

here wirksam wird³¹, gehen Verfügungen des Vorgemerkten über seinen Anspruch einer späteren, mit dem Wegfall seines Haftungsbeschränkungsrechts konvalenszierenden vormerkungswidrigen Verfügung des Erblassers jedenfalls im Rang vor. Bei einer Zession vor Eintritt des Erbfalls ist eine Konfusion und somit ein Fall des § 185 II BGB aber schon vom Tatbestand her nicht gegeben. Das in Satz 2 von § 185 II BGB niedergelegte Prioritätsprinzip paßt ohnehin nicht ganz auf unseren Fall. Vormerkungswidrige Dritterwerber müssen nämlich stets damit rechnen, daß sie dem Vorgemerkten ebenso wie dessen Rechtsnachfolgern zu weichen haben. Für den Zessionar eines vorgemerkten Anspruchs ist die unwahrscheinliche Möglichkeit dagegen regelmäßig nicht erkennbar, daß der in § 185 II 1 BGB erwähnte Fall 3 eintritt. Aus der Perspektive des Vertrauensschutzes betrachtet müssen daher abweichend von Satz 2 des § 185 II BGB auch der vormerkungswidrigen Verfügung nachfolgende Zessionen durch den Vorgemerkten trotz späterer Konfusion ihre Wirksamkeit behalten: Der in die Position des vorgemerkten Gläubigers einrückende Zessionar darf davon ausgehen, daß vormerkungswidrige Verfügungen ihm gegenüber ebenso unwirksam sind wie seinem Zedenten gegenüber. Das Ergebnis darf nämlich auch hier nicht von dem Zufall abhängen, ob der Erbfall vor der endgültigen Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs eintritt: Hätte der Käufer das Grundstück nach seiner Eintragung weiter übereignet, ehe er den Verkäufer erbt, so scheidet eine Konvaleszenz der vormerkungswidrigen Verfügung ebenso aus wie eine Konfusion.

2. Beerbt umgekehrt der Veräußerer den vorgemerkten Gläubiger, nachdem der Veräußerer zugunsten eines Dritten vormerkungswidrig verfügte, so gehört der vorgemerkte Anspruch zum Nachlaß und haftet daher zunächst den Nachlaßgläubigern. Bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs kann somit der Verwalter dessen Erfüllung nach §§ 883 II, 888 BGB erzwingen. Dem Dritten haftet wegen des Entzuges seines vormerkungswidrig erlangten Rechts der Veräußerer nach §§ 439 II, 440 I BGB nur mit dem Eigenvermögen auf Geldersatz. Wird der Gegenstand, dessen Leistung vorgemerkt war, zur Gläubigerbefriedigung nicht benötigt und erlangt ihn der Veräußerer infolgedessen nach Beendigung der Verwaltungsmaßnahme zurück, so konvalesziert die vormerkungswidrige Verfügung gem. § 185 II Fall 2 BGB nur mit Wirkung *ex nunc*³². Nähme man demgegenüber ein Erlöschen der Vormerkung infolge von Konfusion an, dann würde der vorgemerkte Anspruch den Nachlaßgläubigern als Haftungsmasse entzogen und die vormerkungswidrige Verfügung mit *ex tunc*-Wirkung erstarken: wertungsmäßig eine unrichtige Lösung, die dem vorzugswürdigen Weg über § 185 II Fall 2 BGB nur im Ergebnis für den Fall gleichsteht, daß ein Schutz von Gläubigerinteressen nicht in Betracht kommt. Falls der Verstorbene über seinen vorgemerkten Anspruch anderweitig disponiert hat, scheidet eine Konvaleszenz nach der zitierten Vorschrift des § 185 II Fall 2 BGB ohnedies aus: Der auch vom BGH anerkannte Drittbeteiligenschutz erfordert infolgedessen auch einen Ausschluß der Konfusion.

X. Schlußbetrachtung

Was bleibt nach alledem übrig von dem bisher allseits angenommenen Grundsatz, daß die Vormerkung wegen ihrer Akzessorietät infolge der Vereinigung von Gläubiger und Schuldner erlischt? Da die Konfusion, wie wir sahen, einen Fall der Zweckerreichung darstellt und als solcher der Erfüllung gleichzustellen ist, erlischt die Vormerkung nach dem Ergebnis unserer Untersuchung wie bei jeder anderen Erfüllung nur mit vollständiger Erledigung ihres Sicherungszwecks. Das Erlöschen steht mithin unter dem Vorbehalt, daß weder das Interesse eines redlichen Vormerkungserwerbers noch das Gläubigerinteresse am vorgemerkten Anspruch, insbesondere bei dessen Abtretung oder Pfändung das Interesse des Zessionars oder Pfandgläubigers, dessen Aufrechterhaltung gebietet.

Unsere These gewannen wir u. a. durch den Vergleich, wie

sich die Rechtslage darstellt, wenn der Erbfall erst nach der Bestellung des vorgemerkten dinglichen Rechts eintritt; aus der Überzeugung heraus, daß das Ergebnis nicht von dem Zufall abhängen darf, daß der Schuldner oder auch der Gläubiger etwas früher verstirbt, da doch die Vormerkung das schon im Entstehen begriffene dingliche Recht repräsentiert. Das Ergebnis vom Zufall des Vorversterbens einzelner Personen unabhängig auszugestalten, ist ein Leitmotiv unserer Erbrechtsregelung (z. B. in § 1924 II BGB). Eine weitere Problemparallele bildete wegen der Verdinglichungswirkung der Vormerkung das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung beweglicher Sachen.

Unser höchstes Zivilgericht darf sich in methodischer Hinsicht nicht auf die Entscheidung des gerade anstehenden Falles beschränken. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, muß es das Ergebnis mit vorentschiedenen Fällen vergleichen, die einen höheren Evidenzgrad aufweisen als der zu beurteilende Sachverhalt. Diese fallvergleichende Methode haben uns die römischen Juristen schon vor zweitausend Jahren in mustergültiger Weise vorexerziert. Von ihnen können wir darin noch einiges lernen.

31) Dazu Thiele, aaO, Rdnr. 72. Zum Prioritätsprinzip jetzt im Überblick Wacke, JA 1981, 94 ff.

32) In diesem Falle verwandelt sich der sekundäre Geldanspruch in der Tat in den ursprünglich auf Naturalleistung gerichteten Primäranspruch zurück. – Zu weiteren Problemen des § 185 II Fall 2 und 3 BGB, die hier nicht weiter verfolgt werden können, vgl. Hagen, AcP 167, 481 ff.

Wiss. Mitarbeiter Christoph Gusy, Hagen

Der Schutz vor Überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Art. 10 GG*

Das Gesetz zur Beschränkung des Art. 10 GG hat den Rechtsschutz gegen Überwachungsmaßnahmen faktisch ausgeschlossen. Statt dessen verweist es Betroffene auf politische Kontrollen, die sich als unzulänglich erwiesen haben. Die verstärkte Diskussion um „Grundrechtsschutz durch Verfahren“ fordert hier eine Neuorientierung.

I. Einleitung

Im Zuge der Notstandsgesetzgebung wurde im Jahre 1968 die nachrichtendienstliche Beschränkung des Post- und Fernmeldegeheimnisses in der Bundesrepublik erstmals einer gesetzlichen Regelung unterzogen. Das G-10 stieß damals aus 2 Gründen auf besonders kritische Aufnahme: Zwar war die Zulässigkeit der Beschränkung des Grundrechts aus Art. 10 GG nicht erst durch die Notstandsgesetze eingeführt worden, das Postgeheimnis stand schon vorher unter einfachem Gesetzesvorbehalt; von Bedeutung war vielmehr der Eingriff in die durch Art. 19 IV GG verbürgte lückenlose Rechtsweggarantie. Zudem war das Gesetz – anders als die übrigen Notstandsvorschriften – kein auf den Fall des inneren oder äußeren Notstandes begrenztes Eingriffsinstrument, es ließ viel-

* Vgl. zu dem hier behandelten Thema VG Köln, NJW 1981, 1630 (in diesem Heft).

mehr beschränkende Maßnahmen grundsätzlich jederzeit zu. Beide Tatsachen stießen auf vielfache Kritik: War das „formelle Hauptgrundrecht“¹ des Art. 19 IV GG als herausragende Garantie einer gerichtsförmigen Grundrechtssicherung und damit als wichtigstes Instrument zur Effektivierung der in Art. 1 III GG statuierten unmittelbaren Grundrechtsgeltung angesehen worden, so erschien seine Einschränkung als rechtsstaatlich besonders bedenklich². Die zeitlich nicht begrenzte Eingriffsmöglichkeit ließ kritische Stimmen gegen die Einführung des „permanenten Notstandes“ aufkommen. Desungeachtet hielt das *BVerfG*³ in einer viel kritisierten⁴ Entscheidung das G-10 für verfassungsgemäß. Über den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Gesetz verstummte in der Folgezeit die rechtswissenschaftliche Diskussion der Problematik weitgehend; Kritik an Maßnahmen der Ämter für Verfassungsschutz artikuliert sich überwiegend in anderen Zusammenhängen⁵. Erst die jüngere Fragestellung nach Kontrolldefiziten gegenüber den Nachrichtendiensten und die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlich geleiteten Konkretisierung der Befugnisse der Ämter für Verfassungsschutz ließ auch die Überwachung der Post- und Fernmeldekommunikation wieder an Aktualität zunehmen. Die Änderung des G-10⁶ verbesserte die Stellung des Betroffenen; dennoch „konnte man insgesamt den Eindruck gewinnen, daß es tatsächlich gegen die meisten Maßnahmen der Ämter für Verfassungsschutz keinen Rechtsschutz gibt“⁷. Der vielfach beschworene Gegensatz zwischen der Notwendigkeit eines effektiven Verfassungsschutzes und den Möglichkeiten seiner Kontrolle hat zu einem Vorrang für das erstere Anliegen geführt. Zeichnet sich der demokratische Rechtsstaat jedoch gerade durch seine spezifische Art des Umgangs mit seinen Gegnern aus, so ist hier besondere Grundrechtssensibilität erforderlich.

II. Freiheitseingriffe bei der Postüberwachung

1. Aufgaben und Befugnisse der Nachrichtendienste

§ 1 G-10 weist dem Bundesamt für Verfassungsschutz, dem Bundesnachrichtendienst und dem militärischen Abschirmdienst die Aufgabe zu, Postkontrollen vorzunehmen⁸. Eine Unterscheidung der Aufgaben der einzelnen Dienste voneinander wird im Gesetz nicht durchgeführt, sie hat sich vielmehr an ihren allgemeinen Aufgabenstellungen zu orientieren. Die Zuweisung erfolgt nicht pauschal im Rahmen der allgemeinen Aufgaben der genannten Behörden⁹, sondern ausschließlich zur Abwehr von „drohenden Gefahren“. Während die gewöhnlichen Zwecke des Verfassungsschutzes gerade im Vorfeld „drohender Gefahren“ liegen, indem dafür relevante Sachverhalte erst ermittelt werden sollen, setzt die Überwachung nach dem G-10 erst später ein. Nicht jede Bestrebung, die nachrichtendienstlich ansonsten relevante innere oder äußere Belange der Bundesrepublik zu beeinträchtigen sucht, stellt eine „drohende Gefahr“ für diese Schutzgüter dar. Auch die Bedeutung dieser Rechtsgüter kennzeichnet nicht jede entfernte Bedrohung als „drohende Gefahr“.

Im Rahmen dieser Aufgaben dürfen Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 10 GG nur unter den Voraussetzungen der §§ 2, 3 G-10 angeordnet werden. Während den Verfassungsschutzämtern grundsätzlich keine Eingriffsbefugnisse zustehen (§ 3 III ZusammenarbeitsG), ermächtigt das G-10 insoweit diese Behörden ausdrücklich zu solchen Maßnahmen. Eingriffe nach § 2 G-10 sind nur zulässig, wenn der Verdacht besteht, daß „jemand“ eine der dort abschließend aufgezählten Straftaten „plant, begeht oder begangen hat“. In der letzten Alternative können vielfältige Kollisionen mit den Abhör- und Kontrollbefugnissen im Rahmen der Strafverfolgung gem. §§ 98 ff. StPO bestehen¹⁰. Im Falle des § 2 G-10 darf die Überwa-

chung nur gegen einzelne Personen angeordnet werden, sie ist personenbezogen (s. auch § 6 I G-10). Der Verdacht muß durch „tatsächliche Anhaltspunkte“¹¹ begründet sein. Dazu reicht nicht jeder vage „Anhaltspunkt“ aus, vielmehr müssen Tatsachen im Einzelfall einen Verdacht wegen der genannten Straftaten begründen. Daneben sind gemäß § 3 G-10 Grundrechtseingriffe zur Erlangung von Kenntnissen über die Gefahr bewaffneter Angriffe auf die Bundesrepublik zulässig. Die Ermächtigungsgrundlage für solche Kontrollen des Post- und Fernmeldeverkehrs ist denkbar weit; sie soll insbesondere die Gewinnung auslandsbezogener nachrichtendienstlicher Erkenntnisse für die Bundesrepublik ermöglichen, vermag jedoch keineswegs jedes geheimdienstliche Tätigwerden deutscher Stellen zu rechtfertigen. Begrenzend wirkt allerdings ausschließlich der Zweck der Maßnahme¹²: soweit einer Nachricht bereits äußerlich anzusehen ist, daß sie keine sachdienlichen Hinweise über die Gefahr „bewaffneter Angriffe“ enthalten kann, ist ihre Kontrolle unzulässig. Eine Praxis, alle Briefe oder Ferngespräche aus oder nach bestimmten Ländern zu überwachen, kann so auch durch diese Norm nicht legitimiert werden. Die Anordnung ist in den Fällen des § 3 G-10 nicht personenbezogen, sondern sachbezogen; sie richtet sich nicht gegen bestimmte einzelne. Begrenzt ist diese Ermächtigung durch § 3 II G-10, der bezüglich der gewonnenen Informationen ein Verwertungsverbot „zum Nachteil von Personen“ vorsieht, sofern nicht in der Person des Betroffenen die Voraussetzungen des § 2 G-10 oder des § 138 StGB vorliegen.

Durch die Kontrolle von Post und Ferngesprächen wird in das Grundrecht aus Art. 10 GG sämtlicher Beteiligter eingegriffen; das gilt in den Fällen des § 2 G-10 sowohl für diejenige Person, gegen die die Maßnahme angeordnet worden ist, als auch für ihre jeweiligen Kommunikationspartner. Das sind die Absender von Briefen an überwachte Personen ebenso wie ihre Gesprächspartner am Telefon¹³. Die Verwendung gewonnener Informationen gegenüber solchen Personen, gegen die sich die Überwachungsanordnung nicht richtet, ist unzulässig¹⁴. Dennoch stellt auch ihnen gegenüber die Überwachung einen Eingriff in ihre Grundrechte dar; die Annahme, die Verfassungsschutzämter könnten mangels polizeilicher Befugnisse niemals in Grundrechte eingreifen, ihre Tätigkeit sei insoweit grundrechtsneutral, berücksichtigt schon die Tatsache nicht, daß § 10 G-10 davon ausgeht, daß die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs eingreifenden Charakter hat¹⁵. Infolgedessen erlangt das Übermaßverbot als Schranke der Freiheitseingriffe überragende Be-

1) Klein, VVDStRL 8, 85, 123.

2) Dazu insb. Evers, in: Dürig-Evers, Zur verfassungsändernden Beschränkung des Post-, Telefon- und Fernmeldegeheimnisses, 1969, S. 33 ff. m. w. Nachw.

3) *BVerfGE* 30, 1 = NJW 1971, 275; zustimmend Kaiser, NJW 1969, 18 ff.; *Rasenack*, Der Staat 1970, 272 ff.; s. auch *EGMR*, NJW 1979, 1755 ff.

4) Abl. etwa *Rupp*, NJW 1971, 275 ff.; *Ericksen*, VerwArch 1971, 291 ff.; *Ericksen*, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, II, 2. Aufl. (1979), S. 13 ff.; *Hall*, JuS 1972, 132 ff.; *Alberts*, JuS 1972, 319 ff.; *Kalkbrenner*, BayVBl 1971, 146 f.; *Bettermann*, AöR 96 (1971), 562 ff.; *Schlink*, Der Staat 1973, 85 ff.; *Schatzschneider*, Eingriffstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, 1979, S. 241 ff.; vgl. auch das abw. Votum, *BVerfGE* 30, 1 (33 ff.) = NJW 1971, 275; *Schwan*, NJW 1980, 1992 ff.

5) Insb. bei der Praxis der Fernhaltung von „Radikalen“ vom öffentlichen Dienst; vgl. dazu *BVerfGE* 39, 334 ff.; *Funke* (Hrsg.), Extremismus im demokratischen Rechtsstaat, 1977, pass. mit einer Bibliographie ebda., S. 586 ff.

6) Ges. v. 13. 9. 1978, BGBl I, 1546; zur Praxis vor dem Erlaß des G-10 vgl. *Rode*, DÖV 1966, 117 ff.

7) *H. P. Schneider*, NJW 1978, 1601, unter Bezugnahme auf *Rottmann*, AöR 88 (1963), 241.

8) S. zur Funktion solcher Aufgabenzuweisungsnormen in Abgrenzung zu den Befugnisnormen *Kuemeyer*, DÖV 1978, 11 ff.

9) S. dazu etwa §§ 2 II, 3 des Gesetzes über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes.

10) Eingehend hierzu *Welp*, DÖV 1970, 267 ff.; *Engel*, Die Grenzen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, Diss. Bochum 1972, S. 111 ff.

11) Krit. gegenüber dieser Formulierung *H. P. Schneider*, in: *Narr* (Hrsg.), Wir Bürger als Sicherheitsrisiko, 1977, S. 126 f.

12) Vgl. dagegen die Darstellung allgemeiner Zwecke des Verfassungsschutzes bei *Schwagerl-Walter*, Der Schutz der Verfassung, 1968, S. 65 ff.

13) S. zu der Bedeutung des Art. 10 GG insoweit *Dürig*, in: *Mauz-Dürig*, GG, Art. 10 Rdnr. 15.

14) Zu vergleichbaren Phänomenen im Strafprozeß s. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 15. Aufl. (1979), S. 192 f. m. w. Nachw.

15) So i. E. auch *Schneider* (o. Fußn. 11), S. 109.

deutung. Für das G-10 ist es in seinem § 2 II teilweise näher konkretisiert. Danach dürfen sich Anordnungen nach § 2 G-10 grundsätzlich nur gegen den Verdächtigen selbst zu richten, daneben sind einzelne Betroffene, die bestimmte Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen, als mögliche Betroffene genannt. Ihre Überwachung ist allerdings die Ausnahme; sie dürfen nur kontrolliert werden, wenn und soweit der Verdacht besteht, daß sie die dort genannten Tatbestandsmerkmale erfüllen (vgl. auch § 7 II G-10). Nur durch eine streng am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Auslegung kann eine verfassungsgemäße Durchführung des G-10, dessen Ermächtigungsgrundlagen zu meist wenig bestimmt sind¹⁶, erreicht werden.

2. Die verfahrensmäßige Durchführung der Überwachung

a) Die Anordnung der Überwachung von Post und Ferngesprächen darf nur auf Antrag erfolgen (§ 5 I G-10). Antragsberechtigt sind gem. § 4 G-10 ausschließlich die Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder unter den jeweils genannten Voraussetzungen. Der Zweck des Antrags liegt einmal in der kompetenzmäßigen Bestimmung der für die Durchführung der Überwachung zuständigen Stelle (§ 7 I G-10), darüberhinaus kommt ihr zugleich eine rechtsschützende Funktion für den Betroffenen zu, indem der Antragsteller das Vorliegen der Voraussetzungen für die Kontrollen zu prüfen, darzulegen und zu verantworten hat. Dieser auch in § 4 III G-10 angesprochene Gedanke soll eine Vorprüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der geplanten Maßnahmen sicherstellen. Dem Antragserfordernis kommt somit freiheitssichernde Funktion für den Bürger zu, zur Begründung des Antrages haben die berechtigten Stellen die gefährdeten öffentlichen Belange gegen die privaten Interessen des Betroffenen abzuwägen. Dementsprechend stellt die Antragstellung, wiewohl ihr Adressat gleichfalls eine Behörde ist, ihr als nur „verwaltungsinterne Wirkung“ zukommt¹⁷, einen Eingriff in das Grundrecht des Betroffenen aus Art. 10 GG dar¹⁸.

Auf den Antrag ergeht die Anordnung der Überwachung durch die „zuständigen obersten Landesbehörden“, regelmäßig den Innenminister, oder einen vom Bundeskanzler beauftragten Bundesminister, derzeit den Bundesminister des Innern (§ 5 I G-10). Diese Stellen haben gleichfalls vor Erlass der Anordnung zu prüfen, ob die geplanten Maßnahmen mit den Grundrechten des Betroffenen in Einklang stehen. Auch diesem Verfahren soll somit freiheitsschützende Wirkung zukommen. Dementsprechend ergeht die Anordnung notwendig befristet, und zwar auf maximal 3 Monate (§ 5 III G-10), eine Verlängerung ist nur nach erneutem Antrag und somit einer weiteren Prüfung zulässig; ferner muß die Anordnung selbst Art, Umfang und Dauer der Überwachungsmaßnahmen bestimmen (§ 5 II G-10), darf diese also nicht den für die Durchführung zuständigen Stellen überlassen. Inhaltlich muß die Anordnung denjenigen bezeichnen, gegen den sich die Beschränkungsmaßnahmen richten sollen, sofern eine personenbezogene Abhörmaßnahme durchgeführt werden soll (§ 6 V G-10). Die Anordnung der Überwachung stellt ihrerseits gleichfalls einen Eingriff in das Freiheitsrecht des Betroffenen aus Art. 10 GG dar.

Die Anordnung ist Grundlage für die Durchführung der angeordneten Überwachungsmaßnahmen. Die Durchführung hat unter Aufsicht eines Bediensteten, der die Befähigung zum Richteramt hat, zu erfolgen (§ 7 I G-10). Dieses Qualifikationserfordernis soll sicherstellen, daß die Rechte des Betroffenen gewahrt bleiben und die Verantwortung der durchführenden Dienste für ihre Handlungen in qualifizierter Weise wahrgenommen wird. Die Überwachung ist streng an das Übermaßverbot gebunden, das in mehrfacher Hinsicht gesetzlich konkretisiert worden ist: Liegen die Voraussetzungen der Anordnung nicht mehr vor, so ist die Durchführung der Überwachung unverzüglich einzustellen (§ 7 II G-10);

Kontrollen dürfen nur bei solchen Sendungen durchgeführt werden, bezüglich derer Tatsachen dafür sprechen, daß sie vom Betroffenen stammen oder für ihn bestimmt sind (§ 6 II G-10); die durch die Überwachung gewonnenen Erkenntnisse dürfen nur für solche Zwecke verwandt werden, für die die Anordnung einer Kontrolle zulässig ist (§ 7 III G-10); sind die erlangten Unterlagen für diesen Zweck nicht mehr erforderlich, so sind sie zu vernichten (§ 7 IV G-10).

b) Rechtlichen Restriktionen der Entfaltung staatlicher wie sozialer Macht kommt nur in dem Maße faktische Bedeutung zu, in dem ihre Einhaltung durch effektive Kontrollmechanismen überwacht werden kann. Möglichkeit und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle der Nachrichtendienste stellen die umstrittenste Materie des Verfassungsschutzrechts wie des G-10 überhaupt dar¹⁹. Das G-10 legt den Schwerpunkt der Überwachung auf die parlamentarische Kontrolle. Die Zuständigkeit wird dabei auf 2 Gremien verteilt: das Abgeordnetengremium gem. § 9 I G-10 und die Dreierkommission nach § 9 IV G-10. Die Dreierkommission nimmt zwischen rechtlicher und parlamentarischer Kontrolle eine Zwitterstellung ein²⁰. Sie entscheidet in einer der richterlichen Unabhängigkeit nachgebildeten Weisungsfreiheit (§ 9 IV 2, 3 G-10) über die „Zulässigkeit“ und die „Notwendigkeit“ von Beschränkungsmaßnahmen (§ 9 II G-10). Insbesondere das letztere Kriterium läßt sowohl juristischen wie politischen Erwägungen weiten Raum; insoweit unterscheidet sich die Kommission nach ihrer Aufgabenstellung von einem Gericht. Sie ist vom zuständigen Bundesminister monatlich über Beschränkungsmaßnahmen zu informieren, bevor diese vollzogen werden; nur im Falle von Gefahr im Verzuge ist ausnahmsweise eine nachträgliche Unterrichtung zulässig. Die Kommission entscheidet über die Zulässigkeit der Grundrechtseingriffe in 3 Fällen²¹: wenn der zuständige Minister eine Überwachungsmaßnahme anordnet, aufhebt oder auslaufen läßt, über die Genehmigung der Maßnahme oder die Entscheidung über die nachträgliche Information des Betroffenen; wenn ein Bürger sich über eine Beeinträchtigung seines Grundrechts aus Art. 10 GG beschwert sowie von Amts wegen aufgrund von Tatsachen, die eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 10 GG befürchten lassen, und zur vorbeugenden Verhinderung von Grundrechtsverletzungen. Die zuständigen Behörden sind an Entscheidungen der Kommission gebunden. Die Dreierkommission unterscheidet sich von einem Gericht in ihrer Verfahrensweise insbesondere durch das Fehlen des rechtlichen Gehörs zugunsten des Betroffenen. Dieser Unterschied, der in den Geheimhaltungsbedürfnis von Maßnahmen der Nachrichtendienste angelegt ist, läßt allerdings durchaus die Frage zu, inwiefern ein solcher Schutz „materiell und verfahrensmäßig den gerichtlichen Kontrollen gleichwertig“ ist²². Die Zusammensetzung der Kommission ist im G-10 nur insoweit geregelt, als der Vorsitzende die Befähigung zum Richteramt aufweisen muß; im übrigen ist das zuständige Gremium bei der Auswahl der Mitglieder frei.

Daneben kontrolliert das Abgeordnetengremium gem. § 9 I G-10 „die Durchführung dieses Gesetzes“. Seine Aufgaben und Befugnisse sind sehr allgemein umschrieben. Bezüglich seiner Verfahrensweise ist nur festgelegt, daß es in Abständen von höchstens 6 Monaten vom

16) Zum Bestimmtheitsgebot des GG vgl. *Gusy*, DVBl 1979, 575 ff. m. w. Nachw.

17) Krit. gegenüber solchen Formeln *Gusy*, DVBl 1979, 722.

18) Ähnlich wohl auch *Schneider* (o. Fußn. 15).

19) Schon früher grundlegend hierzu *Salzwedel*, in *Gedächtnisschr. f. H. Peters*, 1967, S. 756 ff.

20) Näher dazu *C. Arndt*, DVBl 1978, 387 f.

21) *Arndt* (o. Fußn. 20), S. 388.

22) Zu diesem Erfordernis *BVerfGE* 30, 1 (23) = NJW 1971, 275.

zuständigen Bundesminister unterrichtet werden soll. Über eventuell zu treffende Maßnahmen enthält das Gesetz keine Regelung. Das Gremium, dem regelmäßig prominente Abgeordnete angehören, nimmt ausschließlich Aufgaben der parlamentarischen Kontrolle wahr. Die allgemeine parlamentarische Kontrollkommission über die Nachrichtendienste ist neben diesen Gremien für die Überwachung von Maßnahmen nach dem G-10 nicht zuständig²³.

Dem Betroffenen steht ein Rechtsweg nur nach Maßgabe des § 5 V G-10 offen. Danach sind ihm Beschränkungsmaßnahmen mitzuteilen, wenn eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung ausgeschlossen werden kann. Diese Mitteilungspflicht endet 5 Jahre nach Abschluß der Maßnahme (§ 5 V 3 G-10), nicht jedoch das Recht zur Mitteilung. Auch nach Ablauf von 5 Jahren ist somit eine Benachrichtigung gesetzlich nicht völlig ausgeschlossen. Mit der erst nachträglich eingeführten Mitteilungspflicht trägt das G-10 den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an ein rechtsstaatliches Verfahren Rechnung²⁴. Die Entscheidung über die Benachrichtigung trifft die zuständige Behörde oder die Dreierkommission gem. § 9 III G-10. Erst nach der Mitteilung ist für den Betroffenen der Rechtsweg eröffnet; in allen anderen Fällen, insbesondere, wenn er von den Maßnahmen auf andere Weise erfährt, ist der Rechtsweg gem. § 9 VI G-10 ausgeschlossen²⁵. Der Betroffene kann sich in diesem Fall nur an die parlamentarische Dreierkommission wenden.

III. Die Stellung des Betroffenen

1. Geheimhaltungsbedürfnis contra Rechtsschutz

Die Stellung des Überwachten gegenüber Maßnahmen zur Kontrolle seiner Post- und Fernmeldekommunikation ist im Vergleich zu seiner sonstigen Rechtsstellung im Staat äußerst schwach. Sein Schutz scheidet weitgehend schon daran, daß er überhaupt nicht bemerkt, wenn er kontrolliert wird, daher kann er auch nicht klagen²⁶. Die einzige Möglichkeit, hiervon Kenntnis zu erlangen, ist – außer Indiskretionen – die Mitteilung gem. § 5 V G-10. Eine solche erfolgt jedoch nur, „wenn eine Gefährdung des Zwecks der Beschränkung ausgeschlossen ist“. Unter dieser Voraussetzung ist nicht die Gefährdung jedes nachrichtendienstlich relevanten Belanges zu verstehen, sondern nur eine Gefährdung der Interessen, die durch die im Einzelfall mitzuteilende Überwachung verfolgt wurden. Liegt eine solche Gefährdung nicht vor, so besteht für die zuständigen Stellen eine Mitteilungspflicht. Diese wird durch das *BVerfG*²⁷ als verfassungsrechtlich geboten bezeichnet; dementsprechend erfolgte seit 1968 „eine dreistellige Zahl“ von Mitteilungen²⁸. Die Zahl von Klagen ist weitaus geringer²⁹. Soweit verwaltungsgerichtliche Klagen nicht nach § 9 VI G-10 ohnehin unzulässig sind, erlegen sich die Gerichte bei der Beiziehung und Überprüfung nachrichtendienstlicher Informationen oder Akten zumeist große Zurückhaltung auf³⁰. So sollen „Sicherheitsakten“ „ihrem Wesen nach“ geheimgehalten werden, weil „ihre Offenlegung öffentliche Interessen ernsthaft gefährden und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben erheblich erschweren würde“³¹. „Ihrem Wesen nach“ geheim sollen darüberhinaus sämtliche Verfassungsschutzakten sein³², während andererseits gelegentlich die Vernichtung unzutreffender Verfassungsschutzvermerke angeordnet worden ist³³. Insgesamt ist der Gerichtsschutz bislang wenig effizient³⁴.

Somit verlagert sich die Kontrolle der Nachrichtendienste entsprechend der gesetzgeberischen Konzeption schwerpunktmäßig auf die parlamentarischen Organe. Deren Arbeit wird jedoch durch eine Fülle von nachteiligen Faktoren behindert. Die Vorprüfung, ob die Voraussetzungen für einen Eingriff vorliegen, wird im Antrags- und Anordnungsverfahren zunächst durch die mit dem Verfassungsschutz unmittelbar betrauten Organe selbst durchgeführt; in den Innenministerien unterfällt die Anordnungskompetenz regelmäßig dem Zuständigkeitsbereich der mit der inneren Sicherheit befaßten Abteilungen, denen unmittelbar die Verfassungs-

schutzbehörden zugeordnet sind, so daß hier keine unparteiische Kontrolle stattfindet. Diese kann so für die Einzelfälle nur durch die Dreierkommission ausgeübt werden, die jedoch bezüglich der Gewinnung ihrer Informationen in den meisten Fällen fast ausschließlich auf die Mitteilungen derjenigen Exekutive angewiesen ist, die sie gerade überwachen soll. Eigene Informationserhebung von Amts wegen ist nur in Ausnahmefällen möglich und dient eher dem Zweck einer allgemeinen Überwachung der Ausführung des Abhörgesetzes als dem Individualrechtsschutz. Ist somit gerade die unabhängige Ermittlung des Sachverhaltes durch die Kommission faktisch ausgeschlossen, so fehlt ihr die tatsächliche Grundlage einer neutralen Beurteilung, die Voraussetzung jeglicher gerichtlichen Entscheidung ist³⁵. Erweist sich in der Praxis bisweilen selbst der zuständige Minister bei Maßnahmen seiner untergebenen Behörden als falsch oder überhaupt nicht informiert, so vermag sich auch die zur Kontrolle berufene Dreierkommission aufgrund der ministeriellen Informationen kaum ein zutreffendes Bild von der tatsächlichen Lage zu verschaffen. Dieser Zustand, in dem jede effektive Rechtskontrolle weitgehend Illusion bleiben muß, wird von Verfassungsschützern mit dem Argument gerechtfertigt, die Nachrichtendienste müßten geheim arbeiten, sollten sie funktionsfähig bleiben. Eine Kontrolle, die diese Geheimhaltung gefährde, bedrohe zugleich die Arbeitsfähigkeit der Dienste und dadurch zugleich einen wesentlichen Bestandteil des Schutzes der freiheitlichen Demokratie. Daher dürften die bestehenden Kontrollinstanzen nicht mit größeren Befugnissen ausgestattet werden³⁶. Kritiker halten die bestehenden Mechanismen für unzureichend, sie stellen nur eine „bescheidene Belästigung der Überwachungsbehörden“ dar³⁷. Tatsächlich sind die Defizite nicht zu übersehen, die die Kontrollmechanismen gegen Überwachungsmaßnahmen des Verfassungsschutzes hinter einem Gerichtsschutz zurückbleiben lassen.

2. Freiheitsschutz durch Verfahren nach dem Grundgesetz

Das System des grundgesetzlichen Freiheitsschutzes durch Verfahren weist deutlich eine Zweispurigkeit auf. Der Bereich der Staatsorganisation wird beherrscht von den Grundsätzen der Gewaltentrennung und -hemmung sowie der Funktionsdifferenzierung in den Zuständigkeitsbereichen von Exekutive und Jurisdiktion. Wechselseitige Kontrollbefugnisse zeigen deutlich, daß diesen Mechanismen nicht nur staatsorganisatorische Bedeutung, sondern zugleich freiheits-

23) § 2 III des Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeit des Bundes.

24) *BVerfGE* 30, 1 (21, 31 f.) = NJW 1971, 275.

25) Bedenken dagegen bei Evers (o. Fußn. 2), S. 76 ff.

26) Schneider (o. Fußn. 7).

27) S. o. Fußn. 24.

28) Arndt (o. Fußn. 21).

29) Arndt (o. Fußn. 21) gibt an, daß noch keine Klage erhoben worden ist.

30) Krit. dazu Schneider (o. Fußn. 7), S. 1603 f., woher auch die Beispiele stammen.

31) *BVerwG*, NJW 1978, 1643.

32) *VGH Kassel*, NJW 1977, 1844.

33) Nicht rechtskr. Entsch. des *VG Kassel*, NJW 1977, 692; *VG Köln*, NJW 1978, 1649; *VG Hannover*, v. 2. 3. 1978, IV A 198/76; dagegen *Borgs-Maciejewski*, NJW 1977, 969 f.

34) Vgl. dazu den Bericht von Schneider (o. Fußn. 7); eine Ausnahme bildet insofern die Entscheidung des *OVG Berlin*, NJW 1978, 1644.

35) Bekanntestes Beispiel des Versagens der Kontrollmechanismen ist der vielzitierte „Fall Traube“, in dem die zuständigen Instanzen nicht in der Lage waren, die „Gefahr“ zutreffend einzuschätzen, und so rechtswidrige Maßnahmen genehmigten.

36) Hömig, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 1977, H. 42, S. 17 ff.; Ziegler, *BayVBl* 1978, 519 f.

37) *Schatzschneider* (o. Fußn. 4), S. 51; *Borgs-Maciejewski*, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 1977, H. 6, S. 12 ff.; *ders.*, ebd., H. 42, S. 33 ff.; *Schneider* (o. Fußn. 7); *ders.* (o. Fußn. 11), S. 129 ff.; *Spoo*, ebd., S. 133 ff.

sichernde Funktionen zukommen. Die Sicherung des Bürgers vor dem allwissenden und allmächtigen Staat ist ihr zentraler Zweck³⁸. Mittel zu seiner Erreichung ist dabei weniger die Wahrung individueller Belange gegen rechtswidrige Eingriffe als vielmehr die Überwachung der Rechtmäßigkeit der Amtsführung der anderen Staatsorgane im öffentlichen wie im privaten Interesse.

Daneben erfolgt Freiheitsschutz durch Verfahren zur Sicherung der individuellen Sphäre des Bürgers. Zentrale Norm ist dabei Art. 19 IV GG, der jedoch keineswegs isoliert bleibt. Vielmehr ist er eingefügt in ein System, das als schärfste verfahrensrechtliche Sicherung gegen Freiheitseingriffe die vorgängige verfassungsgerichtliche Entscheidung kennt (Art. 18, 21 II 2 GG). Andere Grundrechte erfordern die vorgängige gerichtliche Entscheidung (Art. 104 II 1, 13 II GG) oder wenigstens eine Entscheidung der Exekutive (Art. 9 II GG). Im Verwaltungsverfahren sind aus den Grundrechten vielfache materiell wie verfahrensrechtliche Bindungen herzuleiten³⁹, deren Wahrung nachträglich durch die Rechtsweggarantie (Art. 19 IV GG) und die Verfassungsbeschwerde (Art. 93 I 4a GG) überwacht werden kann. Sind auch die einzelnen Aspekte und Anforderungen dieses Systems noch vielfach ungeklärt, so zeigt sich deutlich, daß besonders schwere, überraschende Eingriffe in die Grundrechte einer besonders scharfen Kontrolle unterliegen⁴⁰. Zweck dieser Verfahren ist die Herstellung individueller Freiheit im Wege der Abwägung der tangierten öffentlichen und privaten Belange im Einzelfall durch eine neutrale, unabhängige Instanz⁴¹; die Wahrung der objektiv – rechtlichen Kompetenzordnung nimmt dabei nur einen sekundären Rang ein.

3. Möglichkeiten verbesserter Überwachung der Maßnahmen nach dem G–10

Geht das Grundgesetz von einer zweiseitigen Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung und Individualrechtsschutz aus, so zeigt sich im Verfassungsschutzrecht deutlich eine Entwicklung zur parlamentarisch – politischen Kontrolle statt eines Individualschutzes⁴². Das BVerfG, das diese Verlagerung grundsätzlich gebilligt hat, stellt allerdings hohe Anforderungen an die Kontrollmechanismen und -verfahren⁴³.

a) Bedenken sind dabei gegen Mechanismen präventiver Kontrolle der Einzelmaßnahmen angebracht⁴⁴. Solche Elemente finden sich schon derzeit in den Mitwirkungsrechten des parlamentarischen Dreierausschusses gem. § 9 II, III G–10. Eine derartige Ausgestaltung würde die Kontrollbefugnisse schwächen, indem sie zu einer Form parlamentarischer „Mitregierung“ umgestaltet würde⁴⁵. Von ausschlaggebender Bedeutung für eine effektive Kontrolle der Nachrichtendienste ist vielmehr die Notwendigkeit, die zuständige Dreierkommission mit ausreichenden Mitteln zur eigenen Sachverhaltsaufklärung auszustatten. Der Vorschlag, insoweit verstärkt auf den Einsatz von Untersuchungsausschüssen zurückzugreifen, verspricht jedoch kaum eine Verbesserung der bisherigen Praxis⁴⁶. Parlamentarische Untersuchungen finden nur punktuell statt und werden regelmäßig durch Einzelfälle, die zumeist zufällig bekannt werden, ausgelöst. Die geheime Normalität der Nachrichtendienste mit den in ihr angelegten Problemen wäre so einer Kontrolle durch das Parlament weitgehend entzogen, wiewohl gerade sie der Kontrolle besonders bedürftig ist. Darüberhinaus würde die besondere publizistische Aufmerksamkeit, die die Tätigkeit von Untersuchungsausschüssen auf sich zieht, der Arbeit des Ausschusses wie der Nachrichtendienste eher schaden als nutzen. Ein vollständig transparenter Geheimdienst wäre ein Widerspruch in sich⁴⁷.

Dagegen erscheint es notwendig, die bestehenden Kontrollorgane sachlich und personell so auszustatten, daß sie in der Lage sind, Informationen der Nachrichtendienste über vermeintliche Gefahren auf ihren Realitätsgehalt zu überprüfen. Statt punktueller Überwachung, wie sie derzeit die Regel ist, wäre so eine ständige Kontrolle der Ämter für Verfas-

sungsschutz sichergestellt. Hierzu gehört das Recht auf Aktenvorlage, Akteneinsicht, Auskunftserteilung und Augenschein ebenso wie die tatsächliche Möglichkeit, solche Maßnahmen auch effektiv durchzuführen. Da eine solche ständige Kontrolle sich nicht vor dem permanenten Forum einer breiten Öffentlichkeit vollziehen würde, wäre durch sie die Funktionsfähigkeit der kontrollierten Dienste nicht gefährdet. Die Rückkopplung dieser Kontrollinstanz an das Gesamtparlament könnte durch periodisch zu erstattende Berichte gewährleistet werden. Ein derartiges Kontrollrecht wäre von höherer Qualität als die bislang praktizierten „untauglichen Mittel parlamentarischer Kontrolle“, die von Beteiligten als „Scheinkontrolle“ kritisiert werden⁴⁸. Die Suche nach einem ausgewogenen Verhältnis zwischen der Effizienz der Geheimdienste einerseits und parlamentarischer Kontrolle andererseits wäre so der Gewaltenbalance förderlicher als das bisherige „Zusammentreffen von unzureichender Gesetzgebung mit ineffizienter Kontrolle“⁴⁹.

b) Die parlamentarische Kontrolle vermag jedoch stets nur eine allgemeine politische Kontrollaufgabe zu erfüllen, eine effektive Verbesserung des Rechtsschutzes für den Betroffenen bedeutet sie kaum⁵⁰. Diese kann nur durch funktionsfähige Mechanismen für den Einzelfall sichergestellt werden⁵¹.

Erwägenswert sind dazu insbesondere solche Garantien, wie sie das Strafprozeßrecht für die Überwachung der Post- und Fernmeldekommunikation vorsieht. Die Überwachungsanordnung ist danach stets durch den Richter auszusprechen (§ 100 I, 100 b I StPO), die Staatsanwaltschaft darf nur bei Gefahr im Verzuge mit richterlicher Genehmigung tätig werden. Eine solche Vorgehensweise hat den Vorteil, daß nicht ein ständig in den staatlichen Geheimbereich hineinwirkender Ausschuß, der zudem politische Entscheidungen zu treffen hat, die Anordnung genehmigt, sondern ein unabhängiger, im Einzelfall tätiger Richter öffentliche und private Belange abwägt. Durch die Mitwirkung dieser neutralen Instanz wird der Anordnung ein wesentlich höheres Maß an Rechtsstaatlichkeit verliehen, als sie derzeit besitzt. Die Einschaltung des Richters vermag die Rechtsbindung der Nachrichtendienste erheblich sachgerechter zu konkretisieren als etwa weisungsabhängige Beamte, die schon jetzt bei der Durchführung der angeordneten Maßnahmen gem. § 7 I G–10 tätig werden⁵².

38) BVerfGE 22, 106 (111) = NJW 1967, 2005 L; Evers, in: Bonner Kommentar, Art. 73 Nr. 10, Rdnr. 75 m. w. Nachw.; Denninger, JA 1980, 284.

39) Eingehend dazu Kopp, Verwaltungsverfahren und Grundgesetz, 1971, pass.

40) S. dazu näher Rüpke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1976, S. 93; Schlink, NJW 1980, 558 f.

41) Hierzu ausführlich Lorenz, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, 1973, S. 219 ff.; Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960, pass.

42) Vgl. dazu die Äußerung des Abg. Dr. Linde, zit. bei Evers, NJW 1978, 2184.

43) BVerfGE 30, 1 (21, 23, 25) = NJW 1971, 275.

44) Borgs-Maciejewski, Aus Politik und Zeitgeschichte 1977, H. 6, S. 23.

45) S. zur parlamentarischen „Mitregierung“ Kewenig, Staatsrechtliche Probleme parlamentarischer Mitregierung, 1970, pass.

46) Krit. dazu Borgs-Maciejewski (o. Fußn. 44), S. 13 f.

47) Borgs-Maciejewski (o. Fußn. 44), S. 22.

48) F. Vogel, zit. bei Borgs-Maciejewski, Aus Politik und Zeitgeschichte, 1977, H. 42, S. 36.

49) Borgs-Maciejewski (o. Fußn. 47).

50) Diese könnte durch den Bundestag allenfalls im Wege des Petitionsrechts erreicht werden, das jedoch im Geheimbereich erhebliche Probleme birgt.

51) Vgl. zu deren Bedeutung bei der Kontrolle der Nachrichtendienste Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960, S. 256 ff.; Evers (o. Fußn. 2).

52) Damit soll keineswegs für eine Abschaffung dieser nachrichtendienstlichen Binnenkontrolle plädiert werden, jedoch sollte man ihre Be-

Eine solche Übernahme der präventiven richterlichen Kontrolle aus dem Strafprozeßrecht bietet sich auch wegen der vielfachen Kompetenzüberschneidungen in diesem Bereich an⁵³, die auch der mögliche Einwand, die nachrichtendienstliche Überwachung erfordere wesentlich langfristige und systematischere Maßnahmen als die eher punktuell konzipierten strafprozessualen Eingriffe, nicht bestreiten kann. Der freiheitssichernde Gehalt des Art. 10 GG in Verbindung mit dem Übermaßverbot erfordert schon jetzt zeitlich limitierte Überwachungsanordnungen (vgl. § 6 II G-10). So würde der Richter nach §§ 100 I, 100 b I StPO nicht mehr dem Dilemma konfrontiert, entweder den Eingriff in das Post- und Fernmeldegeheimnis zuzulassen oder die ganze Angelegenheit nachrichtendienstlicher Diskretion zu überantworten⁵⁴. Eine solche Verfahrensweise wäre auch insofern näher am Grundgesetz, als etwa Art. 13 II, 104 II 1 GG gegen schwere Freiheitseingriffe, die ohne vorheriges rechtliches Gehör durchgeführt werden, die Mitwirkung eines Richters vorsieht⁵⁵. Dieser Rechtsgedanke läßt sich auf die nachrichtendienstlichen Befugnisse im Schutzbereich des Art. 10 GG übertragen. Zwar vermag eine solche richterliche Mitwirkung gewöhnlich die nachträgliche Rechtmäßigkeitskontrolle im individuellen Rechtsschutzverfahren gem. Art. 19 IV GG nicht zu ersetzen und daher auch nicht auszuschließen. Kann jedoch nach Art. 10 II 2 GG der Rechtsweg gegen Eingriffe in Art. 10 I GG weitgehend ausgeschlossen werden, so garantiert eine vorgängige richterliche Prüfung wenigstens die Mitwirkung einer Gerichtsinstanz, die die individuellen Belange des Betroffenen wahrt. Der rechtsstaatliche Standard liegt allerdings insoweit noch unter dem der anderen genannten Grundrechte.

Um einen Mißbrauch nachrichtendienstlicher Befugnisse zu verhindern, ist darüberhinaus in Verwaltungs- wie Gerichtsverfahren, in denen so gewonnene Informationen Bedeutung erlangen können, der Nachprüfung der Rechtmäßigkeit aller Maßnahmen bei der Informationsgewinnung und den aus einer möglichen Rechtswidrigkeit folgenden Verwertungsverboten größere Aufmerksamkeit zu widmen⁵⁶. Das gilt sowohl für die Ermittlung der Nachricht durch die Geheimdienste als auch für ihre Befugnis zu deren Weiterleitung. Nur wenn insoweit keine Rechtsverstöße vorliegen, ist ihre Heranziehung zulässig. Gegen in unzulässiger Weise erlangte Informationen besteht infolge des öffentlichrechtlichen Beseitigungsanspruchs ein Lösungsrecht, gegen rechtswidrig weitergegebene Nachrichten ein Recht auf Nichtberücksichtigung durch die Empfangsbehörde.

Durch die verfassungsändernde Klausel des Art. 10 II 2 GG hat der verfassungsändernde Gesetzgeber im Konflikt zwischen staatlichem Geheimschutz und individuellem Rechtsschutz die Position des einzelnen erheblich geschwächt. Hat der Verfassungsstaat keine andere Rason als seine Verfassung⁵⁷, so bedeutet diese Schwächung jedoch nicht die Forderung nach geheimdienstlicher Effizienz statt rechtsstaatlicher Garantien, sondern das Bemühen um die Sicherung beider Belange. Der Verfassungsschutz eines freien Staates darf nicht die Verfassung, die er gerade schützen soll, außer Kraft setzen; seine Bindungen an die grundgesetzlichen Freiheitsverbürgungen legitimiert erst seine Existenz.

deutung auch nicht überschätzen; anders etwa Hönig (o. Fußn. 36), S. 17f.

53) Vgl. Welp (o. Fußn. 10), der ebda., S. 272, vor den Gefahren dieser Überschneidungen warnt; ferner allgemein Denninger JA 1980, 280 ff.

54) Welp (o. Fußn. 10), S. 272.

55) Zum Zweck dieser Normen Gusy, JuS 1980, 721 m. w. Nachw.

56) Dafür insb. OVG Berlin, NJW 1978, 1644 ff.; Schneider, NJW 1978, 1601 ff.; Salzwedel (o. Fußn. 19), S. 791 ff.; Gusy, DÖV 1980, 431 ff.; allg. Schnapp, NJW 1980, 2165 ff.

57) Arndt, NJW 1961, 899.

Richter am BGH Dr. Hans Gerd Hesse, Karlsbad

Zur Tragweite des Schriftformerfordernisses nach § 34 GWB in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In der kartellrechtlichen Rechtsprechung zur Tragweite des Formerfordernisses des § 34 GWB spielen Verträge, die längerfristige Bezugsbindungen enthalten, eine herausragende Rolle, da sie naturgemäß keine für die gesamte Vertragszeit geltenden bezifferten Bezugspreise festlegen, sondern sich mit Bezugnahmen auf künftige Preislisten oder auf künftige sogenannte außervertragliche Umstände begnügen müssen. Die Rechtsprechung des Kartellsenats des BGH zu diesem Problem sieht sich in jüngster Zeit dem Vorwurf der Uneinheitlichkeit ausgesetzt. Der nachfolgende Beitrag unternimmt den Versuch, die Leitlinien der höchstrichterlichen Entscheidungspraxis aufzuzeigen und den Nachweis zu führen, daß von einer Richtungsänderung in der kritisierten Rechtsprechung keine Rede ein kann.

I. Die Entscheidungen des Kartellsenats

Oliver Axster interpretiert das Urteil „Preisblätter“¹ des Kartellsenats des BGH dahin, daß es „zwar keine ausdrückliche, wohl aber eine sinngemäße Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung“ darstelle, und nennt das Urteil „verblüffend“². Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet: „Soweit ein Vertrag nach § 34 GWB schriftlich abzufassen ist, genügt es, daß die Vertragserklärungen der Parteien schriftlich niedergelegt werden. Anforderungen an den Inhalt des Vertrages stellt die Vorschrift nicht.“ Der BGH hatte einen Vertrag zu beurteilen, der eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 18 GWB enthielt. Über die Preisgestaltung fand sich in dem Vertrag eine Bestimmung, nach der maßgebend sein sollte der jeweilige Einstandspreis des Verkäufers, vermehrt um die Frachtkosten, einen bezifferten „Handelsnutzen“ des Verkäufers und die Mehrwertsteuer. O. Axster leitet die Änderung der Rechtsprechung vor allem aus einem Vergleich dieser Entscheidung mit dem Urteil des Kartellsenats vom 6. 3. 1979³ her, das der Senat unter folgenden Leitsatz gestellt hat: „Bei einem Bierlieferungsvertrag, der eine Bezugsbindung enthält, ist der Schriftform des § 34 GWB hinsichtlich der vereinbarten Bezugspreise nicht genügt, wenn die Anwendung von Preislisten der Brauerei branchenüblich ist, in dem Vertrag jedoch kein Hinweis darauf enthalten ist.“ Diese Entscheidung ergänzt die Rechtsauffassung des Senats, wie sie in dem Urteil vom 1. 12. 1977⁴ niedergelegt ist und dessen Leitsatz besagt, daß bei einem Bierlieferungsvertrag hinsichtlich der vereinbarten Bezugspreise eine Bezugnahme auf die jeweils gültigen, schriftlich festgelegten und den Beteiligten jederzeit zugänglichen Preislisten der Brauerei der Schriftform des § 34 GWB genüge. Unterdessen hat der Kartellsenat ein weiteres Urteil erlassen⁵, in welchem er die in dem Urteil „Preisblätter“⁶ vertretene Auffassung bekräftigt und einen Bierlieferungsvertrag für formgültig nach § 34 GWB erachtet hat, bei dem hinsichtlich der Preise lediglich vereinbart worden war, sie sollten „angemessen“ und „konkurrenzfähig“ sein.

Der Anschein, der BGH habe mit den beiden neueren Ur-

1) BGHZ 77, 1 = NJW 1980, 1529 = GRUR 1980, 747 = WuW/E BGH 1697.

2) GRUR 1980, 749.

3) NJW 1979, 2247 = GRUR 1979, 488 = WuW/E BGH 1592.

4) NJW 1978, 822 = GRUR 1978, 323 = WuW/E BGH 1498 - Püff.

5) NJW 1981, 343 = GRUR 1980, 809 = WuW/E BGH 1700 - Schloßbrauerei.

6) BGHZ 77, 1 = NJW 1980, 1529.