbürgerlichen Rechte (Bsp.: Art. 33 Abs.1-3 und 5, 38 G).<sup>3</sup> Schließlich gewährleisten die Gleichheitsrechte Gleichheit bei der Ausübung dieser drei Rechten.<sup>4</sup> Der Staat hat aber, wie bereits oben angedeutet, nicht nur Eingriffe in die Grundrechte des Einzelnen zu vermeiden, sondern ist auch für die objektiven Gewährleistungen verantwortlich, die in den verschiedenen Grundrechten enthalten sind.<sup>5</sup> Die Grundrechte müssen sich somit real entfalten und verwirklichen können.<sup>6</sup> Neben diesen Funktionen dürfen die verfahrens- und organisationsrechtliche Funktion der Grundrechte auch nicht außer Acht gelassen werden.

In der deutschen Grundrechtsdogmatik hat insbesondere die Schutzpflicht des Staates eine wichtige Stellung eingenommen. Danach ist der Staat verpflichtet, jedes in einem Freiheitsrecht garantierte Rechtsgut zu schützen und zu fördern.<sup>7</sup> Beim Umgang mit staatlichen Schutzpflichten stellt die Frage, wie diese zu erfüllen sind, ein großes Problem dar. Zwar muss der Staat „zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein - unter

---

<sup>1</sup> *Hufen*, Staatsrecht II, § 5 Rn. 3.

<sup>2</sup> *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, § 4 II 2 Rn. 112 - 113.

<sup>3</sup> *Ibid.*, § 4 II 2 Rn. 115; *Hufen*, op. cit., § 5 Rn. 11.

<sup>4</sup> *Kingreen/Poscher*, op. cit., § 4 II 2 Rn. 114.

<sup>5</sup> *Hufen*, op. cit., § 5 Rn. 3.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, § 5 Rn. 5; *BVerfGE* 39, 1.

Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter - angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot).“<sup>8</sup> Allerdings hat er hierbei einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum.<sup>9</sup> Beim Untermaßverbot darf der Staat bei seiner Handlung nicht „untertreiben“ und beim Übermaßverbot darf er hierbei nicht „übertreiben“.

Der oben erwähnte Einfluss des Grundrechtskatalogs auf die genannten Bereiche des Privatrechts kann in folgenden Kontexten vorkommen:

Im Arbeitsrecht ist die sog. Lehre der mittelbaren Drittwirkung zum Beispiel in den Fällen Kopftuchverbots und der Arbeitsniederlegung in Form eines Streiks von zentraler Bedeutung. So kommt es in den genannten Beispielfällen zu einer Kollision zwischen dem Recht der Kopftuchträgerin auf Religionsfreiheit (Art. 4 I, II GG) und der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 I, II GG) sowie dem Recht auf Streik (Art. 9 III GG) und den grundgesetzlich geschützten Rechtsgütern unbeteiligter Dritter. Hierbei kann die Bestimmung der Reichweite der Schutzpflicht des Staates sehr schwer werden.

Im Mietrecht stehen zum Beispiel das Eigentumsrecht des Vermieters (Art. 14 I GG) und das Recht des Mieters auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 I GG) in Konflikt, wenn es um das Betreten der Mietwohnung durch den Vermieter geht. Hierbei stellt sich die Frage, ob Art. 13 I GG in das Verhältnis zwischen Privaten ausstrahlt und wie dieses Recht zivilrechtlich gesichert worden ist. Interessanter wird der Fall, wenn der Vermieter zum Beispiel nicht zum Zwecke der Feststellung und Beseitigung von Mängeln, sondern zusammen mit einem Makler und Miet- oder Kaufinteressenten die Mietwohnung besichtigen will. An dieser Stelle stellt sich die Frage danach, ob das Recht des Mieters in seiner Privatwohnung, „in Ruhe gelassen zu werden“ auch nicht gegenüber diesem Personenkreis wirkt.

Im Versicherungsrecht begegnet uns die Lehre der Drittwirkung, wenn es zum Beispiel darum geht, dass die Krankenversicherungen die personenbezogenen Daten der Versicherten verarbeiten. Hier strahlen die Grundrechte in das Verhältnis zwischen der Krankenversicherung und der Versicherten aus und es stellt sich auch hier die Frage nach der Reichweite der Schutzpflicht des Staates. Insbesondere das Recht der Versicherten

---

<sup>8</sup> BVerfGE 88, 203 (254).

<sup>9</sup> BVerfGE 79, 174 (202); 66, 39 (59); 77, 170 (219).

auf informationelle Selbstbestimmung muss beachtet werden. Dürfen denn die Versicherungen trotzdem jegliche Daten der Versicherten erheben? Dürfen sie diese an Dritte (z.B. Gesundheits-, und Sozialamt, Rentenversicherung und an eine andere Krankenversicherung im Fall eines Wechsels in eine neue Versicherung) übermitteln?

Im Bankrecht stellen sich im Hinblick auf die Funktionen der Grundrechte ähnliche Fragen wie in dem Rechtsgebiet des Versicherungsrechts: Dürfen eine Bank und ein anderes Kreditinstitut untereinander die personenbezogenen Daten zum Zwecke der Kreditwürdigkeitsprüfung austauschen? Hierbei handelt es sich um Zahlungsverhalten, Vertragsabschlüssen etc. Noch problematischer stellt sich die Situation im Hinblick auf Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten, wenn die Übermittlung solcher sensiblen Daten zwischen einem inländischen Unternehmen und einem Unternehmen mit Sitz im Ausland erfolgt. Hierbei stellt sich nämlich die Frage, ob der Kunde gegen diese Unternehmen unter Berufung auf Grundrechtsverletzung vorgehen kann.

Das Recht des Bürgers auf informationelle Selbstbestimmung und damit die Grundrechtsfunktionen, namentlich Grundrechte als Abwehrrecht und die Schutzfunktion der Grundrechte, beschäftigen die deutsche Rechtswissenschaft in enormer Art und Weise seitdem die europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>10</sup> (DSGVO) unmittelbar Anwendung findet. Bereits vor der Aufhebung der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG<sup>11</sup> beschäftigten die Gerichte die Frage, ob Verstöße gegen die Grundrechte der Verbraucher durch Unternehmen vorliegen. Fast täglich können wir Nachrichten über Handlungen von Facebook oder Google lesen, welche als Verstöße gegen DSGVO dargestellt werden. Im Mittelpunkt der Begründung dieser Behauptungen stehen allerdings die Grundrechte, namentlich das informationelle Selbstbestimmungsrecht.

Das Ziel der Forschung ist, wie bereits aus den obigen Ausführungen ersichtlich ist, die Wirkung der Grundrechte zwischen Privaten in den Rechtsgebieten Arbeits- und Datenschutzrecht zu untersuchen. Welche Funktionen haben die Grundrechte? Was ist die grundrechtliche Schutzpflicht des Staates? Wie weit reicht diese Pflicht? Inwieweit entspricht der Schutzpflicht ein Schutzanspruch des Bürgers? Auch privatrechtliche

---

<sup>10</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird diese Verordnung im Folgenden lediglich in der Abkürzung DSGVO verwendet.

<sup>11</sup> Für diesen Begriff sowie den Begriff der *Richtlinie* werden im Folgenden wieder aus Gründen der besseren Lesbarkeit ausschließlich die Abkürzung RL genutzt.

Normen haben die Aufgabe, einander widersprechende Interessen auszugleichen. An dieser Stelle stellt sich dann die Frage, wie man vorzugehen hat, wenn durch die Anwendung der arbeitsrechtlichen und datenschutzrechtlichen Normen Grundrechte berührt werden. Wann kann ein Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechten und der Vorschriften aus dem Arbeits- und Datenschutzrecht entstehen? Werden die Betroffenen durch die europäische Datenschutzgrundverordnung bzw. das neue Bundesdatenschutzgesetz absolut geschützt?

Auf all diese Fragen liefert die folgende Untersuchung Antworten. Doch wird sie sich auf die Rechtsgebiete des Arbeits-, und Datenschutzrecht konzentrieren, wobei sie sich im arbeitsrechtlichen Bereich im Hinblick auf die rechtlichen Beziehung zwischen dem Arbeitnehmer und Arbeitgeber nur mit dem Streikrecht befassen wird. Denn würde man auf die restlichen Rechtsgebiete detailliert eingehen wollen, würde dies einerseits den Rahmen dieser Arbeit sprengen und andererseits die Bearbeitungszeit für eine saubere Untersuchung nicht ausreichen. Allerdings begnügt sich die Untersuchung nicht damit, Funktionen der Grundrechte bzw. die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in die Rechtsgebiete des Arbeits- und Datenschutzrechts allgemein vorzustellen. Vielmehr wird in dieser Arbeit anhand von praxisrelevanten Fällen betreffend die oben genannte Problematik zur Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und die Schutzpflicht des Staates das neue Bundesdatenschutzgesetz sowie die Rechtsprechung im arbeits- und datenschutzrechtlichen Bereich näher untersucht.

Schließlich wird die Situation in der türkischen Rechtsordnung – betreffend die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht – dargestellt, sodass auch *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*<sup>12</sup> (Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten) Gegenstand dieser Untersuchung sein wird.

---

<sup>12</sup> Im Folgenden wird dieser Begriff aus Gründen der besseren Lesbarkeit in der Abkürzung KVKK verwendet.

# **ABSCHNITT 1. WIRKUNG DER GRUNDRECHTE IM PRIVATRECHT**

Dass die Grundrechte „nicht nur subjektive Abwehrrechte des einzelnen Bürgers gegen staatliche Maßnahmen“<sup>13</sup> sind, sie „für den gesamten Bereich des öffentlichen und privaten Rechts verbindlich“<sup>14</sup>, also auch bis in das Zivilrecht“<sup>15</sup> hineinwirken können, wurde bereits in den obigen Ausführungen festgestellt. Die Frage danach, wie Grundrechte im Privatrechtsverkehr gelten, wird mit dem erst in den fünfziger Jahren aufgetauchten Begriff der Drittwirkung umschrieben.<sup>16</sup>

## **1.1. LEHRE VON DER UNMITTELBAREN DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE**

Bereits im Jahre 1949 beschäftigte sich Nipperdey als einer der ersten Autoren intensiv mit der Wirkung der Grundrechte zwischen Privatpersonen.<sup>17</sup> Nipperdey sowie andere Autoren wie Geiger und Leisner waren der Ansicht, dass die Grundrechte auf das Privatrecht unmittelbar wirken<sup>18</sup> und begründeten ihre Auffassung mit der unten dargestellten Argumentation.

### **1.1.1. Argumentation der Vertreter der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung**

Eines der Hauptargumente zur Begründung der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte war der Erst-Recht-Schluss aus Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>19</sup> Danach müsse, die Schlussfolgerung, dass der Staatsgewalt ein Eingriff in die Grundrechte des Bürgers versagt sei, „erst recht“ bei den Einzelnen Geltung genießen.<sup>20</sup> Denn auch die Gefahr der Missachtung der grundrechtlich geschützten Rechtsgüter durch den Privaten müsse

---

<sup>13</sup> BVerfGE 49, 220 (231).

<sup>14</sup> BVerfGE 6, 55 (77); 6 386 (388); 21, 362 (372); 22, 93 (98); 32, 311 (316).

<sup>15</sup> BVerfGE 81, 242 (254).

<sup>16</sup> Hufen, op. cit., § 7 Rn. 8-9.

<sup>17</sup> Stern, Staatsrecht III/1, S. 1518-1519, 1522-1524.

<sup>18</sup> Ibid., S. 1531.

<sup>19</sup> Ibid., S. 1540; Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 1950, 121 (121, 125); Gamillscheg, Grundrechte im Arbeitsrecht, in: AcP 1964, 385 (406 f.).

<sup>20</sup> Ibid.

verhindert werden.<sup>21</sup> Der Schutz vor solchen Gefahren stelle eine der Funktionen der Grundrechte dar.<sup>22</sup> Dieses Argument wurde durch Nipperdey ausdrücklich aufgegeben und hat längst an Bedeutung verloren.<sup>23</sup>

Als ein weiteres Argument für die direkte Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr wurde durch die Vertreter der Lehre angeführt, dass sich die Bedeutung der Grundrechte gewandelt habe und die Grundrechte eine Schutzfunktion haben müssten.<sup>24</sup> Aufgrund der fortschreitenden Entwicklung in der Gesellschaft, insbesondere im Hinblick auf das Über-/Unterordnungsverhältnis seien im Privatrechtsverkehr neue Gefährdungen für die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter des wehrlosen Privaten entstanden, sodass ein wirksamer Schutz des sozial und wirtschaftlich schwachen Einzelnen gegenüber die Mächtigen erforderlich geworden sei.<sup>25</sup> Hierbei verweisen die Vertreter auf die Erfahrungen aus der Zeit des „Dritten Reichs“ und betonen, dass nicht mehr lediglich der Schutz vor Eingriffen des Staates die Funktion der Grundrechte des Grundgesetzes darstelle bzw. man die Grundrechte nicht mehr nur als Abwehrrechte gegen den Staat verstehen könne.<sup>26</sup> Die Vertreter versuchten dieses Argument mit dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG und Sozialstaatsprinzip zu bekräftigen, indem sie anführen, dass die staatliche Schutzpflicht nicht nur die Achtung, sondern auch den umfassenden Schutz der Menschenwürde beinhaltet und die nachfolgenden Grundrechte eine Konkretisierung der Menschenwürde seien.<sup>27</sup> Einen umfassenden Schutz könnte man lediglich dadurch erreichen, wenn diese Schutzrechte als Rechte gegen jeden Einzelnen gerichtet betrachtet werden.<sup>28</sup> Außerdem liege der Sozialstaatlichkeit gem. Art. 20 Abs. 1 GG ein soziales Schutzprinzip zu Grunde, wonach die Einzelnen insbesondere gegen die soziale Machthabern genauso geschützt werden müssten, wie der Staat sie vor sich selbst schützt.<sup>29</sup> Auch im Privatrechtsverkehr sei von

---

<sup>21</sup> Nipperdey, op. cit., S. 121 (125).

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, S. 97.

<sup>24</sup> *Ibid.*, S. 96; Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, S. 16 f.; Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 332 f.

<sup>25</sup> Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 1950, 121 (125); Leisner, op. cit., S. 249 ff.

<sup>26</sup> Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, S. 13 f.; Leisner, op. cit., S. 127 f.

<sup>27</sup> Enneccerus/Nipperdey, op. cit., S. 84; Leisner, op. cit., S. 149, 170; Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 1950, 121 (121, 125); Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, S. 16 f.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

dem Einzelnen in seiner Beziehung zum Anderen ein soziales Verhalten zu fordern.<sup>30</sup>

Schließlich wird die Theorie auf das aus der Analyse einiger Grundrechtsnormen hergeleitete Argument geschützt: Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, die Bindung der Rechtsprechung und der Exekutive an Gesetz und Recht sowie das freiheitliche, demokratische und soziale Rechtsstaatsprinzip.<sup>31</sup> Die Vertreter der Lehre bezeichnen die Grundrechte als „allgemeingültige Rechtsprinzipien“, weswegen die Grundrechte auch im Verhältnis der Bürger untereinander absolute Wirkung entfalten müssen.<sup>32</sup>

### 1.1.2. Kritik an der Lehre der unmittelbaren Drittwirkung

Insbesondere das Schrifttum hat die Lehre der absoluten Wirkung der Grundrechte im Privatrecht heftig kritisiert:

Die Kritik an dem Argument des Erst-Recht-Schlusses aus Art. 1 Abs. 3 GG, welches bereits seit Ende der fünfziger Jahre nicht mehr vertreten wird<sup>33</sup>, besteht darin, dass es den Unterschied zwischen dem Bürger-Staat-Verhältnis nach dem Grundgesetz und Bürger-Bürger-Verhältnis nach dem Privatrecht außer Acht lässt.<sup>34</sup> Während sich im erstgenannten Fall eine einseitige Berechtigung und Verpflichtung gegenüberstehen, sind die Akteure in der zweitgenannten Situation gleichberechtigte Grundrechtsträger und dort herrscht Privatautonomie.<sup>35</sup> Auch die Argumentationen, welche sich auf den Bedeutungswandel und Schutzgedanken der Grundrechte beziehen, zogen Kritik auf sich. Sie wurden mit dem Argument angegriffen, wonach von keiner relativen Geltung der Grundrechte die Rede sein könne, wenn die Grundrechte als gegenüber jedermann geltende Rechte betrachtet werden würden.<sup>36</sup> Die Grundrechte müsste man im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte betrachten.<sup>37</sup> Denn man habe sich dort primär um den Schutz des Bürgers vor Eingriffen der staatlichen Gewalt bemüht.<sup>38</sup> Überdies wird der Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG als ein weiteres Gegenargument aufgeführt. Danach binde die Norm

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Enneccerus/Nipperdey*, op. cit., S. 93, 98, 135, 221; *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, S. 14, 17; *Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 1950, 121 (124).

<sup>32</sup> *Ibid.*; *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, in: AcP 1964 (Nr. 164), 385 (404 f.).

<sup>33</sup> S. o. Pkt. 1.1.1.

<sup>34</sup> *Dürig*, „Lüth-Urteil“, in: DÖV 1958, 194 (197); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung; in: FS für Nawiasky, S. 158.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, GG-K, Art. 1 III Rn. 307, 309, 312 f.; Jellinek, BB 1950, S. 425; *Stern*, op. cit., S. 1553.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

„lediglich“ die öffentliche Gewalt.<sup>39</sup>

Schließlich wird dem Argument, dass der naturrechtliche Charakter des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG in den nachfolgenden Normen fortgeführt sei, entgegengehalten, dass diesen vielmehr ein individualistisches, liberales Denken, letztendlich das Aufklärungsdenken zugrunde liege.<sup>40</sup>

### 1.1.3. Zwischenergebnis

Will man die Grundrechte im Privatrechtsverkehr unmittelbar anwenden, dann stuft man sie nicht mehr als relative, sondern als absolute Rechte mit der Folge ein, dass sich der Einzelne in privatrechtlichen Streitigkeiten direkt darauf berufen kann.<sup>41</sup> Dies alles würde bedeuten, dass man die privatrechtlichen Rechtsfolgen in den einzelnen Grundrechten suchen wird. Diese Methode würde das Gewaltenteilungsprinzip durchbrechen sowie die Aushöhlung der Eigenständigkeit des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht zur Folge haben.<sup>42</sup> „*Den Gehalt der Grundrechte differenzierend und konkretisierend in für die Beteiligten eines privaten Rechtsverhältnisses unmittelbar verbindliches Recht umzusetzen*“, stellt eine Aufgabe der Gesetzgebung dar.<sup>43</sup> Außerdem würde das Bundesverfassungsgericht zu einer Superrevisionsinstanz mutieren, wenn sich der Einzelne im Privatrechtsverkehr auf die unmittelbare Anwendung der Grundrechte berufen dürfte.<sup>44</sup> Überdies würde die absolute Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr die Privatautonomie vernichten, da die Parteien ihre Rechtsbeziehungen aus dem Grund, dass sie nie ganz sicher davon ausgehen werden können, ob eine Grundrechtsverletzung vorliegt, nicht mehr selbstgestalten können.<sup>45</sup> Die mangelnde Vertragsfreiheit würde zwangsläufig die Rechtssicherheit verletzen.<sup>46</sup> Die Konsequenz bei Verfolgung des Ansatzes ist, dass man „*unser gesamtes Recht vergrundrechtlichen*“ würde, obwohl die zivilrechtlichen Schutzmechanismen ausreichend sind.<sup>47</sup> An dieser Stelle ist an den auslegungsbedürftigen und flexiblen

---

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, S. 67, 70 f., 84 f.

<sup>41</sup> *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 1984 (Nr. 184), 201 (202); *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1553 f.

<sup>42</sup> *Stern*, op. cit., S. 1554 f. *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung; in: FS für Nawiasky S. 167 ff.

<sup>43</sup> *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 27.

<sup>44</sup> *Canaris*, op. cit., S. 201 (213).

<sup>45</sup> *Stern*, op. cit., S. 1554 f.; *Hesse*, op. cit., S. 43.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Starck*, Die Grundrechte des Grundgesetzes, in: JuS 1981, 237 (245 - 246).

Normen des Zivilrechts wie z.B. §§ 138, 242, 315, 826 BGB zu denken, welche bei direkter Anwendung der Grundrechten auf Privatrechtsverhältnisse völlig an Bedeutung verlieren würden.<sup>48</sup> Zwar gibt das Grundgesetz u. a. dem Privatrecht Maßstäbe und die Richtung, d.h. zum Beispiel dass eine Norm, welche gegen das Grundgesetz verstößt und deren verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist, nicht gilt. Allerdings kann hieraus keine unmittelbare Ableitung der Privatrechtsordnung aus den Grundrechten schlussgefolgert werden.<sup>49</sup> Überdies ist aufgrund der Art. 1 Abs. 3, 9 Abs. 3, 19 Abs. 4 GG die absolute Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr unmöglich: Wie bereits oben erwähnt<sup>50</sup> ist dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 GG keine allgemeine Grundrechtsbindung zu entnehmen. Eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr ist nur in Konstellationen i.S.d. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG vorgeschrieben.<sup>51</sup> Schließlich bezieht sich Art. 19 Abs. 4 GG ausdrücklich auf die Verletzung der Rechte des Einzelnen durch die öffentliche Gewalt.<sup>52</sup>

## **1.2. LEHRE VON DER MITTELBAREN DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE**

Einige Kritiker der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte sind der Ansicht, dass die Grundrechte im Privatrechtsverkehr nur mittelbar gelten können.<sup>53</sup>

### **1.2.1. Entstehungsgeschichte des Begriffs**

Als Vertreter der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung verwendet *Nipperdey* selbst die Bezeichnung „absolute Wirkung der Grundrechte“.<sup>54</sup> Als Umschreibung der Frage, ob und wie die Grundrechte in privatrechtlichen Beziehungen

---

<sup>48</sup> *Canaris*, op. cit., S. 201 (209 f.); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung; in: FS für Nawiasky, S. 158 ff., *Starck*, opt. cit., S. 237 (245 - 246).

<sup>49</sup> *Stern*, op. cit., S. 1553; *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 235 (240).

<sup>50</sup> S. o. Pkt. 1.1.2.

<sup>51</sup> *Stern*, op. cit., S. 1570; *Dürig*, op. cit., S. 157.

<sup>52</sup> *Schätzel*, Einfluß des Bonner GG, in: RdA 1950, 248 (250).

<sup>53</sup> *Dürig*, „Lüth-Urteil“, in: DÖV 1958, 194 ff.; *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS für Nawiasky, S. 157 ff.; *Achterberg*, Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten?, in: JZ 1976, 440; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 354 f.

<sup>54</sup> Vgl. *Enneccerus/Nipperdey*, op. cit., S. 94; *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, S. 15; *Stern*, op. cit., S. 1538.

gelten, führte *Ipsen* den Begriff der Drittwirkung ein.<sup>55</sup> Unter „Drittwirkung der Grundrechte“ wird heute begrifflich gesehen die horizontale Wirkung der Grundrechte im Verhältnis zwischen Privatpersonen („Horizontalwirkung der Grundrechte“) oder „Geltung“ der Grundrechte im Privatrechtsverkehr bzw. Privatrechtsordnung verstanden.<sup>56</sup>

### 1.2.2. Rechtswissenschaftliche Diskussion im Jahre 1950

Wie bereits oben erwähnt<sup>57</sup>, beschäftigte man sich mit der Frage des „Wie“ der Wirkung der Grundrechte bereits im Jahre 1949. Den Anstoß zu dieser Diskussion gab *Nipperdeys* Ansicht -Vertreter von der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung-, wonach Art. 3 Abs. 2 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 3 GG auf arbeitsrechtliche Verhältnisse absolute Wirkung habe.<sup>58</sup> Aus diesen Vorschriften ergebe sich der Lohnleichheitsgrundsatz bei Frauen, wonach möglich sei, dass Frauen unter Berufung auf diese Normen einen Anspruch auf Zahlung des gleichen Lohns für die geleistete gleiche Leistung wie ihren männlichen Arbeitskollegen haben.<sup>59</sup> Dieses Konzept wurde insbesondere von Vertretern der Lehre der mittelbaren Drittwirkung stark kritisiert, wobei sie ihre Gegenargumente einerseits auf den Wortlaut und die systematische Auslegung der Grundrechte, andererseits auf die Bedeutung und Stellung des Privatrechts als eigenständigen Teil der Rechtsordnung stützen.<sup>60</sup> Den aus Art. 3 GG abgeleiteten Grundsatz der Lohnleichheit bei Frauen lehnte man mit dem Argument, dass Art. 3 Abs. 2 GG ausdrücklich Staatsbezogenheit voraussetze und die „Lohngestaltung“ sei „Gegenstand schuldrechtlichen Leistungsaustauschs“, also sei „nicht hoheitlicher Verfügung“.<sup>61</sup> Außerdem seien die Schutzmechanismen des Zivilrechts ausreichend, um der Benachteiligung der Frauen wegen des Geschlechts zu begegnen.<sup>62</sup> Denn solch ein

---

<sup>55</sup> Vgl. *Ipsen*, Gleichheit, in: HGrR Bd. II, S. 111 (143); *Stern*, op. cit., S. 1513.

<sup>56</sup> Vgl. ausführlich m.w.N. *Stern*, op. cit., S. 1513 ff.

<sup>57</sup> S. o. Pkt. 1.1.

<sup>58</sup> *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, S. 15 f.; *Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, in: RdA 1950, 121 (125); *Beitzke*, Gleichheit von Mann und Frau, in: HGrR Bd. II, S. 199 (222).

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> v. Mangoldt/Klein/Klein, GG-K, S. 207; *Dürig*, „Lüth-Urteil“, in: DÖV 1958, 194 (197); *Jellinek*, BB 1950, S. 425 f.

<sup>61</sup> v. Mangoldt/Klein/Klein, GG-K, S. 207.

<sup>62</sup> *Jellinek*, BB 1950, S. 425 f.; *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS für Nawiascky, S. 157 (177 ff.).

Verhalten des Arbeitgebers stelle ein Verstoß gegen §§ 138, 242, 826 BGB dar.<sup>63</sup>

Schließlich konnte sich das Konzept der unmittelbaren Drittwirkung nicht durchsetzen. Stattdessen hat das Gegenstück hierzu, nämlich die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung, weitgehende Zustimmung erlangt.<sup>64</sup> Hiernach wirken die Grundrechte „über wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Begriffe und Generalklauseln“ in das Privatrecht.<sup>65</sup> § 138 BGB („*Sittenwidrigkeit*“), § 242 BGB („*Treu und Glauben*“), § 826 BGB („*sittenwidrige Schädigung*“) seien als solche „*Einbruchsstellen*“ zu betrachten.<sup>66</sup> Die Vertreter dieser Lehre weisen unter Betonung der Eigenständigkeit des Privatrechts darauf hin, dass eine Sanktionierung eines Grundrechtseingriffs, welchen ein Bürger verwirklicht, nicht unmittelbar durch die absolute Wirkung von Grundrechten möglich sei.<sup>67</sup> Denn insbesondere die Freiheitsbeschränkung des Einzelnen sowie der Verstoß gegen die Vorschriften des Grundgesetzes seien keine hinnehmbaren Folgen der unmittelbaren Geltung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr.<sup>68</sup> Im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung auf der einen Seite und die Freiheitlichkeit des Privatrechts auf der anderen Seite, sei die Herstellung gerechter Ergebnisse im Privatrechtsverkehr durch Heranziehung der Grundrechte als Auslegungsmaßstäbe bei der Auslegung von Generalklauseln sowie Begriffe in den Vorschriften des Privatrechts zu erfolgen.<sup>69</sup>

### 1.2.3. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

#### 1.2.3.1. Lüth-Urteil

Die Lehre von der mittelbaren Wirkung der Grundrechte konnte sich mit dem

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Stern*, op. cit., S. 1532 f.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, § 4 II 2 Rn. 125 ff.; So auch das BVerfG: Es schloss sich im Jahre 1958 der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr in seiner Lüth-Entscheidung an, in der es erstmals über diese Frage zu entscheiden hatte (*BVerfGE* 7, 198 (205); Siehe hierzu Pkt. 1.2.3.1.); In der Folgezeit z. B. auch in *BVerfGE* 25, 256 (263); 30, 173 (187 ff.); 34, 269 (280).

<sup>65</sup> *BVerfGE* 7, 198 (206); *Dürig*, Freizügigkeit, in: HGrR Bd. II, S. 507 (525); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS für Nawiascky, S. 157 (176 f.).

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> *Dürig*, Freizügigkeit, in: HGrR Bd. II, S. 507 (525); *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: FS für Nawiascky, S. 157 (176 f.).

<sup>68</sup> S. o. Pkt. 1.1.3; *Dürig*, „Lüth-Urteil“, in: DÖV 1958, 194 (197).

<sup>69</sup> *Stern*, op. cit., S. 1554 f. *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung; in: FS für Nawiascky S. 167 ff.

Lüth-Urteil<sup>70</sup> aus dem Jahr 1958 durchsetzen.<sup>71</sup> Der Entscheidung des BVerfG lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Erich Lüth hatte als Vorsitzender des Hamburger Presseklubs im Jahre 1950 Verfassungsbeschwerde erhoben, weil er sich wegen der Untersagung des Aufrufs zum Boykott gegen einen Film in seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt sah.<sup>72</sup> Sein Boykottaufruf gegen den Film „Unsterbliche Geliebte“ von Regisseur Veith Harlan, welcher mit seinem antisemitischen Propagandafilm „Jud Süß“ bekannt ist, erfolgte in Form eines Vortrages bei der „Eröffnung der Woche des deutschen Films“ sowie eines „Offenen Briefs“ im Jahre 1950.<sup>73</sup> Lüth forderte hiermit die Öffentlichkeit auf, Harlan die Ausübung seiner Tätigkeit als Filmregisseur sowie die Aufführung seiner Filme unmöglich zu machen. Hierbei richtete er seinen Aufruf sowohl an die Theaterbesitzer und Filmverleihfirmen, als auch an das Publikum.<sup>74</sup> Auf die Klagen der Produktions- und Verleihfirma des Films „Unsterbliche Geliebte“ gegen den Boykottaufruf hin, erreichten sie vor dem Landgericht Hamburg und Hanseatischen Oberlandesgericht Entscheidungen, in dem Lüth zur Unterlassung des Boykottaufrufs verurteilt wurde.<sup>75</sup>

Lüths Verhalten wurde durch das Landgericht Hamburg als sittenwidrig i. S. d. § 826 BGB angesehen, da Harlan im Rahmen des Entnazifizierungsverfahrens hinsichtlich seiner Berufsausübung nicht eingeschränkt und durch das Schwurgericht in dem Verfahren wegen seines Films „Jud Süß“ freigesprochen worden sei.<sup>76</sup> Aufgrund des insbesondere an das Publikum gerichteten Aufrufs den Film „Unsterbliche Geliebte“ zu boykottieren, drohe die diesen Film produzierenden und verleihenden Firmen ein Vermögensschaden.<sup>77</sup>

Gegen die Entscheidung des Landgerichts Hamburg erhob Lüth unter Berufung auf die Verletzung seines Grundrechts der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht.<sup>78</sup> Die Komplexität des Falles

---

<sup>70</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>71</sup> S. o. Fn. 64.

<sup>72</sup> BVerfGE 7, 198 (202 f.).

<sup>73</sup> BVerfGE 7, 198 (199 f.).

<sup>74</sup> BVerfGE 7, 198 (199 f.).

<sup>75</sup> BVerfGE 7, 198 (200 ff.).

<sup>76</sup> BVerfGE 7, 198 (201 f.).

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> BVerfGE 7, 198 (202 f.).

kann man insbesondere daran erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht sich damit ab Eingang der Verfassungsbeschwerde sechs Jahre lang beschäftigt hat, bis es im Jahre 1958 eine Entscheidung darüber getroffen hat, ob durch die Entscheidung des Landgerichts Hamburg Lüths Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt worden ist. Die Schwierigkeit des Falles bestand allerdings darin, dass die Grundrechte lediglich als Abwehrrechte gegen den Staat galten, es sich aber bei dem Sachverhalt um eine zivilrechtliche Streitigkeit handelte.<sup>79</sup> Denn das Landgericht Hamburg hatte das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB bejaht.<sup>80</sup> Somit stand im Mittelpunkt des konkreten Falles die Frage, inwieweit die Auslegung und Anwendung des § 826 BGB durch den Zivilrichter einen Verstoß gegen das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG darstellen kann. Schließlich gab diese Verfassungsbeschwerde dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, seine Ansicht zu der Frage nach der Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr darzulegen.<sup>81</sup> Es stellte in seiner Entscheidung unter Bezugnahme auf die Auffassungen in der Literatur und Rechtsprechung zunächst fest, dass es keine „*unmittelbare privatrechtliche Wirkung der grundrechtlichen Bestimmungen*“<sup>82</sup> gibt und lehnte somit die für zu weitgehend gehaltene Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung ab.<sup>83</sup> Auch wenn das BVerfG in seiner Entscheidungsbegründung erklärt hatte, dass zu einer vollumfänglichen Erörterung der Streitfrage der Drittwirkung kein Anlass bestehe, übernahm es die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung in modifizierter Form in seine Entscheidung:<sup>84</sup> Das Bundesverfassungsgericht verwies auf die historische Entwicklung der Grundrechte und betonte hierbei ihre vorrangige traditionelle Funktion als Abwehrrechte gegen Eingriffe, die seitens des Staates erfolgen.<sup>85</sup> Außerdem betonte es den Willen des Gesetzgebers, wonach die Verfassungsbeschwerde als besonderer Rechtsbehelf zur Wahrung der Grundrechte nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt möglich sei.<sup>86</sup> Das BVerfG bestätigte in seiner Entscheidungsbegründung die Ansichten in den vergangenen Gerichtsentscheidungen, wonach die Grundrechte neben ihrer abwehrrechtlichen

---

<sup>79</sup> BVerfGE 7, 198 (204 f.).

<sup>80</sup> BVerfGE 7, 198 (201 f.).

<sup>81</sup> BVerfGE 7, 198 (204 ff.).

<sup>82</sup> BAGE 4, 274 (276 f.) = NJW 1957, 1688.

<sup>83</sup> BVerfGE 7, 198 (204 ff.).

<sup>84</sup> BVerfGE 7, 198 (204 ff.).

<sup>85</sup> BVerfGE 7, 198 (204 f.).

<sup>86</sup> BVerfGE 7, 198 (205, 207).

Funktion, auch eine objektive Wertordnung bilden.<sup>87</sup> Hierzu führt es aus, dass die freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde im Mittelpunkt dieses „*Wertsystems*“ stehen und müssen deswegen „*für alle Bereiche des Rechts gelten*“.<sup>88</sup> Den objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte umschreibt das BVerfG mit seiner berühmten Formulierung, wonach die Grundrechte den Staatsgewalten „*Richtlinien und Impulse*“ geben.<sup>89</sup> Diese Funktionen der Grundrechte bezeichnet das Gericht mit dem Begriff der „*Werte*“.<sup>90</sup> Somit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Grundrechte über die Abwehrfunktion hinausgehende Funktionen haben. In Anlehnung an diese Feststellung, führt es weiterhin aus, dass die Grundrechte als objektive Normen *auch* das Privatrecht beeinflussen.<sup>91</sup> Bei der Auslegung und Anwendung sämtlicher Vorschriften des Privatrechts seien die *Wertentscheidungen der Grundrechte* durch den Zivilrichter zu beachten.<sup>92</sup> Diese Verpflichtung ergebe sich aus Art. 1 Abs. 3 GG, wonach auch der Richter an die Grundrechte gebunden ist.<sup>93</sup> Diese Ausstrahlungswirkung erfolge im Privatrecht insbesondere über Generalklauseln.<sup>94</sup> Im Lüth-Urteil wurde § 826 BGB als eine „*Einbruchsstelle der Grundrechte in das bürgerliche Recht*“ festgelegt.<sup>95</sup> Diese Vorschrift wurde als ein die Meinungsfreiheit beschränkendes „allgemeines Gesetz“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG eingestuft.<sup>96</sup> Das BVerfG betont im konkreten Fall die Rolle des Grundrechts der Meinungsfreiheit *in der freiheitlichen Demokratie* und weist darauf hin, dass die somit erforderliche Abwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und dem durch das einschränkende allgemeine Gesetz geschützten Recht und Rechtsgut erfolgen müsste.<sup>97</sup> Bei der Abwägung müssen alle wesentlichen Umstände des Falles berücksichtigt werden, um eine Entscheidung darüber treffen zu können, ob die konkrete Äußerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.<sup>98</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Meinungsfreiheit im Hinblick auf die Zeit des

---

<sup>87</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>88</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>89</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>90</sup> BVerfGE 7, 198 (205 f., 208 f., 212, 215, 219).

<sup>91</sup> BVerfGE 7, 198 (205 f.).

<sup>92</sup> BVerfGE 7, 198 (215).

<sup>93</sup> BVerfGE 7, 198 (215).

<sup>94</sup> BVerfGE 7, 198 (206).

<sup>95</sup> BVerfGE 7, 198 (206).

<sup>96</sup> BVerfGE 7, 198 (214).

<sup>97</sup> BVerfGE 7, 198 (215 ff.).

<sup>98</sup> BVerfGE 7, 198 (212).

Dritten Reiches im freiheitlich-demokratischen Staat einen hohen Rang besitzt.<sup>99</sup> Somit bestehe durch eine „*Einengung der Redefreiheit*“ die Gefahr, dass die Gewährleistung der „*unerläßlichen Freiheit der öffentlichen Erörterung gemeinschaftswichtiger Fragen*“ nicht mehr möglich sei.<sup>100</sup> Da der Aufruf von Lüth „*einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage*“ darstelle, also das private Rechtsgut nicht unmittelbar betroffen worden sei, sei es im Rahmen der „*Güterabwägung*“ hinter der „*Redefreiheit*“ zurückzutreten.<sup>101</sup> Im Ergebnis hatte Lüth mit seiner Verfassungsbeschwerde Erfolg, da das BVerfG in der durch Landgericht Hamburg vorgenommenen Prüfung, ob der Aufruf zum Boykott eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung nach § 826 BGB darstellte, die Verkennung der Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG feststellte.<sup>102</sup> Die Inanspruchnahme dieses Grundrechts verletze im konkreten Fall keine schutzwürdige Interessen Harlans und der Filmgesellschaften von höherem Rang.<sup>103</sup> Das BVerfG ging mit seiner Entscheidung weit über das bis dahin geltende Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte hinaus. Das neue Grundrechtsverständnis, wonach die Grundrechte subjektive Rechte sowie objektive Normen darstellen und sie mittelbar auf den Privatrechtsverkehr einwirken, ermöglichten die Entwicklung von weiteren Funktionen der Grundrechte, wie zum Beispiel die staatliche Schutz- und Leistungspflichten.<sup>104</sup>

#### 1.2.3.2. Blinkfüer-Entscheidung

Die Bedeutung der mittelbaren Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr wird insbesondere daran deutlich, dass sie bei Machtgefällen zwischen Privaten ein Mittel zum Zwecke der Wahrung der Freiheit und Gleichheit sein kann. Die Beseitigung oder Gefährdung dieser Menschenrechte ist heutzutage sowohl durch die Macht des Staates als auch durch wirtschaftliche und soziale Macht des Privaten möglich. In solchen Fällen hilft die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung als Ausprägung der Schutzfunktion.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> Vgl. BVerfGE 7, 198 (208).

<sup>100</sup> BVerfGE 7, 198 (211, 227).

<sup>101</sup> BVerfGE 7, 198 (212).

<sup>102</sup> BVerfGE 7, 198 (230).

<sup>103</sup> BVerfGE 7, 198 (210, 227 ff.).

<sup>104</sup> Stern/Becker/Stern, GG-K, Einl. Rn. 56 – 66.

<sup>105</sup> Stern/Becker/Stern, op. cit. Einl. Rn. 66 f.; Stern, Staatsrecht III/1, S. 1572; Ruffert, Rechtsprechung, in: JZ 2009, 389 ff.

So hielt das BVerfG im Gegensatz zum Lüth-Urteil in seiner Blinkfuer-Entscheidung<sup>106</sup> den Boykottaufruf für unzulässig. Blinkfuer war eine Wochenzeitschrift, welche nach dem Mauerbau noch Rundfunk- und Fernsehprogramme der DDR abdruckte.<sup>107</sup> Daraufhin hatten die marktbeherrschenden Verlagshäuser, u.a. der Springer-Verlag alle Zeitschriftenhändler in einem Rundschreiben dazu aufgefordert, die Zeitschrift „Blinkfuer“ nicht weiter zu vertreiben.<sup>108</sup> Anders als Lüths Aufruf war in diesem Fall der Boykottaufruf durch eine Nachteilsandrohung verschärft. Denn die Verlagshäuser drohten die Händler mit Unterlassung der Lieferung für den Fall, dass durch sie ihr Aufruf nicht befolgt werden sollte.<sup>109</sup>

Nachdem der BGH die Entscheidungen des Landgerichts Hamburg und Oberlandesgerichtes, in denen die Gerichte die Verlagshäuser wegen eines unlauteren Wettbewerbs zu Schadensersatz verurteilten, aufgehoben hatte, erhob der Herausgeber von Blinkfuer hiergegen Verfassungsbeschwerde und machte die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2, 3 und 5 GG geltend.<sup>110</sup> Der BGH bezeichnete zwar unter Heranziehung des „Lüth“-Urteils“ § 823 BGB als Einfallstor für die Grundrechte und nahm danach eine Güterabwägung vor.<sup>111</sup> Allerdings stellte er hierbei das Grundrecht der Verlage auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gegenüber dem Recht des Herausgebers von Blinkfuer am Gewerbebetrieb, ohne dessen Grundrecht aus Art. 5 GG zu betonen.<sup>112</sup> Diese Vorgehensweise wurde vom BVerfG stark kritisiert: Anders als der BGH betont das BVerfG in seiner Entscheidungsbegründung unter Bezugnahme auf das Lüth-Urteil, dass die Grundrechte eine objektive Wertordnung darstellen, womit er vor allem auf die Möglichkeit der Verletzung von Grundrechten durch die Verneinung des Schadensanspruchs seitens des Zivilrichters hinweist.<sup>113</sup> Das vom BGH im Wege der Güterabwägung zugunsten der Verlage erzielte Ergebnis, wonach der Aufruf zum Boykott und die Androhung der Liefersperre in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG falle, bezeichnet das BVerfG als eine weite Interpretation der Meinungsfreiheit und kritisiert hierbei die Nichterwähnung des Grundrechts des Zeitungsherausgebers aus Art.

---

<sup>106</sup> BVerfGE 25, 256.

<sup>107</sup> BVerfGE 25, 256 (256 f.).

<sup>108</sup> BVerfGE 25, 256 (257 f.).

<sup>109</sup> BVerfGE 25, 256 (258).

<sup>110</sup> BVerfGE 25, 256 (259 ff.).

<sup>111</sup> BGH, Urt. v. 10.07.1963 I b ZR 214/62 = NJW 1964, 29 (30 ff.).

<sup>112</sup> BGH, Urt. v. 10.07.1963 I b ZR 214/62 = NJW 1964, 29 (31 ff.); BVerfGE 25, 256 (267 f.).

<sup>113</sup> BVerfGE 25, 256 (263 ff.).

5 Abs. 1 GG.<sup>114</sup> Es definiert selbst den Schutzbereich der Meinungsfreiheit.<sup>115</sup> Es verweist darauf, dass die Überschreitung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit darin zu sehen sei, dass die marktbeherrschende Verlage ihre wirtschaftliche Macht ausnutzten, um die Meinung des Zeitungsherausgebers zu unterbinden.<sup>116</sup> Durch die Nachteilsandrohung werde den betroffenen Zeitungshändlern die Möglichkeit genommen, eine Entscheidung in voller innerer Freiheit zu treffen und somit die „*Gleichheit der Chancen beim Prozeß der Meinungsbildung*“ verletzt.<sup>117</sup> Dieser Aspekt stelle den Unterschied zum Lüth-Fall dar, in dem der Verrufer gegenüber den Adressaten kein Druckmittel zur Durchsetzung seines Aufrufs eingesetzt hatte, sondern nur seine politische und moralische Argumente betonte, ohne sie in ihrer freien Willensentschließung zu beeinträchtigen.<sup>118</sup> Schließlich kommt das BVerfG insbesondere im Hinblick auf die Ausübung wirtschaftlichen Drucks durch die marktbeherrschenden Verlage zu dem Ergebnis, dass der Boykottaufruf unzulässig sei und die Entscheidung des BGH einen Verstoß gegen das Grundrecht der Pressefreiheit des Herausgebers von Blinkfuer aus Art. 5 Abs. 1 GG darstelle.<sup>119</sup>

#### 1.2.3.4. Würdigung der Lüth- und Blinkfuer-Entscheidung

Während in der Lüth-Entscheidung festgelegt wurde, dass die Grundrechte über die alte, liberale Grundrechtstradition hinaus, mehr als nur Abwehrrechte gegen den Staat, nämlich Ausdruck objektiver Prinzipien sind, welche auf die gesamte Rechtsordnung auswirken, zeigt die Blinkfuer-Entscheidung unter Bezugnahme auf diese Feststellung, dass nicht nur zwischen dem Staat und Bürger, sondern auch zwischen Privaten ein Machtgefälle geben kann. Aus diesen Gründen ist es in solchen Fällen nötig, auf die Grundrechte zurückzugreifen.

##### a. Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung

Mit diesen Entscheidungen<sup>120</sup> wurde die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

---

<sup>114</sup> BVerfGE 25, 256 (263 ff.).

<sup>115</sup> BVerfGE 25, 256 (264 ff.); Die Definitionsversuche werden an dieser Stelle nicht dargestellt, da dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würden und die Meinungs- sowie Pressefreiheit an sich kein Thema dieser Arbeit bilden.

<sup>116</sup> BVerfGE 25, 256 (265 f.).

<sup>117</sup> BVerfGE 25, 256 (265).

<sup>118</sup> BVerfGE 25, 256 (267).

<sup>119</sup> BVerfGE 25, 256 (268 f.).

<sup>120</sup> BVerfGE 7, 198; 25, 256.

anerkannt, wobei durch das BVerfG die Streitfrage der Drittwirkung nicht vollumfänglich erörtert wurde. Natürlich hatte insbesondere die Lüth-Entscheidung dem BVerfG nicht nur die Möglichkeit der Stärkung der Grundrechte des Einzelnen mithilfe der mittelbaren Drittwirkung gegeben. Sie hat auch der Erweiterung seiner Prüfungskompetenz gedient.<sup>121</sup> Das BVerfG hat gleichzeitig auch klargestellt, dass es als keine Superrevisionsinstanz agiere und die Überprüfung zivilgerichtlicher Entscheidungen nur auf Grundrechtsverletzungen beschränkt sei.<sup>122</sup> An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der Begriff der mittelbaren Drittwirkung nicht dahingehend zu verstehen ist, dass Private unmittelbar grundrechtsgebunden sind. In Art. 1 Abs. 3 GG ist die unmittelbare Bindung der staatlichen Gewalt an die Grundrechte geregelt. Schließlich ist im Hinblick auf die oben dargestellten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit dem Begriff der mittelbaren Drittwirkung der Umstand gemeint, dass die Grundrechte in privatrechtlichen Verhältnissen – vermittelt durch das Privatrecht – Geltung beanspruchen können. Diese Feststellungen kann man als Durchbrechung der Trennung von Privatrecht und Verfassungsrecht einstufen.<sup>123</sup>

#### b. Objektive Wertordnung

Zwar ist mit den beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf den Begriff der „objektiven Wertordnung“ keine praktikable Lösung des eigentlichen Problems der Auswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht gelungen. Allerdings unterstreicht das BVerfG in beiden Entscheidungen die nicht zu unterschätzende Rolle für die Aufrechterhaltung der Demokratie. Dies hat selbstverständlich damit zu tun, dass es der Gesellschaft, welche aufgrund der menschenverachtenden Zeit der Nationalsozialismus, die Demokratie skeptisch betrachten, ein Zeichen zu geben, dass eine neue Ordnung wächst. Hierbei hat sich BVerfG auf seine These von der objektiven Wertordnung gestützt. An dieser Stelle ist zu beachten, dass der Begriff „Wert“ sehr abstrakt ist, dass hierfür keine allgemeingültige Definition, vielmehr eine Vielzahl von Definitionsversuchen existiert.<sup>124</sup> Zur Begründung

---

<sup>121</sup> Dürig, „Lüth-Urteil“, DÖV 1958, 194 ff.

<sup>122</sup> BVerfGE 7, 198 (207).

<sup>123</sup> Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 24; Ipsen, Verfassungsprivatrecht?, JZ 2014, 157 (161); Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 290 ff.

<sup>124</sup> Auf die Erläuterung dieses Begriffs, welcher disziplinübergreifend ist, wird nicht näher eingegangen, da dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Siehe hierzu: Lautmann, Wert und Norm, S.

der mittelbaren Drittwirkung führt es an, dass die Grundrechte eine objektive Wertordnung bilden,<sup>125</sup> ohne sich detailliert mit dieser Wertordnungstheorie auseinanderzusetzen. Aus diesen Gründen hat diese Theorie viel Kritik erfahren.<sup>126</sup> Allerdings kann allein die Tatsache, dass der Begriff „Wert“ unpräzise ist, nicht dazu führen, dass die Wertordnungstheorie des BVerfG unbrauchbar ist. Dies ermöglicht eher eine genaue Untersuchung dieses Begriffs in jedem Einzelfall. Im Hinblick darauf, dass das BVerfG auch Begriffe wie „*Grundentscheidungen*“ und „*objektive Normen*“ verwendet hat, kann festgehalten werden, dass es seine Argumentation auf keine geisteswissenschaftlich-philosophische Methoden stützt - also nicht auf die Fragen danach, ob etwas gut oder schlecht ist.<sup>127</sup> Seine Theorie knüpft lediglich an die in den einzelnen Normen festgelegten Werten an.<sup>128</sup> Einige grundrechtlich geschützten Güter, wie zum Beispiel die Menschenwürde und das Leben, stellen an sich Werte dar.<sup>129</sup> Diese beruhen auf die Bedürfnisse der Gesellschaft. Schließlich werden diese gesellschaftlichen Grundlagen verfassungsrechtlich anerkannt.

### c. Zusammenfassung

Dies alles ändert aber nichts daran, dass auf die Frage danach, wie sich Grundrechte auf Rechtsverhältnisse zwischen Privaten auswirkt, keine detaillierte Antwort durch das BVerfG gegeben worden ist. Es hat in seiner Lüth-Entscheidung zur Begründung der mittelbaren Drittwirkung lediglich am Rande auf die objektive Wertordnung, ohne auch nur andeutungsweise klarzustellen, was darunter zu verstehen ist, verweist. Zeitlang hat es in den darauffolgenden Entscheidungen, in denen es auch um die Frage ging, wie die Grundrechte Wirkung im Privatrecht entfalten, lediglich die Ausführungen in der Lüth-Entscheidungen wiederholt.<sup>130</sup> Allerdings hat das BVerfG in späteren Entscheidungen diese allgemeine Aussagen durch Heranziehung

---

7; Henkel, Rechtsphilosophie, S. 321 ff.

<sup>125</sup> BVerfGE 7, 198 (205); 25, 256 (263).

<sup>126</sup> Hesse, Verfassungsrecht und Privatrecht, S. 24 ff.; Ipsen, Verfassungsprivatrecht?, JZ 2014, 157 (161 f.); Dürig, „Lüth-Urteil“, DÖV 1958, 194 ff.

<sup>127</sup> BVerfGE 7, 198 (205).

<sup>128</sup> BVerfGE 7, 198 (205 f., 208 f., 212, 215, 219); 25, 256 (263 ff.); Stern/Becker/Enders, GG-K, Art. 1 Rn. 25 f.

<sup>129</sup> BVerfGE 5, 85 (204); 6, 32 (41); 7, 198 (205 f.); Stern/Becker/Enders, GG-K, Art. 1 Rn. 25 f.

<sup>130</sup> BVerfGE 7, 230 (233 f.); 24, 278 (282); 25, 256 (263); 73, 261 (269); 84, 192 (194); 89, 1 (12); 90, 27 (33); 103, 89 (100).

grundrechtlicher Schutzpflichten präzisiert.<sup>131</sup> Als Konkretisierung der objektiven Dimension der Grundrechte sind u. a. das Leistungs- und Teilhaberecht, die Verfahrensgarantien, die institutionelle Garantie und die Schutzpflicht zu nennen, welche heute als Funktionen der Grundrechte bekannt sind.<sup>132</sup>

### **1.3. ZUSAMMENFASSUNG UNTER KRITISCHER BETRACHTUNG DER LEHRE VON DER MITTELBAREN DRITTWIRKUNG**

Schließlich kann festgehalten, dass auch die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung an sich zu keiner dauerhaft brauchbaren Lösung des Problems der Wirkung von Grundrechten führen kann, da auch sie einige Defizite aufweist. Das Auffinden von unbestimmten Rechtsbegriffen sowie Generalklauseln, welche im *Geiste*<sup>133</sup> der Verfassung ausgelegt werden sollen, stellt zwar kein überwindbares Problem dar. Allerdings ist hierbei der Umstand problematisch, dass es unklar ist, welche Wertvorstellungen in solche bürgerlich-rechtliche Vorschriften einfließen soll. Somit gilt der bereits für die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung genannte Kritikpunkt, welcher auf die Ungewissheit für die Parteien der privatrechtlichen Rechtsbeziehung zielt, auch für diese Lehre, weil hier der Richter die Wertvorstellungen in jedem Einzelfall konkretisiert. Schließlich geraten beide Theorien mit der Privatautonomie in Konflikt. Auch bei der „nur“ mittelbaren Drittwirkung kann von einem intensiven Einfluss der Rechtsprechung des BVerfG auf die zivilgerichtliche Rechtsprechung gesprochen werden, sodass im Ergebnis beide Lehren mit gleichen Gefahren verbunden sind. Die philosophierende Formel von der Wertordnung ist nicht ausreichend, um die Drittwirkung zu begründen, sodass sich durch Konkretisierungen weitere Grundrechtsdimensionen entwickelt haben. Dass es sich hierbei um keine restriktiven Entwicklungen handelt, kann man am deutlichsten an der Lehre von den Grundrechten als Schutzpflichten erkennen. Diese weite Konkretisierung kann darin gesehen werden, dass der Staat den Schutz gewährleisten muss. Aufgrund solch einer Verpflichtung des Staates hat diese Lehre unter den Weiterentwicklungen eine besondere Stellung.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> BVerfGE 39, 1 (41 ff.); 49, 89 (126 ff.); 53, 30 (57 ff.); 88, 203 (251 ff.).

<sup>132</sup> Hufen, Staatsrecht II, § 5 Rn. 8 ff.; Kingreen/Poscher, Grundrechte, § 4 Rn. 111 ff.

<sup>133</sup> BVerfGE 7, 198 (205); 7, 230 (233 f.); 24, 278 (282); 25, 256 (263); 73, 261 (269); 84, 192 (194); 89, 1 (12); 90, 27 (33); 103, 89 (100).

<sup>134</sup> Stern, Staatsrecht III/1, S. 1572 ff.; Stern/Becker/Stern, GG-K, Einl. Rn. 68 ff.

## ABSCHNITT 2. GRUNDRECHTSFUNKTIONEN IN DEUTSCHLAND

Wie bereits oben festgestellt, sind Grundrechte nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, auch wenn sie häufig so verstanden werden. Sie schützen die Bürger auf unterschiedlicher Weise. Die meisten Grundrechte haben eine Doppelfunktion: Subjektiv-rechtliche und objektivrechtliche-Funktion.<sup>135</sup>

### 2.1. SUBJEKTIV-RECHTLICHE FUNKTIONEN DER GRUNDRECHTE

Die Grundrechte sind primär Abwehrrechte (status negativus) des Bürgers gegen den Staat.<sup>136</sup> Hierbei handelt es sich um den Schutz des Einzelnen gegen staatliche Eingriffe in seine Freiheit und Eigentum.<sup>137</sup> Aufgrund des Umstandes, dass bei solchen Freiheitsrechten die Abwehrfunktion überwiegt, werden sie auch als Abwehrrechte bezeichnet. Beispielsweise können Art. 4 Abs. 1, 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 GG als Abwehrrechte genannt werden.<sup>138</sup>

Während es sich bei den Abwehrrechten um die „Freiheit vom Staat“ handelt, erfordern Leistungsrechte (status positivus) aktives staatliches Handeln.<sup>139</sup> Die Grundrechte als Leistungsrechte sind dann von großer Bedeutung, wenn sich das Begehren des Einzelnen auf den Zugang zu bereits vorhandenen staatlichen Leistungen bzw. Einrichtungen bezieht oder der Einzelne die Schaffung von Leistungen verlangt.<sup>140</sup> Hierbei wird zwischen den originären Leistungsrechten und derivativen Teilhaberechten unterschieden.<sup>141</sup> Erstere bedeutet Ableitung von Leistungsrechten aus Grundrechten bzw. das Grundrecht selbst stellt die Anspruchsgrundlage für die Gewährung von Leistungen durch staatliche Maßnahmen (Bsp.: Art. 6 Abs. 4 GG).<sup>142</sup> Bei den letzteren geht es um die Teilhabe am Vorhandenen bzw. die vom Bestehenden abgeleiteten Rechte (Bsp.: Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG).<sup>143</sup> An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich aus

---

<sup>135</sup> Hufen, Staatsrecht II, § 5 Rn. 3.

<sup>136</sup> BVerfGE 7, 198 (204); Hufen, op. cit., § 5 Rn. 4.

<sup>137</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, § 4 Rn. 112.

<sup>138</sup> Ibid., § 4 Rn. 133.

<sup>139</sup> Ibid., § 4 Rn. 113, 176 ff.

<sup>140</sup> Ibid., § 4 Rn. 176 ff.

<sup>141</sup> Ibid., § 4 Rn. 113 f., 176 ff.

<sup>142</sup> Ibid., § 4 Rn. 113 f., 179.

<sup>143</sup> Ibid., § 4 Rn. 177; Hufen, op. cit., § 5 Rn. 8.

den Grundrechten grundsätzlich keine originäre Leistungsrechte ableiten lassen.<sup>144</sup> Denn würde man zum Beispiel aus Art. 12 Abs. 1 GG ein Recht auf Arbeit ableiten, müsste der Staat hierfür in erheblichem Maße Finanzmittel aufwenden. Dieser Umstand würde jedoch zur Vernachlässigung anderer Pflichten des Staates führen. Ausnahmen bilden zum Beispiel der Anspruch auf Ausschöpfung vorhandener Kapazitäten gemäß dem jeweiligen Freiheitsrecht in Verbindung mit dem Gleichheitsrecht<sup>145</sup> und der Anspruch jedes Hilfsbedürftigen auf das Existenzminimum, welcher aus der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) folgt<sup>146</sup>.

Im Gegensatz zu den Abwehr- und Leistungsrechten gewährleisten die Grundrechte als Mitwirkungsrechte (*status activus*) die Teilnahme des Bürgers am Staatsleben durch Wahrnehmung seiner staatsbürgerlichen Rechte (Bsp.: Art. 33 Abs. 1 - 3 und 5, 38 G).<sup>147</sup>

Schließlich gewährleisten die Gleichheitsrechte Gleichheit bei der Ausübung der oben genannten drei Rechten.<sup>148</sup> „Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, Gleiches gleich, Ungleiches entsprechend seiner Eigenart ungleich zu behandeln.“<sup>149</sup> Während es sich hierbei um den allgemeinen Gleichheitssatz handelt, stellen Art. 3 Abs. 2 und 3, 33 Abs. 1 und 2, 38 GG besondere Gleichheitssätze dar.<sup>150</sup> Hier überwiegt die Gleichbehandlungs- bzw. Nichtdiskriminierungsfunktion.<sup>151</sup> Würde man in diesem Zusammenhang auf alle Aspekte detailliert eingehen wollen, würde dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sodass an dieser Stelle nur ein kurzer Überblick über die Gleichheitsrechte vorliegt.

## 2.2. OBJEKTIV-RECHTLICHE FUNKTIONEN DER GRUNDRECHTE

Die Anerkennung, dass die Grundrechte nicht nur eine subjektiv-rechtliche, sondern auch eine auch objektiv-rechtliche Funktion haben, erfolgte durch das BVerfG

---

<sup>144</sup> Hufen, op. cit., § 5 Rn. 10.

<sup>145</sup> *Ibid.*, § 5 Rn. 10.

<sup>146</sup> BVerfGE 125, 175 ff.

<sup>147</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, § 4 Rn. 115 ff.; Hufen, Staatsrecht II, § 5 Rn. 11.

<sup>148</sup> Kingreen/Poscher, op. cit., § 4 Rn. 114.

<sup>149</sup> BVerfGE 42, 64 (72); Hufen, op. cit., § 39 Rn. 5.

<sup>150</sup> Hufen, op. cit., § 39 Rn. 10; Kingreen/Poscher, op. cit., § 11 Rn. 587 ff.

<sup>151</sup> Kingreen/Poscher, op. cit., § 11 Rn. 587.

bereits im Lüth-Urteil:<sup>152</sup> „Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.“<sup>153</sup> Der Staat hat also nicht nur Eingriffe in die Grundrechte des Einzelnen zu vermeiden, sondern ist auch für die objektiven Gewährleistungen verantwortlich, die in den verschiedenen Grundrechten enthalten sind.<sup>154</sup> Die Grundrechte müssen sich somit real entfalten und verwirklichen können.<sup>155</sup>

In diesem Zusammenhang ist auf die Einrichtungsgarantien Bezug zu nehmen, welche den Bestand von Normenkomplexen gewährleisten. Hierbei wird zwischen Institutsgarantien (private Normenkomplexe, wie zum Beispiel Art. 6 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG) und institutionelle Garantien (öffentlich-rechtliche Normenkomplexe, wie zum Beispiel Art. 33 Abs. 5 und 28 Abs. 2 GG) unterschieden und diese stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers.<sup>156</sup>

### **2.3. GRUNDRECHTE ALS VERFAHRENSRECHTE UND IN DER ORGANISATION**

Während der Zustand, in dem die Grundrechte bereits im Prozess der Entscheidungsfindung durch verfahrensrechtliche Regelungen abgesichert sind, die verfahrensrechtliche Funktion der Grundrechte darstellt, spielt die organisationsrechtliche Funktion der Grundrechte in den Fällen eine große Rolle, in denen sich das Grundrecht durch organisationsrechtliche Regelungen in einer staatlichen Einrichtung entfaltet.<sup>157</sup> So hat das BVerfG in seinem Mülheim-Kärlich-Beschluss betont, dass der Staat seine Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG auch durch Verfahrensvorschriften erfülle, sodass eine Grundrechtsverletzung anzunehmen sei, wenn lebensschützende Verfahrensvorschriften nicht beachtet werden.<sup>158</sup> Im Hinblick auf die organisationsrechtliche Funktion kann zum Beispiel an die Hochschulorganisation

---

<sup>152</sup> Hufen, op. cit., § 5 Rn. 3; BVerfGE 7, 198 (204 f.).

<sup>153</sup> BVerfGE 7, 198 (204 f.).

<sup>154</sup> Hufen, Staatsrecht II, § 5 Rn. 3.

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> Ibid., § 5 Rn. 17; Kingreen/Poscher, op. cit., § 4 Rn. 118 ff.

<sup>157</sup> Hufen, op. cit., § 5 Rn. 11 ff. und 16.

<sup>158</sup> BVerfGE 53, 30 (55); Hufen, op. cit., § 5 Rn. 11 f.

gedacht werden, welche u. a. der Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit dienen muss.<sup>159</sup>

## 2.4. SCHUTZPFLICHTEN DES STAATES

*„Die Schutzpflicht des Staates ... verbietet nicht nur ... unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, ...“*<sup>160</sup> In Anlehnung an diese Feststellung des BVerfG ist allgemein anerkannt, dass der Staat verpflichtet ist, jedes in einem Freiheitsrecht garantierte Rechtsgut zu schützen und zu fördern.<sup>161</sup> Das BVerfG hatte in seiner konkreten Entscheidung die Schutzpflicht an Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG entwickelt. Im Text des Grundgesetzes kommt die staatliche Schutzfunktion in Art. 1 Abs. 1 S. 1 und Art. 6 Abs. 1, 4 und 5 GG zum Ausdruck.<sup>162</sup> Die Schutzfunktionen der Grundrechte kommen zum Beispiel in Form grundrechtskonformer Auslegung der Vorschriften des einfachen Rechts, des Rechts auf gleiche Teilhabe und des Schutzes vor Gefahren vor.<sup>163</sup>

Beim Umgang mit staatlichen Schutzpflichten stellt die Frage, wie diese zu erfüllen sind, ein großes Problem dar. *Zwar muss der Staat „zur Erfüllung seiner Schutzpflicht ausreichende Maßnahmen normativer und tatsächlicher Art ergreifen, die dazu führen, daß ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener und als solcher wirksamer Schutz erreicht wird (Untermaßverbot).“*<sup>164</sup> Allerdings hat er hierbei einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum.<sup>165</sup> Das sog. Untermaßverbot stellt das Gegenstück zum sog. Übermaßverbot (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)<sup>166</sup>. Hiernach ist der Eingriff dann nicht übermäßig, wenn er geeignet, erforderlich und i.e.S. verhältnismäßig ist.<sup>167</sup> Beim Untermaßverbot darf der Staat bei seiner Handlung nicht „untertreiben“ und beim Übermaßverbot darf er hierbei nicht „übertreiben“. Wenn man jedoch diese beiden Grenzen des staatlichen Handelns miteinander vergleicht, erkennt man, dass der Eingriff

---

<sup>159</sup> BVerfGE 35, 79 (112 ff.); Hufen, op. cit., § 5 Rn. 16.

<sup>160</sup> BVerfGE, 39, 1 (42).

<sup>161</sup> Hufen, op. cit., § 5 Rn. 5.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> Kingreen/Poscher, op. cit., § 4 Rn. 146 ff.

<sup>164</sup> BVerfGE 88, 203 (6. Leitsatz).

<sup>165</sup> BVerfGE 77, 170 (214 f.); 79, 174 (202); 88, 203 (262).

<sup>166</sup> Kingreen/Poscher, op. cit., § 6 Rn. 462 ff.

<sup>167</sup> Ibid., § 6 Rn. 406 ff., 462.

trotz seiner Ungeeignetheit ein Eingriff bleibt, während vom Vorliegen einer Schutzmaßnahme nicht die Rede sein kann, wenn sie nicht geeignet ist.<sup>168</sup> Im Hinblick darauf, dass die staatliche Schutzpflicht eine schützende Tätigkeit durch den Staat verlangt und nicht vorgibt, wie diese konkret zu erfüllen ist, kann auch nicht erwartet werden, dass die Schutzmaßnahme erforderlich ist.<sup>169</sup> Schließlich kann ein Verstoß gegen das Untermaßverbot verneint werden, wenn die Schutzmaßnahme verhältnismäßig i.e.S. ist.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> *Ibid.*, § 6 Rn. 406 ff., 464 ff.

<sup>169</sup> *Ibid.*, § 6 Rn. 464 ff.

<sup>170</sup> *BVerfGE* 88, 203 (254 ff.); *Kingreen/Poscher*, op. cit., § 6 Rn. 464.

### **ABSCHNITT 3. DIE WIRKUNGSWEISE DER GRUNDRECHTE IM ARBEITSRECHTLICHEN BEREICH**

Die Frage danach, wie die Grundrechte im Arbeitsrecht wirken, hat das BAG bereits in den ersten Jahren nach seiner Eröffnung im Jahre 1954 in sehr vielen Fällen beschäftigt.<sup>171</sup> Im Vergleich zu anderen Bereichen des Privatrechts spielen die Grundrechte für das Arbeitsrecht eine erheblich bedeutsamere Rolle. Denn hier ist der persönliche Bereich stets betroffen. Die Grundrechte begegnen uns bereits bei der Ausgestaltung des Arbeitsvertrags und begleiten uns bis zu dessen Kündigung. Die arbeitsrechtlichen Fallgestaltungen haben zudem die Besonderheit, dass sie durch ungleiche Machtverhältnisse zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer gekennzeichnet sind. Das BAG hat nach mehr als 30-jähriges Festhalten an der von Nipperdey begründete Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung<sup>172</sup> sie hinsichtlich der Fallgestaltungen des Individualarbeitsrechts ausdrücklich aufgegeben.<sup>173</sup> Heutzutage ist diese Lehre nur noch in den Fällen vertretbar, welche unter die Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG fallen, da nur sie ausdrücklich unmittelbare Drittwirkung entfaltet.<sup>174</sup> Hiernach sind alle vertragliche Vereinbarungen, die die Koalitionsfreiheit *einschränken* oder *behindern nichtig* und entsprechende *Maßnahmen rechtswidrig*. Insoweit entfaltet die Koalitionsfreiheit unmittelbare Drittwirkung, d. h. untersagt ausdrücklich Eingriffe seitens Privater in die Koalitionsfreiheit.<sup>175</sup> Auch wenn sich diese Lehre nicht durchsetzen konnte, kann nicht gesagt werden, dass die Argumente, worauf Nipperdey seine Theorie stützte im heutigen Arbeitsrecht gänzlich bedeutungslos sind.<sup>176</sup> Denn die Tarifvertragsparteien und Betriebspartner sind zwar nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Sie müssen jedoch die Grundsätze des § 75 BetrVG beachten.<sup>177</sup> Insoweit dürfen ihre Handlungen im Hinblick auf den in dieser Vorschrift geregelten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot den

---

<sup>171</sup> BAGE 1, 51 = NJW 1954, 1301; BAGE 1, 185 = NJW 1955, 606; BAGE 4, 274 = NJW 1957, 1688; BAGE 16, 95 = NJW 1964, 2269.

<sup>172</sup> S. o. Pkt. 1.1. – 1.1.3.

<sup>173</sup> Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn. 53; BAGE 48, 122 = NZA 1985, 702; BAGE 52, 88 = NZA 1986, 643.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> Stern/Becker/Rixen, Grundrechte-K, Art. 9 Rn.77.

<sup>176</sup> Fischinger, in: Hdb. ArbR, Bd. 1, § 7 Rn. 5 ff., 35 ff.

<sup>177</sup> *Ibid.*, op. cit., § 7 Rn. 37.

grundrechtlichen Wertentscheidungen nicht widersprechen.<sup>178</sup> Hieran kann man erkennen, dass diese Grundsätze den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie die Differenzierungsverbote in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG im Arbeitsrecht verankern.<sup>179</sup> Im Übrigen wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf Beschäftigung mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG begründet.<sup>180</sup> Im Hinblick auf die Besonderheiten des Art. 9 Abs. 3 GG als eine Ausnahmvorschrift<sup>181</sup> sowie ein „*Doppelgrundrecht*“<sup>182</sup> und die enorm wichtige Rolle des Arbeitskampfes im privat- und verfassungsrechtlichen Bereich – insbesondere aufgrund seines zentralen Elementes der Druckausübung auf den Kampfgegner<sup>183</sup> – wird sich diese Arbeit im Folgenden hinsichtlich der Frage der Wirkungsweise der Grundrechte im Arbeitsrecht mit dem Streik als das wichtigste Arbeitskämpfungsmittel befassen.

### 3.1. ART. 9 ABS. 3 GG UND STREIK ALS ARBEITSKÄMPFMITTEL

Ein Gesetz zum Arbeitskampf existiert in Deutschland nicht. Das Arbeitskämpfungrecht stellt Richterrecht dar.<sup>184</sup> Die Rechtsfolgen der Störungen von rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer werden im Zivilrecht gesucht, weil die Arbeitskämpfungsmittel Einfluss auf das System des Zivilrechts haben.<sup>185</sup> Dies erfolgt insbesondere durch die Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse. An dieser Stelle ist aber zu beachten, dass der Arbeitskampf seine Eigenart durch die Druckausübung auf den Kampfgegner gewinnt. Anders als im Vertragsrecht, das durch die Vertragsautonomie geprägt ist, wird hier der Vertragspartner durch Zwang in Form der Verweigerung vertraglicher Pflichten zu einem neuen Vertragsschluss bewegt.<sup>186</sup>

---

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> *Ibid.*, op. cit., § 7 Rn. 45 ff.

<sup>180</sup> *Ibid.*, op. cit., § 7 Rn. 42.

<sup>181</sup> *Ibid.*, op. cit., § 7 Rn. 2; Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn. 53; Müller-Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 43.

<sup>182</sup> Fischinger, in: Hdb. ArbR, Bd. 1, § 7 Rn. 69; Müller-Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 7; BVerfGE 4, 96 (101 f., 106) = NJW 1954, 1881; BVerfGE 94, 268 (282 f.) = NZA 1996, 1157.

<sup>183</sup> Müller-Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 161; Henssler/Willemsen/Kalb/C. W. Hergenröder, in: ArbR-K, Art. 9 Rn. 178.

<sup>184</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, S. 560; Müller-Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 102 ff.; Henssler/Willemsen/Kalb/C. W. Hergenröder, in: ArbR-K,

Art. 9 Rn. 149 ff.; Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn. 14; Fischinger, in: Hdb. ArbR, Bd. 1, § 7 Rn. 32.

<sup>185</sup> Richardi, in: Hdb. ArbR, Bd. 1, § 1 Rn. 16 ff.; Fischinger, in: Hdb. ArbR, Bd. 1, § 5 Rn. 1 ff.

<sup>186</sup> Müller-

Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 94, 114, 141, 161; Henssler/Willemsen/Kalb

Individualrechtlich betrachtet müssten die Arbeitsk Kampfmaßnahmen als eine Verletzung des Arbeitsvertrages eingestuft werden, welche die Entstehung von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen des Arbeitgebers gegen Arbeitnehmer ermöglichen würde. Allerdings hat der Große Senat des BAG die Arbeitsk Kampfmaßnahmen bereits im Jahre 1955 als eine „*einheitliche kollektive Handlung*“ festgelegt: Kollektivrechtlich rechtmäßiges Arbeitsmittel der Arbeitnehmer kann individualrechtlich nicht rechtswidrig sein.<sup>187</sup> Dieses Mittel ist erforderlich, um einen Ausgleich für ungleiche Machtverhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu schaffen.<sup>188</sup> Aus diesem Grund stellt die Teilnahme der Arbeitnehmer an einem rechtmäßigen Arbeitsk Kampf keinen Vertragsbruch dar, sodass der Arbeitgeber in einem solchen Fall zur fristlosen Kündigung nicht berechtigt ist.<sup>189</sup> Vielmehr suspendieren die rechtmäßigen Arbeitsk Kampfmaßnahmen die hauptsächlichen Rechte und Pflichten (Arbeits-, Beschäftigungs- und Lohnzahlungspflicht) aus dem Arbeitsverhältnis für die Dauer des Arbeitskampfes (sog. *Suspendierungswirkung*).<sup>190</sup> Diese Feststellung stellt eine Modifizierung der bis dahin geltenden Sichtweise, wonach die Durchführung eines Streiks ohne vorherige Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer unzulässig war.<sup>191</sup> Mit seiner zweiten Grundsatzentscheidung vom 21. April 1971 fordert jedoch das BAG für diese suspendierende Wirkung, dass die Kampfparteien den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Vornahme ihrer Arbeitsk Kampfmaßnahmen berücksichtigen.<sup>192</sup> Danach müssen die eingesetzten Kampfmittel zur Verfolgung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>193</sup> Hierbei wird den Kampfparteien eine gewisse Einschätzungsprärogative eingeräumt:<sup>194</sup> Bei der Frage nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit eines Arbeitsk Kampfmittels erfolgt nur eine Überprüfung auf offensichtliche Verstöße.<sup>195</sup> Dass die Einschätzung, welche Mittel zur Durchsetzung welcher Ziele geeignet und erforderlich sind, dem Beurteilungsspielraum

---

/C. W. Hergenröder, in: ArbR-K, Art. 9 Rn. 146, 178.

<sup>187</sup> BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882 (883 f.).

<sup>188</sup> Müller-

Glöge/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 18; Schaub (Begr.)/Treber, ArbR- Hdb., § 91 Rn. 6; BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882 (883 f.).

<sup>189</sup> BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882 (883 f.).

<sup>190</sup> BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882 (883 f.).

<sup>191</sup> Ehmman, Arbeitsk Kampfrecht, in: NZA 1991, 1 (2).

<sup>192</sup> BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668 (1669).

<sup>193</sup> BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668 (1669); Vgl. BAGE 132, 140 = NZA 2009, 1347 (1352).

<sup>194</sup> BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668 (1670 f.); Vgl. BAGE 132, 140 = NZA 2009, 1347 (1352).

<sup>195</sup> BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668 (1669); Vgl. BAGE 132, 140 = NZA 2009, 1347 (1352).

der Kampfparteien überlassen wird, ist nicht verfehlt, da es sich hierbei um eine kampfaktische Beurteilung handelt:<sup>196</sup> In gewissem Umfang müssen die Kampfparteien selbst beurteilen können, wieviel Druck auf die Kampfgegner auszuüben ist, um den bisher herrschenden Zustand zu ändern.<sup>197</sup> Hierbei bildet der Rechtsmissbrauch die Grenze dieses Beurteilungsspielraums.<sup>198</sup>

In diesem Zusammenhang ist innerhalb des Arbeitskampfes insbesondere im Hinblick auf seine verschiedenen Arten die Rolle des Streiks als das wichtigste Mittel der Arbeitnehmer nicht zu unterschätzen.<sup>199</sup>

### 3.1.1. Definition von Streik

Arbeitskampf bildet den Oberbegriff des Streiks, wobei es keine allgemeine Definition von Arbeitskampf existiert.<sup>200</sup> Nach dem heute in der Literatur überwiegend vertretenen weiten Arbeitskampfbegriff ist unter dem Arbeitskampf die *„kollektive Störungen der Arbeitsbeziehungen seitens Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, wodurch die Gegenseite unter Druck gesetzt werden soll, um sie verhandlungsbereit zu machen“*<sup>201</sup> zu verstehen. Als das relevanteste Arbeitskampfmittel bekannte Streik wird als eine *„planmäßig und gemeinschaftlich durchgeführte Arbeitsniederlegung als eine Druckausübung einer Mehrheit von Arbeitnehmern ohne vorausgegangene Kündigung, mit dem Willen, nach Erreichen des erstrebten Zieles die Arbeit wiederaufzunehmen“* definiert.<sup>202</sup> Hierunter fallen sowohl gänzliche als auch teilweise Einstellung der Arbeit.<sup>203</sup> In der Arbeitskampff Praxis besitzt der Streik verschiedene Formen: Der flächendeckende Erzwingungsstreik (verbandsweite Arbeitsniederlegung für längere Zeit), Warnstreik (kurzzeitige Arbeitsniederlegung während laufender

---

<sup>196</sup> BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668 (1669); Vgl. BAGE 132, 140 = NZA 2009, 1347 (1352).

<sup>197</sup> BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668 (1669 ff.); Vgl. BAGE 132, 140 = NZA 2009, 1347 (1352).

<sup>198</sup> BAGE 23, 292 = NJW 1971, 1668 (1669 ff.); Vgl. BAGE 132, 140 = NZA 2009, 1347 (1352).

<sup>199</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, S. 551 Rn. 39; Siehe zu Arbeitskampfmitteln der Arbeitnehmer Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, S. 551 Rn. 39 ff.

<sup>200</sup> Müller-Glöge/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 94, 161.

<sup>201</sup> Müller-

Glöge/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 94; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, S. 546 Rn. 3.

<sup>202</sup> Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn. 688; Müller-

Glöge/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 161; Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, S. 551 Rn. 40.

<sup>203</sup> Dütz/Thüsing, op. cit., Rn. 688 ff.; Müller-Glöge/Preis/Schmidt/Linsenmaier, op. cit., Rn. 161 ff.; Zöllner/Loritz/Hergenröder, op. cit., S. 551 Rn. 40 ff.

Tarifverhandlungen zur Demonstration der Kampfbereitschaft) und Wellenstreik (Arbeitsniederlegung für insbesondere wirtschaftlich bedeutende Zeiträume und Wiederaufnahme der Arbeit unmittelbar nach solchen Zeiträumen; Bei erfolgter Ausgleich des Arbeitsausfalls beginnt der Streik anderer Arbeitnehmer). Diese Aufzählung ist nicht abschließend, weil die Entwicklung neuer Streikformen durch die kampf führenden Parteien aufgrund der Kampfmittelfreiheit möglich ist.<sup>204</sup>

### 3.1.2. Schutz des Streiks als koalitionspezifischen Verhaltensweisen

Durch Art. 9 Abs. 3 GG wird auch der Streik als Teil der Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt.<sup>205</sup> Dies hat das BAG bereits im Jahre 1980 anerkannt: *„Heute besteht Einigkeit darüber, dass das Streikrecht einen notwendigen Bestandteil der freiheitlichen Kampf- und Ausgleichsordnung darstellt, die durch Art. 9 Abs. 3 GG im Kern gewährleistet ist.“*<sup>206</sup> Laut BVerfG umfasst der Schutz der Koalitionsfreiheit nicht nur die Koalitionsbildung, sondern auch *„Betätigungen, sofern diese der Förderung Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen dienen“*<sup>207</sup>. Denn eine solche Beschränkung würde insbesondere im Hinblick darauf, dass die Koalitionsfreiheit ein *Freiheitsrecht*<sup>208</sup> ist, die Verfolgung der in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Zwecke verhindern, welche den Existenzgrund der Koalitionen bilden.<sup>209</sup> Hierbei handelt es sich den obigen Ausführungen zu Funktionen der Grundrechte<sup>210</sup> zufolge nicht nur um einen abwehrrechtlichen Schutz vor staatlichen Eingriffen, sondern auch um die objektivrechtliche Dimension des Grundrechts der Koalitionsfreiheit. Insoweit stellt grundsätzlich auch der Streik eine koalitionspezifische Betätigung dar.<sup>211</sup> In diesem Zusammenhang ist es problematisch, in welchem Umfang der Streik als koalitionspezifische Verhaltensweise unter dieser Betätigungsfreiheit fällt. Zwar wird er als natürliche Freiheit umfassend abwehrrechtlich vor staatlichen Eingriffen geschützt, sodass auch der nichtgewerkschaftliche Streik unter diesem abwehrrechtlichen

---

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> *BVerfGE* 84, 212; 88, 103.

<sup>206</sup> *BAGE* 33, 140 (151) = *NJW* 1980, 1642 (1644).

<sup>207</sup> *BVerfG*, Beschluss v. 26.03.2014, 1 BvR 3185/09 = *NJW* 2014, 1874; *NZA* 2014, 493.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> *Siehe Abschnitt 2.*

<sup>211</sup> *BVerfG*, Beschluss v. 26.03.2014, 1 BvR 3185/09 = *NJW* 2014, 1874; *NZA* 2014, 493.

Schutzbereich fällt.<sup>212</sup> Allerdings erstreckt sich dieser Schutzzumfang nicht automatisch auf das Verhältnis der Privaten untereinander.<sup>213</sup> Würde sich die Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG als Fall einer unmittelbaren Drittwirkung auf den Streik als Teil der Betätigungsfreiheit beziehen, so würde im Fall eines Streiks die arbeitsvertragliche Bindung des Arbeitnehmers durch diese Norm aufgehoben, da seine Betätigungsfreiheit in Form von Arbeitsniederlegung als natürliche Handlung durch die Arbeitspflicht begrenzt wird.<sup>214</sup> An dieser Stelle ist jedoch darauf zu achten, dass der Arbeitskampf auch die Kampfmaßnahmen des Arbeitgebers umfasst.<sup>215</sup> Die Anwendung der Ausnahmeregelung des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG im Streikfall würde somit die Ausübung der durch das Grundgesetz geschützten Verhaltensweise des Arbeitgebers verhindern, da sie die Kampfmaßnahme des Arbeitnehmers einschränken. Nicht nur die Grundrechte des Arbeitgebers, sondern auch die der Unbeteiligten werden im Streikfall beschränkt. Demzufolge würde man das Recht des Arbeitnehmers zu streiken gegenüber allen anderen Grundrechten vorrangig behandeln. Überdies spricht der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG, der sich auf Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG bezieht, gegen seine umfassende Anwendung in Streikfällen. Demzufolge kommt der Betätigungsfreiheit zwar grundsätzlich eine unmittelbare Drittwirkung zu. Allerdings sind gem. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG *Abreden*, welche die Koalitionsfreiheit beschränken, *nichtig* und *hierauf gerichtete Maßnahmen rechtswidrig*. Hiernach ist also eine gezielte Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit erforderlich, welche beim Vertragsschluss zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht existiert.<sup>216</sup> Dabei handelt es sich vielmehr um eine freiwillige Bindung der Vertragsparteien an einem Arbeitsvertrag. Zudem spricht gegen die Anwendung der Ausnahmeregelung der verfassungsrechtliche Schutz der Privatautonomie, welche in Gefahr geraten würde, wenn die Arbeitsverträge im Falle der Arbeitsniederlegungen als nichtig gelten würden.<sup>217</sup> Aus diesen Gründen können die Hauptpflichten der Vertragsparteien im Streikfall nicht direkt durch Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG suspendiert werden.<sup>218</sup> Durch den Beschluss des Großen Senats des BAG vom

---

<sup>212</sup> BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 f.; BAGE 123, 134 = NZA 2007, 1055 (1056).

<sup>213</sup> Müller-Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, op. cit., Art. 9 Rn. 40 ff.

<sup>214</sup> Müller-Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, op. cit., Rn. 167ff., 213 ff.;

<sup>215</sup> *Ibid.*

<sup>216</sup> Däubler (Hrsg.)/Ögüt, Rechtsfolgen des Streiks, in: Arbeitskampfrecht Hdb., § 19 Rn.7; § 22 Rn. 2.

<sup>217</sup> Däubler (Hrsg.)/Ögüt, op. cit., § 19 Rn.7; § 22 Rn. 2; Müller-Glöße/Preis/Schmidt/Linsenmaier, op. cit., Art. 9 Rn. 167ff., 213 ff.

<sup>218</sup> *Ibid.*

28.01.1955 wurde dem gewerkschaftlichen Streik jedoch suspendierende Wirkung zugesprochen, wonach die Hauptpflichten der Vertragsparteien für die Dauer des Streiks ruhen.<sup>219</sup> Dass der Streik durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt wird und auch die Suspendierungswirkung vor staatlichen Eingriffen abwehrrechtlich geschützt ist, hat also nicht zu bedeuten, dass dieser Schutz im Verhältnis der Privaten untereinander unmittelbare Geltung beansprucht. Seine *Zulässigkeit richtet sich vielmehr nach der Ausgestaltung des Grundrechts durch die Rechtsordnung.*<sup>220</sup> Schließlich ist durch die gerichtliche Zuerkennung einer suspendierenden Wirkung die verfassungsrechtlich geschützte Betätigungsfreiheit Teil des Privatrechts geworden.<sup>221</sup>

### **3.1.3. Begründung staatlicher Pflichten zur Schaffung privatrechtlicher Wirkungen des Streiks**

Die suspendierende Wirkung des Streiks führt dazu, dass das Streikrecht privatrechtliche Auswirkungen hat. Somit besteht zum Beispiel die Möglichkeit, dass die streikenden Arbeitnehmer vor Schadensersatzforderungen oder Kündigungen des Arbeitgebers geschützt werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welcher Grundrechtsfunktion die staatliche Pflicht zur Schaffung solcher Auswirkungen zu entnehmen ist. Denn die Grundrechte haben, wie bereits oben festgestellt, nicht nur eine Abwehrfunktion.<sup>222</sup> Diese wird durch eine objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension ergänzt, wobei heute der damals vom BVerfG zur Umschreibung der objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte verwendete und viel Kritik erfahrene Begriff der objektiven Wertordnung keine relevante Rolle mehr spielt.<sup>223</sup> Mit dieser Terminologie versuchte es lediglich zeitgemäß die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte zu erläutern.<sup>224</sup> Die der Verstärkung der subjektiv-rechtlichen Funktion dienenden objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension verpflichtet den Staat zu einem bestimmten Verhalten, welches in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann.<sup>225</sup> Die Pflicht des Staates zum Schutz der

---

<sup>219</sup> BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882 (883 f.).

<sup>220</sup> BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 - 1 BvR 779/85 = NZA 1991, 809 (810).

<sup>221</sup> Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, S. 560; Müller-Glöge/Preis/Schmidt/Linsenmaier, ErfK ArbR, Art. 9 Rn. 102 ff.; Henssler/Willemsen/Kalb/C. W. Hergenröder, in: ArbR-K, Art. 9 Rn. 149 ff.; Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, Rn. 14; Fischinger, in: Hdb. ArbR, Bd. 1, § 7 Rn. 32.

<sup>222</sup> S. o. Abschnitt 2.

<sup>223</sup> S. o. Abschnitt 1, Pkt. 1.2.3.4. b.

<sup>224</sup> Ibid.

<sup>225</sup> S. o. Abschnitt 2. Pkt. 2.2.

Träger von Grundrechten umfasst insbesondere die Verpflichtung, die Rechtsordnung in der Weise einzurichten, dass sich die Grundrechte im Verhältnis der Privaten untereinander verwirklichen können.<sup>226</sup> Im Folgenden wird im Hinblick auf den Streik erläutert, mit welcher Ausprägung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion die staatliche Pflicht zur Schaffung privatrechtlicher Wirkungen dieser Arbeitskampsmaßnahme begründet werden kann.

### 3.1.3.1. Einordnung des Streiks als grundrechtliche Einrichtungsgarantien

Einige Grundrechte garantieren bestimmte Institute und Institutionen. Diese als älteste Ausprägung der objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalte bekannte Einrichtungsgarantien lassen sich in Institutsgarantien (privatrechtliche Einrichtungen) und institutionelle Garantien (öffentlich-rechtliche Einrichtungen) unterteilen.<sup>227</sup> Die erstgenannte Garantie bezieht sich auf private Institute wie Ehe und Familie (Art. 6 GG) oder Eigentum (Art. 14 GG), die letztgenannte auf öffentliche Institutionen wie kommunale Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) oder Berufsbeamtentum (Art. 33 Abs. 4 und 5 GG).<sup>228</sup> Diese Unterkategorie der Einrichtungsgarantien gewährleisten privat- und öffentlich-rechtliche Normenkomplexe und stehen nicht zur Disposition des Gesetzgebers.<sup>229</sup> Zwar ist die Ausgestaltung dieser Einrichtung bzw. die Änderung des Normenbestands dem Gesetzgeber nicht untersagt, ihm sind jedoch verwehrt diese abzuschaffen oder in ihrem Wesensgehalt anzutasten.<sup>230</sup>

Bezogen auf den Streik stellt sich hierbei die Frage danach, unter welche dieser beiden Kategorien er gefasst ist. Im Hinblick darauf, dass es sich bei der institutionellen Garantie um die Schaffung bzw. Erhaltung öffentlich-rechtlicher Einrichtungen handelt und die rechtlichen Folgen des Streiks sich auf ein Privatrechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beziehen, kann der Streik nicht als institutionelle Garantie eingeordnet werden.<sup>231</sup> Allein mit der Begründung, dass die Institutsgarantie privatrechtliche Einrichtungen garantiert, kann der Streik jedoch nicht unter dieser Kategorie der Einrichtungsgarantie gefasst werden. Denn weder der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG noch

---

<sup>226</sup> *Ibid.*

<sup>227</sup> *Ibid.*

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> Kingreen/Poscher, Grundrechte, § 4 Rn. 166 ff.; Hufen, Staatsrecht II, § 5 Rn. 17 ff.

<sup>231</sup> *S. o. Pkt. 3.1.1.*

der Umfang der Einrichtungsgarantien sprechen für eine solche Annahme. Insbesondere der Wortlaut eines Grundrechts lässt erkennen, ob es eine Einrichtungsgarantie umfasst. So stehen gem. Art. 6 Abs. 1 GG die Rechtsinstitute *Ehe und Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung*. Als ein weiteres Beispiel kommt an dieser Stelle Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht, wonach der Staat verpflichtet ist die Rechtsinstitute Eigentum und Erbrecht zu gewährleisten. Der Gesetzgeber wird dort ausdrücklich zur Schaffung von Normen verpflichtet: „*Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt*“. Bezogen auf den Streik kann dem Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 GG keine solche ausdrückliche Regelung entnommen werden. Überdies knüpfen die Einrichtungsgarantien an die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des Grundgesetzes geltende Rechtsordnung. Für die Arbeitsniederlegung war allerdings bis zur Entscheidung des BAG im Jahre 1955 über die rechtliche Wirkung des Streiks eine Kündigung erforderlich.<sup>232</sup> Die suspendierende Wirkung des Streiks ist keine vor der Schaffung des Grundgesetzes bereits vorhandene gesetzliche Regelung; sie wurde später durch den Richter angeordnet.<sup>233</sup> Aus diesen Gründen kann der Streik auch nicht als Institutsgarantie eingeordnet werden.

### 3.1.3.2. Verfahrens- und organisationsrechtliche Grundrechtsfunktionen als Basis für privatrechtliche Wirkungen des Streiks

Bezüglich der rechtlichen Ausgestaltung des Verhältnisses der Arbeitskämpfparteien untereinander könnte man auch an die Möglichkeit denken, dass hierfür die Organisations- und Verfahrensfunktion der Grundrechte als eine Form der Konkretisierung der objektiven Grundrechtsdimension<sup>234</sup> herangezogen werden kann. Wie bereits oben dargestellt, ist für die Entfaltung und Durchsetzung grundrechtlich geschützter Freiheiten die Bereitstellung verfahrens- und organisationsrechtlicher Regelungen erforderlich.<sup>235</sup> Bezogen auf die Koalitionsfreiheit wird die Ansicht vertreten, dass im Kollisionsfall mit Hilfe dieser Regelungen die Herstellung eines Ausgleichs zwischen den Grundrechtspositionen der Betroffenen möglich sei.<sup>236</sup>

---

<sup>232</sup> Ehmann, Arbeitskampfrecht, in: NZA 1991, 1 (2).

<sup>233</sup> BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882 (883 f.).

<sup>234</sup> S. o. Pkt. 2.3.

<sup>235</sup> Siehe Pkt. 2.3.

<sup>236</sup> Schwarze, Arbeitskampf, JuS 1994, 653 (657).

Allerdings kann das Streikrecht auch dann ausgeübt werden, wenn der Streik keine zivilrechtliche Wirkung hat. Im Hinblick auf die richterrechtlich angeordnete suspendierende Funktion ist zu beachten, dass hiermit der Arbeitnehmer geschützt und die Verfolgung des Zwecks der Koalition erleichtert wird. Überdies stellt die Verfahrensgarantie keine wesentliche Grundrechtsfunktion für das Privatrecht dar, weil sie die Verpflichtung des Staates zur Ausgestaltung eines Verfahrens beinhaltet, das die wirksame Beteiligung des Bürgers daran und die Verwirklichung seiner Grundrechte ermöglicht.<sup>237</sup> In Fällen des Streiks handelt es sich jedoch um Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen, sodass hierfür die Berücksichtigung der verfahrensrechtlichen Grundrechtsfunktion nicht möglich ist.

### 3.1.3.3. Schutzpflicht des Staates zugunsten der Parteien des Arbeitskampfes

Im Hinblick auf die obigen Feststellungen, wonach die Pflicht des Staates zur Bereitstellung privatrechtlicher Regelungen weder auf die Einrichtungsgarantien noch verfahrens- und organisationsrechtliche Grundrechtsfunktionen gestützt werden kann, bleibt nur noch die Möglichkeit übrig, dass dafür die grundgesetzliche Schutzpflicht als wichtigste objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion<sup>238</sup> beurteilt wird. Wie bereits den obigen allgemeinen Ausführungen über staatliche Schutzpflichten entnehmbar ist, richtet sie sich gegen alle Staatsorgane.<sup>239</sup> Demzufolge darf der Staat in Ausübung seiner Schutzpflicht in den Bereich von Privatrechtsbeziehungen eingreifen.<sup>240</sup> In diesem Dreiecksverhältnis, welches im Unterschied zu dem Bereich der Abwehrfunktion von Grundrechten für die grundrechtliche Schutzpflicht kennzeichnend ist, schützt der Staat zwar grundrechtliche Güter vor Beeinträchtigungen von privater Seite.<sup>241</sup> Dies erfolgt jedoch durch Beschränkung des privaten Dritten, der für den Übergriff verantwortlich ist, in der Ausübung seiner Grundrechte.<sup>242</sup> Daher ist dem Anspruch auf Schutz des Schutzsuchenden insofern Grenzen gesetzt, als dass der Staat bei der Umsetzung seiner Schutzpflicht das Untermaß- und Übermaßverbot nicht außer

---

<sup>237</sup> Ruffert, *Verfassung*, S. 285.

<sup>238</sup> *S. o. Pkt. 2.4.*

<sup>239</sup> *BVerfGE*, 39, 1 (42); *S. o. Pkt. 2.4.*

<sup>240</sup> *S. o. Pkt. 2.4.*

<sup>241</sup> *Burkiczak*, *Grundrechtsbindung*, in: *RdA* 2007, 17 (19).

<sup>242</sup> *Ibid.*

Acht lassen darf.<sup>243</sup> Wie bereits in obigen Ausführungen dargestellt, existieren jedoch viele verschiedene Formen des Schutzes und der Staat ist in der Wahl der Mittel, die er zum Schutz des Betroffenen ergreift, grundsätzlich frei.<sup>244</sup> Die weite Gestaltungsfreiheit ist in den Fällen auf eine konkrete Form des Schutzes beschränkt, in denen gemäß einer Abwägung beiderseitigen Interessen lediglich sie als das Mindestmaß an effektivem Schutz betrachtet werden kann.<sup>245</sup> Die Antworten auf die Fragen, ob und wie dem Einzelnen der Schutz zu gewähren ist sowie der Umfang des Schutzes, hängen somit vom Einzelfall ab.<sup>246</sup>

Im Hinblick auf die Problematik, worauf die staatliche Pflicht, zivilrechtliche Wirkungen des Streiks zu bestimmen, zurückzuführen ist, wird durch das BVerfG darauf hingewiesen, dass das Gericht aufgrund der grundgesetzlichen Schutzpflicht in Fällen der *„unzureichenden gesetzlichen Vorgaben das materielle Recht mit den anerkannten Methoden der Rechtsfindung aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgeblich sind, ableiten“* muss.<sup>247</sup> Dies sei in solchen Fällen die einzige Möglichkeit eine sachgerechte Entscheidung treffen zu können.<sup>248</sup> Auch das BAG hat u. a. in seinen Entscheidungen über das betriebliche Zutrittsrecht der Gewerkschaften zu Werbezwecken sowie die Zulässigkeit des Unterstützungsstreiks, wofür gesetzliche Regelungen fehlen, betont, dass den Gerichten wegen der grundgesetzlichen Schutzpflicht die entsprechende Ausgestaltung obliege.<sup>249</sup>

Damit man jedoch überhaupt an eine Schutzpflichtsituation denken kann, müsste dafür erst einmal das für die Schutzpflicht charakteristische dreiseitige Verhältnis vorliegen. In den Fällen von Rechtsstreitigkeiten infolge eines Streiks steht der Staat dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber, welche gleichermaßen grundrechtsfähig sind und deren Interessen und Grundrechtspositionen miteinander kollidieren. Weiterhin stellt es sich die Frage danach, wie der Staat die Streikenden schützen kann und ob er hierzu die Pflicht hat. Im Hinblick auf die oben genannten Risiken für Arbeitnehmer und Arbeitgeber<sup>250</sup> auf der einen Seite und die verfassungsrechtlich geschützte

---

<sup>243</sup> BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751 (1754); S. o. Pkt. 2.4.

<sup>244</sup> Burkiczak, Grundrechtsbindung, in: RdA 2007, 17 (19); S. o. Pkt. 2.4.

<sup>245</sup> BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751 (1754); S. o. Pkt. 2.4.

<sup>246</sup> Ibid; Burkiczak, Grundrechtsbindung, in: RdA 2007, 17 (19); S. o. Pkt. 2.4.

<sup>247</sup> BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 (810).

<sup>248</sup> BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 (810).

<sup>249</sup> BAGE 117, 137 = NZA 2006, 798 (800); BAGE, 123, 134 = NZA 2007, 1055 (1057).

<sup>250</sup> S. o. Pkt. 3.1.

Betätigungsfreiheit der Koalitionen auf der anderen Seite ist der Staat verpflichtet im Fall einer Kollision und der damit eingehenden Verletzung des Untermaßverbots in dieses Verhältnis einzugreifen. Im Hinblick auf den Streik wird das Untermaßverbot als verletzt bzw. das verfassungsrechtlich gebotene Schutzminimum als unterschritten eingestuft, wenn der Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigungsfreiheit betroffen ist.<sup>251</sup> Hierunter seien zwar Koalitionsbetätigungen, welche „für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz als unerlässlich betrachtet werden müssen“<sup>252</sup> zu verstehen. Allerdings stellt das BVerfG in seiner Entscheidung im Jahre 1995 klar, dass alle Betätigungsformen unter dem Tatbestand des Art. 9 Abs. 3 GG fallen, welche koalitionsspezifisch sind.<sup>253</sup> Mit dem Kernbereichskonzept wird nicht der Schutzbereich der Betätigungsfreiheit, sondern die bei der Ausgestaltung der Betätigungsfreiheit zu beachtende Grenze umschrieben, sodass es auf der abwehrrechtlichen Ebene nicht anwendbar ist.<sup>254</sup> Zum Schutz anderer verfassungsrechtlich geschützter Güter kann die koalitionsspezifische Betätigung unter Beachtung des nicht antastbaren Minimums der Koalitionsfreiheit eingeschränkt werden.<sup>255</sup> Die Grenzen eines unantastbaren Kernbereichs der Koalitionsfreiheit wurden nicht bestimmt.<sup>256</sup> Es kann jedoch festgehalten werden, dass es sich hierbei um die Bewahrung vor Aushöhlung und Leerlaufen dieser Freiheit handelt, sodass der Normzweck des Art. 9 Abs. 3 GG bei der Untersuchung der Frage nach dem vom Staat zu gewährleistende notwendige Minimum an Schutz im Mittelpunkt stehen muss.<sup>257</sup> Betrachtet man den Streik nur als eine natürliche Handlung, so stellt er eine Verletzung der Hauptpflichten des Arbeitnehmers. Die Konsequenzen daraus sind Kündigung und Schadensersatzhaftung des Arbeitnehmers. Allerdings stellt die Schaffung eines Freiraumes für Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur autonomen Austragung ihrer Interessengegensätze den Normzweck des Art. 9 Abs. 3 GG dar.<sup>258</sup> Hierzu zählt auch die Druckausübung seitens der Arbeitnehmer zur Durchsetzung eigener Forderungen, welche das Ziel des Streiks darstellt, der wiederum durch die

---

<sup>251</sup> Vgl. BVerfGE 4, 96 (101 f., 106) = NJW 1954, 1881 (1882).

<sup>252</sup> BVerfGE 28, 295 = NJW 1970, 1635.

<sup>253</sup> BVerfGE 93, 352 = NZA 1996, 381 (382).

<sup>254</sup> BVerfGE 93, 352 = NZA 1996, 381 (382).

<sup>255</sup> BVerfGE 94, 268 = NJW 1997, 513.

<sup>256</sup> BVerfGE 93, 352 = NZA 1996, 381 (382).

<sup>257</sup> Friese, Koalitionsfreiheit, S. 225.

<sup>258</sup> BVerfGE 88, 103 = NJW 1993, 1379 (1380).

Koalitionsfreiheit geschützt wird.<sup>259</sup> Ihrem Normzweck widersprechen jedoch die nachteiligen Folgen des Streiks. Sie stellen somit eine Gefährdung für die Koalitionsfreiheit dar. In einer solchen Situation liegt die Verletzung des Unternaßverbots vor und der staatliche Schutz ist somit unabdingbar. Daher wurde zumindest der gewerkschaftliche Streik mit einer zivilrechtlichen Suspendierungswirkung ausgestattet.<sup>260</sup> In solchen Fällen stellt die fehlende Kündigung des Arbeitsvertrages vor einer Arbeitsniederlegung keine vertragswidrige Handlung des streikenden Arbeitnehmers dar. Mit dieser Grundrechtsausgestaltung genügt der Staat seiner grundrechtlichen Schutzpflicht. Bezogen auf nichttarifbezogenen und nichtgewerkschaftlichen Arbeitsniederlegungen verpflichtet die grundrechtliche Schutzpflicht den Staat jedoch nicht zur Erstreckung der suspendierenden Wirkung auf die Streiks dieser Art, auch wenn sie abwehrrechtlich geschützt sind.<sup>261</sup> *„Ein derartiger Arbeitskampf ist nicht privilegiert, sondern nur der Arbeitskampf, der zur Durchsetzung tariflich regelbarer Ziele von einer Gewerkschaft geführt wird, die tariffähig, weil in der Lage ist, auf ihre Gegenseite jeweils einen fühlbaren Druck und Gegendruck auszuüben und auch nach innen mit Autorität aufzutreten. Der Staat kann nur solche Koalitionen als tariffähig anerkennen, die diese ihre Aufgabe sinnvoll erfüllen können; Koalitionsfreiheit und Tariffähigkeit sind nicht deckungsgleich, wie der Senat im Beschluß vom 15. 3. 1977 (NJW 1977, 1551 L = [demnächst] AP Art. 9 GG Nr. 24, auch zur Veröffentlichung in der Aml. Slg. bestimmt) näher ausgeführt hat. Die Arbeitsniederlegung der Arbeitnehmerschaft der Bekl. und insbesondere auch der Kl. hat also nicht zur Suspendierung der Arbeitsverhältnisse mit der Folge geführt, daß die arbeitsvertraglichen Pflichten der Kl. etwa entfallen wären. Sie haben vielmehr ohne Rechtsgrund die Arbeit verweigert.“*<sup>262</sup> Hieraus ist zu entnehmen, dass solche Arbeitsniederlegungen als rechtswidrig eingestuft werden. Diese Feststellung stellt keinen Eingriff in die Grundrechte der Arbeitnehmer dar. Sie ist vielmehr eine Ausgestaltung des Grundrechts der Streikenden und hierbei besitzt der Staat einen weiten Einschätzungsspielraum.<sup>263</sup> Aus diesen Gründen ist der Staat nicht verpflichtet, die suspendierende Wirkung auf die Fälle der nichtgewerkschaftlichen

---

<sup>259</sup> S. o. Pkt. 3.1.1.

<sup>260</sup> BAGE 1, 291 = NJW 1955, 882 (883 f.); S. o. Pkt. 3.1.

<sup>261</sup> BVerfGE 84, 212 = NZA 1991, 809 f.; BAGE 123, 134 = NZA 2007, 1055 (1056); S. o. Pkt. 3.1.4.

<sup>262</sup> BAGE 30, 50 = NJW 1979, 236 (237-238).

<sup>263</sup> BVerfGE 92, 365 = NZA 1995, 754 (756); S. o. Pkt. 3.1.

Arbeitsniederlegungen zu erstrecken.

Dort wird angenommen, dass es an einer Schutzpflichtsituation mangelt und somit keine staatliche Schutzpflicht aktiviert wird.<sup>264</sup> Hierfür sei erforderlich, dass die Arbeitnehmer keine Möglichkeit haben gewerkschaftlich zu streiken, weil z. B. in ihrem Betrieb keine Gewerkschaft vorhanden ist oder die Gewerkschaft die Arbeitsniederlegung zu Unrecht nicht unterstützt.

### **3.2. ERGEBNIS**

In Bezug auf die in der Einleitung dieser Arbeit aufgeführten zentralen Fragestellungen der vorliegenden Arbeit ist zu beachten, dass die Wirkung der Grundrechte unstreitig weit über das öffentliche Recht hinaus reicht. Dies kann man besonders im arbeitsrechtlichen Bereich beobachten, da das Arbeitsrecht im Vergleich zu den anderen Rechtsgebieten sich mit Beziehungen befasst, in denen ein Machtungleichgewicht herrscht und eine persönliche Abhängigkeit der Vertragsparteien existiert. Denn der einzelne Arbeitnehmer ist üblicherweise weisungsgebunden und typischerweise auf den Lohn bzw. das Gehalt als einziges Einkommen, das sein Arbeitgeber zahlt und er damit seinen Lebensunterhalt bestreitet, angewiesen. Zwar beruhen Arbeitsverhältnisse auf dem Grundsatz der Privatautonomie, sodass es grundsätzlich freiwillig begründet wird. Allerdings kann der Arbeitnehmer aufgrund seiner Unterlegenheit seine Interessen gegenüber seinem Arbeitgeber oft nicht durchsetzen. Ein angemessener Ausgleich soll insbesondere mit dem Streikrecht als wichtigste Kampfmittel der Arbeitnehmer gefunden werden. Auch wenn in Deutschland kein Arbeitskampfgesetz vorhanden und das Streikrecht im Grundgesetz nicht ausdrücklich genannt ist, wird das Streikrecht durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich geschützt. Es genießt umfassend den abwehrrechtlichen Schutz, wobei es durch den Zweck der Koalition eingeschränkt wird, da Art. 9 Abs. 3 GG nach seinem Wortlaut nur auf Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zielt. Demzufolge wird im Staat-Bürger-Verhältnis ein umfassender und weiter Schutz des Streikrechts als Ausprägung der Koalitionsfreiheit gewährt, sodass auch der nichtgewerkschaftliche Streik gegen staatliche Eingriffe

---

<sup>264</sup> *Otto*, Arbeitskampf, § 6 Rn. 26.

geschützt ist. Im Verhältnis zwischen Privaten stehen die Arbeitnehmer vor dem Problem, dass der nichtgewerkschaftliche Streik arbeitsvertraglich unzulässig ist. Während der gewerkschaftliche Streik suspendierende Wirkung hat, ruhen die arbeitsvertraglichen Hauptlichten nicht beim nichtgewerkschaftlich geführten Streik. Zwar ist Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG der einzige Fall der unmittelbaren Drittwirkung im Grundgesetz. Hiervon umfasst ist jedoch nach dem Wortlaut der Vorschrift die Koalitionsgründung. Daher kann der nichtgewerkschaftliche Streik nicht mithilfe dieser Klausel arbeitsvertraglich als zulässig erklärt werden. Nicht nur durch den Gesetzgeber, sondern auch durch die Gerichte wird dieser Streikform keine suspendierende Wirkung verliehen. Sie können hierzu auch nicht wegen der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 9 Abs. 3 GG als verpflichtet angesehen werden. Denn im Hinblick darauf, dass der Bürger keinen unbegrenzten Anspruch auf staatliche Schutzmaßnahmen hat bzw. der Staat bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht einen weiten Einschätzungsspielraum besitzt und das Gericht im Hinblick auf den Normzweck des Art. 9 Abs. 3 GG die suspendierende Wirkung nicht ausgeweitet hat, kann kein Verstoß gegen das Untermaßverbot angenommen werden.

## **ABSCHNITT 4. DIE WIRKUNGSWEISE DER GRUNDRECHTE IM DATENSCHUTZRECHTLICHEN BEREICH**

Neben dem Arbeitskampfrecht als Teilgebiet des kollektiven Arbeitsrechts, dem bereits in den 50er Jahren die Frage, welche Wirkung die Grundrechte für das Privatrechtsverhältnis haben und mit welcher Grundrechtsfunktion sie zu begründen ist beschäftigte, spielt in diesem Zusammenhang der Datenschutz im Privatrechtsverkehr als eines der dynamischsten Entwicklungsfelder eine sehr wichtige Rolle. Denn in der digitalen, globalisierten Gesellschaft drohen Grundrechtsverletzungen des Einzelnen nicht nur von Seiten des Staates, in dem man lebt oder seitens des Einzelnen, welcher im selben Land lebt, sondern auch seitens eines Privaten, welcher in den meisten Fällen im fremden Land ansässig ist. Hierbei handelt es sich insbesondere um Anbieter digitaler Dienste. Durch sie erfolgt die Erhebung, Speicherung und Auswertung der persönlichen Daten ihrer Nutzer, wie z. B. Name, Adresse, Telefonnummer und IP-Adresse. Für den Betroffenen sind die Verwendung und Vermarktung durch den Anbieter selten sichtbar. Solche Informationen stellen allerdings personenbezogenen Daten i. S. d. Datenschutzgrundverordnung<sup>265</sup> dar, die Lösungen zu Fragen, die sich insbesondere durch neue Techniken für den Schutz der Privatsphäre stellen. Somit eröffnen die persönlichen Informationen den Anwendungsbereich der DSGVO.

### **4.1. DIE ENTWICKLUNG DES DEUTSCHEN DATENSCHUTZRECHTS**

Unter Datenschutz ist der Schutz des Einzelnen vor Verletzung seiner Privatsphäre zu verstehen, welche dadurch passieren, dass die seine Person betreffende Daten erhoben, gespeichert, genutzt oder weitergegeben werden.<sup>266</sup> Trotz der hieraus folgenden enormen Bedeutung des Datenschutzrechts für den Einzelnen und eine demokratische, freiheitliche Gesellschaft wurde ihm lange Zeit weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtspraxis besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Eine Verrechtlichung des Datenschutzes erfolgte erst im Jahre 1970 mit dem Hessischen

---

<sup>265</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird diese Verordnung im Folgenden lediglich in der Abkürzung DSGVO verwendet.

<sup>266</sup> Reichold, in: MünchHdbArbR, § 96 Rn. 1.

Datenschutzgesetz, welches nicht nur eine deutschlandweite, sondern eine weltweit erste Datenschutzkodifikation darstellt.<sup>267</sup> Der Mikrozensus-Beschluss des BVerfG vom 16.07.1969, in dem das BVerfG betont, dass die menschliche Würde verletzt wäre, „*wenn der Staat für sich das Recht in Anspruch nehmen könnte, den Menschen zwangsweise in seiner ganzen Persönlichkeit zu registrieren und zu katalogisieren ... und ihn damit wie eine Sache zu behandeln, die einer Bestandsaufnahme in jeder Beziehung zugänglich ist*“<sup>268</sup> hatte Einfluss auf diese gesetzgeberischen Tätigkeit.<sup>269</sup> Das BVerfG hat weiter festgestellt, dass „*dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein 'Innenraum' verbleiben muss, in dem er 'sich selbst besitzt' und 'in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt'*“<sup>270</sup> Der Anwendungsbereich des Hessischen Datenschutzgesetzes beschränkte sich allerdings nur auf den Schutz personenbezogener Daten bei der maschinellen Datenverarbeitung in der öffentlichen Verwaltung von Hessen.<sup>271</sup> Das erste Bundesdatenschutzgesetz wurde im Jahre 1977 erlassen, welches im Gegensatz zum Hessischen Datenschutzgesetz auch den Schutz personenbezogener Daten gegenüber nicht-öffentlichen Stellen regelt.<sup>272</sup> Im Mikrozensus-Beschluss, welcher die Landes- und Bundesgesetzgebung beeinflusst hat, hat das BVerfG jedoch festgestellt, dass die Verarbeitung von Informationen betreffend Urlaubs- und Erholungsreisen der Bürger keinen Verstoß gegen das Grundgesetz darstellt, da die konkrete Befragung nicht die „Intimsphäre“ der Bürger berühre.<sup>273</sup> Um im konkreten Fall eine Verfassungswidrigkeit annehmen zu können, müsse es sich dort um keine Daten von der Außenwelt handeln, welche einen „Geheimnischarakter“ hätten.<sup>274</sup> Anders als im Mikrozensus-Beschluss macht das BVerfG das Vorliegen eines Eingriffs in seinem Volkszählungsurteil vom 15.12.1983<sup>275</sup>, welches den wesentlichsten Einschnitt der Datenschutzdiskussion darstellt, nicht davon abhängig, welchen Lebensbereich die verarbeiteten personenbezogenen Daten betreffen. Es setzt sich

---

<sup>267</sup> *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, in: Datenschutzrecht DSGVO-BDSG, Einl. Rn. 1.

<sup>268</sup> *BVerfGE* 27, 1 (6) = *NJW*, 1969, 1707.

<sup>269</sup> Hoeren/Sieber/Holznagel/Helfrich, in: Hdb. Multimedia-Recht, Teil 16.1 Rn. 4.

<sup>270</sup> *BVerfGE* 27, 1 (6) = *NJW*, 1969, 1707.

<sup>271</sup> *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, Datenschutzrecht, Rn. 1 ff.

<sup>272</sup> Hoeren/Sieber/Holznagel/Helfrich, in: Hdb. Multimedia-Recht, Teil 16.1 Rn. 6;

Paschke/Berlit/Meyer/Kröner/ *Kramer*, in: Hamburger Kommentar, 76. Abschn. Rn. 10.

<sup>273</sup> *BVerfGE* 27, 1 (8) = *NJW*, 1969, 1707.

<sup>274</sup> *BVerfGE* 27, 1 (8) = *NJW*, 1969, 1707.

<sup>275</sup> *BVerfGE* 65, 1 = *NJW*, 1984, 419.

ausführlich damit auseinander, welche Anforderungen die Verfassung an die Verarbeitung solcher Informationen stellt und betont, dass „unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein ‘belangloses’ Datum“ existiert.<sup>276</sup> Als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und im Hinblick auf die „heutigen und künftigen Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung“ hat das BVerfG in seiner berühmten Entscheidung zum Volkszählungsgesetz 1983 das Recht auf informationelle Selbstbestimmung anerkannt und dem Datenschutz somit Verfassungsrang eingeräumt.<sup>277</sup> Demzufolge stellt jede Verarbeitung personenbezogener Daten einen Grundrechtseingriff dar. Dem Träger des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung steht die Befugnis zu, „grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen“<sup>278</sup> und „zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.“<sup>279</sup> Geschützt ist man durch dieses Grundrecht vor jeder Form der Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe von personenbezogenen Informationen.<sup>280</sup> Allerdings hat die Feststellung des BVerfG, dass die informationelle Selbstbestimmung einer der beachtlichen Voraussetzung einer freien Persönlichkeitsentfaltung darstellt, nicht dahingehend zu verstehen, dass der Grundrechtsschutz der personenbezogenen Daten schrankenlos besteht.<sup>281</sup> Eine Beschränkung des "Grundrechts auf Datenschutz" ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn das überwiegende Allgemeininteresse dies erfordert und sie auf gesetzlicher Grundlage erfolgen, welche mit den Geboten der Normenklarheit und Verhältnismäßigkeit in Einklang steht.<sup>282</sup> Zudem ist hierbei der Grundsatz der Zweckbindung erhobener personenbezogenen Daten zu beachten, sodass sich deren Verarbeitung an einem von vornherein festgelegten und klar erkennbaren Zweck orientieren sowie auf das hierfür erforderliche Mindestmaß beschränken muss, also nicht auf Vorrat erfolgen darf.<sup>283</sup> Dies muss durch organisatorische sowie verfahrensrechtliche

---

<sup>276</sup> BVerfGE 65, 1 (45) NJW, 1984, 419.

<sup>277</sup> BVerfGE 65, 1 (41) = NJW, 1984, 419.

<sup>278</sup> BVerfGE 65, 1 (43) = NJW, 1984, 419.

<sup>279</sup> BVerfGE 65, 1 (41) = NJW, 1984, 419.

<sup>280</sup> BVerfGE 65, 1 (43) = NJW, 1984, 419.

<sup>281</sup> BVerfGE 65, 1 (44) = NJW, 1984, 419.

<sup>282</sup> BVerfGE 65, 1 (44) = NJW, 1984, 419.

<sup>283</sup> BVerfGE 65, 1 (46) = NJW, 1984, 419.

Vorkehrungen gesichert sein:<sup>284</sup> Die Einhaltung der „informationellen Gewaltenteilung“ verschiedener staatlicher Stellen in Abhängigkeit der jeweiligen Zweckbestimmungen bzw. Errichtung rechtlicher Barrieren für verwaltungsinternen Datenaustausch, sodass auch bei der Amtshilfe das Prinzip der Zweckbindung zu beachten ist (keine Übermittlung personenbezogener Daten ohne bereichsspezifische Rechtsgrundlage).<sup>285</sup> Als ein weiteres wesentliches Grundprinzip des Datenschutzes arbeitete das BVerfG das Transparenzgebot heraus, worauf die Aufklärungs-, Auskunft- und Löschungspflichten der datenverarbeitenden Stelle sowie eine Beteiligung unabhängiger Datenschutzbeauftragter beruhen.<sup>286</sup> Schließlich machte dieses Grundsatzentscheidung eine inhaltliche Neuorientierung der Datenschutzgesetzgebung erforderlich. So wurde im Jahre 1990 das zweite BDSG verkündet. Allerdings kann man bei der Betrachtung der Entwicklung des Datenschutzrechts in Deutschland im Hinblick auf die Digitalisierung und der damit verbundene grenzüberschreitende Datenverkehr die europäische Rechtsentwicklung nicht außer Betracht lassen. Mit der Novellierung des BDSG zum 23.05.2001 wurde die am 24.10.1995 in Kraft getretene Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (95/46/EG) in deutsches Recht umgesetzt.<sup>287</sup> Sie differenzierte dabei nicht zwischen Datenverarbeitung im öffentlichen und nicht-öffentlichen Bereich und erleichterte die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb der Union.<sup>288</sup> Durch die Aufnahme des Datenschutzes als Grundrecht in die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art. 8 GRCh), welche mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon im Jahre 2009 Rechtsverbindlichkeit erhielt, wird sein hoher Stellenwert auf europäischer Ebene verdeutlicht.<sup>289</sup> Die EG-Datenschutzrichtlinie aus dem Jahre 1995 wurde jedoch durch die Datenschutz-Grundverordnung 2016/679 (DSGVO) abgelöst (Art. 94 Abs. 1 DSGVO), welche im April 2016 in Kraft trat und seit dem 25.05.2018 in der EU unmittelbar anwendbar ist

---

<sup>284</sup> BVerfGE 65, 1 (44, 46) = NJW, 1984, 419.

<sup>285</sup> BVerfGE 65, 1 (49) = NJW, 1984, 419.

<sup>286</sup> BVerfGE 65, 1 (46) = NJW, 1984, 419.

<sup>287</sup> ABl. EG Nr. L 281 vom 23.11.1995, S. 31; Gola/Klug, Datenschutzrecht 2001/2002, NJW 2002, 2431; ders. Datenschutzrecht 2000/2001, 3747.

<sup>288</sup> Grabitz/Hilf/Brühmann, in: Das Recht der Europäischen Union, A 30 Art. 2 Rn. 18 ff.

<sup>289</sup> Calliess/Ruffert/Calliess, in: EUV/AEUV, Art. 1 GRCh Rn. 1;

Calliess/Ruffert/Kingreen, in: EUV/AEUV, Art. 8 GRCh Rn. 1 ff.

(Art. 99 Abs. 2 DSGVO), wobei die Ziele und Prinzipien der DSRL fort gelten.<sup>290</sup> Es geht vielmehr darum, die mit der DSRL aufgrund ihrer Rechtsnatur lediglich eingeschränkt erfolgte und ersehnte datenschutzrechtliche Vollharmonisierung und Rechtssicherheit zu schaffen.<sup>291</sup> Denn die DSGVO stellt wegen Art. 288 Abs. 2 AEUV im Unterschied zur DSRL, welche eine Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist, eine unmittelbar wirkende Rechtsgrundlage dar und bedarf daher keines staatlichen Umsetzungsakts. Dem deutschen Datenschutzrecht verbleibt somit eine ergänzende Funktion, was sich in Form der parallel zur DSGVO am 25.05.2018 wirksam gewordenen Novelle des BDSG gezeigt hat.<sup>292</sup> Eine weitere Anpassung des nationalen Datenschutzrechts an das europäische Datenschutzrecht fand im Jahre 2019 statt, indem die bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften angepasst und Änderungen im BDSG vorgenommen wurden.<sup>293</sup> Die DSGVO, das neue BDSG und die bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften, welche gem. § 1 Abs. 2 BDSG dem BDSG grundsätzlich vorgehen und sowohl den öffentlichen als auch privaten Bereich der Datenverarbeitung betreffen können, stellen somit die für das Datenschutzrecht in Deutschland maßgebliche Regelungsbereiche dar.

#### 4.2. DATENSCHUTZ IM VERHÄLTNIS ZWISCHEN PRIVATEN

Zwar kennt das Grundgesetz kein selbständiges Grundrecht auf Datenschutz, aber wie bereits oben dargestellt, ist aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs.1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung abzuleiten.<sup>294</sup> Dieses Recht darf somit nach den allgemeinen Grundsätzen auch im Privatrecht nicht außer Acht gelassen werden.<sup>295</sup> Zudem hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 27.02.2008 das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (Recht auf private

---

<sup>290</sup> ABl. L 2016/119, S. 1 ErwGr (9); Bis dahin wurden weitere EU-Richtlinien erlassen, die den Datenschutz zum Inhalt haben, so z. B. RL 2002/58/EG Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (wird durch VO aufgehoben, Vorschlag vom 10.01.2017), RL 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten, EU-Verordnung Nr. 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der EU (aufgehoben durch VO (EU) 2018/1725) sowie RL (EU) 2016/680, welche speziell die Datenverarbeitung zu Sicherheits- bzw. Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungszwecken regelt.

<sup>291</sup> ABl. L 2016/119, S. 1 ErwGr (9).

<sup>292</sup> Art. 1 DSAnpUG-EU v. 30.06.2017, BGBl. I Nr. 44, S. 2097.

<sup>293</sup> 2. DSAnpUG-EU v. 20.11.2019, BGBl. I Nr. 41, S. 1626.

<sup>294</sup> S. o. Pkt. 4.1.

<sup>295</sup> S. o. Pkt. 1.2. zu mittelbare Drittwirkung.

Datensphäre) als eine weitere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt, welches bei Datenerhebungen aus komplexen IT-Systemen ein höheres Schutzniveau sichern soll und ebenfalls im Privatrecht zu berücksichtigen ist.<sup>296</sup> Denn diese Rechte schützen im Hinblick auf den Schutzpflichtgedanken, welcher sowohl auf der Ebene des Normerlasses als auch Normanwendung eine wesentliche Rolle spielt, nicht nur vor direkten Eingriffen seitens des Staates, sondern müssen auch im Wege der Auslegung im Vertragsrecht beachtet werden.<sup>297</sup> Der Datenschutz ist zwar eine besondere Ausprägung des Autonomiegedankens, jedoch scheint er in einer Welt des Internets und Smartphones, über die die Preisgabe personenbezogener Daten oft ohne Bedenken erfolgt, nicht ausreichend sichergestellt zu sein.

#### 4.2.1. Grundrechtseingriff

Insbesondere im Hinblick darauf, dass es „*unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung*“ keinen belanglosen Informationseingriff aus verfassungsrechtlicher Sicht existiert, ist in jeder Verarbeitung personenbezogener Daten ein rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, welches als Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) für den Datenschutz in Deutschland sehr wichtig ist, zu sehen.<sup>298</sup> Somit kann nicht gesagt werden, dass Datenverarbeitung im privaten Bereich ohne weiteres frei ist, auch wenn Private im Gegensatz zur öffentlichen Gewalt personenbezogenen Daten nicht zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung oder zur Aufgabenerfüllung benötigen. In den Fällen, in denen solche Beeinträchtigungen von privaten Dritten ausgehen, muss aber keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorliegen, welche solch eine Handlung legitimiert.<sup>299</sup> Denn anders als der Staat berufen sich Private in solchen Situationen auf Grundrechtsausübungen. Dies kann zumindest in Form der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht kommen, sofern nicht die anderen Grundrechte, wie z. B. die Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG oder Kunstfreiheit

---

<sup>296</sup> BVerfGE 120, 274 = NJW 2008, 822.

<sup>297</sup> S. o. Pkt. 2.4. zu Schutzpflicht.

<sup>298</sup> BVerfGE 65, 1 (45); Vgl. EuGH, Urt. v. 13.05.2014, Google Spain und Google, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 = NJW 2014, 2257 (2262 Rn. 80); Vgl. Art. 5 Abs. 1 DSGVO.

<sup>299</sup> Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG-KK, Art. 2 Abs. 1, Rn. 189.

gem. Art. 5 Abs. 3 GG, einschlägig sind.<sup>300</sup>

#### 4.2.2. Zentrale datenschutzrechtliche Begriffe

Im Hinblick auf Art. 2 DSGVO und § 1 BDSG findet Datenschutzrecht nur Anwendung, wenn „personenbezogene Daten“ vorliegen. Weitere für das gesamte Datenschutzrecht zentrale Termini stellen die Begriffe des „Verantwortlichen“ und der „betroffenen Person“ dar.

##### 4.2.2.1. Definitionen

Obwohl in Deutschland seit dem Inkrafttreten des ersten Datenschutzgesetzes bereits 50 Jahre vergangen sind, herrschen immer noch große Unklarheiten über die soeben genannten für das gesamte Datenschutzrecht wichtigsten Begriffe.

##### a. Verarbeitung personenbezogener Daten

Angesichts des Umstandes, dass das BDSG in Teil I und II weder die Definition des Begriffs der Verarbeitung noch der personenbezogenen Daten enthält und die DSGVO Anwendungsvorrang hat, ist bei der Bestimmung dieser Begriffe die Legaldefinitionen in Art. 4 Nr. 1, 2 DSGVO maßgeblich.<sup>301</sup> Hiernach sind alle Informationen über eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person als personenbezogene Daten einzustufen, während in Art. 4 Nr. 1 Hs. 2 DSGVO die Identifizierbarkeit, welche neben der Identifizierung die essentielle Voraussetzung des Personenbezugs darstellt, konkretisiert worden ist. Wie sich aus dem Wort „alle“ in Art. 4 Nr. 1 DSGVO bei grammatikalischer Auslegung ergibt, wird kein Numerus clausus geschützter Inhalte oder Themen festgelegt, sodass der Begriff der Information weit zu verstehen ist; entscheidend ist vielmehr, dass der Personenbezug vorliegt.<sup>302</sup> Die erste Fallvariante des Art. 4 Nr. 1 Hs. 1 DSGVO (identifizierte Person) liegt vor, wenn sich die Identität der Person unmittelbar aus dem konkreten Datum oder dem Datensatz ergibt.<sup>303</sup>

---

<sup>300</sup> *Ibid.*

<sup>301</sup> Die identischen Legaldefinitionen in § 46 Nr. 1, 2 BDSG befindet sich in Teil III des BDSG, welcher der Umsetzung der RL (EU) 2016/680 dient und die Verarbeitung personenbezogener Daten i. R. d. Strafverfolgung und Strafjustiz betrifft; Sydow/Böken, in: BDSG-Kommentar, § 1, Rn. 4.

<sup>302</sup> Paal/Pauly/Ernst, in: DS-GVO-Kommentar, Art. 4 Nr. 1, Rn. 3; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 7; Vgl. *BVerfGE* 65, 1 = *NJW* 1984, 419.

<sup>303</sup> *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 14 – 15; *EuGH*, Urt. v. 19.10.2016, Breyer, C-582/14,

Hierunter fallen insbesondere die einer Person einzigartig zugewiesene Identifikationsmerkmale, wie z. B. der Fingerabdruck<sup>304</sup> oder Steueridentifikationsnummer<sup>305</sup> sowie die kennzeichnenden Informationen wie der Name in Verbindung mit dem Geburtsdatum<sup>306</sup>. Problematisch ist jedoch die Identifizierbarkeit einer Person (zweite Fallvariante des Art. 4 Nr. 1 Hs. 1 DSGVO), wofür die Norm Regelbeispiele nennt. Kurz gesagt, ist dies der Fall, wenn durch Zusatzwissen zwischen der Information und der Person eine Beziehung hergestellt werden kann.<sup>307</sup> Fraglich ist aber, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn das zusätzliche Wissen nicht in der Hand des Verarbeiters ist. Es stellt sich also die Frage, ob es darauf ankommt, dass der Verarbeiter selbst eine Verknüpfung zwischen dem Datum und der betroffenen Person herstellen kann (relativer Personenbezug)<sup>308</sup> oder ob der Personenbezug bereits vorliegt, sobald ein beliebiger Dritter in der Lage wäre, solch einen Bezug herzustellen (absoluter Personenbezug)<sup>309</sup>. Allerdings erscheinen diese Theorien insbesondere im Hinblick auf die daraus resultierende Rechtsunsicherheit zu allgemein.<sup>310</sup> Anders als Erwägungsgrund 26 DSRL, der darauf abstellt, welche Mittel „vernünftigerweise“ entweder von dem Verantwortlichen für die Verarbeitung oder von einem Dritten eingesetzt werden könnten“, sind nach Erwägungsgrund 26 DSGVO die Mittel entscheidend, welche „von dem Verantwortlichen oder einer anderen Person nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich genutzt werden“. Somit müssen die verwendeten Mittel nicht legal sein, bloße Möglichkeit der Identifizierung ist ausreichend. Schließlich ist eine weite Auslegung des Begriffs der personenbezogenen Daten zur Gewährleistung eines effizienten Schutzes insbesondere der Privatsphäre geboten.<sup>311</sup>

---

ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 (3580, Rn. 38).

<sup>304</sup> *EuGH*, Urt. v. 17.10.2013, Schwarz, C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 = NVwZ 2014, 435 Rn. 27; *Art.-29- Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 9.

<sup>305</sup> *EuGH*, Urt. v. 16.01.2019, Deutsche Post, C-496/17, ECLI:EU:C:2019:26 = EuZW 2019, 746 Rn. 56.

<sup>306</sup> *Art.-29- Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 15; Paal/Pauly/*Ernst*, in: DS-GVO-Kommentar, Art. 4 Nr. 1, Rn. 8, 14.

<sup>307</sup> *Art.-29- Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 16; Paal/Pauly/*Ernst*, in: DS-GVO-Kommentar, Art. 4 Nr. 1, Rn. 8.

<sup>308</sup> *Roßnagel/Scholz*: Datenschutz, in: MMR 2000, 721 (723); *Schantz*: Datenschutz-Grundverordnung, in: NJW 2016, 1841 (1842 f.).

<sup>309</sup> *Herbst*, NVwZ 2016, 902 (904); *EuGH*, Urt. v. 19.10.2016, Breyer, C- 582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NVwZ 2017, 213 Rn. 48-49.

<sup>310</sup> Auf den insoweit bestehenden Meinungsstreit wird hier nicht näher eingegangen, weil es den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde; Siehe hierzu: *Sydow/Ziebarth*, in: EU-DSGVO, Art. 4 Rn. 37.

<sup>311</sup> *Art.-29- Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 4; Paal/Pauly/*Ernst*, in: DS-GVO-Kommentar, Art. 4 Nr. 1, Rn. 3.

Der Begriff der „Verarbeitung“, welcher seine Legaldefinition in Art. 4 Nr. 2 DSGVO findet („...*jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten...*“), umfasst im Hinblick auf die dort aufgeführten nicht abschließenden Regelbeispiele (durch das Wort „*wie*“ direkt ersichtlich) für Verarbeitungsvorgänge jeglichen Umgang mit personenbezogenen Daten.<sup>312</sup> Demzufolge spricht man von „Verarbeitung“ i.S.d. Datenschutzrechts bereits dann, sobald man etwas mit „personenbezogenen Daten“ anstellt.

#### b. Der betroffenen Person

Nicht die Daten als solche, sondern die betroffene Person wird durch das Datenschutzrecht geschützt. Der Begriff der „betroffenen Person“ befindet sich in der Klammer nach dem Begriff der „natürlichen Person“ in Art. 4 Nr. 1 DSGVO und stellt somit jede „menschliche“ Person dar, die vor Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts geschützt wird, welche durch irgendeinen Vorgang mit ihren personenbezogenen Daten verursacht wird.<sup>313</sup> Somit sind juristische Personen und als juristische Personen gegründete Unternehmen eigentlich nicht erfasst (ErwGr. 14 S. 2 DSGVO). Allerdings bedeutet dies nicht, dass in den Fällen, in denen juristische Personen, deren Name eine oder mehrere natürliche Personen bestimmt, Datenschutzrecht keine Anwendung findet.<sup>314</sup> Weiterhin ergibt sich aus ErwGr. 27 und 158 DSGVO, dass das Datenschutzrecht nur den Zeitraum von Geburt bis Tod betrifft, jedoch wird dort gleichzeitig die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten eröffnet, selbständig Regelungen zum Schutz verstorbener Menschen zu treffen. Der deutsche Gesetzgeber hat den postmortalen Datenschutz teilweise nur bereichsspezifisch geregelt.<sup>315</sup> Der Schutz der informationellen Selbstbestimmung als einen Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird nach dem Tod nicht mehr gewährleistet.<sup>316</sup> Denn dieses

---

<sup>312</sup> Sydow/Reimer, in: EU-DSGVO, Art. 4 Rn. 43, 53.

<sup>313</sup> Simitis/Hornung/Spiecker/Karg, in: DSGVO, Art. 4 Nr. 1, Rn. 38; *Art.-29- Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 25.

<sup>314</sup> *EuGH*, Urt. v. 09.11.2010, Volker und Markus Schecke und Eifert, C-92/09 und C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 = *EuZW* 2010, 939 Rn. 53.

<sup>315</sup> So z. B. in § 35 Abs. 5 SGB I, § 2a Abs. 5 Nr. 1 AO und § 23 Abs. 2 KunstUrhG.

<sup>316</sup> *BVerfGE* 30, 173 (194) = *NJW* 1971, 1645 (1647); *BVerfGE* 65, 1 (41 f.) = *NJW* 1984, 419 (422); *BVerfG*, Beschl. v. 05.04.2001 – 1 BvR 932/94 = *NJW* 2001, 2957 (2959); *BVerfG*, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 BvR 1168/04 = *NJW* 2006, 3409.

Grundrecht beinhaltet im Kern den Schutz des Vorgangs der autonomen Entscheidung über Offenbarung und Verwendung eigener Daten, welcher nach dem Tod nicht mehr möglich ist.<sup>317</sup> Danach kommt nur noch das postmortale Persönlichkeitsrecht in Betracht, welches ausschließlich aus der Menschenwürde abgeleitet ist und nicht zusätzlich auf der allgemeinen Handlungsfreiheit fußt.<sup>318</sup> Die vollumfängliche und uneingeschränkte Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist jedoch durch vorsorgliche Regelungen zu Lebzeiten möglich.<sup>319</sup> Neben solchen Vorsorgemaßnahmen im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten nach dem Tod, den bereichsspezifischen Regelungen sowie den strafrechtlichen Schutz gem. § 203 Abs. 1, 5 StGB, haben die Angehörigen des Verstorbenen auch die Möglichkeit bei einer Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts einen zivilrechtlichen Abwehranspruch aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>320</sup> Anders als die Fragen bezüglich des postmortalen Datenschutzes haben die DSGVO und Art.-29-Datenschutzgruppe die Frage offengelassen, ob Daten, die sich auf einen noch ungeborenen Menschen beziehen einen “Personenbezug” i.S.d. Verordnung besitzen und somit der Nasciturus selbst als “betroffene Person” i.S.d. Datenschutzrecht eingestuft werden kann.<sup>321</sup> Auch hier ist jedoch die Frage hinsichtlich der Verfügungsbefugnis relevant. Außerdem ist der Nasciturus Träger der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG).<sup>322</sup> Im Hinblick darauf, dass sich die Daten des Nasciturus jedenfalls auch auf die Mutter beziehen, kann von einem Personenbezug ausgegangen werden: Als betroffene Person kann sie somit zusätzlich auch die Rechte des Ungeborenen beachten, dessen Daten als Daten der Mutter ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterfallen.<sup>323</sup> Will man jedoch das ungeborene Kind selbst als “betroffene Person” im

---

<sup>317</sup> *BVerfGE* 65, 1 (41 f.) = *NJW* 1984, 419 (422); *Klas/Möhrke-Sobolewski*, *NJW* 2015, 3473 (3477).

<sup>318</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 05.04.2001 – 1 BvR 932/94 = *NJW* 2001, 2957 (2959); *BVerfG*, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 BvR 1168/04 = *NJW* 2006, 3409; *Bizer*, *NVwZ* 1993, 653 (654).

<sup>319</sup> *Maunz/Dürig/Herdegen*, in: *GG-K*, Art. 1 I Rn. 58; *Bizer*, *NVwZ* 1993, 653 (654).

<sup>320</sup> *BGHZ* 107, 384 (393) = *NJW* 1990, 1986 (1987); *BGHZ* 50, 133 (137) = *GRUR* 1968, 552 (557); Vgl. für Ansprüche wegen Verletzung vermögensrechtlicher Interessen *BGHZ* 165, 203 (208) = *NJW* 2006, 605 (606 f.).

<sup>321</sup> Dies hat jedoch im Umkehrschluss nicht die Bedeutung, dass solche Daten unter die DSGVO fallen sollen, da die Ausübung der den betroffenen Personen eingeräumten speziellen Rechte, wie z. B. das Auskunftsrecht gem. Art. 15 DSGVO nur durch lebende Personen möglich ist. Dies bedeutet wiederum keine völlige Schutzlosigkeit des ungeborenen Kindes, da dies zumindest im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz der Mutter nicht möglich ist: *Simitis/Hornung/Spiecker/Karg*, in: *DSGVO*, Art. 4 Nr. 1, Rn. 40; *Art.-29-Datenschutzgruppe*, WP 136, S. 26-27.

<sup>322</sup> *BVerfGE* 39, 1 = *NJW* 1975, 573; *BVerfGE* 88, 203 = *NJW* 1993, 1751.

<sup>323</sup> *Taeger/Gabel/Arning/Rothkegel*, in: *DSGVO*, Art. 4 Rn. 21.

datenschutzrechtlichen Sinn annehmen, ist dies nur möglich, wenn die Lebendgeburt des Kindes als Bedingung damit in Verbindung gebracht wird, da das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erst damit für ihn relevant wird.<sup>324</sup>

### c. Verantwortlicher

Insbesondere im Hinblick auf die heutige rasante und globale technologische Entwicklung ist es gar nicht so einfach, den Begriff des Verantwortlichen im datenschutzrechtlichen Sinn allgemein zu definieren. Denn allein der Umgang mit den Kontakten in unserem Mobiltelefon-Adressbuch, auf unsere Smartphones gespeicherten Foto- und Videoaufnahmen anderer Personen kann dazu führen, dass wir als Verantwortliche im datenschutzrechtlichen Sinne wegen Rechtsverletzungen zur Verantwortung gezogen werden.

Eine gesetzliche Definition des Begriffs „Verantwortlicher“ befindet sich in Art. 4 Nr. 7 DSGVO, welche kurzgefasst besagt, dass er „Herr über die Daten“ ist.<sup>325</sup> Damit ist gemeint, dass jeder, der Herrschaft über den Verarbeitungsvorgang ausübt „Verantwortlicher“ im datenschutzrechtlichen Sinne ist. Eine solche Herrschaft kann erst dann angenommen werden, wenn man die Möglichkeit hat, auf die Zwecke („Warum“) und Mittel („Wie“) der Datenverarbeitung Einfluss zu nehmen und sie zu kontrollieren.<sup>326</sup> Zur Gewährleistung eines einheitlichen hohen Datenschutzniveau in der EU ist dieser Begriff jedoch weit auszulegen.<sup>327</sup> Die Konstellationen kumulierter Verantwortlichkeit ist in Art. 26 DSGVO („Gemeinsam Verantwortliche“) geregelt, welcher eine Reaktion auf die zunehmend vernetzte Datenverarbeitung darstellt und verhindern will, dass bei der arbeitsteiligen Datenverarbeitung Daten intransparent und unkontrolliert weitergegeben werden.<sup>328</sup> Hierbei handelt es sich um Fälle, in denen zwei oder mehr Beteiligte Entscheidungskompetenz über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung haben und damit alle gemeinsam „Herr der Daten“ sind.<sup>329</sup> Zwar kennt Art. 4 Nr. 7 DSGVO in

---

<sup>324</sup> Sydow/Ziebarth, in: EU-DSGVO, Art. 4 Rn. 12.

<sup>325</sup> Sydow/Raschauer, in: EU-DSGVO, Art. 4 Rn. 123.

<sup>326</sup> Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 16.

<sup>327</sup> EuGH, Urt. v. 10.07.2018, Jehovan todistajat, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551, Rn. 66.

<sup>328</sup> Paal/Pauly/Martini, in: DS-GVO BDSG, Art. 26 Rn. 8; Vgl. ErwGr 79 DSGVO; Art.-29-Datenschutzgruppe, WP 169, S. 29.

<sup>329</sup> Paal/Pauly/Martini, in: DS-GVO BDSG, Art. 26 Rn. 19.

der Definition des Verantwortlichen eine gemeinsame Verantwortlichkeit, aber enthält diesbezüglich keine detaillierte Ausgestaltung. Insbesondere aus diesem Grund wurde diese Rechtsfigur in der Vergangenheit nicht beachtet, obwohl sie wie Art. 4 Nr. 7 DSGVO auch in der RL 95/46/EG angelegt war.<sup>330</sup> Die in Art. 26 DSGVO enthaltene Legaldefinition baut konsequent auf Art. 4 Nr. 7 DSGVO auf, sodass bei der Auslegung des Begriffs des Verantwortlichen die dortige Legaldefinition maßgeblich ist.<sup>331</sup> Keine gemeinsame Verantwortlichkeit kann in Fällen der Auftragsverarbeitung (Art. 4 Nr. 8 i.V.m. Art. 28 DSGVO) angenommen werden, wo die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine Stelle im Auftrag und auf Weisung eines Verantwortlichen erfolgt. Diese durch ein Hierarchieverhältnis geprägte Rechtsfigur liegt nicht vor, sobald der Auftragsverarbeiter über die weisungsgebundene Tätigkeit hinausgeht und die Zwecke und Mittel des Verfahrens steuert (Art. 28 Abs. 10 DSGVO). Da in solch einer Konstellation das Merkmal der gemeinsamen Festlegung fehlt, liegt hier auch keine gemeinsame Verantwortlichkeit; der Auftragsverarbeiter ist dann selbst Verantwortlicher.<sup>332</sup>

### 4.3. ZWISCHENERGEBNIS

Insbesondere die Situation, dass das Datenschutzrecht als Querschnittsmaterie zahlreiche Rechtsgebiete beinhaltet und sich sehr dynamisch entwickelt macht es jedem schwer den Überblick zu behalten. Schließlich zeigt dieser Umstand, die terminologischen Unklarheiten im Datenschutzrecht und die bisherigen sowie beabsichtigten Reformen des Datenschutzrechts<sup>333</sup>, dass der Prozess bezüglich des heute verwendeten Datenschutzrechts noch nicht abgeschlossen ist. Zwar ist die Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das BVerfG insbesondere im Hinblick darauf, dass die Wahrung der Privatheit in einem digitalen Zeitalter immer schwieriger wird, sehr begrüßenswert. Die dort formulierten Wendungen des BVerfG<sup>334</sup>

---

<sup>330</sup> *Härtling/Gössling*, NJW 2018, 2523 (2524); *EuGH*, Urt. v. 10.07.2018, Jehovan todistajat, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551, Rn. 65 ff.

<sup>331</sup> *Wolff/Brink/Spoerr*, in: BeckOK DatenschutzR, Art. 26 Rn. 13c.

<sup>332</sup> *Paal/Pauly/Martini*, in: DS-GVO BDSG, Art. 26 Rn. 20.

<sup>333</sup> *S. o. Pkt. 4.*

<sup>334</sup> „Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“ (BVerfGE 65, 1 (43))

sowie die zahlreichen Reformen des Datenschutzrechts geben vielleicht jedem Einzelnen das Gefühl, dass die informationelle Selbstbestimmung umfassend ist bzw. ihre Schutzwirkung nicht begrenzt ist und man die Kontrolle über die eigenen persönlichen Daten ausüben kann. In Wirklichkeit scheint jedoch die rechtliche und soziale Situation anders zu sein. Selbst in DSGVO kann man eine Vielzahl öffentlicher Interessen finden, welche als eine Rechtfertigung für die Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung herangezogen werden können.<sup>335</sup> Auch bei Eingriffen in dieses Recht durch Private bzw. den Verantwortlichen i.S.d. DSGVO ist es möglich sein Verhalten aufgrund seiner Grundrechte rechtfertigen. Im folgenden Abschnitt wird sich die Arbeit mit dieser Problematik auseinandersetzen, wobei dies aufgrund der Breite und Vielfalt der Datenschutzthematik mit Fokus auf Schwerpunktthemen erfolgen wird.

#### **4.4. DAS RECHT AUF INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG IM PRIVATRECHTSVERKEHR**

Wie bereits oben dargestellt, gilt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht nur im Verhältnis zum Staat, sondern auch im Privatrechtsverkehr. Im Hinblick darauf, dass die Grundrechte Einfluss auf private Rechtsverhältnisse haben, hat das BVerfG auch für dieses Grundrecht die Drittwirkung zwischen Privatrechtssubjekten anerkannt.<sup>336</sup> *„Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder auch gleichkommen. Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.“*<sup>337</sup>

##### **4.4.1. Scoring anlässlich von Vertragsabschlüssen**

Bekannterweise sind mit der stetig steigenden Digitalisierung und Automatisierung im Bank- und Versicherungssektor für Kunden viele Vorteile, wie z. B.

---

= NJW 1984, 419 (422)).

<sup>335</sup> Z. B. in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e), 17 Abs. 3 lit. b), 9 Abs. Abs. 2 lit. i), 18 Abs. 2, 28 Abs. 3 lit. a), 23 Abs. 1 lit. e), 49 Abs. 1 lit. d) DSGVO; ErwGr. 46, 55, 56, 73, 112, 158 DSGVO.

<sup>336</sup> BVerfGE 84, 192 (194) = NJW 1991, 2411; BVerfGE 117, 202 (229) = NJW 2007, 753 (754).

<sup>337</sup> BVerfGE 128, 226 (248) = NJW 2011, 1201 (1204).

die Zeitersparnis und Bequemlichkeit durch die Online-Banking-Nutzung sowie das Papiersparen durch die Aktivierung des elektronischen Postfachs verbunden. Gleichzeitig bergen diese Prozesse jedoch auch nicht zu unterschätzende Gefahren insbesondere für das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen.

So führen Kreditinstitute und Versicherungen vor dem Abschluss von Kredit- und Versicherungsverträgen eine Bonitätsprüfung von potenziellen Kredit- und Versicherungsnehmern durch. Solch eine Prüfung nehmen auch Mobilfunkanbieter, Vermieter, Onlinehändler, Leasinggesellschaften sowie viele andere Unternehmen vor einem Vertragsabschluss vor. Allerdings verlangen nicht nur Unternehmen, sondern auch Privatleute, wie zum Beispiel die private Einzelvermieter, Informationen zur Bonität der potenziellen Vertragspartner anlässlich von Vertragsabschlüssen. Hierfür schalten sie eine Wirtschaftsauskunftei wie etwa die Schufa Holding AG, welche in Deutschland die bekannteste Auskunftei ist. Auf der anderen Seite übermitteln u. a. Banken, Versicherungen, Leasinggesellschaften, Energieversorger als Vertragspartner der Schufa insbesondere Negativmerkmale wie etwa nicht gezahlte fällige Forderungen, gekündigte Kredite, Anzahl der laufenden Kredite sowie Informationen aus öffentlichen Schuldnerverzeichnissen ihres Kunden an die Schufa.<sup>338</sup> Als Gegenleistung dürfen sie dann von den Auskunfteien Informationen über die Bonität ihrer potenziellen Kunden anfordern. Außerdem haben die Kreditinstitute die Möglichkeit Kreditauskünfte auch bei der Hausbank des potenziellen Kreditnehmers einzuholen.

Die vorhersagende Analyse der Bonität einer Person, welche von Auskunfteien durchgeführt wird, unterfällt dem Begriff des Scorings, dessen Legaldefinition sich in § 31 Abs. 1 BDSG befindet. Dort sind auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen für „*die Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts über ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer natürlichen Person zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dieser Person (Scoring)*“ aufgeführt, worauf im Folgenden näher eingegangen wird. Allerdings existiert kein einheitliches Verfahren zur Berechnung eines Scorewerts. Hierfür bedient man sich mathematisch-statistischer Verfahren, wobei man von den Verantwortlichen keine Auskunft über ihre konkreten Vorgehensweisen bei der Ermittlung von Scorewerten

---

<sup>338</sup> *Schufa*: So funktioniert die SCHUFA, in: <https://www.schufa.de/ueber-uns/schufa/so-funktioniert-schufa/> (letzter Aufruf: 20.06.2022).

verlangen kann, da diese deren Geschäftsgeheimnis unterliege.<sup>339</sup> Allerdings ist in § 31 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ausdrücklich erwähnt, dass Scoring unzulässig ist, wenn die Vorschriften des Datenschutzrechts nicht eingehalten werden.

#### 4.4.1.1. Datenschutzrechtliche Problematik des Scoring-Verfahrens

Zwar liegt die Bonitätsprüfung der potenziellen Kunden vor Vertragsabschluss und der damit verbundene Datenaustausch im Interesse der Unternehmen, da sie somit mögliche finanzielle Ausfälle bereits zu Beginn einer Geschäftsbeziehung verhindern können. Zudem dient solch ein Datenaustausch auch der Erfüllung gesetzlicher Pflichten wie die zivilrechtliche Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen (§ 505a BGB) und die Verpflichtung, Kreditunterlagen einzuholen (§ 18 KWG). Schließlich schützt die Bonitätsprüfung die potenziellen Kunden vor einer Überschuldung. Allerdings drängt sich an dieser Stelle im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich hierbei um Daten von Millionen Menschen in Deutschland handelt<sup>340</sup>, die Frage auf, welchen Einfluss solche Verfahren der Auskunfteien auf das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen haben bzw. ob die Betroffene in Wirklichkeit selbstbestimmt mit Daten umgehen können.

Das Scoring-Verfahren gem. § 31 BDSG<sup>341</sup> ist ein spezieller Anwendungsbereich des Profiling, welches in Art. 4 Nr. 4 DSGVO legaldefiniert ist: „...jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.“ Das Profiling befindet sich auch als einen besonderen Anwendungsfall in Art. 22 Abs. 1 DSGVO, welcher eine allgemeine

---

<sup>339</sup> BGHZ 200, 38 (47) = NJW 2014, 1235 (1237).

<sup>340</sup> Schufa, Schutzgemeinschaft auf Gegenseitigkeit: Nach eigenen Angaben derzeit Daten zu 67,9 Millionen Personen gespeichert: <https://www.schufa.de/themenportal/19-06-so-kommt-schufadaten/> (letzter Aufruf: 20.06.2022); Crif Bürgel, Warum CRIFBÜRGEL; Experian, Bonitätschecks und Bonitätsscores: Nach eigenen Angaben derzeit Negativdaten über ca. 7,8 Millionen Personen gespeichert: <https://www.crif.de/ueber-uns/> (letzter Aufruf: 20.06.2022).

<sup>341</sup> S. o. Pkt. 4.4.1. Zur Definition des Begriffs des „Scoring“.

Regelung für die automatisierte Entscheidung im Einzelfall ist und grundsätzlich solch eine Entscheidung mit unmittelbarer Rechtswirkung verbietet, wenn sie ausschließlich auf einer maschinellen Datenverarbeitung der betroffenen Person beruht. Von den in Absatz 2 dieser Vorschrift aufgezählten Ausnahmen zu diesem Verbot sind an dieser Stelle die Fälle relevant, in denen die automatisierte Entscheidung für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist (lit. a)) oder wenn die betroffene Person ihre ausdrückliche Einwilligung hierzu erteilt hat (lit. c)). Eine weitere Abweichung zu Art. 22 Abs. 1 DSGVO stellt die Öffnungsklausel in Abs. 2 lit. b) dieser Vorschrift dar, wonach die Mitgliedstaaten der EU die Möglichkeit haben über die Ausnahmen in Abs. 2 lit. a) und c) der Vorschrift hinausgehende Erlaubnistatbestände für automatisierte Datenverarbeitung im nationalen Recht zu regeln. Hiervon hat Deutschland durch den § 31 BDSG Gebrauch gemacht. Wie bereits aus dem o. g. Regelungsinhalt dieser Vorschrift und dem Titel ersichtlich ist, dient sie anders als Art. 22 DSGVO dem Schutz des Wirtschaftsverkehrs. Auf die Fragen, ob und unter welchen Bedingungen eine den Betroffenen belastende Entscheidung ausschließlich auf einen Scorewert beruhen darf, gibt sie keine Antworten.<sup>342</sup> Mit ihr soll eher der Verbraucher vor Überschuldung geschützt werden.<sup>343</sup> Somit ist sie nicht primär mit Datenschutz befasst. Aufgrund ihres unterschiedlichen Regelungsgegenstands können § 31 BDSG und Art. 22 DSGVO nebeneinander angewendet werden.<sup>344</sup>

#### 4.4.1.2. Scoring-Verfahren als Eingriff in die Grundrechte

##### a. Kollision von Grundrechten

Der Scorewert basiert sowohl auf Erfahrungswerten vergleichbarer Verbraucher als auch individuellen Daten wie beispielsweise Geschlecht, Alter, Familienstand, Anzahl der Kinder sowie Wohnsituation.<sup>345</sup> Daher liegt bei der Bewertung einer Person mit einer zukunftsgerichteten Aussage, welche sich auf eine Wahrscheinlichkeitsberechnung stützt, ein Personenbezug der Daten i.S.v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO, auch wenn das Scoring-

---

<sup>342</sup> Paal/Pauly/Frenzel, in: BDSG, § 31, Rn. 2 - 3.

<sup>343</sup> *Ibid*, *op.cit*, § 31, Rn. 3.

<sup>344</sup> *Ibid*, *op.cit*, § 31, Rn. 2 - 3.

<sup>345</sup> Auer-Reinsdorff/Conrad/Conrad, in: Handbuch IT- und Datenschutzrecht, § 34, Rn. 760.

Ergebnis als ein subjektives Werturteil<sup>346</sup> betrachtet wird.<sup>347</sup> Allerdings ergibt sich hieraus insbesondere im Hinblick auf das komplexe Berechnungsverfahren das Problem, dass die Überprüfung solch einer Meinungsäußerung auf Richtigkeit nur bedingt möglich ist.<sup>348</sup>

Bei der Überprüfung der Berechnung stehen somit neben technischen Problemen insbesondere rechtliche Hindernisse im Weg. In einem Verfahren, dessen Gegenstand die mangelnde Transparenz der Scoring-Parameter der Schufa war, hat der BGH unter Bezugnahme auf eigene Entscheidung vom 22.02.2011, in der er das Rechenergebnis als ein Werturteil feststellt<sup>349</sup>, entschieden, dass ein Anspruch auf Herausgabe einer Auskunft über die zur Ermittlung des Scoring-Ergebnisses angewendete Scoreformel nicht bestehe, da diese vom Geschäftsgeheimnis geschützt sei.<sup>350</sup> Hierbei handelt es sich insbesondere um Auskunft über die bei der Bewertung berücksichtigten Vergleichsgruppen, in die die Betroffene eingeordnet wurde sowie die das Ergebnis bestimmende Eigenschaften der Betroffenen, welche dazu geführt hatten, dass der Betroffenen wegen einer fehlerhaften Negativauskunft nicht möglich war, einen Vertrag zu schließen.<sup>351</sup> Ihre gegen die Entscheidung des BGH gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde durch das BVerfG ohne Begründung zurückgewiesen.<sup>352</sup>

Zwar ist die Ausführung des BGH, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht bedingungslos gilt und es eingeschränkt werden kann, wenn bei einer Kollision dieses Grundrechts mit einem anderen Grundrecht dem kollidierenden Verfassungsrecht nach einem schonenden Ausgleich der beiden Grundrechtspositionen im Sinne praktischer Konkordanz Vorrang zu gewähren ist.<sup>353</sup> Allerdings wurde in dieser Entscheidung weder eine solche Abwägung unter Beachtung des Prinzips der praktischen Konkordanz vorgenommen, noch wurde bei der Behauptung, dass das Unternehmen sich auf die Meinungsfreiheit nach Art. 5 GG berufen kann, die Frage thematisiert, wie eine Computerbewertung den Schutz der Meinungsfreiheit genießen kann. Grundsätzlich sind

---

<sup>346</sup> BGH, Urt. v. 22.02.2011 VI ZR 120/10, Rn. 8 ff. = NJW 2011, 2204 (2205).

<sup>347</sup> Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann/Schantz, in: Datenschutzrecht, DSGVO Art. 6 I, Rn. 139; S. o. Pkt. 4.2.2.1. a. zur Definition von „personenbezogenen Daten“.

<sup>348</sup> BGH, Urt. v. 22.02.2011 VI ZR 120/10, Rn. 8 ff. = NJW 2011, 2204 (2205).

<sup>349</sup> BGH, Urt. v. 22.02.2011 VI ZR 120/10, Rn. 8 ff. = NJW 2011, 2204 (2205).

<sup>350</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2014 VI ZR 156/13 = NJW 2014, 1235 (1237).

<sup>351</sup> BGH, Urt. v. 28.01.2014 VI ZR 156/13 = NJW 2014, 1235 (1237).

<sup>352</sup> BVerfG, Beschl. v. 29.05.2017 - 1 BvR 756/14; BT-Drucks. 19/18641, S. 5.

<sup>353</sup> BGH, Urt. v. 22.02.2011 VI ZR 120/10, Rn. 8 ff. = NJW 2011, 2204 (2205).

natürliche Personen Grundrechtsträger der Meinungsfreiheit.<sup>354</sup> Dieses Grundrecht ist zwar gem. Art. 19 Abs. 3 GG seinem Wesen nach auf inländische juristische Personen anwendbar.<sup>355</sup> Allerdings kann ein Computer selbst unstreitig kein Grundrechtsträger sein. Denn „*als unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit in der Gesellschaft*“<sup>356</sup> ist vom Schutzzumfang der Meinungsfreiheit die Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen umfasst.<sup>357</sup> Außerdem gewährleistet sie einen freien Austausch der Meinungen und hat somit eine konstituierende Bedeutung für die freiheitliche Demokratie.<sup>358</sup> Zwar gewinnen die Informations- und Kommunikationstechniken in allen Lebensbereichen rasant an Bedeutung und vermitteln Meinungen, aber sie werden nicht autonom geschaffen, wobei eine individuelle Zurechenbarkeit einer Behauptung erforderlich ist, damit sie den Grundrechtsschutz genießen kann. Denn die Subjektivität einer Äußerung – Stellungnahme, Dafürhalten oder Meinen - ist das wesentliche Element für den Begriff der Meinung i.S.v. Art. 5 GG.<sup>359</sup> Hierbei ist irrelevant, ob solch eine Äußerung bedeutsam, richtig oder vernünftig ist.<sup>360</sup> Diese Individualität kann den Bewertungen durch das Scoringverfahren auch mit der Begründung, dass der Datenverarbeitungsprozess durch einen Systembetreiber erfolgt, nicht entnommen werden. Denn hier fehlt es der Wille des Unternehmens bzw. des Verantwortlichen i.S.d. Datenschutzrechts, welcher Voraussetzung für das Vorliegen einer persönlichen Meinung nach Art. 5 GG ist. Die Durchführung des Rechengvorgangs allein ist hierfür nicht ausreichend, da das Unternehmen hierbei keine Kontrolle über das Ergebnis hat.

Hinzukommt, dass der Betreiber die für diesen Vorgang erforderlichen Daten von einem dritten Unternehmen erhält. Überdies ist in Scoring-Verfahren nicht die persönliche Meinung des Unternehmens, sondern das Erzielen einer möglichst korrekten Prognose entscheidend. Zu klären ist jedoch noch die Frage, ob das Scoring nicht als Tatsachenbehauptung einzustufen ist. Tatsachenbehauptungen, welche „durch die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Wirklichkeit charakterisiert“<sup>361</sup> werden, werden vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG umfasst, wenn sie nicht

---

<sup>354</sup> Maunz/Dürig/Grabenwarter, in: GG-K, Art. 5 I, II, Rn. 23.

<sup>355</sup> Maunz/Dürig/Grabenwarter, in: GG-K, Art. 5 I, II, Rn. 33.

<sup>356</sup> BVerfGE 7, 198 (208).

<sup>357</sup> BVerfGE 5, 85 (205); 7, 198 (208); 82, 272 (281).

<sup>358</sup> BVerfGE 5, 85 (205); 7, 198 (208).

<sup>359</sup> Maunz/Dürig/Grabenwarter, in: GG-K, Art. 5 I, II, Rn. 47, 58.

<sup>360</sup> *Ibid.*, op. cit., Art. 5 I, II, Rn. 58 f.

<sup>361</sup> *Ibid.*, op. cit., Art. 5 I, II, Rn. 49, 58 ff.

erwiesen oder bewusst unwahr sind und zur Meinungsbildung beitragen.<sup>362</sup> Zwar werden vom Schutz der Meinungsfreiheit auch kommerzielle Meinungsäußerungen umfasst.<sup>363</sup> Allerdings handelt es sich beim Scoring als einen technisch vorprogrammierten Vorgang um eine reine kommerzielle Datenverwertung. Diese kann nicht zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen. Insbesondere im Hinblick auf die Intransparenz der Berechnungen der Scores<sup>364</sup> kann man nicht davon ausgehen, dass die hieraus resultierende Computerergebnisse einem Wahrheitsbeweis zugänglich sind. Aus diesen Gründen kommen für die Scoring-Unternehmen vielmehr die Geltendmachung des verfassungsrechtlichen Schutzes der unternehmerischen Tätigkeit nach Art. 12, 14 GG in Betracht.<sup>365</sup> Insoweit kann von einer Kollision zwischen dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) und wirtschaftliche Rechte der Scoring-Unternehmen nach Art. 12, 14 GG gesprochen werden. Auch in Scoringgeschäften, welche privatrechtliche Rechtsgeschäfte darstellen, können sich Betroffene und Auskunftfeien als Privatrechtssubjekte mithilfe der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung als Ausprägung der Schutzfunktion auf den Grundrechtsschutz berufen.<sup>366</sup> In einem solchen Kollisionsfall muss ein Ausgleich zwischen diesen Grundrechtspositionen hergestellt werden.<sup>367</sup> Auch nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 BDSG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, wenn die Auskunftfeien ein berechtigtes Interesse als Rechtsgrundlage für ihre Verarbeitung geltend machen. Allerdings zeigen sowohl die Entscheidungen des BGH<sup>368</sup> als auch die Entscheidung des BVerfG<sup>369</sup>, dass de facto nicht mehr abgewogen wird. Die Meinung von Computern setzt sich gegen das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung durch. Überdies werden den Betroffenen und der Aufsichtsbehörde unmöglich gemacht das vermeintlich objektive Verfahren zu hinterfragen, indem ihnen der Weg hierzu mit dem Verweis auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Betriebs- und

---

<sup>362</sup> *Ibid.*, op. cit., Art. 5 I, II, Rn. 58 ff.

<sup>363</sup> *Ibid.*, op. cit., Art. 5 I, II, Rn. 58 f.

<sup>364</sup> Einblick in die Datenbasis wird mit dem Verweis auf das Geschäftsgeheimnis verweigert.

*S. o. Pkt. 4.4.1.2. a.*

<sup>365</sup> *BVerfGE* 71, 162 (175); 78, 101 (102); 95, 173 (181 f.).

<sup>366</sup> *S. o. Pkt. 4.4.*

<sup>367</sup> *S. o. Anfang Pkt. 4.4.1.2. a.*

<sup>368</sup> *BGH*, Urt. v. 22.02.2011 VI ZR 120/10, Rn. 8 ff. = *NJW* 2011, 2204 (2205); *BGH*, Urt. v. 28.01.2014 VI ZR 156/13 = *NJW* 2014, 1235 (1237).

<sup>369</sup> *BVerfGE* 5, 85 (205); 7, 198 (208).

Geschäftsgeheimnisse versperrt wird.<sup>370</sup> In einem solchen Fall, in dem die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten des Betroffenen, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, nicht überwiegen, ist die Verarbeitung personenbezogener Daten auch dann rechtmäßig, wenn die anderen fünf Erlaubnistatbestände der Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO nicht vorliegen. Denn laut Art. 6 DSGVO muss mindestens eine der genannten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen vorliegen. Somit besteht auch keine Rangordnung unter den sechs Erlaubnistatbeständen, wobei die Erforderlichkeit der Verarbeitung bis auf den Erlaubnistatbestand der Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) in allen Tatbeständen eine Bedingung ist. Die Erforderlichkeit ist nur dann anzunehmen, wenn die Erfüllung der Aufgabe ohne die Datenverarbeitung unmöglich ist.<sup>371</sup> Allerdings ist die Interessenabwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO, wonach die dort genannten drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen,<sup>372</sup> sehr allgemein gehalten. Dies hat einerseits den Vorteil, dass in jeder Konstellation die Interessen der beiden Seiten ausgeglichen werden kann, andererseits den Nachteil, dass dadurch Rechtsunsicherheiten entstehen und das Verbotsprinzip abgeschwächt wird.<sup>373</sup>

#### b. Einwilligung als Erlaubnistatbestand

Allerdings kommen die Interessenabwägung sowie die anderen Erlaubnistatbestände gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) – c) DSGVO neben der Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DSGVO selten in Betracht, da es für die Datenverarbeiter nicht immer möglich ist, die Frage, ob die geplante Datenverarbeitung nach anderen Erlaubnistatbeständen gerechtfertigt ist, abschließend zu beantworten.<sup>374</sup> Außerdem können sie somit die Daten der betroffenen Person über den gesetzlich zugelassenen Zweck hinaus zu verarbeiten. Die datenschutzrechtliche Einwilligung, welche in Art. 4 Nr. 11 DSGVO als „jede freiwillig für den bestimmten Fall und in informierter Weise“ sowie „unmissverständlich abgegebene Willensbekundung“ definiert ist, hat auch aus verfassungsrechtlicher Sicht eine große Bedeutung, da der

---

<sup>370</sup> S. o. Pkt. 4.4.1.2. a.

<sup>371</sup> Paal/Pauly/Frenzel, in: DS-GVO, Art. 6, Rn. 9.

<sup>372</sup> *Ein berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten, die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Wahrung dieses berechtigten Interesses und das Überwiegen dieses berechtigten Interesses gegenüber den Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Personen.*

<sup>373</sup> Paal/Pauly/Frenzel, in: DS-GVO, Art. 6, Rn. 26 ff.; Sydow/Reimer, in: EU-DSGVO, Art. 6 Rn. 52 ff.

<sup>374</sup> Paal/Pauly/Frenzel, in: DS-GVO, Art. 6, Rn. 10 ff.

Betroffene hier anders als bei den anderen Erlaubnistatbeständen selbst über die Zulässigkeit der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten entscheidet, sodass sie tatsächlich Ausdruck individueller Selbstbestimmung bzw. ein Instrument der freien Persönlichkeitsentfaltung ist.<sup>375</sup> Auch die eigenverantwortliche Preisgabe eigener persönlichen Daten bedeutet die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Dies wird vor allem durch Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh verdeutlicht, welcher die Einwilligung an erster Stelle nennt und wonach sie ein grundrechtlicher Erlaubnistatbestand für die Datenverarbeitung ist.<sup>376</sup> Daher kann die Einwilligung selbst als Ausübung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, welche eine der wichtigsten Voraussetzung der freien Persönlichkeitsentfaltung darstellt<sup>377</sup>, betrachtet werden.<sup>378</sup> Allerdings ist insbesondere an der Möglichkeit einer Einwilligung des Betroffenen in die Datenverarbeitung auch erkennbar, dass die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Datenverarbeitung locker sind. Hierbei ist zu beachten, dass Art. 4 Nr. 11 DSGVO lediglich die Legaldefinition der Einwilligung enthält und sich ein vollständiges Bild der entscheidenden Voraussetzungen für eine wirksame datenschutzrechtliche Einwilligung erst in der Zusammenschau von Art. 4 Nr.11, Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO und den Anforderungen des Art. 7 DSGVO, worunter insbesondere Vorgaben zu Transparenz fallen, ergibt.<sup>379</sup> Die Informiertheit und Freiwilligkeit der Erklärung, welche die wesentlichen Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung i.S.d. Art. 4 Nr. 11 DSGVO darstellen sind jedoch in der Praxis sehr problematisch. Von einer Informiertheit als Ausdruck des Transparenzgrundsatzes spricht man, wenn die beabsichtigte Verarbeitung und die damit verbundene Zwecke hinreichend beschrieben worden sind, wobei in Art. 13 DSGVO geregelt ist welche Informationen dem Betroffenen konkret mitgeteilt werden müssen.<sup>380</sup> Demzufolge muss für den Betroffenen eindeutig erkennbar sein, worin er einwilligt, welche Risiken die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten haben, wer und warum konkret seine Daten verarbeitet und welche Rechte er gegen die Verarbeitung seiner Daten hat.<sup>381</sup> In diesem Zusammenhang ist im Hinblick auf das Thema der Bonitätsprüfung durch

---

<sup>375</sup> Sydow/Reimer, in: EU-DSGVO, Art. 4 Rn. 165 ff.; Paal/Pauly/Frenzel, in: DS-GVO, Art. 4, Rn. 61 ff.

<sup>376</sup> *Ibid.*, op. cit., Art. 4 Rn. 165.

<sup>377</sup> *BVerfGE* 65, 1 (43).

<sup>378</sup> Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman/Klement, in: Datenschutzrecht, DSGVO Art. 7, Rn. 19.

<sup>379</sup> *Ibid.*, op. cit., Art. 4. Rn. 1 f.; Sydow/Reimer, in: EU-DSGVO, Art. 4 Rn. 165 ff., Art. 6 Rn. 28; Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman/Roßnagel, in: Datenschutzrecht, DSGVO Art. 6, Rn. 29.

<sup>380</sup> Sydow/Reimer, in: EU-DSGVO, Art. 4 Rn. 176.

<sup>381</sup> *Ibid.*; Paal/Pauly/Ernst, in: DS-GVO, Art. 4, Rn. 81 ff.

Auskunfteien die berühmte Schufa-Klausel ein wichtiges Problemfeld. In Deutschland ist die Einwilligung in die Übermittlung personenbezogener Daten an Auskunfteien zum Zwecke der Bonitätsprüfung im Volksmund als Schufa-Klausel genannt, auch wenn eine solche Datenweitergabe nicht an die Schufa, sondern an andere Auskunfteien erfolgt. Dies beruht darauf, dass die Schufa die größte Auskunftei und somit die bekannteste Auskunftei in Deutschland ist. Denn aufgrund der Vertragsfreiheit sieht man heutzutage fast in allen Vertragsformularen eine Schufa-Klausel, wobei vielen Verbrauchern ihre tatsächliche Bedeutung nicht klar ist. Hinzukommt, dass kaum ein Betroffener sich die Datenschutzbestimmungen aufgrund ihrer langen Ausführungen durchliest. Fast allen Menschen in Deutschland ist jedoch klar, dass ohne eine Schufa-Auskunft fast gar kein Vertragsschluss mehr möglich ist: Gleich, ob es zum Beispiel um das Mieten einer Wohnung geht, das Abschließen eines Handyvertrages, den Onlinekauf oder die Aufnahme eines Kredites geht, wird in diesen und unzählig vielen anderen Fällen personenbezogenen Daten an Auskunfteien übermittelt – und dies geschieht oft ohne, dass der Betroffene es bemerkt. Ein typischer Fallstrick ist in diesem Zusammenhang die Vorbelegung eines Ankreuzkästchens, womit sich der EuGH in seinen Entscheidungen u.a. in den Jahren 2019 und 2020 beschäftigt hat.<sup>382</sup> Danach sind die Anforderungen an die Informiertheit der Einwilligung bei Einwilligungserklärungen, welche mittels eines vorangekreuzten Kästchens oder stillschweigend erfolgen, nicht als erfüllt anzusehen.<sup>383</sup> Hinzukommt, dass die Schufa-Klausel oft unklar und vage sind, sodass auch in solchen Fällen nicht davon gesprochen werden kann, dass die Einwilligung in informierter Weise erfolgt ist. Allerdings kam das Oberlandesgericht Naumburg in seiner Entscheidung im Jahre 2021 zu dem Ergebnis, dass die Schufa-Klausel rechtmäßig sei, obwohl der Hinweis auf die Widerrufsmöglichkeit des Betroffenen gefehlt hat.<sup>384</sup> Anstatt die Frage, ob eine wirksame Einwilligung vorliegt, zu beantworten, stellt es fest, dass der Erlaubnistatbestand des berechtigten Interesses i. S. d. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO vorliegt.<sup>385</sup>

Genauso wie die Informiertheit der Einwilligung in der Praxis der

---

<sup>382</sup> *EuGH*, Urt. v. 11.11.2020, *Orange Romania*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901; *EuGH*, Urt. v. 01.10.2019, *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801.

<sup>383</sup> *EuGH*, Urt. v. 11.11.2020, *Orange Romania*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901 Rn. 36-37; *EuGH*, Urt. v. 01.10.2019, *Planet49*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 Rn. 55 und 57; *ErwGr.* 32 S. 3 DSGVO.

<sup>384</sup> *OLG Naumburg*, Urt. v. 10.03.2021 – 5 U 182/20 Rn. 34 ff.

<sup>385</sup> *OLG Naumburg*, Urt. v. 10.03.2021 – 5 U 182/20 Rn. 34 ff.

Bonitätsprüfung ein großes Problem darstellt, ist auch die Freiwilligkeit der Einwilligung in diesem Bereich problematisch. Denn sie liegt nach Art. 7 Abs. 4 DSGVO nicht vor, wenn die Vertragserfüllung von der Erteilung der Einwilligungserklärung abhängig gemacht wird, obwohl die Verarbeitung personenbezogener Daten für die Durchführung des Vertrages nicht erforderlich sind (sog. Kopplungsverbot).<sup>386</sup> Allerdings bietet dieses Verbot im Hinblick darauf, dass gemäß der Regelung nur die „*Rechnungstragung im größtmöglichen Umfang*“ verlangt wird, ausreichend Raum für eine Verknüpfung von Einwilligung und Vertragserfüllung, sodass dieses Verbot nicht absolut wirkt und es sich somit hier um ein „unechtes Kopplungsverbot“ handelt.<sup>387</sup> An der konkreten Formulierung wird deutlich, dass damit Rechtsverhältnisse zwischen Privaten gemeint sind. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass eine Einwilligung nur ohne Zwang rechtswirksam ist. Eine erzwungene Willensbetätigung und somit eine Unfreiwilligkeit liegen gem. ErwGr 42 S. 5 DSGVO vor, wenn keine „echte oder freie Wahl“ des Betroffenen besteht, „*die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.*“ Weiterhin ist von keiner Freiwilligkeit zu sprechen, wenn ein „*klares Ungleichgewicht*“ zwischen den Vertragspartnern vorliegt (ErwGr 43 S. 1 DSGVO). Außerdem entfällt die Freiwilligkeit in den Fällen, in denen die personenbezogenen Daten des Betroffenen im Rahmen unterschiedlicher Verarbeitungsprozesse genutzt werden sollen, hierfür jedoch nicht jeweils eine gesonderte Einwilligung eingeholt wird (ErwGr 43 S. 2 DSGVO). Diesen Ausführungen folgend, ist die Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung im Rahmen einer Einzelfalluntersuchung zu beantworten, auch wenn Art. 7 Abs. 4 DSGVO von keinem absoluten Kopplungsverbot spricht. Solch ein Verbot wäre sowohl mit der Privatautonomie des Betroffenen als auch des Verantwortlichen nicht vereinbar: Für den Betroffenen würde das Verbot jeglicher Kopplung der Einwilligung und Vertragserfüllung ein Schutz vor sich selbst bedeuten, wenn seine Daten sogar gegen seinen ausdrücklichen Willen vor Verarbeitungen durch seinen Vertragspartner geschützt würden, was die Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zur Folge hätte.<sup>388</sup> So würde dem Verantwortlichen die Möglichkeit geraubt, in den Fällen,

---

<sup>386</sup> ErwGr. 43 S. 2 DSGVO; *Spindler/Dalby*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, DS-GVO, Art. 7 Rn.14.

<sup>387</sup> *GA Maciej Szpunar*, Schlussanträge in der Rs. C-673/17 v. 21.03.2019, ECLI:EU:C:2019:246, Rn. 98-99.

<sup>388</sup> *S. o. Pkt. 4.1.*

in denen er seine Entscheidung über den Vertragsschluss verständlicherweise von der Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten abhängig machen will (z.B. Prüfung der Kreditwürdigkeit und der Zahlungsfähigkeit sowie Zahlungsbereitschaft des Verbrauchers). Zur Herbeiführung eines Ausgleichs der Interessen der Vertragspartner bzw. Bestimmung der Erforderlichkeit i.S.d. Art. 7 Abs. 4 DSGVO ist eine Abwägung der Einzelfallumstände vorzunehmen.<sup>389</sup>

Die Kunden der Auskunfteien, die mit den Verbrauchern Verträge abschließen, machen in der Praxis von dieser Möglichkeit stets Gebrauch, sobald Verträge ein kreditorisches Risiko enthalten (wie z. B. ein Mobilfunk-, Miet-, Versicherungs- oder Stromvertrag, Kauf auf Rechnung in Online-Shops). Hierbei handelt es sich wie bereits an den als Beispiele aufgezählten Vertragsverhältnisse erkennbar ist, sehr häufig um Verträge, auf deren Abschluss man als Verbraucher angewiesen ist. Diese Situation stellt somit für den Verbraucher einen psychischen Druck dar, der Übermittlung personenbezogener Daten zuzustimmen, und sorgt dann zu Recht für Aufregung in Fällen, in denen Verträge wegen den durch die Auskunfteien ermittelten niedrigen Scorewerten abgelehnt werden. Ein weiteres Praxisproblem stellen auch die angebotenen und von den Verbrauchern sehr häufig genutzten entgeltfreien Applikationen bzw. Apps, wobei die Preisgabe personenbezogener Daten die Gegenleistung darstellt. In solchen Fällen greift das Kopplungsverbot nicht ein bzw. die Erforderlichkeitsprüfung fällt zugunsten der Anbieter aus, wenn für den Verbraucher erkennbar ist, dass es sich um eine werbefinanzierte Leistung handelt, welche nur unter der Voraussetzung, dass die gewünschte Einwilligung erteilt wird, wirtschaftlich erfolgen kann, oder wenn eine kostenpflichtige Nutzungsmöglichkeit ohne Zurverfügungstellung der Daten besteht. Allerdings nutzt in der heutigen digitalen Gesellschaft, in der eine Vielzahl von unterschiedlicher Applikationen vorhanden ist, eine Einzelperson bereits mehrere Apps für verschiedene Bereiche. Daher liegt es auf der Hand, dass sie sich insbesondere aus wirtschaftlichen Gründen nicht für die Verwendung kostenpflichtiger Applikationen entscheiden, auch wenn ihnen bei der Erteilung der Einwilligung bewusst ist, dass ihre personenbezogenen Daten an Dritte (insbesondere Auskunfteien) weitergegeben werden können. Es ist nicht nachvollziehbar, wie in einer solchen wirtschaftlichen Zwangslage erteilte Erklärung als freiwillig qualifiziert wird.

---

<sup>389</sup> Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman/Klement, in: Datenschutzrecht, DSGVO Art. 7, Rn. 19 ff.

Allerdings geht es in der Praxis leider nicht immer um die Fälle, in denen der Verbraucher vor Erteilung seiner Einwilligung Kenntnis über die Datenverarbeitung erlangt. Denn bereits vor wenigen Monaten, am 18.10.2021 hat der Datenschutzverein none of your business (noyb) gegen die Kreditauskunftei CRIF Bürgel und den Adresshändler Acxiom bei der Datenschutzaufsichtsbehörde eine Beschwerde eingereicht, weil sie personenbezogenen Daten rechtswidrig verarbeitet haben, indem Acxiom Daten von Millionen Privatpersonen, welche sie anfangs für Direktmarketing erhoben hatte ohne deren Einwilligung und unter Außerachtlassung des Zweckbindungsgrundsatzes an CRIF Bürgel geliefert hat, welche damit Bonitätsscores berechnet und diese dann an Unternehmen verkauft hat.<sup>390</sup> Hierdurch ist definitiv das Misstrauen der Verbraucher gegenüber den Auskunfteien gestiegen.

#### **4.5. ERGEBNIS**

Festzuhalten ist, dass im Datenschutzrecht viele nicht unerhebliche Schutzlücken bestehen. Dies beruht einerseits auf den Schutzzweck des § 31 BDSG, der darin besteht, den Wirtschaftsverkehr zu schützen, andererseits auf die zahlreichen Ausnahmeregelungen in der DSGVO (z. B. zehn Ausnahmen allein in Art. 9 Abs. 2 DSGVO, diverse Erlaubnistatbestände in Art. 6 DSGVO sowie die Abschwächung der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung in Art. 7 Abs. 4 DSGVO). Hierdurch sowie durch die weitreichende Formulierung der Tatbestände wird das grundsätzliche Verbot der Verarbeitung personenbezogener Daten ausgehebelt, was man u.a. an den unklaren Datenschutzbestimmungen der Datenverarbeiter erkennen kann. Diese bestehenden Schutzlücken wurden bis dato auch nicht mithilfe einer verbraucherschützende Gesetzesauslegung durch die Gerichte geschlossen. Vielmehr haben sie dadurch, dass sie viele wesentliche Rechtsfragen offengelassen haben und auf einschlägige Grundrechte des Betroffenen nicht näher eingegangen sind sowie in Abwägungsfällen nicht wirklich abgewogen haben, die Betroffenenrechte abgeschwächt. Die Einschränkungen der informationellen Selbstbestimmung des Betroffenen werden durch die Grundrechte der die Daten verarbeitenden Stelle (z. B. die Geschäftsgeheimnisse und Meinungsfreiheit) gerechtfertigt. Aus diesen Gründen kann

---

<sup>390</sup> *Noyb*: Rechtswidrige Kreditscores, <https://noyb.eu/de/rechtswidrige-kreditscores-noyb-bringt-weitere-beschwerde-ein> (letzter Aufruf: 20.06.2022).

man annehmen, dass die Gerichte ihre grundrechtliche Schutzpflicht beim Eingreifen in privatrechtlichen Beziehungen nicht beachten. Dabei ist insbesondere an dem oben dargestellten aktuellen Skandal um den illegalen Datenhandel in Deutschland ersichtlich, dass die Unternehmen ohne Zögern die Datenschutzregeln außer Acht lassen.

## ABSCHNITT 5. DIE SITUATION IM TÜRKISCHEN RECHT

Die in der deutschen Rechtsprechung und Literatur in Beantwortung der Frage der Wirkung der Grundrechte zwischen Privatpersonen entwickelten verschiedenen Theorien sind im türkischen Recht bei der Diskussion um den Einfluss der Grundrechte auf private Rechtsverhältnisse von zentraler Bedeutung.<sup>391</sup> Mit anderen Worten stellen im türkischen Rechtssystem die Ansichten in den deutschen Gerichtsentscheidungen sowie die Meinungen im deutschen Schrifttum die Grundlagen zu diesem Thema dar.

### 5.1. GRUNDRECHTSFUNKTIONEN

Auch die Verfassung der Türkei ist eine moderne freiheitliche Verfassung, die dem deutschen Grundgesetz vergleichbaren Grundrechtskatalog hat, in dem die klassischen Grund- und Freiheitsrechte enthalten sind. Hierbei handelt es sich um Rechte, welche wesentliche Bestandteile eines demokratischen und sozialen Rechtsstaates darstellen. Diese sind in den Artikeln 17 bis 74 der türkischen Verfassung<sup>392</sup> (wie z.B. das Recht auf Leben sowie Wahrung und Entfaltung der materiellen und ideellen Existenz der Person, Freiheit und Sicherheit der Person, Intimität und Schutz des Privatlebens, Unantastbarkeit der Wohnung, Meinungs- und Überzeugungsfreiheit, Freiheit der Äußerung und Verbreitung der Meinung, Pressefreiheit, Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, Freiheit der Rechtssuche) festgehalten, wobei dort nicht nur die Freiheitsrechte gegenüber dem Staat, sondern auch u. a. Verpflichtungen gegenüber diesem geregelt sind.

Genauso wie im deutschen Grundgesetz existiert das Wort „Grundrechtsfunktion“ auch nicht in der Verfassung der Türkei. Letztendlich wurde dieser Begriff von der Rechtswissenschaft im Rahmen der Ermittlung der rechtlichen Wirkungen der Grundrechte entwickelt worden. Die Funktionen stellen bei der Auslegung der sehr kurz und abstrakt formulierten Grundrechtsnormen eine Art Hilfestellung dar.

Auch im türkischen Verfassungssystem sind die subjektiv-rechtliche Funktionen

---

<sup>391</sup> *Boyar*, Devletın Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, S. 56; *Öncü*, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, S. 13; *AYM*, N. B. B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, Rn. 49.

<sup>392</sup> Im Folgenden wird dieser Begriff aus Gründen der besseren Lesbarkeit in der Abkürzung TV verwendet.

der Grundrechte<sup>393</sup> anerkannt und man greift beim Thema der Einteilung der Grundrechte hinsichtlich ihrer Wirkungen auf die Statuslehre von Jellinek zurück, sodass feststeht, dass auch in der Türkei die Grundrechte nicht nur als Abwehrrechte gegen den Staat, die in den Artikeln 17-40 TV enthalten sind, gelten.<sup>394</sup>

Außerdem werden sie im Verhältnis des Einzelnen zum Staat als Leistungs- und Mitwirkungsrechte (Art. 41-65 TV und Art. 66-74 TV) sowie Gleichheitsrechte (Art. 10 TV, wobei die türkische Staatsangehörigkeit als Voraussetzung für die Wahrnehmung der politischen und Teilhaberechten in den Art. 66 - 72 und 74 TV den Gleichheitsgrundsatz nicht verletzt) betrachtet.<sup>395</sup>

Überdies enthalten auch einige Grundrechte in der türkischen Verfassung Einrichtungsgarantien (Institutsgarantien [*kurum garantisi*] und institutionelle Garantien [*kurumsal garanti*]), welche als objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion anerkannt sind (z. B. Art. 22, 35, 41 und 64 TV).<sup>396</sup> Somit ist neben der subjektiv-rechtlichen auch die objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion im türkischen Recht anerkannt.

Allerdings anders als im deutschen Recht werden insbesondere in der türkischen Literatur staatliche Schutzpflichten kaum thematisiert, geschweige denn eine hierüber ernsthaft geführte Diskussion in der türkischen Rechtsprechung. Die Verpflichtung des Staates zum Schutz und zur Förderung der Grundrechte wird abgeleitet aus Art. 2 TV („...*die Menschenrechte achtender...sozialer Rechtsstaat.*“)<sup>397</sup> und Art. 5 TV („*Die Grundziele und -aufgaben sind es, ... Wohlstand, Wohlergehen und Glück der Bürger und der Gemeinschaft zu gewährleisten, die politischen, wirtschaftlichen und sozialen Hindernisse zu beseitigen, welche die Grundrechte und -freiheiten der Person in einer mit den Prinzipien des sozialen Rechtsstaates und der Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Weise beschränken, ... sich um die Schaffung der für die Entwicklung der materiellen und ideellen Existenz des Menschen notwendigen Bedingungen zu bemühen.*“).<sup>398</sup>

---

<sup>393</sup> S. o. die ausführliche Darstellung hinsichtlich der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktionen.

<sup>394</sup> Gören, *Temel Hakların Varlığı Ve Önemi*, S. 754; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, S. 278-279.

<sup>395</sup> Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, S. 238 und 279, Gören, *Genel Eşitlik İlkesi*, S. 3280.

<sup>396</sup> Atalay, *Sanat Özgürlüğü*, S. 58; Gören, *Temel Hakların Varlığı Ve Önemi*, S. 754.

<sup>397</sup> Boyar, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki*, S. 75.

<sup>398</sup> AYM, Urteil v. 14.05.2015, E. 2014/177, K. 2015/49, RG.11.06.2015-29383, S. 30-31; Boyar, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki*, S. 68 und 75.

## 5.2. DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE

Anders als im deutschen Recht zeigen sich im türkischen Recht zwar keine ausführlichen und intensiven Auseinandersetzungen mit dem Thema der Drittwirkung von Grundrechten. Allerdings wird in einigen Grundrechtsnormen der türkischen Verfassung, insbesondere in Art. 11 TV u. a. die Bindung Privater an die Grundrechte ausdrücklich genannt. Primär hierauf beruhend wird die unmittelbare Drittwirkung vertreten.<sup>399</sup> Weiterhin wird mit Art. 12 TV argumentiert, wonach jeder Einzelne nicht nur Grundrechtsträger ist, sondern gegenüber anderen Grundrechtsträgern staatsgleiche Verantwortlichkeit besitzt.<sup>400</sup> Hierbei wird unterstrichen, dass die Grundrechte auch durch private Mächte gefährdet werden, weswegen die Grundrechte auch hier eine Schutzwirkung entfalten müssen.<sup>401</sup> Außerdem wird darauf hingewiesen, dass bei einer Zusammenbetrachtung von Art. 11 TV und Art. 138 TV, in der die richterliche Unabhängigkeit garantiert wird, eine unmittelbare Drittwirkung sowie Berücksichtigung dieser Wirkung durch die Richter ersichtlich werden.<sup>402</sup> Danach müsse es dem Einzelnen möglich sein, sich vor Gericht auf seine Grundrechte zu berufen und deren Verletzung geltend zu machen, da die Gerichtsentscheidungen verbindlich sind und das Gericht bei seiner Entscheidung die Verfassung beachten muss.<sup>403</sup> Nicht nur aus den Verfassungsvorschriften, sondern auch aus dem Art. 27 des türkischen Obligationengesetzes, wonach jedes u. a. gegen das zwingende Recht und die Persönlichkeitsrechte verstoßende Rechtsgeschäft nichtig ist, wird abgeleitet, dass die Grundrechte zwischen Privatpersonen unmittelbar wirken.<sup>404</sup>

Allerdings weisen diese Ansichten, wonach die Verfassungsvorschriften auf die Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen unmittelbar einwirken, gleichzeitig auch darauf hin, dass eine solche Wirkung nur in den Fällen in Betracht komme, in denen der Gesetzgeber in keinem Gesetz ein bestimmtes Grundrecht bzw. bestimmte Grundrechte konkretisiert hat. Die Situation, welche eine unmittelbare Drittwirkung ausnahmsweise zur Geltung kommen lassen soll, wird mithilfe von Beispielen dargestellt: Das Streikrecht

---

<sup>399</sup> Boyar, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki*, S. 68; Gören, *Çocukların Temel Haklarının Anayasal Garantisi*, S. 86.

<sup>400</sup> Gören, *Çocukların Temel Haklarının Anayasal Garantisi*, S. 86.

<sup>401</sup> Boyar, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki*, S. 70 ff.

<sup>402</sup> *Ibid.*

<sup>403</sup> *Ibid.*

<sup>404</sup> *Ibid.*

war vor dem Inkrafttreten der Verfassung von 1961 verfassungsrechtlich nicht garantiert, sodass es möglich war den Arbeitnehmer wegen der Streikteilnahme zu kündigen. Allerdings wurde diese Möglichkeit durch die Regelung des Streikrechts in der Verfassung beseitigt, obwohl es in Gesetzen nicht geregelt war. Schließlich betrachten selbst diese Ansichten in der Literatur die unmittelbare Drittwirkung eher als ein theoretisches Problem und deren Eingreifen lediglich als eine Ausnahme, da Gesetze die Verfassungsprinzipien grundsätzlich widerspiegeln.

Die Frage, ob im türkischen Recht überhaupt ein Bedürfnis dafür besteht, dass die Grundrechte zwischen Privaten unmittelbare Wirkung entfalten, wird seitens einer anderen Ansicht, wonach eine mittelbare Anwendung der Grundrechte dem türkischen Verfassungssystem gerecht wird, verneint.<sup>405</sup> Mit einem Hinweis insbesondere darauf, dass die Organe der Gesetzgebung und Rechtsprechung ohnehin unmittelbar an Grundrechte gebunden sind, wird betont, dass kein verfassungswidriges Gesetz verabschiedet bzw. solch ein Gesetz als nichtig erklärt werden kann. Weiterhin wird darauf hingewiesen, dass abstrakte Rechtsbegriffe sowie Generalklauseln des Zivilrechts verfassungskonform ausgelegt werden müssen und die Richter im Hinblick auf Art. 1 TZGB verpflichtet seien die Lücken im Zivilrecht verfassungskonform auszufüllen. Diese Verpflichtungen seien Rechtsfolge der grundrechtlichen Schutzpflicht des Staates und der Zweck der mittelbaren Wirkung sei u. a. die Vermeidung des Missbrauchs der Machtstellung durch Private.<sup>406</sup>

### **5.3. ZWISCHENERGEBNIS**

Die obigen Ausführungen zeigen, dass im Hinblick auf die Drittwirkung in beiden Rechtssystemen deutliche Unterschiede existieren. Sie ist anders als im deutschen Recht in mehreren Normen geregelt. Zwar liegt es aus diesem Grund sowie aufgrund der ausdrücklichen Anordnung der Drittwirkung in Art. 11 TV nahe im türkischen Recht die unmittelbare Wirkung der Verfassungsvorschriften auf die Rechtsbeziehungen privater Rechtssubjekte zu akzeptieren. Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass selbst die Vertreter dieser Auffassung einer solchen Vorgehensweise lediglich in

---

<sup>405</sup> Boyar, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki*, S. 60.

<sup>406</sup> S.o.; Boyar, *Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki*, S. 68 und 75 (Er nennt dort mehrere Verfassungsnormen - ohne deren nähere Erläuterung -, in denen sich die staatliche Schutzpflicht erkennen lasse.); *Sungurtekin-Özkan, Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi*, S. 556.

Ausnahmefällen zustimmen. Neben diesen Unterschied zwischen dem deutschen und türkischen Rechtssystem besitzen sie auch eine wichtige Gemeinsamkeit. Diese ergibt sich daraus, dass in den beiden Rechtssystemen die Staatsorgane an die Verfassung gebunden sind. Infolgedessen sind die Grundrechte ausreichend insbesondere dadurch geschützt, dass einerseits der Gesetzgeber beim Erlass der Gesetze verfassungskonform handeln muss und andererseits das Verfassungsgericht ein verfassungswidriges Gesetz für nichtig erklären muss. Hinzukommt, dass in den beiden Rechtssystemen bei Interpretation privatrechtlicher Normen bzw. Generalklauseln und beim Ausfüllen von Lücken im Privatrecht besteht die Pflicht zur Beachtung der Grundrechte als objektive Werte. Dies beruht insbesondere auf die u. a. aus Art. 5 TV abgeleitete staatliche Schutzpflicht, auch wenn sie im türkischen Recht nicht direkt thematisiert bzw. nicht wie im deutschen Recht in detaillierter Form vorgestellt und vertreten wird. Im Hinblick auf diese Verpflichtung hat die staatliche Gewalt somit die Möglichkeit zum Schutz und zur Förderung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen in die Privatrechtsbeziehungen einzugreifen, sodass eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte nicht erforderlich und gerechtfertigt ist.

#### **5.4. TÜRKISCHES DATENSCHUTZRECHT UND DER EINFLUSS DER GRUNDRECHTE AUF PRIVATRECHTSVERHÄLTNISSE**

Das Datenschutzrecht ist ein Rechtsgebiet, das in Europa in den letzten 50 Jahren und in der Türkei in den letzten 20 Jahren wichtige Entwicklungen durchlaufen hat. Zwar wurde in der Türkei der Datenschutz im Vergleich zu Deutschland und anderen Ländern erst sehr viel später gesetzlich verankert, jedoch wird in der Türkei der Datenschutz durch die Aufnahme des Grundrechts auf Datenschutz in die türkische Verfassung seit 2010 verfassungsrechtlich garantiert (Art. 20 Abs. 3 TV), wobei er im deutschen Grundgesetz in keiner Norm ausdrücklich genannt ist.

Der durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung einiger Artikel der Verfassung der Türkischen Republik<sup>407</sup> dem Art. 20 TV hinzugefügte dritter Absatz lautet folgendermaßen: *„Jeder hat Anspruch auf den Schutz seiner persönlichen Daten. Dieses Recht umfasst den Anspruch auf Information über, den Zugang zu, die Berichtigung oder*

---

<sup>407</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Gesetz Nr. 5982 vom 07.05.2010.

*Löschung von personenbezogenen Daten sowie die Information über deren zweckgemäße Verwendung. Personenbezogenen Daten dürfen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen oder auf eindeutigen Wunsch der Person verarbeitet werden. Die Grundsätze und Verfahren zum Schutz von personenbezogenen Daten werden durch Gesetz geregelt.*<sup>408</sup>

Das Datenschutz-Grundrecht als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bezweckt somit den Schutz des Einzelnen im modernen Leben vor Gefahren, die aus der Verarbeitung seiner Daten erwachsen können.

Daneben haben einige Vorschriften der Verfassung (Art. 20 – 22 TV) datenschutzrechtlichen Charakter: Intimität des Privatlebens, Unantastbarkeit der Wohnung und Kommunikationsfreiheit.

Außerdem wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung („*bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkı*“) auch im türkischen Rechtssystem anerkannt:<sup>409</sup> Das türkische Verfassungsgericht leitet es aus dem Recht auf Privatsphäre ab, welche im Rahmen des Rechts, Rücksichtnahme gegenüber seinem Privatleben zu verlangen (Art. 20 TV), geschützt wird. Das Recht auf Privatsphäre umfasse nicht nur das Recht auf allein gelassen zu werden, sondern auch das Recht darauf, die Informationen über sich selbst kontrollieren zu können. Der Einzelne habe ein berechtigtes Interesse daran, dass die zu seiner Person gehörende Information jeglicher Art ohne seine Einwilligung nicht offenbart, verbreitet, andere Personen Zugriff darauf haben und entgegen seinem Willen verwendet wird. Kurz gesagt, habe er an der Geheimhaltung solcher Informationen ein berechtigtes Interesse.

Weiterhin sind in anderen Gesetzen, wie z. B. in Art. 73 des türkischen Bankengesetzes (Bankacılık Kanunu)<sup>410</sup> sowie in Art. 75 des türkischen Arbeitsgesetzbuches (İş Kanunu)<sup>411</sup> bereichsspezifische datenschutzrechtliche Regelungen vorhanden.

Das türkische Datenschutzgesetz „*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*“ (KVKK), welches einen Schritt auf dem Weg der Harmonisierung der türkischen

---

<sup>408</sup> Rumpf, Die Verfassung der Republik Türkei, Übersetzung.

<sup>409</sup> *AYM, Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, Rn. 32; *AYM, T. A. A.*, B. No: 2014/19081, 1/2/2017, Rn. 58.

<sup>410</sup> *Wahrung des Datenschutzes bei der Übermittlung personenbezogener Daten als Bankkundengeheimnis.*

<sup>411</sup> „*Personalakte*“; *Verpflichtung des Arbeitgebers zur Geheimhaltung der personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers.*

Rechtsvorschriften mit den EU-Rechtsvorschriften darstellt und auf der Grundlage der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG entworfen wurde sowie sich an den Grundsätzen der EU-Datenschutzgrundverordnung 2016/679 orientiert, ist am 07.04.2016 in Kraft getreten.<sup>412</sup> Sein Zweck ist gem. Art. 1 KVKK der Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten des Einzelnen, insbesondere der Schutz der Privatsphäre bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und die Regelung der Pflichten, des Verfahrens und der Prinzipien, welche durch die datenverarbeitenden natürlichen und juristischen Personen beachtet werden müssen. Die Bestimmungen des türkischen Datenschutzgesetzes gelten gem. Art. 2 KVKK für natürliche Personen, deren personenbezogenen Daten verarbeitet werden und für natürliche und juristische Personen, welche diese Daten im Wege des automatisierten oder nicht-automatisierten Verfahrens verarbeiten.

Schließlich ist auch in der Türkei die Datenverarbeitung insbesondere im Hinblick auf die ausdrückliche verfassungsrechtliche Gewährleistung des Schutzes personenbezogener Daten sowie des Grundsatzes, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht ohne die ausdrückliche Zustimmung des Betroffenen erfolgen darf (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a) KVKK), im privaten Bereich nicht ohne weiteres frei. Die datenschutzrechtliche Einwilligung, welche wie bereits oben dargestellt eine wesentliche Rolle im Rahmen der Rechtsbeziehungen zwischen Privaten spielt, ist zwar in Art. 3 Abs. 1 lit. a) definiert. Sowohl diese Definition „*Eine auf einen bestimmten Fall bezogene, auf eine Belehrung beruhende und im Zustand freier Willensentscheidung erklärte Einwilligung.*“ als auch ein großer Teil der anderen Begriffsdefinitionen in Art. 3 KVKK sind jedoch sehr abstrakt und deshalb konkretisierungsbedürftig. Hierbei fällt insbesondere der Umstand ins Auge, dass dort die Begriffe durch sich selbst definiert werden. Ungeachtet dessen stimmt die Definition mit dem im deutschen Recht bzw. EU-Recht zugrunde gelegten Verständnis – insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung wie die Informiertheit und Freiwilligkeit – überein.<sup>413</sup>

---

<sup>412</sup> Gesetz Nr. 6698; Veröffentlichung im Amtsblatt Nr. 29677; Englische Übersetzung des KVKK, abrufbar unter: [https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6649/Personal-Data-Protection-Law;Datenschutzaufsichtsbehörde \(Kişisel Verileri Koruma Kurumu\), KVKK ve Uygulamsı, https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf](https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6649/Personal-Data-Protection-Law;Datenschutzaufsichtsbehörde (Kişisel Verileri Koruma Kurumu), KVKK ve Uygulamsı, https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf), S. 13 (letzter Aufruf: 01.04.2022).

<sup>413</sup> Detaillierte Darstellung der einzelnen Voraussetzungen der wirksamen Einwilligung gemäß KVKK in: KVKK, Açık Rıza, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf> (letzter

Allerdings sind auch in der türkischen Rechtspraxis keine unbeachtlichen Probleme im Hinblick auf die datenschutzrechtliche Einwilligung bzw. die gesetzlichen Ausnahmen vom Erfordernis der Einwilligung vorhanden. In diesem Zusammenhang sind die bekannten Beispiele aus der Praxis die Frage nach der Handynummer an der Kasse um dem Käufer eine Bestätigungs-SMS mit einem Zahlencode schicken zu können, wodurch seine personenbezogenen Daten verarbeitet werden<sup>414</sup>, Datenverarbeitung durch *Amazon Türkei* unter Verstoß gegen das Einwilligungserfordernis<sup>415</sup>, Einsatz von Fingerabdruckscannern zur Arbeitszeiterfassung<sup>416</sup> und biometrische Zugangskontrolle am Ein- und Ausgang der Fitnessstudios<sup>417</sup>. Während in diesen Beispielsfällen die Datenverarbeitung unter anderem wegen der Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Rechts auf Intimität des Privatlebens sowie Datenschutz als rechtswidrig eingestuft wird, wird die Verarbeitung personenbezogener Daten im Scoringverfahren, welches auch in der Türkei im Bereich der Kreditvergabe und in der Versicherungsbranche zur Anwendung kommt und dort eine sehr wichtige Rolle spielt, weder in der türkischen Rechtsprechung noch Literatur thematisiert. In diesem Zusammenhang sind das Kreditregistrierungsbüro *Findeks*, das die Bonität der Kreditnehmer prüft<sup>418</sup> sowie das Finanztechnologie-

---

Aufruf: 01.04.2022); *Art.-29- Datenschutzgruppe*, WP 187, S. 7.

<sup>414</sup> Die türkische Datenschutzaufsichtsbehörde stellt hier das Fehlen der Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung nach Art. 5 i.V.m. 3 KVKK fest:

*KVKK, Öffentliche Bekanntmachung (Kamuoyu Duyurusu) vom 17.12.2021*, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7104/MAGAZALARDA-ALISVERIS-SIRASINDA-ILGILI-KISILERE-SMS-ILE-DOGRULAMA-KODU-GONDERILMESI-SURETIYILE-KISISEL-VERILERIN-ISLENMESINE-ILISKIN-KAMUOYU-DUYURUSU> (letzter Aufruf: 10.04.2022).

<sup>415</sup> Die türkische Datenschutzbehörde hat in ihrer Entscheidung vom 27.02.2020 gegen Amazon ein Bußgeld von 1.2 Mio TL verhängt: *KVKK*, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173> (letzter Aufruf: 10.04.2022).

<sup>416</sup> Die türkische Datenschutzaufsichtsbehörde stellt in ihrer Entscheidung vom 01.12.2020 (Nr. 2020/915) fest, dass dieses Verhalten des Arbeitgebers einen Verstoß insbesondere gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. Art. 4 Abs. 2 lit. ç) KVKK darstellt: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6872/2020-915> (letzter Aufruf: 10.04.2022); Siehe auch die Entscheidung des türkischen Staatsrats vom 10.12.2013, Rechtssache 2013/5342, Entscheidung Nr. 2013/9525.

<sup>417</sup> Die türkische Datenschutzaufsichtsbehörde betont in ihren Entscheidungen (Nr. 2019/81 und 2019/165) vom 25.03.2019 und 31.05.2019, dass dort einige Grundsätze für die Datenverarbeitung, nämlich, dass die Datenverarbeitung zweckgebunden, auf für den verfolgten Zweck relevante personenbezogenen Daten begrenzt und die personenbezogenen Daten dem Zweck angemessen sein müssen, nicht beachtet worden seien und es an der Freiwilligkeit der Einwilligung fehle, da die Vertragserfüllung von der Einwilligung abhängig gemacht worden sei: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5496/2019-81-165> (letzter Aufruf: 11.04.2022); Siehe hierzu auch die Entscheidung des türkischen Staatsrats vom 13.06.2017, Rechtssache 2017/816, Entscheidung Nr. 2017/4906.

<sup>418</sup> *Findeks*, Hakkımızda, <https://www.findeks.com/findeks-hakkinda> (letzter Aufruf: 01.05.2022).

Unternehmen *SkorVeri*, welches u.a. die Kauf- und Zahlungstreue des Einzelnen in der Versicherungsbranche auswertet<sup>419</sup>. Diese Unternehmen, welche die Scorewerte ermitteln, stützen sich unter anderem auf die Rechtsgrundlage der berechtigten Interessen und der Einwilligung (Art. 5, 6 KVKK).<sup>420</sup> Die Bonitätsprüfung (*kredi notu*) kommt auch in der Türkei nicht nur bei Kreditvergabe an Privatpersonen oder Unternehmen zum Einsatz, sondern stellt für viele Rechtsgeschäfte, wie den Abschluss eines Mietvertrages, eines Handyvertrages oder den Ratenkauf eine der maßgeblichen Voraussetzungen dar, sodass auch hier die Freiwilligkeit der Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten insbesondere aufgrund der Zwangslage, der die Betroffenen ausgesetzt sind, fraglich ist. Hinzukommt, dass auch die türkischen Unternehmen überlange und komplizierte Datenschutzerklärungen verwenden, welche in der Regel nicht gelesen oder nicht verstanden werden, sodass sich die meisten Betroffenen nahezu unbewusst auf eine Datenverarbeitung einlassen, was folglich bedeutet, dass in solchen Fällen keine informierte Einwilligung vorliegt und es an einem selbstbestimmten Handeln der Betroffenen fehlt. Die Betroffenen erklären sich mit unerwünschten Datenverarbeitungen einverstanden, damit sie das, was sie wollen bekommen können. Mithilfe der datenschutzrechtlichen Einwilligung wird insbesondere der Eingriff in das auch im türkischen Recht anerkannte Recht auf informationelle Selbstbestimmung legitimiert.

Auffällig ist auch, dass die Entscheidungen der türkischen und deutschen Gerichte Ähnlichkeiten im Hinblick auf das Thema der Notwendigkeit des Schutzes personenbezogener Daten aufweisen: Die türkischen Gerichte betonen in ihren Entscheidungen in ähnlicher Form wie im Volkszählungsurteil des BVerfG, dass das Recht auf Schutz personenbezogener Daten in einem demokratischen Staat erforderlich sei, damit der Einzelne sein Leben nach seinem freien Willen gestalten, seine Persönlichkeit frei entfalten und schützen sowie eine Gesellschaft der Freien geschaffen werden kann.<sup>421</sup> Außerdem wird darauf hingewiesen, dass dieses Recht als Sonderform des Rechts auf freie Entfaltung der Ehre und Persönlichkeit den Zweck hat, die Rechte

---

<sup>419</sup> *Sigortacı gazetesi*, Skorlama yapmak için sadece kredi notu yeterli değil, <https://sigortacigazetesi.com.tr/skorlama-yapmak-icin-sadece-kredi-notu-yeterli-degil/> (letzter Aufruf: 01.05.2022).

<sup>420</sup> *Findeks*, Aydınlatma Metni, <https://www.findeks.com/findeks-hakkinda/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-bilgilendirme> (letzter Aufruf: 01.05.2022); *SkorVeri*, Kişisel Verilerin Korunması Politikası, <https://www.skorveri.com.tr/kisisel-verilerin-korunmasi-politikasi/> (letzter Aufruf: 01.05.2022).

<sup>421</sup> *Yargıtay, HGK.*, Entscheidung v. 17.06.2015, E. 2014/56, K. 2015/1679 (*Lexpera*, Letzter Aufruf: 10.05.2022).

und Freiheiten des Einzelnen während der Verarbeitung personenbezogener Daten zu schützen.<sup>422</sup>

Dies alles macht gleichzeitig deutlich, dass die sich in diesem Themenbereich ergebende datenschutz- sowie verfassungsrechtliche Problematik ähnlich ist wie in Deutschland.

## 5.5. ERGEBNIS

Zweifellos stellt das türkische Datenschutzgesetz eine gute rechtliche Grundlage zur Steuerung des Schutzes personenbezogener Daten. Auch nicht zu übersehen ist, dass das türkische Datenschutzrecht zum größten Teil von europarechtlichen Vorgaben geprägt ist. Eine sehr wichtige Besonderheit im Vergleich zur deutschen Rechtsordnung ist die ausdrückliche verfassungsrechtliche Gewährleistung des Schutzes personenbezogener Daten.

Zwar ist auch im türkischen Recht alle staatliche Gewalt verpflichtet, die in der Verfassung garantierten Rechte gegenüber Eingriffen durch Dritte zu schützen. Allerdings zeigt sie insbesondere in bestimmten Fällen des Datenschutzrechts, in denen es sich um ein Rechtsgeschäft zwischen Privatpersonen handelt und die Verarbeitung personenbezogener Daten einer Legitimation bedarf, ein gewisses Desinteresse. Unstreitig ist, dass auch das türkische Datenschutzgesetz Bestimmungen zu den Voraussetzungen, unter denen eine solche Datenverarbeitung erlaubt ist, enthält und in den meisten Fällen, in denen die datenschutzrechtliche Einwilligung des Vertragspartners erforderlich ist, diese eingeholt wird. Nicht strittig ist auch, dass die Einwilligung im türkischen Privatrecht als Ausdruck selbstbestimmten Handelns gilt und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verfassungsrechtlich geschützt wird.

Problematisch sind jedoch hierbei einerseits die auslegungsbedürftigen und unbestimmten Rechtsbegriffe sowie die Zirkeldefinitionen, andererseits, dass sich weder die Literatur noch die Rechtsprechung mit dem Thema der datenschutzrechtlichen Einwilligung detailliert auseinandersetzen bzw. zur Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen beitragen, obwohl in vielen türkischen Gerichtsentscheidungen ähnlich wie in der deutschen Rechtsprechung betont wird, dass das Recht auf Schutz

---

<sup>422</sup> *AYM*, Urteil v. 09.04.2014, E. 2013/122, K. 2014/74, RG. 26.07.2014 S. 29072; *AYM*, Urteil v. 19.02.2020, E. 2018/163, K. 2020/13, RG. 28.04.2020 S. 31112.

personenbezogener Daten eine Sonderform des Rechts auf freie Entfaltung der Ehre und Persönlichkeit darstellt, welches verfassungsrechtlich garantiert ist. Außerdem ist an den oben dargestellten Fallbeispielen erkennbar, dass man in den Fällen, in denen der Einzelne auf bestimmte Leistungen angewiesen ist von keiner autonomen Willensbekundung des Einzelnen sprechen kann. Auch das türkische Datenschutzgesetz ist nicht fähig sie abzusichern. Schließlich sind auch einige Teile des türkischen Datenschutzgesetzes insbesondere im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung praxisuntauglich.

## **FAZIT**

Wie diese Arbeit gezeigt hat, weisen die deutsche und türkische Rechtsordnung bezogen auf das Thema der Funktionen der Grundrechte in privatrechtlichen Zusammenhängen erhebliche Gemeinsamkeiten auf, sodass die folgenden Ausführungen für beide Rechtsordnungen gelten.

So sehr die grundlegende Funktion der Grundrechte der Schutz des Einzelnen vor dem Staat ist, so sehr sind Grundrechte objektive Werte beinhaltende und somit alle Bereiche des Rechts beeinflussende Verfassungsvorschriften. Dass im Grundgesetz anders als in der türkischen Verfassung kein ausdrücklicher Anhaltspunkt für eine Bindung Privater an die Grundrechte vorhanden ist, bedeutet nicht, dass die Grundrechte im Privatrecht gar keine Anwendung finden. Aufgrund des Umstandes, dass die Grundrechte auch durch Privatpersonen verletzt werden können, ist es unmöglich einen Zustand zu akzeptieren, in dem der Staat die Grundrechte lediglich gegenüber seinen Organen schützt und die verfassungsrechtlich garantierten Rechte durch gesellschaftliche Macht gefährdet oder verletzt bzw. nur die grundrechtlich geschützten Interessen der überlegenen Person geschützt werden.

In den Fällen, in denen in die Grundrechte durch Privatpersonen eingegriffen wird, hat der Staat die Pflicht die Grundrechte auch gegenüber den Privatrechtssubjekten zu schützen. Zwar wird der ihm bei der Erfüllung dieser Schutzpflicht zustehende Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum durch die Privatautonomie der im Rechtsverhältnis teilnehmenden Parteien. Der Staat darf sich als Grundrechtsverpflichteter jedoch wegen des Untermaßverbots insbesondere dort, wo Grundrechtsträger im Rahmen der Privatautonomie Verträge abgeschlossen haben, welche offensichtlich Verstöße gegen die Grundrechte der unterlegenen Vertragspartner aufweisen, nicht gleichgültig verhalten. Daher müssen der Gesetzgeber und die Gerichte aufgrund der staatlichen Schutzpflicht in den Fällen der gestörten Vertragsparität zwischen den Vertragspartnern in der Lage sein, der privatautonomen Entscheidungsfreiheit zum Schutz der betroffenen Grundrechte Grenzen zu setzen. Schließlich hat der Betroffene das Recht gegen Gerichtsentscheidungen

Verfassungsbeschwerde zu erheben.

Wenn wir somit die eingangs gestellten Gedanken aufgreifen und danach fragen, worauf der Umstand beruht, dass sich die Vertragspartner als Grundrechtsträger gegenüber den Entscheidungen der Zivilgerichte auf Grundrechte berufen können, dann stellen wir zunächst vor allem fest, dass die Grundrechte zwischen Privatrechtssubjekten zwar nicht unmittelbar wirken, da dadurch u.a. die Privatautonomie stark eingeschränkt wird, aber insbesondere über unbestimmte Rechtsbegriffe indirekt in das Privatrecht hineinwirken und der Staat aufgrund seines Schutzauftrages unter Beachtung des Übermaß- und Untermaßverbots verpflichtet ist, das Privatrechtssubjekt vor Grundrechtseingriffen durch andere Privatrechtssubjekte zu schützen.

Demzufolge ist auf der einen Seite der Gesetzgeber im Hinblick darauf, dass der Richter bei seiner Entscheidungsfindung das Gesetz anwendet, das den ihm vorliegenden konkreten Fall betrifft, verpflichtet bei der Schaffung von Rechtsnormen, betreffend die privatrechtliche Verhältnisse, Grundrechte aller am privatrechtlichen Rechtsverhältnis Beteiligten zu beachten. Sollte der Gesetzgeber jedoch die Grundrechte und Interessen der am Rechtsverhältnis beteiligten Akteure nicht oder unzutreffend berücksichtigt haben, trägt der Richter auf der anderen Seite im Wege der verfassungskonformen Auslegung zur Verwirklichung der staatlichen Schutzpflicht als Grundrechtsfunktion bei. Den in den Grundrechten jeweils verkörperten objektiven Wert bringt der Richter durch die wertorientierte Auslegung der Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen zur Geltung.

Allerdings zeigt die Rechtspraxis im Hinblick auf den Bereich des Datenschutzes, dass bei der Verwirklichung der staatlichen Schutzpflicht bzw. der Herbeiführung eines gerechten Ausgleichs widerstreitender Verfassungsgüter einige wichtige Defizite herrschen. Die Privatautonomie gilt zwar auch im Datenschutzrecht und den datenschutzrechtlichen Regelungen liegt u. a. die Vorstellung zugrunde, dass eine Machtasymmetrie zwischen den Vertragsparteien besteht, weil auch hier die freie Selbstbestimmung, worauf die Privatautonomie beruht durch die Fremdbestimmung bedroht wird. Allerdings ist einerseits das Datenschutzrecht bezogen auf die Einwilligungssituationen, in denen eine Zwangslage herrscht, denen der Einzelne

ausgesetzt ist, nicht in der Lage die autonome Entscheidung des Vertragspartners bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu gewährleisten, da die datenschutzrechtliche Einwilligung als Ausdruck der freien Selbstbestimmung doch aufgrund des insbesondere subjektiv wahrgenommenen Zwangs als eine reine Fiktion erscheint. Andererseits versäumen mehrere Gerichte es, die gegenläufigen Grundrechte der Vertragspartner zum Ausgleich zu bringen. Sie räumen häufig der Rechtsposition der starken Streitpartei den Vorrang und schöpfen somit ihren Abwägungsspielraum zu Lasten dieses Vertragspartners nicht aus.

Trotz der Kritik sind die Fortschritte im Datenschutz begrüßenswert. Allerdings darf sich der Staat als Adressat sämtlicher Grundrechtsfunktionen nicht damit begnügen, nur neue gesetzliche Regelungen zu schaffen. Er muss zum einen dafür sorgen, dass sie verfassungskonform angewendet werden und die gesetzlichen Bestimmungen nicht an unbestimmten Rechtsbegriffen leiden, welche nicht immer zweifelsfrei und hinreichend konkret bestimmbar sind. Zum anderen muss er sicherstellen, dass alle seine Organe sich so verhalten, dass die Grundrechte für jedermann wirklich verwirklicht werden.

# LITERATURVERZEICHNIS

## LEHRBÜCHER/ MONOGRAPHIEN

[1] BEITZKE, Günther: Gleichheit von Mann und Frau; in: Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1954 (zit.: *Beitzke*, Gleichheit von Mann und Frau, HGrR Bd. II).

[2] BOYAR, Oya: “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa-Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Sibel İnceoğlu (Hrsg.), Beta Yay., İstanbul, 2013 (zit.: *Boyar*, Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki).

[3] DÜRIG, Günter: Freizügigkeit; in: Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1954 (zit.: *Dürig*, Freizügigkeit, HGrR Bd. II).

[4] DÜTZ, Wilhelm/THÜSING, Gregor: Arbeitsrecht, 24. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München 2019 (zit.: *Dütz/Thüsing*, Arbeitsrecht).

[5] ENNECCERUS, Ludwig/NIPPERDEY, Hans Carl: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band I, 15. Auflage, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1959 (zit.: *Enneccerus/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts).

[6] FRIESE, Birgit: Kollektive Koalitionsfreiheit und Betriebsverfassung, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2000 (zit.: *Friese*, Koalitionsfreiheit).

[7] FISCHINGER, Philipp S.: System der arbeitsrechtlichen Gestaltungsfaktoren-Überblick; in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, Band 1, Verlag C.H. Beck oHG, München 2018 (zit.: *Fischinger*, Hdb. ArbR, § 5).

[8] FISCHINGER, Philipp S.: Grundrechte im Arbeitsverhältnis; in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, Band 1, Verlag C.H. Beck oHG, München 2018 (zit.: *Fischinger*, Hdb. ArbR, § 7).

[9] HENKEL, Heinrich: Einführung in die Rechtsphilosophie – Grundlagen des Rechts, 2. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1977 (zit.: *Henkel*, Rechtsphilosophie).

[10] HESSE, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1988 (zit.: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts).

- [11] HESSE, Konrad: Verfassungsrecht und Privatrecht, Vortrag 13. Juni 1988, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1988 (zit.: *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht).
- [12] HELFRICH, Marcus: Einführung und Grundbegriffe des Datenschutzes; in: Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd, Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 58. Ergänzungslieferung, Verlag C.H. Beck oHG, München 2022 (zit.: Hoeren/Sieber/Holznagel/*Bearbeiter*, Hdb. Multimedia-Recht, Teil 16.1).
- [13] HUFEN, Friedhelm: Staatsrecht II; Grundrechte, 9. Auflage, Verlag C.H.Beck oHG, München 2021 (zit.: *Hufen*, Staatsrecht II).
- [14] IPSEN, Hans Peter: Gleichheit; in: Neumann, Franz L./Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band II, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1954 (zit.: *Ipsen*, Gleichheit HGrR Bd. II).
- [15] KINGREEN, Thorsten/POSCHER, Ralf: Grundrechte, Staatsrecht II, 37. Auflage, Verlag C.F. Müller GmbH, Heidelberg 2021 (zit.: *Kingreen/Poscher*, Grundrechte).
- [16] LAUTMANN, Rüdiger: Wert und Norm – Begriffsanalysen für die Soziologie, Westdeutscher Verlag, Köln 1969 (zit.: *Lautmann*, Wert und Norm).
- [17] LEISNER, Walter: Grundrechte und Privatrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1960, Nachdruck 1995 (zit.: *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht).
- [18] MAUNZ, Theodor: Deutsches Staatsrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1951 (zit.: *Maunz*, Deutsches Staatsrecht).
- [19] NIPPERDEY, Hans Carl: Grundrechte und Privatrecht, Universitätsrede, Kölner Universitätsreden, Scherpe Verlag, Krefeld 1961, Nachdruck 1995 (zit.: *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht).
- [20] OTTO, Hansjörg: Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, C. H. Beck Verlag, München 2006 (zit.: *Otto*, Arbeitskampf).
- [21] ÖNCÜ ARSLAN, Gülay: Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, EPAMAT BASIM YAYIN PROMOSYON SAN.VE TİC.LTD.ŞTİ, Ankara 2019 (zit.: *Öncü*, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı).
- [22] REICHOLD, Hermann: Datenschutz im Arbeitsverhältnis; in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, Band 1, Verlag C.H. Beck oHG, München 2018 (zit.: *Reichold*, MünchHdbArbR, § 96).

[23] RICHARDI, Reinhard: Arbeitsrecht als das Recht der abhängigen Arbeit auf vertraglicher Grundlage; in: Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht I, Band 1, Verlag C.H. Beck oHG, München 2018 (zit.: *Richardi*, Hdb. ArbR).

[24] RUFFERT, Matthias: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts; Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 2001 (zit.: *Ruffert*, Verfassung).

[25] SCHANTZ, Peter: Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, 1841 – 1847 (zit.: *Schantz*, NJW 2016, 1849).

[26] STERN, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 unter Mitwirkung von Michael Sachs, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München 1988 (zit.: *Stern*, Staatsrecht III/1).

[27] TREBER, Jürgen: Arbeitskampfrecht- und Schlichtungsrecht; in: Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, Systematische Darstellung und Nachschlagwerk für die Praxis, 19. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München 2021 (zit.: Schaub (Begr.)/*Bearbeiter*, ArbR-Hdb.).

[28] ZÖLLNER, Wolfgang/LORITZ, Karl-Georg, HERGENRÖDER, Curt Wolfgang, Arbeitsrecht, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München 2015 (zit.: *Zöllner/Loritz/Hergentröder*, Arbeitsrecht).

## **KOMMENTRARE**

[1] BÖKEN, Arnd; in: Sydow, Gernot, Bundesdatenschutzgesetz, Handkommentar, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020 (zit.: *Sydow/Bearbeiter*, BDSG-Kommentar).

[2] BRÜHANN, Ulf; in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard, Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Band IV, Verlag C.H. Beck oHG, München 2009 (zit.: *Grabitz/Hilf/Bearbeiter*, Das Recht der Europäischen Union, A 30).

[3] CALLIESS, Christian; in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München 2016 (zit.: *Calliess/Ruffert/Bearbeiter*, EUV/AEUV, Art. 1 GRCh).

[4] ERNST, Stefan; in: Paal, Boris P./Pauly, Daniel A., Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, Beck'sche Kompakt-Kommentare, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München 2021 (zit.: *Paal/Pauly/Bearbeiter*, DS-GVO-Kommentar).

[5] HERGENRÖDER, Curt Wolfgang; in: Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen, Arbeitsrecht Kommentar, 9. Auflage, Verlag Dr. Otto

Schmidt, Köln 2020 (zit.: Henssler/Willemsen/Kalb/*Bearbeiter*, ArbR-K).

[6] KINGREEN, Thorsten; Calliess, Christian/Ruffert, Matthias, EUV/AEUV mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck oHG, München 2016 (zit.: Calliess/Ruffert/*Bearbeiter*, EUV/AEUV, Art. 8 GRCh).

[7] KLEIN Friedrich; in: v. Mangoldt, Hermann/Klein Friedrich (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band I, Unveränderter Nachdruck, 2. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin und Frankfurt a. M. 1966 (zit.: v. Mangoldt/Klein/*Bearbeiter*, GG-K).

[8] KRAMER, Philipp: Datenschutzgrundlagen im Mediensektor; in: Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Kröner, Lars (Hrsg.), Hamburger Kommentar, Gesamtes Medienrecht, 4. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021 (zit.: Paschke/Berlit/Meyer/Kröner/*Bearbeiter*, Hamburger Kommentar, 76. Abschn.).

[9] LINSENMAIER, Wolfgang; in: Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Auflage, Verlag C. H. Beck oHG, München 2022 (zit.: Müller-Glöge/Preis/Schmidt/*Bearbeiter*, ErfK ArbR).

[10] RIXEN, Stephan; in: Stern, Klaus/Becker, Florian (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2019 (zit.: Stern/Becker/*Bearbeiter*, Grundrechte-K).

[11] SIMITIS, Spiros/HORNUNG, Gerrit/SPIECKER gen. DÖHMANN (Hrsg.); in: Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmnn (Hrsg.), Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, 1. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019 (zit.: *Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmnn*, Datenschutzrecht DSGVO- BDSG).

[12] STARCK, Christian; in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Art. 1-19, 7. Auflage, C.H. Beck Verlag, München 2018 (zit.: v. Mangoldt/Klein/Starck/*Bearbeiter*, GG-K).

[13] STERN, Klaus; in: Stern, Klaus/Becker, Florian (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2019 (zit.: Stern/Becker/*Bearbeiter*, Grundrechte-K).

[14] ZIEBARTH, Wolfgang; in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018 (zit.: Sydow/*Bearbeiter*, EU-DSGVO).

[15] REIMER, Philipp; in: Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018 (Sydow/*Bearbeiter*, EU-DSGVO).

## AUFSÄTZE/FESTSCHRIFTBEITRÄGE

- [1] ACHTERBERG, Norbert: Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten?, Schlußwort; in: JZ 1976, 440 - 442 (zit.: *Achterberg*, Verfassungswidrigkeit von Wettbewerbsverboten?, JZ 1976, 440).
- [2] BURKICZAK, Christian M.: Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien oder Relevanz grundrechtlicher Schutzpflichten – Erfurter Einerlei?; in: RdA, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, 2007, Heft 1, S. 17 - 22 (zit.: *Burkiczak*, Grundrechtsbindung, RdA 2007, 17).
- [3] CANARIS, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht; in: AcP 1984, Nr. 184, S. 201 - 246 (zit.: *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984).
- [4] DÜRIG, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, Isar Verlag, München 1956, 157 (zit.: *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung; in: FS für Nawiasky).
- [5] DÜRIG, Günter: Zum „Lüth-Urteil“ des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958; in: DÖV 1958, 194 - 197 (zit.: *Dürig*, „Lüth-Urteil“, DÖV 1958).
- [6] GAMILLSCHEG, Franz: Die Grundrechte im Arbeitsrecht; in: AcP 1964, Nr. 164, S. 385 - 445 (zit.: *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht AcP 1964).
- [7] EHMANN, Horst: Vom Arbeitskämpfrecht zur Mitbestimmung – Entwicklungen in der Krise des Sozialismus; in: NZA 1991, 1 – 7 (zit.: *Ehmann*, Arbeitskämpfrecht, NZA 1991, 1).
- [8] GOLA, Peter/KLUG, Christoph: Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2001/2002; in: NJW 2002, 2431 – 2441 (zit.: *Gola/Klug*, Datenschutzrecht, NJW 2002, 2431).
- [9] GOLA, Peter/KLUG, Christoph: Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2000/2001; in: NJW 2001, 3747 – 3754 (zit.: *Gola/Klug*, Datenschutzrecht, NJW 2002, 2431).
- [10] IPSEN, Jörn: Verfassungsprivatrecht?; in: JZ 2014, 157 - 162 (zit.: *Ipsen*, Verfassungsprivatrecht?, JZ 2014, 157).
- [11] MESTMÄCKER, Ernst-Joachim; in: Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht; in: AcP 1968, Nr. 168, S.235 – 262 (zit.: *Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht und Privatrecht, AcP 1968).
- [12] NIPPERDEY, Hans Carl (Hrsg.): Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung; Ein Beitrag zur Auslegung der Grundrechte; in: RdA, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, Dritter Jahrgang 1950, Heft 4, S. 121 – 128

(zit.: *Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, 121).

[13] RUFFERT, Matthias: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht; in: JZ 2009, 389 – 398. (zit.: *Ruffert*, Rechtsprechung, JZ 2009, 389).

[14] SCHWARZE, Roland: Die verfassungsrechtliche Garantie des Arbeitskampfes – BVerfGE 82, 212; in: JuS 1994, 653 – 659 (zit.: *Schwarze*, Arbeitskampf, JuS 1994, 653).

[15] STARCK, Christian: Die Grundrechte des Grundgesetzes – zugleich ein Beitrag zu den Grenzen der Verfassungsauslegung, JuS 1981, 237 – 246 (zit.: *Starck*, Die Grundrechte des Grundgesetzes, JuS 1981, 237).

[16] SCHÄTZEL, Walter: Einfluß des Bonner Grundgesetzes auf die Einzelarbeits- und Tarifverträge; in: RdA, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts, Dritter Jahrgang 1950, Heft 7, S. 248 – 253 (zit.: *Schätzel*, Einfluß des Bonner GG, RdA 1950, 248).

## ELEKTRONISCHE PUBLIKATION

[1] ARTIKEL-29-DATENSCHUTZGRUPPE: Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136, Angenommen am 20. Juni 2007, [https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/de/publications/groupe-art29/wp136\\_de.pdf](https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/de/publications/groupe-art29/wp136_de.pdf) (letzter Aufruf: 20.06.2022).

[2] Englische Übersetzung des KVKK: <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6649/Personal-Data-Protection-Law>;Datenschutzaufsichtsbehörde (Kişisel Verileri Koruma Kurumu), KVKK ve Uygulamsı, <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf>, S.13 (letzter Aufruf: 01.04.2022).

[3] Findeks: Aydınlatma Metni, <https://www.findeks.com/findeks-hakkinda/kisisel-verilerin-korunmasi-kanunu-bilgilendirme> (letzter Aufruf: 01.05.2022).

[4] KVKK: Öffentliche Bekanntmachung (Kamuoyu Duyurusu) vom 17.12.2021, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7104/MAGAZALARDA-ALISVERIS-SIRASINDA-ILGILI-KISILERE-SMS-ILE-DOGRULAMA-KODU-GONDERILMESI-SURETIYILE-KISISEL-VERILERIN-ISLENMESINE-ILISKIN-KAMUOYU-DUYURUSU> (letzter Aufruf: 10.04.2022).

[5] SkorVeri: Kişisel Verilerin Korunması Politikası, <https://www.skorveri.com.tr/kisisel-verilerin-korunmasi-politikasi/> (letzter Aufruf: 01.05.2022).