

# Juristische Schulung

Zeitschrift für Studium und Ausbildung

HERAUSGEBER

Professor Dr. Dr. Gerhard Lüke  
Rechtsanwalt Dr. Heinrich Götz  
Rechtsanwalt Dr. Helmut Michel  
Richter Dr. Karl G. Deubner

SCHRIFTLLEITUNG

Rechtsanwalt  
Professor Dr. Hermann Weber  
Dr. Klaus-Peter Schroeder

26. Jahrgang

Februar 1986 · Heft 2

Aufsätze

Dr. Christoph Gusy, Hagen

## Das Grundrecht des Post- und Fernmeldegeheimnisses

Das Grundrecht des Art. 10 I GG wurde nicht zu allen Zeiten zu den „höchsten Werten der Menschheit“ gezählt<sup>1</sup>. Daß ihm in jüngerer Zeit hohe Aktualität zukommt, erklärt sich noch aus demselben Grund, aus welchem es in den Grundrechtskatalog europäischer Verfassungen eingeführt wurde: Nicht die Neugier der Post und ihrer Mitarbeiter selbst, sondern Fahndungs- und Ermittlungsinteressen seitens der Nachrichtendienste, Polizei- und Strafverfolgungsbehörden gefährden den Schutz der postalischen Kommunikation<sup>2</sup>. Auch wenn die moderne Technologie neue Fahndungs- und Eingriffsformen geschaffen hat, so besteht doch der überkommene Konflikt zwischen den privaten Interessen an unbeeinträchtigter Nachrichtenübermittlung und den öffentlichen Sicherheitsinteressen fort.

### I. Das Post- und Fernmeldegeheimnis als Schutz der Privatsphäre

#### 1. Die Ausgangslage

Das Grundgesetz überantwortet den Schutz der Privatsphäre nicht einem einzelnen Grundrecht, sondern schafft vielfältige spezifische Garantien, die für einzelne Lebens- und Sozialbereiche je eigene Verbürgungen der Privatheit enthalten<sup>3</sup>. Von besonderer Bedeutung sind dabei Art. 13<sup>4</sup>, 6<sup>5</sup> und 1 i. V. mit 2 GG<sup>6</sup>. Dabei ist der Schutz der Privatsphäre jedoch nicht auf die Verbürgung eines individuellen, sozialfernen Status beschränkt<sup>7</sup>. Das Grundgesetz geht nicht vom einzelnen als „selbstherrliches Individuum“ aus, sondern setzt das Menschenbild „der in der Gemeinschaft lebenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit“ voraus<sup>8</sup>. Diesem Menschenbild ist nicht nur bei der Herleitung von Grundrechtsschranken als soziale Inpflichtnahme des einzelnen, sondern auch bei der Interpretation des Schutzbereichs der Freiheitsrechte Rechnung zu tragen.

Grundlage der Privatheit ist keineswegs notwendig „klösterliche Einsamkeit“<sup>9</sup>; die private Selbstverwirklichung vollzieht sich nicht notwendig in räumlich voneinander isolierten Sphären der Menschen. Schutz der Privatsphäre bedeutet somit nicht nur die Sicherung räumlich gedachter Bereiche, in denen die einzelnen für sich allein bleiben können und dabei

jeglicher Einwirkung von außen entzogen sind. Auch Privatheit definiert sich in den seltensten Fällen durch völligen Ausschluß anderer.

Das „privat“ gesprochene Wort soll für den Kommunikationspartner zugänglich sein, nur Dritte sollen es nicht zur Kenntnis nehmen können. Ebenso wenig ist die Wohnung ein abgeschlossenes Gebiet i. S. eines territorium clausum, sondern steht bestimmten Personen, denen der Inhaber Zutritt gewährt, offen.

Der Unterschied zwischen Privatheit und Öffentlichkeit ist somit nicht in dem Gegensatz zwischen gesellschaftsferner Einsamkeit und sozialer Interaktion zu suchen; vielmehr ist der Kontakt mit anderen ein Kennzeichen sowohl der öffentlichen wie der privaten Sphäre. Das Abgrenzungskriterium orientiert sich vielmehr an den Bedingungen dieser zwischenmenschlichen Beziehungen.

Im Gemeinwesen ist der einzelne in vielfältige tatsächliche und rechtliche Zwänge eingebunden: Berufsarbeit, Vereinsleben und Versammlungen finden nach bestimmten, standardisierten Verhaltensmustern statt, welche den Beteiligten vorgegeben sind. Diese handeln so in sozial definierten Rollen. Privatheit kann in diesem Rollenspiel nur entstehen, soweit der einzelne in der Lage ist, seine persönliche Identität in die

1) S. etwa Rupp, Verh. des 46. DJT I, 1966, Teil 3a, S. 165, 172.

2) Zur Geschichte die ausführlichen Nachweise bei Badura, in: BK, 2. Bearb., Art. 10 Rdnrn. 3ff.

3) Überblick etwa bei Podlech, in: Perels, Grundrechte als Fundament der Demokratie, 1979, S. 50ff.; Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1979, S. 135ff.

4) Zum Privatheitsschutz des Art. 13 GG Gusy, JuS 1980, 718ff.

5) Hierzu Rohlf (o. Fußn. 3), S. 171ff.

6) Nachw. bei Leibholz-Rinck, GG, 6. Aufl. (1979ff.), Art. 2 Rdnr. 3; ausf. Benda, in: Festschr. f. Geiger, 1974, S. 23ff.; Gusy, VerwArch 1983, 91ff.

7) So im Ansatz aber Rohlf (o. Fußn. 3), S. 196f.

8) BVerfGE 12, 45, (51) = JuS 1961, 132 Nr. 2 = H. Weber, Rspr. z. VerfR I, 1977, Art. 4 III Nr. 1; BVerfGE 28, 175, (189); 30, 1 (20) = JuS 1971, 204 Nr. 1 = H. Weber, Rspr. z. VerfR II, 1977, Art. 10 Nr. 3; BVerfGE 33, 1 (10f.) = JuS 1972, 339 Nr. 2 = H. Weber II, Art. 19 I Nr. 6.

9) Grdl. Rüpke, Der verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1976, S. 23; vgl. zum folgenden ebda., S. 31ff., 75ff.; Suhr, Der Staat 1978, 616ff.

Ausgestaltung der Kontakte einzubringen. Ist für das Individuum sein Umweltbezug das entscheidende Medium seiner Persönlichkeit, so fallen Entscheidungen über die Aufnahme oder Unterlassung von Kommunikation, ihre Sinnggebung und der daraus resultierende Kontext in den Bereich der Privatsphäre. Persönliche Identität und soziale Kommunikation mit der Umwelt konstituieren so in ihrer Wechselbeziehung den privaten Bereich; Privatheit und Öffentlichkeit stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind vielfach miteinander verschränkt. Je stärker die verfestigten Vorgaben der Rollenbindung aller Beteiligten sind, desto weniger privat sind ihre Handlungen. Je stärker die individuellen Möglichkeiten zur Beeinflussung des Inhalts, der Regeln und des Sinns der einzelnen Kommunikationsvorgänge sind, desto privater ist eine Lebensäußerung<sup>10</sup>.

Konkret zeigen diese Grundsätze: Privatheit verwirklicht sich nicht notwendig in individueller Isolation, privat kann auch soziale Interaktion sein. Das bedeutet zugleich, daß Privatheit nicht notwendig von einzelnen Individuen für sich realisiert wird; sie kann von mehreren gemeinsam miteinander und durcheinander verwirklicht werden<sup>11</sup>.

Auch verbale Kommunikation kann in diesem Sinne privat sein. Im privaten Gespräch bringen alle Beteiligten ihre Persönlichkeit ein und verwirklichen so gemeinsam Privatheit. Die in dem und durch den Kommunikationsvorgang entstehende Privatsphäre steht allen Partnern gemeinsam zu. Dabei resultiert der private Charakter des Gesprächs daraus, daß die Teilnehmer über dessen Regeln disponieren können. Sie können den Ort, die Zeit, die Sprache, die Zugangsmöglichkeiten zum Gespräch und die Sprechordnung selbst bestimmen<sup>12</sup>. Ob ein Gespräch lautstark auf offener Straße geführt und so für jeden Passanten wahrnehmbar ist oder in einem geschlossenen Raum stattfindet, möglicherweise unter Verwendung fremder Sprachen oder besonderer Zeichen ablaufen soll, unterliegt der Disposition der Beteiligten. Diese Disposition steht den Beteiligten gemeinsam zu. Einer allein kann darüber nur disponieren, wenn die anderen sich auf seine Bedingungen einlassen. Die Privatheit wird so im Prozeß verbaler Kommunikation durch die faktische und rechtliche Möglichkeit der Disposition über die Regeln und Umstände des Meinungs-austausches vermittelt<sup>13</sup>.

Jene Dispositionsmöglichkeit fehlt jedoch partiell bei der postalisch vermittelten Kommunikation. Maßgebliches Kriterium dafür ist der nur eingeschränkte Kontakt der Beteiligten untereinander, der häufig durch ihre räumliche Distanz voneinander begrenzt wird<sup>14</sup>. Dadurch wird die Wahlmöglichkeit der Beteiligten bezüglich des Kommunikationsmediums derart eingeschränkt, daß sie faktisch auf den Brief-, Post- oder Fernsprechverkehr beschränkt ist. So werden die Kommunikationsvorgänge partiell entprivatisiert. Das Medium der Übermittlung gerät durch den Brief oder die elektronische Kabelvermittlung als sachlichen Träger des Kommunikationsinhaltes aus dem Herrschafts- und Dispositionsbereich der Beteiligten hinaus. Die zur Übermittlung verwendete Instanz und über sie mögliche Dritte erhalten so Kenntnis oder zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme von Kommunikationsvorgang und -inhalt. Dadurch entsteht gegenüber dem unmittelbar persönlichen Austausch ein Verlust an Privatheit, welcher durch die notwendige Einbeziehung Dritter als Übermittler in den Kommunikationsvorgang entsteht. Dieser Verlust resultiert aus der Beschränkung der Dispositionsmöglichkeit der Beteiligten über den Zugang zu ihrer Kommunikation. Ohne spezifischen Schutz würde die Kenntnis von Kommunikationsvorgang und -inhalt vielfältigen Dritten möglich sein. Die räumliche Distanz würde so zu einer Aufhebung der Privatheit von Kommunikation führen.

## 2. Das Post- und Fernmeldegeheimnis

Zum Ausgleich dieser Freiheitseinbuße ist das Post- und Fernmeldegeheimnis geschaffen. Es soll den durch äußere Bedingungen voneinander getrennten Kommunikationspartnern einen Ausgleich für die durch die räumliche Distanz geschaffene Einbuße von Privatheit vermitteln. Private Kommunikation soll ohne Rücksicht auf die Entfernung der Beteiligten voneinander ermöglicht werden. Dazu statuiert Art. 10 I GG das „Geheimnis“ für das Medium, auf welches die Partner angewiesen sind. Diesem Geheimnis kommt so eine Kompensationsfunktion für anderweitig eingetretene Einbußen an Privatheit zu. In diesem Sinne ist es zutreffend, wenn Art. 10 GG eine „räumlich erweiterte private Geheimnis-sphäre“ entnommen wird<sup>15</sup>. Damit soll allerdings keine räumliche Konzeption von Privatheit begründet werden, vielmehr wird durch das Post- und Fernmeldegeheimnis Privatheit gerade ohne Rücksicht auf die räumliche Beziehung der Beteiligten zueinander garantiert. Art. 10 GG ermöglicht so erst die Garantie von Privatheit trotz geographischer Distanz. Die so verbürgte Geheimnis-sphäre ist nicht räumlich, sondern überbrückt Räume.

Dieser Schutz bezweckt die Ausschaltung jener Gefahren, welche der Kommunikation durch die von Dritten geleistete Vermittlung drohen. Den Beteiligten soll so dieselbe Sicherheit gewährleistet werden, die bestehen würde, wenn die schriftliche Nachricht aus der Hand des Absenders unmittelbar in die des Empfängers gelangen und das gesprochene Wort ohne Vermittlung eines technischen Mediums unmittelbar dem Adressaten zugänglich wäre<sup>16</sup>. Deutlich wird der Zweck des Postgeheimnisses als Schutz der Selbstbestimmung über Privatheit an einem einfachen Beispiel:

Der Briefträger darf einen Brief, der an mich gerichtet ist, nicht lesen. Sobald er ihn mir aber gegeben hat, darf ich das Schreiben öffnen und ihm vorlesen. Über die Privatheit der Kommunikation bestimmen so allein die Beteiligten.

Dieser Geheimnisschutz ist nicht materiell zu verstehen<sup>17</sup>; geschützt sind auch solche Sendungen und Ferngespräche, die einen völlig entprivatisierten Inhalt aufweisen, etwa Werbesendungen oder geschäftliche Anrufe. Der Grund für diese Erweiterung liegt darin, daß eine Unterscheidung zwischen den inhaltlich schutzwürdigen privaten Mitteilungen und sonstigen Sendungen nur durch eine inhaltliche Kenntnisnahme möglich wäre. Eine solche Prüfung stände jedoch dem Geheimnisschutz der Kommunikation diametral entgegen. Daher ist die formell abgegrenzte Sphäre aller als „Brief-“, „Post-“ und „Telefon-“ Kommunikation abzugrenzenden Sphären von jeder Kontrolle und Beobachtung ausgenommen, um den Teilnehmern unter diesem Schutz ungehinderte private Kommunikation zu ermöglichen. Der dadurch begründete Freiraum steht für die Vermittlung beliebiger Inhalte und damit auch für Zwecke privater Kommunikation zur

10) Eine Systematik möglicher Eingriffe in diese Privatheit findet sich bei Rüpke (o. Fußn. 9), S. 85 ff.

11) Zu diesem Konzept ausf. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 78 ff.

12) S. auch Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960, S. 166 – Rohlf (o. Fußn. 3), S. 179 f., stellt demgegenüber die freie Wahl des Kommunikationspartners in den Vordergrund.

13) Eberle, DÖV 1977, 306 ff.

14) Diesen Aspekt betonen insbesondere Welp, Die strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974, S. 37; Rohlf (o. Fußn. 3), S. 163 f.

15) v. Mangoldt-Klein, GG, 2. Aufl. (1967), Art. 10 Anm. VI 3; früher schon Ridder, in: Die Grundrechte II, 1954, S. 249 Fußn. 21 a; Evers (o. Fußn. 12), S. 179, 181; Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG 6. Aufl. (1979), Art. 10 Rdnr. 8.

16) Welp (o. Fußn. 14); dort auch zum folgenden; ebenso Schuppert, in: Alternativ-Komm. z. GG 1984, Art. 10 Rdnrn. 13 ff.

17) Zu jenen Konzepten ausf. Welp (o. Fußn. 14), S. 27 ff.

Verfügung. Auch insoweit zeigt sich die Kompensationsfunktion des Art. 10 GG: Die persönliche Kommunikation ohne Übermittlung Dritter ist gleichfalls grundrechtlich geschützt ohne Rücksicht darauf, ob ihr Inhalt privater Natur ist oder aus formalisierten oder standardisierten Sätzen besteht.

Der Geheimnisschutz des Art. 10 I GG besteht, soweit und solange sich die Nachrichten auf dem Kommunikationsweg befinden und so durch ihre Entäußerung aus dem Herrschaftsbereich von Absender oder Empfänger die spezifische Gefahr der Entprivatisierung besteht. „Post“ i. S. d. Art. 10 I GG ist jedes Kommunikationsmedium, welches die räumliche Distanz zwischen den beteiligten Partnern überbrückt. Das gilt nicht nur für solche Vorgänge, in welchen die Deutsche Bundespost die Übermittlerrolle übernimmt; auch soweit Dritte für sie oder unabhängig von ihr tätig werden, ist der Geheimnisschutz anwendbar. Dazu zählen etwa private Nebenstellenanlagen zu amtlichen Fernsprechanlagen, Funkanlagen auf Schiffen und Flugzeugen und von der staatlichen Fernmeldehoheit befreite Anlagen<sup>18</sup>. Der Grundrechtsschutz ist auch nicht davon abhängig, ob der jeweilige Übermittler rechtmäßig oder rechtswidrig tätig wird. Verstößt die Briefbeförderung gegen das staatliche Postregal oder eine private Telefonanlage gegen die staatliche Fernmeldehoheit, weil sie ohne Genehmigung errichtet ist, so schließt dies den Schutz durch das Post- und Fernmeldegeheimnis nicht aus<sup>19</sup>.

## II. Berechtigte und Verpflichtete des Post- und Fernmeldegeheimnisses

### 1. Der geschützte Personenkreis

Träger des Grundrechts aus Art. 10 I GG ist „Jedermann“. Dazu zählen nicht nur natürliche Personen unabhängig davon, ob sie Deutsche oder Ausländer sind, sondern gem. Art. 19 III GG auch inländische juristische Personen<sup>20</sup>.

Bezüglich der Grundrechtsträgerschaft *Minderjähriger* wird danach unterschieden, ob sie eine „schützenswerte geistige Reife“ besitzen<sup>21</sup>. Diese Differenzierung ist jedoch mit dem Charakter des Post- und Fernmeldegeheimnisses als formeller Persönlichkeitsschutz unvereinbar. Der Grundrechtsschutz soll dadurch sichergestellt werden, daß er eine bestimmte formalisierte Sphäre staatlicher Überprüfung entzieht und so dem Bürger ein Medium geheimer, privater Kommunikation sicherstellt. Innerhalb dieser Sphäre soll eine Überprüfung des Kommunikationsinhaltes darauf, ob dieser Äußerung der individuellen Persönlichkeit ist, generell ausgeschlossen sein. Dies gilt in gleicher Weise für die Prüfung der Frage, ob die Sendung Ausdruck einer „schützenswerten geistigen Reife“ ist. Ob und inwieweit der einzelne das Medium der Postkommunikation als Übermittler privater Mitteilungen zum Ausdruck seiner grundrechtlich geschützten Persönlichkeit benutzen will, steht ihm frei; eine staatliche Kontrolle oder Mitwirkung dabei ist durch Art. 10 I GG ausgeschlossen. Ist das Kriterium hinreichender geistiger Reife für Volljährige keine Tatbestandsvoraussetzung dieses Grundrechts, so kann dies schon mangels Prüfungsmöglichkeit für Minderjährige nicht anders sein<sup>22</sup>.

Konkret geschützt sind alle am jeweiligen Kommunikationsprozeß Beteiligten, typischerweise Absender und Empfänger von Sendungen, und alle Teilnehmer an Ferngesprächen. Dazu zählt auch jeder, der daran teilnimmt, ohne selbst Postbenutzer zu sein; etwa derjenige, der einem „fremden“ Brief eine Passage beifügt, vom Telefonanschluß eines Dritten aus anruft oder aber sich als Dritter an einem Ferngespräche beteiligt. Der Grundrechtsschutz ist von der Eigenschaft als Postbenutzer unabhängig. Art. 10 I GG ist nicht eine grundrechtliche Reaktion auf die Einführung des staatlichen Postregals oder -monopols<sup>23</sup>, sondern Schutz der Privatheit der Beteiligten. Diese sollen so gestellt werden, als ob sie das postalische Medium nicht hätten in Anspruch nehmen müssen. Auch im Falle der unmittelbaren Kommunikation haben alle Beteiligten, auch bloße Zuhörer, einen Anspruch auf

Schutz der Privatheit des Kommunikationsvorgangs. Dementsprechend hat auf jeder am postalischen Kommunikationsvorgang Beteiligte ein Recht auf die Privatheit der Kommunikation; ein staatlicher Einbruch in diese Sphäre ist unzulässig und führt zu Abwehr- und Reaktionsrechten aller Beteiligten als Betroffene.

### 2. Der Verpflichtete des Postgeheimnisses

Adressaten aller Grundrechte sind gem. Art. 1 III GG „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung“. Sofern Art. 10 GG als grundrechtliche Reaktion auf das Postmonopol angesehen wird, soll demgegenüber Adressat dieser Verbürgung ausschließlich die Deutsche Bundespost sein<sup>24</sup>. Diese schon der historischen Entwicklung des Grundrechts entgegenstehende Ansicht ist jedoch überholt; primäre Instanz zur Gefährdung des Postgeheimnisses war niemals die Post selbst, sondern der staatliche Sicherheitsapparat. Dementsprechend ist unbestritten, daß das Grundrecht den Postverkehr gegen Eingriffe durch alle in Art. 1 III GG genannten Zweige der Staatsgewalt schützt<sup>25</sup>. Ob betriebsbedingte Maßnahmen der Post zur Zustellung einer Sendung überhaupt in das Post- und Fernmeldegeheimnis eingreifen, hängt von der Schutzbereichsbestimmung des Art. 10 I GG ab. Um überhaupt Postverkehr vermitteln zu können, muß die Post den Empfänger einer Sendung feststellen; ist dieser unfindbar, so muß auch der Absender festgestellt werden. Derartige Maßnahmen sind keine Grenzen des Postgeheimnisses, sondern dessen Grundlage: Postgeheimnis setzt Postverkehr voraus. Dementsprechend will und kann das Postgeheimnis den Postverkehr nicht verhindern, sondern ausgestalten. Eben deshalb ist die Kenntnisnahme von einer Sendung für die Post notwendig und zulässig, soweit sie zur Überbrückung der räumlichen Distanz zwischen den Kommunikationspartnern, also der Beförderung der Mitteilung, unerlässlich ist.

Umstritten ist hier insbesondere die Zulässigkeit der *Ersatzzustellung* einer Sendung an einen Dritten (§ 51 PostO). Hier nimmt die Post nicht nur selbst von der Sendung Kenntnis, sondern ermöglicht auch noch Dritten, nämlich den Personen, welche die Sendung entgegennehmen, ohne ihr Empfänger zu sein, die Kenntnisnahme. Eine solche Kenntnisnahme wird von der Rechtsprechung als „immanente Begrenzung“ des Art. 10 I GG gesehen<sup>26</sup>. Ein solcher Schluß ist allerdings zumindest unpräzise: Soll damit der Eingriffscharakter verneint werden, so ist nicht auf die immanenten „Grenzen“, sondern auf den Schutzbereich des Art. 10 I GG abzustellen; sollen hingegen die Grundrechtsschranken thematisiert werden, so ist hier Art. 10 II GG unmittelbar einschlägig. Die Problematik läßt sich aus dem Schutzbereich allerdings hinreichend beurteilen. Schützt Art. 10 I GG die Selbstbestimmung über die Privatheit eines Kommunikationsvorgangs, so ist die Ersatzzustellung als Medium der Postbeförderung jedenfalls zulässig, soweit den Beteiligten, also Absender und Emp-

18) *Schatzschneider*, Ermittlungstätigkeit der Ämter für Verfassungsschutz und Grundrechte, 1979, S. 251.

19) Dagegen *Evers* (o. Fußn. 12), S. 184; *Salzwedel*, in: *Gedächtnisschr.* f. H. Peters, 1967, S. 756, 782.

20) *Badura* (o. Fußn. 2), Rdnr. 25; v. *Mangoldt-Klein* (o. Fußn. 15), Anm. II 4, 5; *Oehler*, in: *Die Grundwerte II*, 1954, S. 608; *Pappermann*, in: v. *Münch* (Hrsg.), GG I, 3. Aufl. (1985), Art. 10 Rdnr. 4.

21) *Pappermann*, aaO (o. Fußn. 20).

22) Die Frage, ob Eltern den Post- und Fernmeldeverkehr ihrer Kinder kontrollieren dürfen, ist demgegenüber ein Problem der „Drittwirkung“ und damit des „Grundrechtsadressaten“; dazu u. II 2; so zu Recht *Oehler* (o. Fußn. 20), S. 621; v. *Mangoldt-Klein* (o. Fußn. 15), Anm. V 2.

23) Dagegen zu Recht *Welp* (o. Fußn. 14), S. 27 ff.

24) Hinweis bei *Badura* (o. Fußn. 2), Rdnr. 4.

25) *BVerwGE* 6, 299 (301); *Badura* (o. Fußn. 2), Rdnr. 21 m. Nachw. *Pappermann* (o. Fußn. 20), Rdnr. 6; *Dürig*, in: *Mauz-Dürig*, GG, 6. Aufl. (1985), Art. 10 Rdnr. 26.

26) *BVerwGE*, NJW 1984, 2112 = JuS 1984, 967 Nr. 2 (1. Entsch.), zweifelnd noch *BVerwGE*, 6, 301; abl. *Bettermann-Loh*, BB 1968, 892 ff.; *Pappermann* (o. Fußn. 20), Rdnr. 16.

fänger, die Möglichkeit der Ersatzzustellung bekannt war und sie beide die Möglichkeit haben, eine solche bindend auszuschließen. Da dies nach der Postordnung der Fall ist<sup>27</sup>, liegt kein Eingriff vor.

Wesentlich umstrittener ist die Frage der „mittelbaren Drittwirkung“ des Art. 10 I GG. Sie hat insbesondere für die Problematik Bedeutung, ob Eltern den Post- und Fernmeldeverkehr ihrer Kinder kontrollieren dürfen<sup>28</sup>. Die Tatsache, daß Art. 10 I GG die formelle Kompensation für die Privatheitseinbuße darstellt, welche die Beteiligten durch die Postbenutzung erleiden, vermag eine solche Ausweitung über Art. 1 III GG hinaus nicht zu rechtfertigen. Auch die unmittelbar persönliche Kommunikation ist durch Art. 5 I GG nicht gegenüber jedermann, sondern lediglich gegenüber dem Staat geschützt. Das BVerfG hat jedoch den Grundrechten als „objektive Wertordnung“ mittelbare Drittwirkung zugesprochen, die sich insbesondere bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln, aber darüber hinaus auch bei der Auslegung allen einfachen Rechts prägend auswirkt<sup>29</sup>. Richten sich die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern insoweit nach §§ 1626, 1631, 1666 BGB, so wäre Art. 10 I GG dementsprechend bei deren Konkretisierung ergänzend heranzuziehen<sup>30</sup>. Demgegenüber wäre zugunsten der Eltern das Erziehungsrecht aus Art. 6 II GG als Grundrechtsschranke heranzuziehen und abzuwägen. Für eine derartige Abwägung enthält jedoch das Grundgesetz keinerlei eigene Maßstäbe, die über den Wortlaut der genannten zivilrechtlichen Normen hinauswirken könnten<sup>31</sup>. Dieser Umstand – wie auch die historische Schutzrichtung des Art. 10 I GG als Verbürgung gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die private Kommunikation, nicht hingegen als Konfliktlösungsnorm im Familienrecht – legt es nahe, Art. 10 GG als ausschließlich staatsgerichtetes Grundrecht anzusehen<sup>32</sup>.

Der grundrechtliche Schutz des Post- und Fernmeldegeheimnisses richtet sich demnach ausschließlich gegen Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Er verbietet allen verpflichteten Instanzen, von dem Kommunikationsvorgang oder dessen Inhalt Kenntnis zu nehmen oder die Kenntnisnahme Dritten zu ermöglichen<sup>33</sup>. Eine solche Kenntnisnahme ist nur zulässig, soweit sie zur Überbrückung der räumlichen Distanz zwischen den Kommunikationspartnern, also der Beförderung der Mitteilung, unerlässlich ist. Darüber hinaus darf der Postverkehr weder registriert, aufgezeichnet noch gar inhaltlich zur Kenntnis genommen werden. Ebenso ist es unzulässig, daß die mit der Postbeförderung betrauten staatlichen Stellen solche Möglichkeiten Dritten, also Behörden oder Privaten, eröffnen. Zur Effektivität dieses Schutzes zählt, daß der Postverkehr, soweit er vom Staat organisiert wird, von den übrigen Zweigen der Staatsgewalt organisatorisch, funktionell und informatorisch getrennt betrieben wird<sup>34</sup>. Durch das Post- und Fernmeldegeheimnis wird so die staatliche Organisation des Post- und Fernmeldewesens neutralisiert<sup>35</sup>.

Von diesem grundrechtlichen Schutz des Post- und Fernmeldegeheimnisses sind der *postrechtliche* (§§ 5 PostG, 10 FAG), der *strafrechtliche* (§§ 299, 354, 355 StGB) und der *privatrechtliche* (§§ 12, 823, 1004 BGB) wegen ihrer andersartigen Schutzrichtung und ihres je eigenen Schutzzumfangs zu unterscheiden. Sie regeln Einzelheiten insbesondere des Verhältnisses Privater zueinander. Selbst wenn hierzu Art. 10 I GG die „Grundnorm“ darstellen sollte<sup>36</sup>, so sind die genannten Vorschriften doch inhaltlich je aus sich selbst heraus zu konkretisieren. Art. 10 I GG schützt das Post- und Fernmeldegeheimnis gegen spezifische Beeinträchtigungen, die aufgrund einfacher Gesetze nur im Rahmen der Schranken dieses Grundrechts zulässig sind. Sofern also einfache Gesetze Art. 10 I GG einschränken, sind sie nur nach den dafür geltenden Grundsätzen auszulegen. Sofern sie hingegen einen andersartigen Schutz als den des Art. 10 GG gewähren, indem sie andere Schutzgüter verbürgen, gegen andere Eingriffe schützen oder andere Adressaten betreffen, ist Art. 10 I GG für deren Auslegung unerheblich.

### III. Die Schranken des Post- und Fernmeldegeheimnisses

Das Grundrecht des Post- und Fernmeldegeheimnisses steht unter allgemeinem Gesetzesvorbehalt (Art. 10 II 1 GG). Eingriffe in das Grundrecht sind alle staatliche Maßnahmen, welche eine Beschränkung der Vertraulichkeit der Kommunikation zum Gegenstand haben. Nicht hierzu zählen insbesondere Vorschriften, nach welchen die Post die Übermittlung oder die Beförderung bestimmter Sendungen verweigern darf<sup>37</sup>. Art. 10 GG garantiert nicht das *Recht* auf Postbenutzung, sondern die *Privatheit* der Postbenutzung.

Grundrechtsschranken sind in den unterschiedlichsten Gesetzen zu den verschiedensten Zwecken angeordnet<sup>38</sup>. Die allgemeine Problematik derartiger Schranken und der auf ihrer Grundlage angeordneten Einzeleingriffe liegt darin, daß solche Eingriffe nach dem Übermaßverbot nur zur Verfolgung „legitimer öffentlicher Zwecke“ zulässig sind<sup>39</sup>. Solche Zwecke liegen nur vor, wenn die jeweilige Kommunikation öffentliche Belange zu tangieren geeignet ist. Ob und inwieweit dies der Fall ist, läßt sich ex ante kaum feststellen, da das Grundrecht aus Art. 10 I GG gerade die Privatheit und damit die rechtlich garantierte Heimlichkeit der Kommunikation verbürgt. Weiß der Staat zuvor nicht, daß überhaupt und worüber Kommunikation stattfindet, so kann erst recht nicht zuverlässig ermittelt werden, ob sie öffentliche Belange beeinträchtigt.

Wird etwa gegen eine Person wegen einer Straftat ermittelt, so ist zunächst unklar, ob jene Person als Täter in Betracht kommt. Ferner ist unklar, ob sie ihre Post- oder Telefonkommunikation dazu benutzt, die Straftat vorzubereiten, zu begehen, auszunutzen oder zu vertuschen. Daher ist erst recht unklar, ob eine Überwachung dieser Kommunikation zur Aufklärung des Verdachts führen kann.

Eingriffe gerade in dieses Grundrecht sind so stets von einer tatsächlichen Ungewißheit im Zeitpunkt ihrer Anordnung und Durchführung geprägt. Angesichts dieser Umstände schießen Überwachungsmaßnahmen regelmäßig über ihr Ziel hinaus: Sie erfassen Personen, bei denen überhaupt nichts gefunden wird; sie erfassen Kommunikationsvorgänge, die nicht vom Überwachungszweck erfaßt sind; und sie umfassen unbeteiligte Dritte, bezüglich derer überhaupt nichts vorlag. Wird also gegen eine Person eine Überwachung angeordnet, so kann diese sehr wohl völlig „unschuldig“ sein; es können aber auch Kommunikationsvorgänge eines zu Recht

27) BVerwG, NJW 1984, 2112 = JuS, aaO (o. Fußn. 26).

28) Dazu Perschke, RdJ 1963, 37; Jauernig, NJW 1972, 1309.

29) BVerfGE 7, 198 (205) = H. Weber I (o. Fußn. 8), Art. 1 III Nr. 1 allg. Bleckmann, StaatsR II, Allg. Grundrechtslehre, 2. Aufl. (1985), S. 152ff.; Nachw. zu Art. 10 GG bei Badura (o. Fußn. 2), Rn. 19.

30) So wohl Pappermann (o. Fußn. 20), Rdnr. 4; vgl. ferner Dürrig (o. Fußn. 25), Rdnr. 28.

31) In diesem Rahmen kann dann etwa die „geistige Reife“ des Kindes berücksichtigt werden, die andernfalls in das Kriterium der Grundrechtsträgerschaft hineininterpretiert werden müßte; s. o. zu Fußn. 21.

32) Ebenso Badura (o. Fußn. 2), Rdnr. 20.

33) Badura (o. Fußn. 2), Rdnrn. 25ff.; Dürrig (o. Fußn. 25), Rdnr. 17; Hölz (o. Fußn. 14), S. 40f.; sofern Postbedienstete ihre Befugnisse überschreiten und dienstpflichtwidrig Sendungen öffnen oder Dritten bekannt geben, ist die Post zur Abstellung des Mangels und zur disziplinarischen Ahndung verpflichtet; s. BVerwG, NJW 1984, 2111 = JuS 1984, 967 Nr. 2 (2. Entsch.).

34) Welp (o. Fußn. 14), S. 43f., unter Rückgriff auf frühere Arbeiten von Podlech.

35) Badura (o. Fußn. 2), Rdnr. 48.

36) So v. Mangoldt-Klein (o. Fußn. 15), Anm. III 2; Schmidt-Bleibtreu-Klein (o. Fußn. 15), Rdnr. 4; Pappermann (o. Fußn. 20), Rdnr. 6.

37) In dieser Richtung aber offenbar Pappermann (o. Fußn. 20), Art. 10 Rdnr. 28 m. w. Nachw.

38) Überblick bei Pappermann (o. Fußn. 20), Art. 10 Rdnrn. 30ff.

39) Dazu Battis-Gusy, Einführung in das StaatsR, 1981, S. 267.

Überwachten betroffen werden, die ihrerseits von dem Überwachungszweck nicht erfaßt werden; es können schließlich andere Kommunikationspartner betroffen sein, gegen die überhaupt keine Kontrolle zulässig gewesen wäre. Hieraus resultiert das für die Post- und Fernmeldeüberwachung zentrale Problem der Zufallsfunde<sup>40</sup>. Deutlich läßt sich dies in den praktisch wichtigsten Problemzonen aufzeigen<sup>41</sup>.

(1) Vielfach diskutiert ist die Zulässigkeit der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs nach §§ 100 *aff.* StPO<sup>42</sup>. Sie setzt voraus, daß infolge bestimmter Tatsachen der Verdacht bestimmter Straftaten gegen eine Person besteht. Deutlich wird hierdurch die Situation der Ungewißheit im Entscheidungszeitpunkt: Ob der Betroffene Täter sein kann oder nicht, ist erst zu ermitteln; es ist eine mögliche Folge der Überwachung, nicht die Voraussetzung ihrer Zulässigkeit. Dazu normiert § 100a StPO die einschränkende Voraussetzung, daß die Aufklärung auf andere Weise nicht oder nur unter wesentlich größeren Schwierigkeiten möglich ist. Ob dies allerdings der Fall ist, ist ex ante überhaupt nicht festzustellen. Denn was ermittelt werden soll und wie ermittelt werden kann, läßt sich im Vorhinein nur höchst unzulänglich abschätzen. Als einzige, eindeutig verifizierbare Voraussetzung bleibt somit, daß eine Person als Täter oder Teilnehmer einer Straftat überhaupt in Betracht kommt. Dementsprechend sind die wesentlichen Sicherungen der Rechte von Betroffenen auch nicht in den *materiellen Voraussetzungen*, sondern im *Verfahren* der Abhörgenehmigung nach § 100b StPO zu finden. Die Überwachung darf nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden. Diese Beschränkung dient dazu, den vorbeugenden Rechtsschutz des Betroffenen sicherzustellen, der von den Maßnahmen vorher weder informiert war noch die Möglichkeit hatte, angehört zu werden oder Rechtsbehelfe zu ergreifen. Vorherige richterliche Beteiligung dient hier zum Ausgleich des Überraschungsmoments für den Betroffenen bei schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigungen<sup>43</sup>. Die Regelungen der StPO lassen aber zentralen Fragen, die wegen der genannten Unsicherheiten im Entscheidungszeitpunkt gerade für das Post- und Fernmeldegeheimnis von zentraler Bedeutung sind, offen: (1.) Wozu dürfen die erlangten Kenntnisse überhaupt verwendet werden? (2.) Dürfen Hinweise auf andere Straftaten als die, zu welchen der Eingriff zulässig war, verwertet werden? (3.) Dürfen Hinweise auf andere Straftaten als die, zu deren Aufklärung der konkrete Eingriff im Einzelfall angeordnet worden ist, verwendet werden? (4.) Dürfen Hinweise auf Straftaten von Personen, gegen die sich die ursprüngliche Anordnung nicht richtete, verwertet werden? (5.) Dürfen Hinweise verwertet werden, wenn das richterliche Verfahren fehlerhaft war oder rechtswidrig einfach unterblieb?

(2) Im *öffentlichen Recht* sind die zentralen Eingriffsermächtigungen für die *Nachrichtendienste* im G-10 zusammengefaßt<sup>44</sup>. Das Gesetz ermächtigt nur die Nachrichtendienste (§ 4 G-10), nicht die Polizei. Zugleich ist es die einzige Ermächtigungsgrundlage für nachrichtendienstliche Post- und Fernmeldeüberwachung. Sonstige Eingriffe dieser Dienste aufgrund ungeschriebener, strafprozessualer oder Notstandskompetenzen sind unzulässig. Die Eingriffe sind zulässig zum Schutz des Bestandes oder der Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr von Gefahren für die freiheitliche demokratische Grundordnung. Dazu unterscheidet das Gesetz zwei Fälle: Beschränkungen gegen eine Person (§ 2 G-10) und Beschränkungen zur Sammlung von Informationen ohne Personenbezug (§ 3 G-10). Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Beschränkungen gegen einzelne Personen sind denjenigen des § 100a StPO nachgebildet. Beschränkungen nach § 3 G-10 sind zulässig zur Sammlung von Nachrichten, wobei nicht die Feststellung von Personen, sondern diejenige bestimmter Informationen Gegenstand der Erhebung sein soll. Daher werden auch nicht die Beteiligten an einen Kommunikationsvorgang festgestellt, sondern lediglich die in der Sendung enthaltenen Informationen geprüft. Maßnahmen gegen Personen sind allerdings nach § 3 II G-10 in eingeschränktem Maße auch aufgrund solcher Informationen zulässig. In der Praxis wird hier so verfahren, daß ein bestimmter Anteil von Sendungen nach dem Zufallsprinzip stichprobenhaft geöffnet und gelesen bzw. von Ferngesprächen abgehört wird<sup>45</sup>. Das Problem derartiger Maßnahmen liegt darin, daß Eingriffe „ins Blaue hinein“ vorgenommen werden, ohne daß konkrete Anhaltspunkte gegen die Beteiligten vorliegen, und zugleich solche Informationen aufgrund § 3 II G-10 gegen die Beteiligten verwendet werden dürfen. Die damit zusammenhängenden Fragen hat das BVerfG bis-

lang nicht diskutiert. Wesentlich problematischer sind die *verfahrensrechtlichen* Fragen nach dem G-10: Hier entscheiden keine Gerichte, sondern die parlamentarische G-10-Kommission (§ 9 II G-10). Diese ist kein Gericht, sondern ein vom Bundestag bestelltes Organ, dessen Mitglieder bis auf den Vorsitzenden keine Befähigung zum Richteramt aufweisen müssen, wohl aber richterliche Unabhängigkeit genießen. Demgegenüber ist der Rechtsweg grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 10 II 2, 19 IV 3 GG, § 9 VI G-10). Das BVerfG hat dies für zulässig gehalten, sofern die Kontrolle durch die Kommission derjenigen durch ein Gericht gleichwertig ist<sup>46</sup>. Daran bestehen allerdings erhebliche tatsächliche Zweifel: (1.) Die Kommission hat kein eigenes Recht auf Tatsachenerhebung, sondern ist bezüglich ihrer tatsächlichen Kenntnisse gerade auf diejenigen Behörden angewiesen, welche sie kontrollieren soll; (2.) die Kommission entscheidet nicht notwendig vor Beginn der Maßnahme, sondern „bei Gefahr im Verzuge“ gem. § 9 II 2 G-10 auch nachträglich; (3.) die Kommission entscheidet nicht nur über die Rechtmäßigkeit, sondern auch über die Zweckmäßigkeit der Maßnahme. Damit gerät sie in die Gefahr „parlamentarischer Mitregierung“ statt unabhängiger Rechtskontrolle.

Die genannten Schrankenbestimmungen zeigen, daß das Problem der Tatsachenunsicherheit bei Anordnung und Durchführung der Post- und Fernmeldekontrolle durch verfahrensmäßige Vorkehrungen reduziert werden sollte, wobei das G-10-Verfahren noch erhebliche Defizite aufweist<sup>44</sup>. Völlig ungeklärt ist allerdings die Bewältigung der Zufallsfunde. Hier ist insbesondere das Übermaßverbot thematisiert.

Für solche Daten, die durch rechtmäßige Grundrechtseingriffe erlangt sind, enthält § 7 III G-10 eine Spezialregelung. Danach dürfen die durch nachrichtendienstliche Eingriffe erlangten Daten nur zu solchen Zwecken verwendet werden, zu welchen ihre Erhebung zulässig ist<sup>47</sup>. Die daraus resultierenden Beweisverbote erstrecken sich nicht nur auf solche Kenntnisse und Unterlagen, die unmittelbar durch die nach § 1 G-10 angeordneten Maßnahmen erlangt worden sind, sondern auch auf solche Beweismittel, zu denen diese Kenntnisse und Unterlagen erst den Weg gewiesen haben<sup>48</sup>. Das BVerfG hat darüber hinaus eine weitere Zweckbindung der erlangten Informationen konkretisiert<sup>49</sup>. Danach dürfen Daten, die in einem speziellen Verfahren gewonnen worden sind, in einem anderen staatlichen Verfahren nur unter der Voraussetzung verwendet werden, daß sie auch in diesem Verfahren rechtmäßig hätten gewonnen werden können. Dieses Verwertungsverbot bezieht sich nicht nur auf das unmittelbare Einfließen der erlangten Informationen etwa auf ein Strafurteil, sondern auch auf die Verwertung jener Informationen für die Erlangung weiterer Beweismittel durch das Gericht. Derartige Daten dürfen also weder als Beweismittel im Urteil verwendet werden noch dürfen auf ihrer Grundlage weitere Ausforschungen vorgenommen werden, etwa die Beteiligten des ersten Verfahrens als Zeugen vernommen werden. Damit nähert sich das BVerfG dem Grundsatz, daß der Staat Informationen nur für solche Zwecke und in solchen Verfahren verwenden darf, in denen ihre Gewinnung rechtmäßig wäre.

40) Überblick bei Welp, Jura 1981, 472 m. Nachw.

41) Überblick bei Engels, Die Grenzen des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, 1972, S. 25 ff.

42) Dazu Welp (o. Fußn. 16), S. 45 ff.; ders., DÖV 1970, 267.

43) S. auch Amelung, ZfP 1975, 78 f.; modifizierend Gusy, JuS 1980, 721.

44) Dazu eingehend VG Köln, NJW 1981, 1630; OVG Münster, NJW 1983, 2346; C. Arndt, DVBl 1978, 389 ff.; ders., in: Festschr. f. Schäfer, 1980, S. 147 ff.; Evers, NJW 1978, 2183 f.; Schatzschneider (o. Fußn. 18), S. 242; Gusy, NJW 1981, 1581 ff.

45) Dazu jüngst BVerfG, NJW 1985, 121; s. auch C. Arndt, NJW 1985, 107; abl. Frankenberg, KritJ 1984, 437 ff.

46) BVerfGE 30, 1, (23 f., 30) = JuS, 2aO (o. Fußn. 8), s. auch EGMR, NJW 1979, 1755.

47) Überblick hierzu bei Gusy, VerwArch 1983, 91 ff.

48) BGH, NJW 1980, 1700; Riegel, JZ 1980, 757 ff.

49) BVerfG, NJW 1981, 1431.

Sofern der Eingriff in das Post- und Fernmeldegeheimnis rechtswidrig war, besteht über die daraus resultierenden Verwertungsverbote keine Einigkeit. Das *BVerfG* hat festgestellt, daß ein rechtswidriges Eindringen in grundrechtlich vermittelte Geheimbereiche ein absolutes Beweis-, Verfahrens- und Verwertungsverbot, dem zudem Fernwirkung zukommt, nach sich zieht<sup>50</sup>. Dieser Grundsatz gilt ohne Differenzierung zwischen den einzelnen Freiheitsrechten. Einige Autoren beschränken dieses Verwertungsverbot auf die Verletzung von Grundrechten durch die Informationserhebung<sup>51</sup>. Diese Beschränkung würde insofern die unerquickliche und wenig weiterführende Fragestellung nach der Verletzung von „spezifischem Verfassungsrecht“<sup>52</sup> für das Datenschutzrecht in neuem Zusammenhang stellen. Demgegenüber ist die staatliche Erhebung personenbezogener Informationen, sofern sie gegen Grundrechte oder einfache Gesetze verstößt, stets rechtswidrig. Eine gesteigerte Rechtswidrigkeit aus der Verletzung von Grundrechten ergibt sich dabei nicht. Vielmehr ist die Informationserhebung in jedem Fall unzulässig, wenn sie gegen höherrangiges Recht verstößt. Die Rechtswidrigkeit der Informationserhebung führt daher stets zu einem Speicherungs- und Verwertungsverbot<sup>53</sup>. Nicht nur im Datenschutzrecht, sondern im Bereich der öffentlichen Verwaltung und Gerichte allgemein gilt das „Prinzip der schmutzigen Hände“: Was nicht erhoben werden durfte, darf erst recht nicht gespeichert werden<sup>54</sup>.

#### IV. Aktuelle Einzelfälle

##### 1. Grundrechtsgeltung im Sonderstatus?

Die Problematik der Grundrechtsgeltung im Sonderstatus wurde in jüngerer Zeit deutlich am Beispiel der Frage, ob eine Hochschule berechtigt ist, Telefongespräche eines Hochschullehrers zu registrieren, um für Privatgespräche Gebührenerstattung zu verlangen<sup>55</sup>. Vorrangig stellt sich die Frage, ob die Registrierung einen Eingriff in das Grundrecht der Betroffenen darstellt.

Seit das *BVerfG* die Geltung der Grundrechte im „besonderen Gewaltverhältnis“ anerkannt und den Gesetzesvorbehalt auch auf solche Grundrechtseingriffe erstreckt hat, die zur „Wahrung der Funktionsfähigkeit verfassungsrechtlich anerkannter öffentlicher Einrichtungen“ durchgeführt werden<sup>56</sup>, schienen „besondere Gewaltverhältnisse“ der Vergangenheit anzugehören. Diese Wende der Rechtsprechung scheint jedoch bezüglich der Grundrechtsgeltung in nunmehr „Sonderstatus“ genannten Rechtsverhältnissen mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet zu haben.

So kam das *VG* im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß der Hochschullehrer sich gegenüber der Registrierung seiner Telefonate auf das Grundrecht aus Art. 10 GG berufen könne<sup>57</sup>. Demgegenüber verneinte das *OVG* den Schutz des Art. 10 I GG für „dienstliche“ Gespräche, ohne jedoch die eigentlich relevante Frage zu thematisieren, wie die dienstlichen ohne Beeinträchtigung der außerdienstlichen Gespräche, welche danach dem Grundrechtsschutz durchaus unterfallen, registriert werden können. Eine Kontrolle ist eben durch den formellen Persönlichkeitsschutz des Art. 10 I GG generell ausgeschlossen<sup>58</sup>.

Eine Antwort wird dazu aufgrund der Unterscheidung von Beamtenrecht, Amtsrecht und Organisationsrecht gesucht<sup>59</sup>. Danach geht es im vorliegenden Fall um die „Kontrolle der Amtswaltung“. Der Amtswalter ist dabei Glied der Verwaltung und als solcher nicht Zuordnungssubjekt von eigenen Rechten und Pflichten. Dementsprechend soll er mangels Außen- und Innenrechtssubjektivität auch grundsätzlich in Bezug auf seine Amtswaltung nicht grundrechtsfähig sein. Diese Einbuße an Grundrechtsfähigkeit sei in §§ 35 ff. BRRG, 52 ff. BBG statuiert; ihre Grenze sei gem. §§ 37 BRRG, 55

BBG die Menschenwürde. Gegen sie werde nicht verstoßen, wenn die dienstlich geführten Ferngespräche registriert würden. Danach liegt der Grund für eine Differenzierung zwischen den grundrechtlich geschützten und nicht geschützten Telefonaten nicht im Inhalt der Gespräche, sondern in der Tatsache, daß der Beamte als Amtswalter die Gespräche geführt hat<sup>60</sup>. Auf dieser Grundlage setzt sich somit die traditionelle Ansicht von der Differenzierung zwischen „Grund-“ und „Betriebsverhältnis“<sup>61</sup> im besonderen Gewaltverhältnis auf anderer terminologischer Grundlage fort. Durch den Eintritt in den Sonderstatus erleidet der einzelne, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist, eine Einbuße an Rechtssubjektivität, die sich auch auf die Grundrechtssubjektivität erstreckt.

Mit dieser Einbuße an Grundrechtsträgerschaft wird das Problem der Grundrechtsgeltung im Sonderstatus allerdings von einem Anwendbarkeitsproblem zu einem Schrankenproblem. Die Begrenzung der Grundrechtsträgerschaft stellt einen Eingriff in das Post- und Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 I GG dar. Voraussetzung für einen solchen Eingriff ist stets, daß ein Gesetz ihn legitimiert. Andere als gesetzlich normierte öffentliche Belange dürfen – ungeachtet ihrer Bedeutung – die Grundrechte weder begrenzen noch beschränken. Bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf die Registrierung von Telefongesprächen – wie auch des „dienstlichen“ Postverkehrs – stellen sich jedoch Sonderprobleme. Diese resultieren daraus, daß der Grundrechtsschutz nicht nur dem Kommunikationsteilnehmer mit amtlicher Funktion zukommt, sondern für denselben Kommunikationsvorgang auch dem Dritten<sup>62</sup>, der als Telefonpartner oder Briefempfänger vorgesehen ist. Er ist gleichfalls Grundrechtsträger und Berechtigter des konkreten Geheimnisschutzes. Sein Schutz kann nicht dadurch aufgehoben werden, daß sein Kommunikationspartner in amtlicher Funktion grundrechtslos gestellt wird; jede Registrierung des Gesprächs greift immer zugleich in sein Grundrecht aus Art. 10 I GG ein. Ihm gegenüber gelten allerdings die Beamtengesetze ebensowenig wie die öffentlichen Belange, welche eine Registrierung der „dienstlichen“ Ferngespräche rechtfertigen. Greifen solche Maßnahmen somit auch den Dritten gegenüber in ihr Grundrecht aus Art. 10 I GG ein, so fehlt es dafür an einer gesetzlich vorgesehenen Eingriffsermächtigung. Die Zulässigkeit der Registrierung dem Beamten gegenüber rechtfertigt diese Maßnahme noch nicht gegenüber anderen Personen. Eine gesetzliche Eingriffsgrundlage gegenüber Dritten liegt aber nicht vor. Völlig abwegig ist demgegenüber die Auffassung, der Angerufene habe auf seinen Grundrechtsschutz schon durch das Einverständnis mit der Erstellung eines Fernmeldeanschlusses

50) *BVerfGE* 44, 353 (383 f.); zust. *Vogel*, NJW 1979, 2524; *Knauth*, JuS 1979, 341; *ders.*, NJW 1977, 1511.

51) Im Ansatz *Evers*, ZRP 1980, 111; *Schatzschneider* (o. Fußn. 18), S. 173 ff.

52) Zu dieser Formel *Steinwedel*, Spezifisches Verfassungsrecht, 1976; s. auch *Shuppert*, AöR 1978, 43 ff.

53) *VGH München*, NJW 1984, 2235; *Podlech*, Datenschutz im Bereich der öffentlichen Verwaltung, 1973, S. 14, 62; *Gusy*, DÖV 1980, 433 ff.

54) *Jensen*, DVR 1977, 3 f.

55) Dazu: *VG Bremen*, NJW 1978, 66 = JuS 1978, 264 Nr. 2; *OVG Bremen*, NJW 1980, 606 = JuS 1980, 907 Nr. 4; *BVerwG*, NJW 1982, 840.

56) *BVerfGE* 33, 1 = JuS, aaO (o. Fußn. 8); s. dazu insb. *Erichsen*, in: Festschr. f. H. J. Wolff, 1973, S. 219 ff.

57) Zust. *Meyn*, NJW 1978, 657 f.; *Schatzschneider*, ZRP 1981, 268 f.; abl. v. *Münch*, NJW 1978, 67 f.

58) S. oben I.

59) *Erichsen*, VerwArch 1980, 436 ff.; zu dieser Unterscheidung ausf. *Schnapp*, AmtsR und BeamtenR, 1977; zur neueren Entwicklung *Ronelfitsch*, DÖV 1981, 933; 1984, 781.

60) So der Sache nach auch v. *Münch* (o. Fußn. 57), S. 68.

61) Grdl. *Ule*, VVDStRL 15, 141 ff.

62) So auch *Erichsen*, VerwArch 1980, 436.

verzichtet<sup>63</sup>. Dann hätte nämlich das Post- und Fernmeldegeheimnis, das Postverkehr voraussetzt, keinen Anwendungsbereich mehr, wenn die Postbenutzer durch die Postbenutzung auf ihre Grundrechte verzichten. Das gilt auch für die Ansicht, der Betroffene habe in die „Offenbarung seiner Telefonnummer“ eingewilligt<sup>63</sup>. Selbst wenn dies zutrifft, so ist davon noch nicht die Offenbarung von konkreten Gesprächen mit anderen Personen umfaßt.

Demgegenüber verstößt eine vergleichbare Registrierung „dienstlicher“ Telefonate durch private Arbeitgeber nicht gegen Art. 10 I GG, da das Grundrecht lediglich vor staatlichen Eingriffen schützt. Hier sind die einschlägigen Normen des Zivil- und Arbeitsrechts einschlägig<sup>64</sup>.

## 2. Die Zulässigkeit der Einrichtung von Fangschaltungen

Zur Aufklärung von Straftaten werden bisweilen von der Bundespost „Fangschaltungen“ eingerichtet, um einen Anrufer zu ermitteln. Dabei veranlaßt ein Fernsprechteilnehmer die Installation einer Vorrichtung, welche es der Post erlaubt, einen Anrufer zu identifizieren, der den Teilnehmer belästigt, beleidigt oder bedroht. Die auf diese Weise erlangten Kenntnisse finden später gegebenenfalls vor Gericht gegen den Anrufer Verwendung. Eine solche Schaltung dient zur Identifikation zumindest eines Teilnehmers des Kommunikationsvorgangs, dessen Kommunikationsteilnahme somit nicht geheim bleibt. Sie greift daher grundsätzlich in sein Grundrecht aus Art. 10 I GG ein<sup>65</sup>. Dieser Eingriff wird mit einem Grundrechtsverzicht des Angerufenen legitimiert<sup>66</sup>.

Danach hat der Angerufene durch den Antrag auf Einrichtung der Fangschaltung auf seinen Schutz aus Art. 10 I GG verzichtet. Die Möglichkeit dazu wird mit der allgemeinen Verzichtbarkeit des Grundrechtsschutzes aus Art. 10 GG begründet<sup>67</sup>. Zudem stehe keinem Fernsprechteilnehmer ein Anspruch auf Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gegenüber dem anderen zu<sup>68</sup>. Das Grundrecht aus Art. 10 GG wende sich lediglich gegen den unbefugten Einbruch Dritter in den Kommunikationsvorgang; im Verzicht eines Beteiligten liegt demgegenüber praktisch die Preisgabe der Geheimhaltung des gesamten Vorgangs.

An dieser Argumentation ist grundsätzlich zutreffend, daß das Post- und Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 I GG sich nicht gegen Private richtet. Auch für die Teilnehmer untereinander kommt ihm keine Bedeutung zu. Diese Tatsache erlangt zunächst für die im Kommunikationsvorgang übermittelten Informationen Relevanz. Jeder Beteiligte ist berechtigt, die ihm mitgeteilten Informationen unmittelbar nach dem Ferngespräch – oder gar während des Gesprächs selbst – Dritten – etwa auch staatlichen Stellen – zu berichten. Das ergibt sich daraus, daß Art. 10 I GG das Kommunikationsmittel als Überbrückung der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten, nicht hingegen die dadurch übermittelten Informationen schützt. Dem Staat als Drittem steht demnach kein Recht auf Eingriff in das Kommunikationsmittel Fernsprechverkehr zu, wiewohl er durchaus die auf diesem Wege übermittelten Tatsachen zur Kenntnis erlangen kann und dafür – etwa in § 138 StGB – sogar ausdrückliche Gebote geschaffen hat. Diese Trennung von geschütztem Kommunikationsvorgang und freier Information liegt dem Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG zugrunde. Eine derartige Konstellation liegt im Fall der Fangschaltung jedoch nicht vor. Sie zeichnet sich gerade durch staatliche Teilhabe nicht nur an der Information, sondern auch an dem Ferngespräch als Kommunikationsvorgang selbst aus. Am Gespräch selbst nehmen eben nicht nur die Beteiligten teil, sondern auch ein Dritter, nämlich der Staat. Dieser ist jedoch Adressat des Art. 10 I GG; eine solche Teilhabe ist ihm dadurch gerade untersagt.

Sie kann daher lediglich zulässig sein, wenn auf den Grundrechtsschutz wirksam verzichtet worden ist. Gegenüber der

allgemeinen, hier nicht diskutierbaren Problematik der Möglichkeit und Zulässigkeit eines Grundrechtsverzichts<sup>69</sup> entsteht bezüglich des Schutzes durch Art. 10 I GG hier das Sonderproblem, ob die Verzichtserklärung durch einen Beteiligten ausreicht. Durch das Post- und Fernmeldegeheimnis werden alle am konkreten Kommunikationsvorgang Beteiligten geschützt<sup>70</sup>; sie sind nicht nur abstrakt Träger des Grundrechts, sondern zugleich Anspruchsinhaber von Unterlassungs- und Reaktionsansprüchen. Ein Eingriff in den Kommunikationsvorgang greift somit gegenüber jedem einzelnen Teilnehmer in seinen Grundrechtsschutz ein; die Zulässigkeit dieses Eingriffs ist daher gegenüber jedem von ihm gesondert zu beurteilen. Diese Tatsache hat Konsequenzen nicht nur für den Gesetzesvorbehalt, sondern auch für den Grundrechtsverzicht. Verzichtbar ist der Geheimnisschutz nur dadurch, daß alle Beteiligten in seine Aufhebung einwilligen<sup>71</sup>. Dabei kann weder der eine Teilnehmer den anderen vertreten, noch ist in einem bloßen Anruf ein konkludenter Verzicht zu erkennen. So kann etwa durch beiderseitige Einwilligung ein Gespräch auch von staatlichen Stellen auf Tonband aufgezeichnet werden, um später als Interview Verwendung zu finden. Voraussetzung dafür ist jedoch stets, daß beide Beteiligten ausdrücklich in die Aufzeichnung einwilligen. Damit ist das Post- und Fernmeldegeheimnis seinem Schutzbereich nach mit dem Schutz unmittelbarer Kommunikation parallel: Hier steht die Befugnis zur Disposition über den privaten Charakter der Kommunikation nur allen Beteiligten gemeinsam zu; zumindest eine konkludente Einwilligung in die Teilnahme Außenstehender ist unabdingbar. Andernfalls kommt der Kommunikationsvorgang nicht zustande. Kompensiert das Post- und Fernmeldegeheimnis den Verlust an Privatheit durch die räumliche Distanz, so kann auch hier die Veröffentlichung nicht durch Einwilligung eines Teilnehmers allein geschehen.

Nicht entschieden ist damit die Frage, ob ein Teilnehmer des Gesprächs oder ein privater Dritter ein Ferngespräch auf Tonband aufnehmen kann. Diese Frage ist nach zivil- und strafrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen<sup>72</sup>.

## 3. Die Registrierung von Ferngesprächen zu Abrechnungszwecken

Vereinzelt hat die Deutsche Bundespost bestimmte Ferngespräche, die im Selbstwählverkehr geführt worden waren, nach ihrem genauen Zeitpunkt, dem Anrufer und der Nummer des Angerufenen sowie ihrer Dauer durch EDV registriert, um so über eine genaue Grundlage für die Fernmelde-rechnungen zu verfügen sowie Reklamationen zu vermeiden<sup>73, 74</sup>. Solche Registrierungen sind auf Antrag eines Teilnehmers<sup>75</sup> oder ohne deren Einwilligung von Amts wegen eingeführt worden.

Das Post- und Fernmeldegeheimnis schützt nicht lediglich den Inhalt der fernmündlichen Kommunikation, sondern

63) LAG Düsseldorf, Betr 1984, 2624.

64) LAG Düsseldorf, aaO (o. Fußn. 63), einerseits; ArbG Hamburg, Betr 1984, 2625 andererseits.

65) Amelung-Pauli, MDR 1980, 802; ebenso wohl Meyn, NJW 1978, S. 658.

66) BayObLG, DVBl 1974, 598f.

67) Dazu BGHSt 19, 278; Evers, JZ 1967, 68; Badura (o. Fußn. 2), Rdnr. 27; Schmidt-Bleibtreu-Klein (o. Fußn. 15), Rdnr. 8.

68) BayObLG, DVBl 1974, 598.

69) Dazu zuletzt Pietzcker, Der Staat 1978, 527ff.; Robbers, JuS 1985, 925ff.

70) S. o. II.

71) So schon Amelung-Pauli, MDR 1980, 802f.; s. auch OLG Köln, NJW 1970, 1856.

72) Dazu jüngst etwa KG, JR 1981, 254 m. Anm. Tenckhoff, S. 255ff.

73) Dazu Schatzschneider, ZRP 1981, 130ff.

74) S. hierzu näher OVG Münster, NJW 1975, 1335.

75) Badura (o. Fußn. 2), Rdnr. 32; Meyn, NJW 1978, 658 m. w. Nachw.

auch die äußeren Umstände des Kommunikationsvorganges, etwa die Häufigkeit, den Zeitpunkt oder die Dauer des Gesprächs sowie die Tatsache, ob überhaupt ein Gespräch stattgefunden hat oder auch nur versucht worden ist<sup>76</sup>. Damit entspricht es in vollem Umfang dem Schutz der Privatheit unmittelbarer Kommunikation, da auch hier die Tatsache des Kommunikationsvorganges und dessen nähere Umstände nach der Disposition der Beteiligten dem Zugriff und Einblick Dritter entzogen werden können. Diesen Schutz genießen alle Kommunikationsteilnehmer, bezüglich des Post- und Fernmeldegeheimnisses somit Absender und Empfänger von Sendungen sowie alle Beteiligten an Ferngesprächen. Sofern ein Teilnehmer in die Registrierung seines Gesprächs aus Abrechnungsgründen einwilligt, kann diese Einwilligung allein nicht ausreichen, um die von ihm geführten Ferngespräche dem Schutz des Art. 10 I GG zu entziehen. Vielmehr ist dazu die Einwilligung auch des je anderen Partners erforderlich<sup>77</sup>. Da diese jedoch regelmäßig nicht vorliegt, kann die Einwilligung keinen Ausschluß des Grundrechtsschutzes im Sinne eines Verzichts begründen.

Demnach kann nur eine gesetzliche Eingriffsermächtigung die Registrierung von Ferngesprächen zu Abrechnungszwecken rechtfertigen. Gewohnheitsrecht ist hierzu nicht in der Lage, da es die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Grundrechtseingriffe nicht erfüllt<sup>78</sup>. Ebensowenig können fiskalische Belange der Deutschen Bundespost einen solchen Eingriff legitimieren. Das gilt zumindest solange, wie sie keinen gesetzlichen Niederschlag in Form einer Eingriffsermächtigung gefunden haben.

Als solche Eingriffsermächtigung wird bisweilen § 12 I 2 FernmeldeO herangezogen. Danach ist „jede Benutzung, die gegen die Gesetze verstößt oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet“, ein Mißbrauch der Fernsprecheinrichtungen. Der Bundespost wird zur Überwachung der Einhaltung dieser Vorschrift eine allgemeine Mißbrauchsaufsicht zuerkannt<sup>79</sup>. Dabei ist jedoch schon die Anwendbarkeit dieser Vorschrift zweifelhaft, da hier nicht zur Abwehr einzelner individueller Mißbräuche, sondern zur allgemeinen Erhebung von Grundlagen für die Gebührenabrechnung registriert wird. Weder ein Anruf eines Teilnehmers noch mögliche Reklamationen begründen allein einen Mißbrauch der Fernmeldeanlagen. Zentrales Problem jener Ansicht ist jedoch die Frage nach der adäquaten Reaktion auf einzelne „Mißbräuche“. Der Zweck ihrer Verhinderung rechtfertigt keineswegs jedes Mittel; insbesondere sind Grundrechtseingriffe nur in dem Rahmen zulässig, in dem sie ausdrücklich gesetzlich angeordnet sind. Das gilt um so mehr, als die Registrierung auch eine Vielzahl von Fernsprechteilnehmern treffen würde, die keinerlei Mißbrauch begangen haben und bei denen ein solcher auch nicht zu befürchten steht. Mißbrauchsabwehr bedarf demnach, soll sie grundrechtseinschränkend wirken, einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigunggrundlage, die ihrerseits den rechtsstaatlichen Anforderungen an Bestimmtheit, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit genügen muß. Die Registrierung aller Ferngespräche zur Verhinderung von 0,5 bis 1 Promille an Beanstandungen gegenüber Fernmelderechnungen ist in diesem Rahmen unverhältnismäßig und daher unzulässig<sup>80</sup>. Dieselben Grundsätze gelten auch für andere „Mißbrauchsfälle“. Zur Aufklärung von Straftaten haben §§ 100a ff. StPO eigene Regelungen geschaffen, die abschließend sind. Eine Ausdehnung über diesen Bereich hinaus aus allgemeinen Generalklauseln, die in anderen Zusammenhängen stehen, ist unzulässig.

Demnach ist die Registrierung von Ferngesprächen zu Abrechnungszwecken sowohl auf Antrag eines Teilnehmers als auch von Amts wegen unzulässig.

Professor Dr. Dietmar Willoweit, Würzburg

## Die Rechtsprechung zum Gefälligkeithandeln\*

### I. Einführung

Über die dogmatische Einordnung der sog. „Gefälligkeitsverhältnisse“ in das bürgerliche Recht besteht im Schrifttum keine Einigkeit<sup>1</sup>. Während die überkommene Lehre annahm, mit dem Ausschluß rechtlicher Bindung entfalle mangels Rechtsgeschäftlichkeit der Vereinbarung die Anwendbarkeit schuldvertraglicher Regeln, ist neuerdings die Überzeugung im Vordringen begriffen, Gefälligkeitsverhältnisse hätten Verpflichtungen kraft objektiven Rechts zur Folge und seien daher als „gesetzliche“ Schuldverhältnisse zu verstehen. Die beiden gegensätzlichen Standpunkte haben jeweils ein spezifisches Anliegen im Blick: Der ersteren Meinung geht es darum, Rechtspflichten und die schärferen Grundsätze vertraglicher Haftung aus Lebensbereichen fernzuhalten, die in der Gesellschaft herkömmlicherweise rechtlichen Regelungen nicht unterworfen werden; die letztere Auffassung möchte dagegen gerade verhindern, daß mangels rechtsgeschäftlicher Beziehungen eine Zurechnung von Schadensfolgen entfallen muß, da sich der vorangegangene Rechtsgüterkontakt nicht wesentlich von den tatsächlichen Gegebenheiten im Rahmen rechtsgeschäftlicher Beziehungen unterscheidet. Die Ziele beider Positionen sind nicht so unvereinbar, wie die starre dogmatische Argumentation vermuten läßt. Ein Schuldverhältnis liegt nicht nur im Falle des Leistungsversprechens, sondern auch dann vor, wenn die Parteien in Wahrnehmung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit auf die Begründung einer Leistungspflicht verzichten und die real erbrachte Leistung lediglich durch eine Rechtsgrundabrede sichern. Die sog. Gefälligkeitsverhältnisse gehören überwiegend zu diesen einfachen Leistungsbeziehungen, die typischerweise nicht mit vorausgehenden Verpflichtungen, durchaus aber mit besonderen Gefährdungen der beiderseitigen Rechtsgütersphären verbunden sind, wie sie nur in vertraglichen Beziehungen vorkommen. Daher genügt im Schadensfalle die Anwendung der §§ 823 ff. nicht. Es können Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung – der Begriff „Forderungsverletzung“ ist hier zu eng – wegen schuldhafter Nichtbeachtung von Schutzpflichten gegeben sein, auch wenn sich die Parteien zur Leistung selbst nicht verpflichten wollten. Die im Rahmen der §§ 133, 157 vorzunehmende juristische Wertung der von den Parteien angestrebten Rechtsfolgen ermöglicht interessengerechte Lösungen auch der schuldrechtlichen Probleme, welche im Bereich von Gefälligkeithandlungen auftreten können.

Die folgende Rechtsprechungsübersicht soll zunächst über die tatsächlich vorkommenden Fallkonstellationen informieren und dazu beitragen, das Problemfeld der gefälligkeithalber erbrachten Leistungen vom Odium lebensfermer Schuldoktrin zu befreien. Vor allem aber hat die Untersuchung der Judikatur zum Ziel, die maßgebenden Entscheidungstendenzen aufzudecken, wobei aus Raumgründen freilich die Analyse hinter der Stoffvermittlung zurückstehen muß. Die Frage nach dem Gewicht der Kasuistik<sup>2</sup>, ist an Hand von Fallgruppen zu prüfen. Denn da es ein einheitliches Rechtsinstitut

76) S. o. IV 2.

77) Anders aber OLG Köln, NJW 1970, 1856 (1857); LG Kiel, NJW 1978, 1491; wie hier Schatzschneider, ZRP 1981, 131.

78) Dürig (o. Fußn. 25), RdNr. 67; s. auch OLG Köln, 2aO (o. Fußn. 77).

79) Schatzschneider, ZRP 1981, 132.

80) Schatzschneider, ZRP 1981, 133; auch Engels (o. Fußn. 41), S. 173 ff.

\* §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

1) Der folgende Rechtsprechungsbericht geht von der dogmatischen Konzeption aus, wie sie der Verfasser in seinem Beitrag „Schuldverhältnis und Gefälligkeit, Dogmatische Grundfragen“ (JuS 1984, 909-916) dargelegt hat.

2) Staudinger-J. Schmidt, BGB, 12. Aufl. (1982), Vorb. §§ 241 ff. RdNr. 195; Kramer, in: MünchKomm, 1979, Vorb. § 241 RdNr. 31.