

Grundfälle zu Art. 10 GG*

Wiss. Mitarbeiter Dr. Andreas Funke, Köln, und Wiss. Mitarbeiter Dr. Jörn Lüdemann, Bonn

Art. 10 GG, der mit dem Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis die Vertraulichkeit individueller Kommunikation auf Distanz schützt, stand lange Zeit im Schatten anderer Grundrechte. In den letzten Jahren haben neben der Privatisierung der Deutschen Bundespost vor allem die Entwicklung des Telekommunikationssektors und der wachsende Informationshunger des modernen Präventionsstaates die Norm wieder stärker ins Licht der Grundrechtsdogmatik gerückt.

I. Bedeutung und Struktur des Art. 10 GG

So wie Art. 13 I GG dem Bürger eine räumliche Privatsphäre garantiert¹, schützen die Grundrechte des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 I GG seine kommunikative Privatheit. Sie umhegen die Vertraulichkeit menschlicher Kommunikation auf Distanz, weil der Austausch zwischen Abwesenden besonders sensibel ist: Ein Brief kann auf dem Postweg geöffnet, ein Telefonat abgehört, der Inhalt einer E-Mail im Netz ausgespäht werden.

Wie elementar der Schutz des Kommunikationsgeheimnisses für das Individuum und für eine freiheitliche Kommunikationsverfassung ist, illustriert die reiche Geschichte hoheitlicher Neugierexzesse. Sie reicht von Brieföffnungsstellen, wie sie der französische König *Ludwig XI.* bereits im 15. Jahrhundert aus Sorge um seinen Machterhalt anordnete, über die massenhafte Auswertung privater Briefe und Telegramme durch das Ministerium für Staatssicherheit der ehemaligen DDR bis in die heutige Zeit.

Im Anschluss an den – im Dritten Reich suspendierten – Art. 117 WRV² – unterscheidet das Grundgesetz in Art. 10 I das Brief-, das Post- und das Fernmeldegeheimnis³. Ob man darin drei Einzelgarantien sieht⁴ oder aber drei Teilgarantien eines einheitlichen Grundrechts⁵, ist für den Grundrechtsschutz letztlich unerheblich⁶. Der zweite Absatz der Norm

Funke, Lüdemann: Grundfälle zu Art. 10 GG(JuS 2008, 780)

781

stellt die in Art. 10 I GG gewährleisteten Kommunikationsgeheimnisse unter einfachen Gesetzesvorbehalt. Auch im modernen Verfassungsstaat ist das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis also keineswegs „unverletzlich“, wie es der Wortlaut des Art. 10 I GG in überkommener Terminologie⁷ etwas vollmundig verkündet⁸.

II. Sachliche Schutzbereiche

1. Briefgeheimnis

Fall 1: A malt für B ein Herz auf ein Blatt Papier, steckt es in einen adressierten, unverschlossenen Briefumschlag und gibt diesen in einer Filiale der Deutsche Post AG auf. Unterfällt die Sendung dem Briefgeheimnis?

Gegenstand des Briefgeheimnisses sind nicht allein die umgangssprachlich als „Briefe“ bezeichneten Sendungen, sondern alle verkörpert individuellen Mitteilungen, unabhängig von ihrer Form, ihrer Herstellungsart und ihrem Inhalt. Dass die Sendung verschlossen ist, wird überwiegend zu Recht nicht verlangt⁹. Zwar spricht das Grundgesetz vom Brief*geheimnis*, aber auch bei einer offenen Sendung willigt der Absender nicht automatisch in eine Kenntnisnahme durch Staatsorgane ein. Auch Postkarten fallen somit in den Schutzbereich. Verschlossene Sendungen werden schon dann erfasst, wenn sie eine individuelle Mitteilung enthalten *könnten*¹⁰. Waren- oder Postwurfsendungen

sind hingegen ebenso wie Streifbandzeitungen oder Büchersendungen nicht vom Briefgeheimnis geschützt, wenn und weil sie erkennbar nicht der Beförderung individueller Mitteilungen dienen.

Vom Briefgeheimnis umfasst sind neben dem Kommunikationsinhalt schließlich auch die äußeren Umstände des Briefverkehrs, also insbesondere, wer mit wem und wie oft korrespondiert. Während vielfach vertreten wird, der Schutzbereich des Briefgeheimnisses greife nur außerhalb des Postbereiches ein¹¹, spricht angesichts der parallelen Gefahrenlage und möglicher Abgrenzungsschwierigkeiten mehr dafür, das Briefgeheimnis auf den Transport durch sämtliche Kommunikationsmittler zu erstrecken¹². Es ist mit anderen Worten also unerheblich, ob die Sendung von der Deutschen Post AG, von anderen kommerziellen Postdienstleistern, von einem Boten oder etwa von Mitarbeitern innerhalb einer Haftanstalt transportiert wird.

In *Fall 1* stellt das gemalte Herz eine individuelle verkörperte Mitteilung dar, die auch unverschlossen unter das Briefgeheimnis fällt.

Fall 2: A hat seinen Brief nicht an die Wohnadresse, sondern an das Postfach der B geschickt. Dort liegt der Brief, als ein Polizist ihn beschlagnahmt. Ist der Schutzbereich des Briefgeheimnisses eröffnet?

Der Schutzbereich ist auch hier eröffnet, weil die Post im Postfach immer noch Mitgewahrsam an dem Brief hat. Erst wenn die Sendung vom Empfänger abgeholt worden ist, endet die für Art. 10 I GG typische Gefahrenlage der Einschaltung eines Kommunikationsmittlers¹³.

Bei E-Mails gibt es eine vergleichbare Situation. Bleiben sie nach dem Eingang beim Empfänger auf dem Server des Providers gespeichert, hat dieser weiterhin darauf Zugriff, so dass der Schutz des Art. 10 I GG bis zur Löschung bestehen bleibt¹⁴. Allerdings unterfallen E-Mails, auch wenn sie Substitute für den klassischen Brief darstellen, nicht dem Brief-, sondern dem Fernmeldegeheimnis.

2. Fernmeldegeheimnis

Fall 3: Die Polizei beschlagnahmt in der Wohnung des E Einzelverbindungsnachweise seines Mobiltelefons. Ist das Fernmeldegeheimnis betroffen?¹⁵

Während das Briefgeheimnis dem Schutz verkörperter Kommunikation dient, umhegt das Fernmeldegeheimnis die gesamte unkörperliche Kommunikation über Fernmeldeanlagen¹⁶. Geschützt ist also der Bereich, den das Grundgesetz in neueren Bestimmungen wie Art. 87f GG als „Telekommunikation“ bezeichnet. Telefonate über Festnetz und Mobilfunk gehören ebenso dazu wie SMS, MMS und E-Mails. Weil es Ziel des Fernmeldegeheimnisses ist, Vertraulichkeit zu schützen, genießen allerdings nur individuelle Kommunikationsvorgänge Grundrechtsschutz, nicht hingegen an die Öffentlichkeit gerichtete Kommunikationsformen wie Rundfunk oder allgemein zugängliche Internetseiten (wobei die Abgrenzung zwischen Individual- und Massenkommunikation im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann). Findet der Telekommunikationsvorgang im *Ausland* statt, so fällt er jedenfalls dann unter den Schutz des Art. 10 I GG, wenn die Kommunikation in Deutschland aufgezeichnet oder ausgewertet wird¹⁷. Wie beim Briefgeheimnis werden auch beim Fernmeldegeheimnis neben dem Kommunikationsinhalt sämtliche Kommunikationsverbindungsdaten geschützt¹⁸.

In *Fall 3* enthalten die Einzelverbindungsnachweise zwar Daten über einen Telekommunikationsvorgang. Allerdings ist der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses (wie der der anderen Kommunikationsgeheimnisse) ausschließlich auf den eigentlichen Kommunikationsvorgang beschränkt, denn nur im Einflussbereich eines Kommunikationsmittlers besteht die für Art. 10 GG charakteristische Gefahrenlage. Als bloße Aufstellungen abgeschlossener Kommunikationsvorgänge fallen die Einzelverbindungsnachweise deshalb nicht in den

Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses. In Betracht kommen allein die Grundrechte auf Unverletzlichkeit der Wohnung und auf informationelle Selbstbestimmung.

Fall 4: § 100i StPO erlaubt es unter bestimmten Bedingungen, die Geräte- oder Kartenummer sowie den Standort eines Mobiltelefons technisch festzustellen. Fallen diese Daten in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses?¹⁹

Das Fernmeldegeheimnis nimmt in der heutigen Informationsgesellschaft nicht nur die Schlüsselrolle unter den Kommunikationsgeheimnissen ein. Die dynamische Entwicklung des Telekommunikationssektors verlangt auch immer wieder nach einer exakten Konturierung des Schutzbereiches.

Funke, Lüdemann: Grundfälle zu Art. 10 GG (JuS 2008, 780)

782

Fall 4 ist dafür ein plastisches Lehrstück. Zwar geht es dort um Daten eines Mobiltelefons. Sieht man genauer hin, betreffen sie aber weder den Inhalt einer Kommunikation noch deren äußere Umstände. Bei der Abfrage der Geräte- oder Kartenummer gibt es überhaupt keinen Kommunikationsvorgang zwischen Menschen, der Voraussetzung des Kommunikationsgeheimnisschutzes ist, sondern allenfalls einen Datenaustausch zwischen elektronischen Geräten. Aus diesem Grunde betreffen die unter dem Schlagwort „IMSI-Catcher“ diskutierten Maßnahmen nach der Rechtsprechung des *BVerfG* nicht den Schutzbereich des Art. 10 I GG, sondern allein das Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁰.

3. Postgeheimnis

Fall 5: S ist Abonnent der JuS. Sie wird ihm – nur mit einem Adressaufkleber versehen – per Post ins Haus geliefert. Unterfällt die Sendung dem Brief- und/oder Postgeheimnis?

Das Postgeheimnis trug früher der besonderen Situation im Kommunikationssektor Rechnung. Während das Brief- und das Fernmeldegeheimnis an die Verletzlichkeit der Kommunikationsmedien anknüpften, sollte das Postgeheimnis der zusätzlichen Gefahrenlage begegnen, dass gerade der Staat als Kommunikationsmittler auftrat. Solange dieser nämlich das Post- und Fernmeldemonopol innehatte, waren die Bürger nicht nur gezwungen, sich der Deutschen Bundespost zu bedienen; durch den staatseigenen Betrieb war es für den Staat auch besonders leicht und unauffällig möglich, die Kommunikationsgeheimnisse seiner Bürger zu lüften. Das Postgeheimnis bot deshalb – neben dem Schutz vor staatlichen Stellen wie der Polizei – zusätzlich Grundrechtsschutz vor Eingriffen der Deutschen Bundespost selbst.

Mit den Postreformen hat sich die Situation grundlegend gewandelt. Weil die Kommunikationsdienstleistungen heute ausschließlich durch private Unternehmen erbracht werden und die Sondersituation eines staatlichen Kommunikationsmittlers damit entfallen ist, wird teilweise vertreten, auch das Postgeheimnis sei schlicht obsolet geworden²¹. Nicht zuletzt, weil der Verfassungsgeber es im Rahmen der Postreform II bewusst beibehalten hat, wird stattdessen überwiegend von einem gewandelten Bedeutungsgehalt des Grundrechts ausgegangen. Danach umfasst das Postgeheimnis nunmehr den gesamten Bereich der Erbringung von Postdienstleistungen, d.h. jede Übermittlung körperlicher Postsendungen durch ein Postunternehmen²². Allerdings schützt es nicht mehr vor Eingriffen der Post selbst, sondern allein vor Eingriffen postfremder staatlicher Stellen. Dass sich Brief- und Postgeheimnis im Ergebnis in weiten Bereichen überschneiden, ist angesichts des identischen Schutzniveaus unschädlich²³. Die grundrechtsdogmatische Relevanz des Postgeheimnisses liegt heute vor allem darin, dass es über den Schutzbereich des Briefgeheimnisses hinaus weiterhin denjenigen Sendungen Schutz gewährt,

die – wie Waren-, Zeitschriften- oder Postwurfsendungen – keine individuellen Mitteilungen enthalten, früher aber ebenfalls vom Postgeheimnis umhegt wurden.

In *Fall 5* fällt die unverpackte JuS mangels individueller Mitteilung zwar nicht in den Schutzbereich des Briefgeheimnisses, als verkörperte Postsendung aber in den weiter gefassten Schutzbereich des Postgeheimnisses.

4. Zusammenfassung

Die folgende Tabelle rekapituliert den Schutzbereich der Kommunikationsgeheimnisse noch einmal in Stichpunkten:

	Briefgeheimnis	Postgeheimnis	Fernmeldegeheimnis
Schutzgegenstand	<i>Verkörperte individuelle Mitteilungen</i> (Briefe, Postkarten etc.)	<i>Sämtliche verkörperten Postsendungen</i> (auch Waren- oder Büchersendungen etc.)	<i>Unkörperliche individuelle Kommunikation</i> (Telefonate, E-Mails etc.)
Schutzzumfang	Inhalt und äußere Umstände der Kommunikation (Zeit, Adresse, Rufnummer, Teilnehmer etc.), aber nur bis zum vollständigen Abschluss des Kommunikationsvorgangs.		

III. Grundrechtsträger, Grundrechtsverpflichtete

Fall 6: Telekommunikationsanbieter T. stört sich an der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs. Kann er sich auf das Fernmeldegeheimnis berufen?

Träger der Grundrechtsgewährleistungen des Art. 10 I GG sind die am jeweiligen Kommunikationsvorgang beteiligten natürlichen Personen (auch Minderjährige und Betreute), unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Auch ein Sonderstatus, etwa als Strafgefangener, schließt den Grundrechtsschutz nicht aus²⁴. Ebenso können sich juristische Personen des Privatrechts i.R. des Art. 19 III GG auf den Geheimnisschutz berufen; den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten steht Art. 10 I GG zum Schutz der Vertraulichkeit der Informationsbeschaffung ausnahmsweise ebenfalls zur Seite²⁵. Am Kommunikationsvorgang beteiligt und damit Grundrechtsträger sind nur Absender und Empfänger, nicht hingegen die eingeschalteten Kommunikationsmittler wie Telekommunikationsanbieter oder Postdienstleister (auch nicht als Treuhänder)²⁶, denn Art. 10 I GG schützt Kommunikationsgeheimnisse, nicht die Interessen der Kommunikationsmittler. T. kann sich daher in *Fall 6* nicht auf das Fernmeldegeheimnis berufen.

Grundrechtsverpflichtet sind ausschließlich staatliche Stellen, nicht hingegen private Post- und Telekommunikationsanbieter²⁷. Gleiches gilt nach richtiger, wenngleich umstrittener Ansicht auch für die Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost, an denen der Staat noch Anteile hält²⁸. Überwiegend wird Art. 10 GG seit der Postreform allerdings eine staatliche Schutzpflicht abgewonnen²⁹. Danach hat der Staat dafür zu sorgen, dass die privaten Unternehmen die Vertraulichkeit der Kommunikation ebenso gewährleisten wie die ehemals für Post und Telekommunikation zuständige Deutsche Bundespost.

Funke, Lüdemann: Grundfälle zu Art. 10 GG (JuS 2008, 780)

783

IV. Eingriff

Fall 7: Nach § 113a TKG sind die Erbringer von Telekommunikationsdienstleistungen verpflichtet, Verkehrsdaten sechs Monate lang zu speichern. Bei Telefondiensten gehören hierzu z.B. die

Rufnummer sowie Beginn und Ende der Verbindung, nicht aber der Inhalt der Kommunikation. Die Daten dürfen nach § 100g StPO zum Zweck der Strafverfolgung erhoben werden. Liegt ein Eingriff in Art. 10 GG vor?³⁰

Ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 10 GG ist dann gegeben, wenn der Staat vom Inhalt, von der Tatsache oder von den Umständen der geschützten Kommunikation Kenntnis erlangt³¹. Das Gleiche gilt für die staatliche Speicherung oder Weitergabe der Daten³². Solche Eingriffe erfolgen oft zum Zwecke der Strafverfolgung, der polizeilichen Prävention oder der nachrichtendienstlichen Aufklärung. Ein typischer Eingriff ist z.B. die Telefonüberwachung nach § 100a StPO. Das Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses, Artikel-10-Gesetz (G 10)³³, enthält die zentralen Eingriffsermächtigungen für die Nachrichtendienste (Verfassungsschutz, Militärischer Abschirmdienst und Bundesnachrichtendienst)³⁴. Ein weiterer typischer Eingriff in den Schutzbereich des Art. 10 GG ist die Postkontrolle bei Häftlingen nach § 29 III StrVollG³⁵. Ein Eingriff scheidet aus, wenn *alle* Beteiligten den Kommunikationsvorgang offenlegen oder in die Erfassung durch die öffentliche Gewalt einwilligen³⁶.

In *Fall 7* kann man das Vorliegen eines Eingriffs nicht schon damit begründen, dass nach § 113a TKG eine Datenspeicherung erfolgt, denn die Daten werden bei privaten Unternehmen gespeichert und verbleiben dort. Allerdings ermächtigt die strafprozessuale Regelung des § 100g StPO zu Eingriffen, da die Unternehmen zur Übermittlung der Daten an staatliche Behörden verpflichtet werden können. § 100g StPO greift somit in Art. 10 I GG ein.

V. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Grundrecht des Art. 10 GG unterliegt nach Art. 10 II 1 GG einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt. Grundrechtsbeschränkende Gesetze müssen – wie bei jedem Grundrecht – verfassungsgemäß sein (1). Eingriffe, die auf diese Gesetze gestützt werden, müssen ihrerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen (2).

1. Verfassungsmäßigkeit des grundrechtsbeschränkenden Gesetzes

Fall 8: Ein Landespolizeigesetz sieht vor, dass die Polizei durch Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation personenbezogene Daten erheben kann, und zwar unter anderem „über Personen, bei denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie Straftaten von erheblicher Bedeutung begehen werden, wenn dies zur Vorsorge für die Verfolgung oder zur Verhütung dieser Straftaten auf andere Weise nicht möglich erscheint“. Das Gesetz enthält keine Regelungen, die die Erfassung von Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung verhindern. Ist es formell und materiell verfassungsgemäß?³⁷

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Gesetze, die das Grundrecht aus Art. 10 GG beschränken, müssen die formellen verfassungsrechtlichen Vorgaben (Zuständigkeit, Verfahren, Form) erfüllen. Besondere Sorgfalt verlangt die Prüfung der Gesetzgebungskompetenz, weil die Eingriffe in das Grundrecht sowohl der Gefahrenabwehr (Ländersache) als auch der Strafverfolgung (Bundessache) dienen können.

In *Fall 8* ist fraglich, ob das Land für die Gesetzgebung zuständig ist. Prinzipiell werden die Gesetze durch die Länder erlassen, Art. 30, 70 GG. Eine ausschließliche Bundeskompetenz nach Art. 71, 73 Nr. 7 GG steht dem Gesetz nicht entgegen, da Art. 73 Nr. 7 GG nur die infrastrukturelle Seite der Telekommunikation umfasst. Dem Gesetz könnte aber die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 I Nr. 1 GG („gerichtliches Verfahren“) entgegenstehen, denn zum gerichtlichen Verfahren gehört die Strafverfolgung. Zwar dient das

Gesetz auch der Verhütung von Straftaten, also der Prävention, die in die Kompetenz der Länder fällt. Zugleich soll es aber auch der Vorsorge für die Strafverfolgung, also dem repressiven Strafverfahren dienen. Da der Bund mit der StPO von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Strafverfahren abschließend Gebrauch macht, fehlt es dem Land für diese repressive Komponente an der Gesetzgebungskompetenz, so dass das Gesetz kompetenzwidrig ergangen und formell verfassungswidrig ist.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

aa) Die Gebote der Normbestimmtheit und Normenklarheit spielen bei Eingriffen in Art. 10 GG eine wichtige Rolle. Sie werden aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet; das BVerfG entnimmt sie darüber hinaus aber auch dem Gesetzesvorbehalt des Art. 10 GG³⁸. Die Gebote haben drei Funktionen: Die Bürgerinnen und Bürger müssen in der Lage sein, ihr Verhalten an der gesetzlichen Regelung auszurichten, Handlungsspielräume der Verwaltung sollen begrenzt werden und den Gerichten sollen rechtliche Maßstäbe für die Verwaltungskontrolle an die Hand gegeben werden.

In Fall 8 könnte die Norm dem Bestimmtheitsgebot widersprechen. Sowohl die Vorsorge für die Verfolgung von Straftaten als auch die Verhütung von Straftaten sind im Vorfeld von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung angesiedelt. In dieser Phase handeln die Behörden auf der Grundlage einer höchst diffusen Tatsachenlage. Es liegen zwar Anhaltspunkte dafür vor, dass es irgendwann zu Rechtsgutverletzungen kommen könnte. Die betreffenden Vorgänge können aber auch ganz harmlos sein. Straftaten sind möglich, aber noch nicht wahrscheinlich. So ermöglicht es die Vorschrift, den Kauf eines Küchenmessers zum Anlass für eine Überwachungsmaßnahme zu machen, könnte doch mit dem Messer ein Totschlag verübt werden. Das Gesetz überantwortet es den Behörden zu entscheiden, welche Tatsachen als potenziell gefährlich gewertet werden. Mithin ist nicht hinreichend vorhersehbar,

Funke, Lüdemann: Grundfälle zu Art. 10 GG (JuS 2008, 780)

784

in welchen Fällen es zu Grundrechtseingriffen kommt. Die Norm genügt nicht dem Bestimmtheitsgebot.

bb) Eine weitere wichtige Schranken-Schranke ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Insoweit unterscheidet sich Art. 10 GG nicht von anderen Grundrechten.

In Fall 8 könnte die vom Gesetz ausgehende Belastung auch unverhältnismäßig sein. Das Gesetz erlaubt es, Kommunikationsinhalte, Verbindungsdaten und die Standortkennung zu erheben, wobei eine Vielzahl von Personen betroffen sein kann. Es ermöglicht also einen schwerwiegenden Eingriff in das Fernmeldegeheimnis. Zwar dient die Datenerhebung einem legitimen öffentlichen Zweck. Je gewichtiger das gefährdete Rechtsgut ist (je bedeutender hier also die zu bekämpfenden Straftaten sind), desto geringere Anforderungen dürfen an den Grad der Wahrscheinlichkeit gestellt werden, mit dem eine Rechtsgutverletzung eintritt. Das Gesetz knüpft aber nicht einmal an Planungs- oder Vorbereitungshandlungen an, sondern stellt allein, wie bereits erwähnt, auf die reine Möglichkeit der Begehung einer Straftat ab. Dies ist nicht mehr angemessen. Das Gesetz ist unverhältnismäßig.

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werden vom BVerfG i.R. des Art. 10 GG zusätzliche Anforderungen abgeleitet. Diese Anforderungen betreffen den Umgang mit erhobenen Daten und entsprechen in etwa denen, die auch an Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I i.V. mit 1 I GG gestellt werden³⁹. So dürfen Daten nur zu dem Zweck verwendet werden, für den sie erhoben wurden. Nicht mehr benötigte Daten müssen vernichtet werden.

Des Weiteren müssen die Betroffenen davon benachrichtigt werden, dass Maßnahmen der Kommunikationsüberwachung gegen sie durchgeführt wurden. Wenn ansonsten der Zweck der Überwachungsmaßnahme verfehlt werden würde (siehe z.B. § 101 I StPO), dürfen die Betroffenen auch erst später von dem Eingriff benachrichtigt werden⁴⁰. Das *BVerfG* spricht im Zusammenhang mit der Benachrichtigungspflicht gelegentlich von einem „Anspruch auf Kenntnis“ bzw. einem „spezifischen Datenschutzrecht“⁴¹. Formulierungen wie diese weisen auf einen selbstständigen Gewährleistungsgehalt des Art. 10 GG hin, der bereits im Schutzbereich zu erörtern wäre⁴². In der Klausur ist es aber ausreichend, erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung darauf einzugehen.

Bei Überwachungsmaßnahmen, die dem Schutz der in Art. 10 II 2 GG genannten Rechtsgüter dienen, müssen die Betroffenen ausnahmsweise nicht informiert werden. Diese sog. Staatsschutzklausel enthält nicht etwa – wie z.B. Art. 11 II GG oder Art. 13 VII GG – einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt⁴³. Vielmehr wird der Gesetzgeber von einer Schranke, der Mitteilungspflicht, *entbunden*⁴⁴. Macht der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch, so werden die Betroffenen regelmäßig keinen Rechtsschutz erlangen können, weil sie von der gegen sie ergangenen Maßnahme gar nichts erfahren. Art. 19 IV 3 GG bewirkt, dass der Ausschluss der Benachrichtigungspflicht mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV 1 GG vereinbar ist.

cc) Schließlich ist die Garantie der Menschenwürde nach Art. 1 I GG eine bedeutsame Schranken-Schranke. Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung sind den staatlichen Behörden verwehrt⁴⁵. Auf Kommunikationsinhalte wie Äußerungen innerster Gefühle darf deshalb keinesfalls zugegriffen werden. Zudem muss ein Gesetz Vorkehrungen treffen, dass zufällig erhobene Kommunikationsinhalte, die dem durch Art. 1 I GG geschützten Bereich zuzuordnen sind, nicht gespeichert und verwertet werden⁴⁶.

In *Fall 8* ist auch Art. 1 I GG verletzt, weil das Gesetz keine Vorkehrungen dagegen trifft, dass der absolute Kernbereich der privaten Lebensgestaltung verletzt wird.

2. Auslegung und Anwendung des Gesetzes

Fall 9: A ist anwaltlicher Vertreter des zeitweise im Ausland entführten und festgehaltenen E. Mittlerweile ist E nach Deutschland zurückgekehrt. Die Staatsanwaltschaft vermutet, dass die Entführer mit A über Telefon Kontakt aufnehmen. Sie ordnet eineinhalb Jahre nach der Rückkehr des E gem. § 100a StPO die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation des A an. Ist A in seinem Grundrecht aus Art. 10 GG verletzt?⁴⁷

Ist Gegenstand der verfassungsrechtlichen Überprüfung ein Einzelakt, dann sind, wie bei jedem Grundrecht, auch die Auslegung und Anwendung des grundrechtsbeschränkenden Gesetzes an grundrechtlichen Maßstäben zu messen. Das Gesetz ist also im Lichte des Art. 10 GG auszulegen⁴⁸. Im Übrigen muss die Anwendung des Gesetzes verhältnismäßig sein.

In *Fall 9* bestehen gegen § 100a StPO keine Bedenken. Problematisch ist die Anwendung dieser Vorschrift. Die Maßnahme dient der Aufklärung einer schweren Straftat (Verschleppung nach § 234a StGB). Die Wahrscheinlichkeit, dass A von den Tätern kontaktiert wird, ist sehr gering, zumal das Ende der Entführung schon länger zurückliegt. Die Anordnung der Staatsanwaltschaft ist nicht mehr angemessen und deshalb unverhältnismäßig. A ist in seinem Grundrecht aus Art. 10 GG verletzt.

VI. Konkurrenzen

Fall 10: A und B streiten vor Gericht um das Bestehen eines Vertrages. A behauptet, er habe in einem Telefongespräch mit B die Aufhebung des Vertrages vereinbart. Das Gericht folgt diesem

Vortrag. Dabei stützt es sich auf die Zeugenaussage der Frau des *A*, die das Gespräch auf Veranlassung des *A*, aber ohne Wissen des *B* mitgehört hat. Welches Grundrecht des *B* ist durch die Verwertung dieser Aussage berührt?⁴⁹

Art. 10 GG steht in einem engen Zusammenhang mit den anderen Grundrechten, die dem Schutz der Persönlichkeit

Funke, Lüdemann: Grundfälle zu Art. 10 GG (JuS 2008, 780)

785

dienen: dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V. mit 1 I GG, dem Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 GG, und dem Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 I GG. Wie etwa in *Fall 4* gezeigt, lassen sich die Schutzbereiche dieser Grundrechte oft gut voneinander abgrenzen. Kommt es zu Überschneidungen, so gilt: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung tritt hinter die spezielle Gewährleistung aus Art. 10 GG zurück⁵⁰. Auch das Grundrecht aus Art. 5 I GG tritt zurück, soweit der Eingriff in der staatlichen Wahrnehmung und gegebenenfalls Verarbeitung der kommunizierten Meinungen liegt⁵¹.

In *Fall 10* ist Art. 13 GG nicht berührt, weil der Geheimnisschutz des *B* nicht durch ein Eindringen in dessen Wohnung beeinträchtigt wurde. Auch Art. 10 GG ist nicht berührt, weil das Grundrecht zwar die Vertraulichkeit der Nutzung eines Kommunikationsmediums, nicht aber das Vertrauen der Kommunikationspartner schützt. *A* enttäuscht mit seinem Verhalten nicht das Vertrauen, das *B* in das Telefon als Kommunikationsmedium setzt, sondern das Vertrauen in ihn – *A* – selbst als Kommunikationspartner. Insoweit kommt es auf das oben unter IV erwähnte Erfordernis, dass nur die Einwilligung aller Beteiligten einen Eingriff ausschließt, nicht an. Hingegen ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I i.V. mit 1 I GG berührt (und verletzt). Es schützt auch das Recht darüber zu entscheiden, wer von einem Gespräch Kenntnis erlangt.

* Der Autor *Funke* ist Wiss. Mitarbeiter an der Universität zu Köln; der Autor *Lüdemann* ist Wiss. Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn.

¹ Dazu *Wißmann*, JuS 2007, 324.

² Zur Geschichte des Art. 10 *Gusy*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, 5. Aufl. (2005), Art. 10 Rdnrn. 1–3.

³ Art. 117 WRV unterschied zusätzlich das Telegraphen- und Fernmeldegeheimnis.

⁴ *Gusy*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fußn. 2), Art. 10 Rdnr. 25.

⁵ *Hufen*, Grundrechte, 2007, § 17 Rdnr. 4; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 9. Aufl. (2007), Art. 10 Rdnr. 1.

⁶ *Löwer*, in: v. *Münch/Kunig*, GG, 5. Aufl. (2005), Art. 10 Rdnr. 11.

⁷ Vgl. *Gusy*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fußn. 2), Art. 10 Rdnr. 2.

⁸ Zur Ausweitung der Eingriffsbefugnisse in den letzten Jahren vgl. nur *Lepsius*, Jura 2006, 929.

⁹ BVerwGE 113, 208 (210) = NVwZ 1998, 1083; *Hermes*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl. (2004), Art. 10 Rdnr. 31; a.A. etwa *Groß*, JZ 1999, 326 (331).

¹⁰ *Hermes*, in: *Dreier* (o. Fußn. 9), Art. 10 Rdnr. 31.

¹¹ Etwa *Pagenkopf*, in: *Sachs*, GG, 4. Aufl. (2007), Art. 10 Rdnr. 12; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 23. Aufl. (2007), Rdnr. 787; *Schmidt*, in: *Umbach/Clemens*, GG, 2002, Art. 10 Rdnr. 60.

¹² *Epping*, Grundrechte, 3. Aufl. (2007), Rdnr. 859; *Gusy*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fußn. 2), Art. 10 Rdnr. 29.

¹³ BVerwGE 79, 110 (115) = NJW 1988, 2752, zum Postgeheimnis.

¹⁴ Ausf. *Kühling/Elbracht*, TelekommunikationsR, 2008, Rdnrn. 38ff.

¹⁵ In Anlehnung an BVerfGE 115, 166 = NJW 2006, 976 = NSTZ 2006, 641 = JuS 2006, 552 (*Sachs*), m. Anm. *Matthias Jahn*, JuS 2006, 491.

¹⁶ *Jörn Ipsen*, Grundrechte, 10. Aufl. (2007), Rdnr. 287.

¹⁷ BVerfGE 100, 313 (363) = NJW 2000, 55, m. Anm. *Arndt*, NJW 2000, 47.

¹⁸ BVerfGE 100, 313 (358) = NJW 2000, 55, m. Anm. *Arndt*, NJW 2000, 47.

¹⁹ Nach BVerfG, NJW 2007, 351 = JuS 2007, 375 (*Sachs*), m. Anm. *Nachbaur*, NJW 2007, 335.

²⁰ Grundsätzlich muss der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nunmehr auch vom „Schutz der Vertraulichkeit und Integrität von informationstechnischen Systemen“ abgegrenzt werden, den das BVerfG jüngst als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts „erfunden“ hat: BVerfG, NJW 2008, 822, m. Anm. *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481, *Eifert*, NVwZ 2008, 521, und *Kutscha*, NJW 2008, 1042.

²¹ Namentlich *Hermes*, in: *Dreier* (o. Fußn. 9), Art. 10 Rdnr. 46.

²² *Löwer*, in: v. *Münch/Kunig* (o. Fußn. 6), Art. 10 Rdnr. 17 m.w. Nachw.

²³ *Löwer*, in: v. *Münch/Kunig* (o. Fußn. 6), Art. 10 Rdnr. 11.

²⁴ BVerfGE 116, 69 (81) = NJW 2006, 2093 = NSTZ 2007, 41 = JuS 2006, 924 (*Sachs*); vgl. auch die Falllösung von *Droege*, Jura 2006, 778 (780).

²⁵ BVerfGE 107, 299 = NJW 2003, 1787 = NSTZ 2003, 441 = JuS 2003, 1213 (*Sachs*), m. Anm. *Janz*, JuS 2003, 1063, und *Gusy*, NSTZ 2003, 399.

²⁶ *Hufen* (o. Fußn. 5), § 17 Rdnr. 8; *Hermes*, in: *Dreier* (o. Fußn. 9), Art. 10 Rdnr. 28.

²⁷ *Schmidt*, in: *Umbach/Clemens* (o. Fußn. 11), Art. 10 Rdnr. 46.

²⁸ Zu dieser Streitfrage vgl. nur *Hermes*, in: *Dreier* (o. Fußn. 9), Art. 10 Rdnr. 49 m.w. Nachw.

²⁹ *Löwer*, in: v. *Münch/Kunig* (o. Fußn. 6), Art. 10 Rdnr. 14 m.w. Nachw.

³⁰ Nach BVerfG, NVwZ 2008, 543 = NSTZ 2008, 290. Bei der Lösung bleibt außer Betracht, dass § 113a TKG die Richtlinie 2006/24/EG v. 21. 12. 2007 umsetzt. Die innerstaatliche Umsetzung einer Richtlinie ist nicht an den Grundrechten zu messen, soweit die Richtlinie keinen Spielraum belässt (BVerfGE 118, 79 = NVwZ 2007, 937 = JuS 2007, 1052 [*Murswiek*]; krit. *Weidemann*, NVwZ 2006, 623). Angesichts beträchtlicher Zweifel an der Vereinbarkeit der Richtlinie mit dem EG-Vertrag kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese vom EuGH für nichtig erklärt wird. Die gemeinschaftsrechtliche Determinierung würde dann entfallen.

³¹ *Pieroth/Schlink* (o. Fußn. 11), Rdnr. 775; BVerfGE 107, 299 (313) = NJW 2003, 1787 = NSTZ 2003, 441 = JuS 2003, 1213 (*Sachs*), m. Anm. *Janz*, JuS 2003, 1063, und *Gusy*, NSTZ 2003, 399.

³² BVerfGE 100, 313 (359) = NJW 2000, 55, m. Anm. *Arndt*, NJW 2000, 47.

³³ Gesetz v. 26. 6. 2001, BGBl I, 1254; zuletzt geändert durch Art. 78 I des Gesetzes v. 23. 11. 2007, BGBl I, 2614.

³⁴ Zu den Nachrichtendiensten *Gusy*, Jura 1986, 296.

³⁵ BVerfGE 33, 1 (11) = NJW 1972, 811; 116, 69 (80) = NJW 2006, 2093 = NSTZ 2007, 41 = JuS 2006, 924 (*Sachs*).

³⁶ BVerfGE 85, 386 (398) = NJW 1992, 1875; *Hermes*, in: *Dreier* (o. Fußn. 9), Art. 10 Rdnrn. 54f.; *Gusy*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (o. Fußn. 2), Art. 10 Rdnr. 68.

³⁷ Nach BVerfGE 113, 348 = NJW 2005, 2603 = JuS 2005, 1120 (*Sachs*), m. Anm. *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534; dazu *Lepsius*, Jura 2006, 929.

³⁸ BVerfGE 110, 33 (52) = NJW 2004, 2213 = JuS 2004, 910 (*Sachs*); 113, 348 = NJW 2005, 2603 = JuS 2005, 1120 (*Sachs*), m. Anm. *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534.

³⁹ Vgl. BVerfGE 100, 313 (359ff.) = NJW 2000, 55, m. Anm. *Arndt*, NJW 2000, 47.

⁴⁰ BVerfGE 30, 1 (21) = NJW 1971, 275; 100, 313 (359ff.) = NJW 2000, 55, m. Anm. *Arndt*, NJW 2000, 47.

41 BVerfGE 100, 313 (359ff.) = NJW 2000, 55, m. Anm. *Arndt*, NJW 2000, 47; die Begrenzung der Mitteilungspflicht ist dann ein Eingriff (BVerfGE 100, 313 [367] = NJW 2000, 55, m. Anm. *Arndt*, NJW 2000, 47).

42 So *Hermes*, in: *Dreier* (o. Fußn. 9), Art. 10 Rdnr. 91.

43 Zur Terminologie *Pieroth/Schlink* (o. Fußn. 11), Rdnr. 252; *Hufen* (o. Fußn. 5), § 9 Rdnr. 10.

44 *Hermes*, in: *Dreier* (o. Fußn. 9), Art. 10 Rdnr. 59. Die Regelung wurde im Jahre 1968 eingeführt. Nach BVerfGE 30, 1 = NJW 1971, 275 (Abhörurteil) sind die Anforderungen des Art. 79 III GG erfüllt (a.A. das Sondervotum in BVerfGE 30, 33 = NJW 1971, 275, und ein Teil der Lit., s. *Hermes*, in: *Dreier* [o. Fußn. 9], Art. 10 Rdnr. 61 m.w. Nachw.).

45 BVerfGE 109, 279 (314) = NJW 2004, 999 = NSTZ 2004, 270 = JuS 2004, 522 (*Sachs*), m. Anm. *Haas*, NJW 2004, 3082, und *Kutscha*, NJW 2005, 20; 113, 348 = NJW 2005, 2603 = JuS 2005, 1120 (*Sachs*), m. Anm. *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534; BVerfG, NJW 2008, 822 (833), m. Anm. *Sachs/Krings*, JuS 2008, 481, *Eifert*, NVwZ 2008, 521, und *Kutscha*, NJW 2008, 1042.

46 BVerfGE 113, 348 (392) = NJW 2005, 2603 = JuS 2005, 1120 (*Sachs*), m. Anm. *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534.

47 BVerfG, NJW 2007, 2752 (2753) = JuS 2007, 953 (*Sachs*).

48 BVerfGE 67, 157 (172) = NJW 1985, 121.

49 Nach BVerfGE 106, 28 = NJW 2005, 2603 = NVwZ 2003, 70, m. Anm. *Foerste*, NJW 2004, 262.

50 BVerfGE 67, 157 (171) = NJW 1985, 121; 113, 348 (392) = NJW 2005, 2603 = JuS 2005, 1120 (*Sachs*), m. Anm. *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534.

51 BVerfGE 113, 348 (392) = NJW 2005, 2603 = JuS 2005, 1120 (*Sachs*), m. Anm. *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534.