

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 884**

**Art. 10 GG  
und die Privatisierung  
der Deutschen Bundespost**

**Von**

**Ruth Hadamek**



**Duncker & Humblot · Berlin**

**RUTH HADAMEK**

**Art. 10 GG und die Privatisierung  
der Deutschen Bundespost**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 884**

Art. 10 GG  
und die Privatisierung  
der Deutschen Bundespost

Von

Ruth Hadamek



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Hadamek, Ruth:**

Art. 10 GG und die Privatisierung der Deutschen Bundespost /  
von Ruth Hadamek. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum öffentlichen Recht ; Bd. 884)

Zugl.: Bielefeld, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10742-X

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Werner Hildebrand, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 3-428-10742-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

*Für*

*Angela Löcherbach  
geb. Gerhardus †*

\*

*Katharina Binz  
geb. Haas*

\*

*Ursula Löcherbach  
geb. Binz †*

\*

*Charlotte Ursula Renate  
Hadamek*



## Vorwort

Die Gewährleistung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses in Art. 10 GG droht angesichts der sich fortlaufend revolutionierenden Kommunikationstechnologie zugunsten der moderneren grundrechtlichen Gewährleistung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in eine Randexistenz gedrängt zu werden. Durch die 1989 eingeleitete Postprivatisierung ist die Bedeutung des Grundrechts darüberhinaus insoweit in Frage gestellt worden, als ein wesentlicher Grundrechtsverpflichteter, die ehemals staatliche Deutsche Bundespost, weggefallen ist.

Die vorliegende Untersuchung hat sich die Aufgabe gestellt nachzuweisen, daß Art. 10 GG nur scheinbar der klassischen Entstehungsphase der Grundrechte verhaftet ist. Er kann durch seinen partiellen Funktionswandel vom Abwehrrecht zur Schutzpflicht seinen Bedeutungsverlust abwenden. Aus diesem Grundrecht lassen sich in Verbindung mit den von der neueren Grundrechtsdogmatik entwickelten Maßstäben Vorgaben für die Einhaltung von Schutzpflichten im Privatisierungszusammenhang ableiten. Dies läßt sich als Ergebnis der Anwendung einer hier entworfenen Strukturnorm für Schutzpflichtverletzungen auf einzelne Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes darstellen.

Die Schrift habe ich in den Jahren während meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft bzw. Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Joachim Wieland an der Universität Bielefeld (1996/97) begonnen und in der ersten Erziehungszeit unserer Tochter Charlotte in Bonn und Berlin abgeschlossen. Die Arbeit hat der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld im Herbst 2000 zur Annahme als Dissertation vorgelegen.

Herrn Prof. Dr. Joachim Wieland, dem Erstgutachter, danke ich auf das Herzlichste für seine stets ermutigende Haltung, die mich womöglich noch mehr als seine Anregungen in der Sache bewogen hat, mit der Arbeit auch nach Unterbrechungen fortzufahren und sie 1999/2000 noch einmal grundlegend zu überarbeiten. Wie sehr die Bedingungen und die Atmosphäre an seinem Lehrstuhl in Bielefeld wissenschaftlicher Arbeit zuträglich waren, konnte ich erst während der Arbeitsphasen am heimischen Schreibtisch ganz ermessen.

Herrn Prof. Dr. Christoph Gusy danke ich herzlich für die bereitwillige Übernahme des Zweitgutachtens und für die weiterführenden Anregungen darin.



Herrn Rechtsanwalt Dr. A. Heribert Lennartz bin ich für die kritische Lektüre der Erstfassung der Arbeit, für seine ständige Diskussionsbereitschaft und für seine ansteckende Begeisterung für wissenschaftliche Fragen zu sehr herzlichem Dank verpflichtet. Frau Susanne Schröder, Deutsche Post AG, und Herrn Christian Mielke, Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, danke ich für manche aktuelle Information in der Sache und Herrn Dr. Rupert Schaab für fachkundige Hinweise zum Literaturverzeichnis. Bei Andrea und Antje Heyer bedanke ich mich für das Korrekturlesen. Angelika und Pit Ohlig haben viel Zeit mit Charlotte verbracht, um mir die Schreibtischarbeit zu ermöglichen.

Am allerherzlichsten danke ich meinem Ehemann Thomas. Seine Unterstützung war vielfältig, seine Solidarität wahrhaft partnerschaftlich, seine Zuversicht unerschütterlich und sein juristischer Sachverstand in vielen Gesprächen von unschätzbarem Wert.

Dem Bundesministerium des Innern bin ich für den großzügigen Druckkostenzuschuß sehr dankbar.

Berlin, im Herbst 2001

*Ruth Hadamek*

## Inhaltsübersicht

<b>A. Das Problem</b> .....	21
I. Die Postreformen .....	21
II. Fragestellung und Gang der Untersuchung .....	23
III. Die mit der Privatisierung verbundene Diskussion um Art. 10 GG .....	24
IV. Gefährdungen des Diskretionsschutzes .....	31
<b>B. Die Geschichte des Grundrechts und der Post</b> .....	43
I. Überblick über die Geschichte der deutschen Post .....	43
II. Die Geschichte des Grundrechts .....	52
III. Folgerungen aus der Geschichte der Post und des Postgeheimnisses. ....	66
<b>C. Fragen der Grundrechtsverpflichtung</b> .....	72
I. Unmittelbare Drittwirkung von Art. 10 GG? .....	72
II. Grundrechtsbindung gem. Art. 1 Abs. 3 GG .....	74
III. Ergebnisse: Grundrechtsverpflichtung der Nachfolgeunternehmen. ....	87
<b>D. Der objektiv-rechtliche Gehalt von Art. 10 GG</b> .....	88
I. Die Diskussion um die objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechte ..	88
II. Empfänglichkeit des Art. 10 GG für objektiv-rechtliche Gehalte. ....	90
III. Verhältnis von Schutzpflichten, Ausstrahlungs- oder Drittwirkung und Vorgaben für Organisation und Verfahren .....	97
IV. Die Trennung zwischen der Schutzpflichtenfunktion und Grundrechts- wirkungen für Organisation und Verfahren bei Art. 10 GG .....	105
<b>E. Objektive Schutzpflichten aus Art. 10 GG</b> .....	107
I. Die allgemeine Begründung von Schutzpflichten .....	107
II. Privatisierungsspezifische Begründung für Schutzpflichten .....	130
III. Schutzpflichten aus Art. 10 GG .....	145
<b>F. Die Struktur objektiver Schutzpflichten aus Art. 10 GG: Der schutz- pflichtenauslösende Tatbestand</b> .....	147
I. Die Berührung des grundrechtlichen Schutzbereiches .....	149
II. Grundrechtsgefährdung .....	151
<b>G. Die Rechtsfolgenrechtsseite, insbesondere die Maßstäbe für die Erfüllung von Schutzpflichten</b> .....	156
I. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers .....	156
II. Entschließungsermessens? .....	157
III. Die Art des Schutzes .....	157
IV. Die Maßstäbe für die Erfüllung von Schutzpflichten .....	161
V. Selbstschutz als Grenze der Schutzpflicht: Verschlüsselung .....	174

VI. Zusammenfassung: Der bei Art. 10 GG an die Erfüllung der Schutzpflicht anzulegende Maßstab .....	179
<b>H. Subjektive Rechte aus grundrechtlichen Schutzpflichten gem. Art. 10 GG .....</b>	<b>180</b>
I. Die Ansichten zur Subjektivität der Schutzpflichten .....	180
II. Bewertung der Begründungswege .....	188
III. Justitiabilität: Die Rechtssatzverfassungsbeschwerde .....	190
<b>J. Der Schutzbereich von Art. 10 GG und Eingriffe .....</b>	<b>198</b>
I. Der persönliche Schutzbereich .....	198
II. Der sachliche Schutzbereich .....	205
III. Eingriffe in Art. 10 GG .....	220
IV. Abgrenzung zu anderen Grundrechten .....	221
<b>K. Erfüllung von Schutzpflichten nach der bestehenden Gesetzeslage: Zentrale Regelungsbeispiele aus dem Telekommunikationsgesetz .....</b>	<b>232</b>
I. Die Systematik der §§ 85 ff. TKG .....	232
II. Das Fernmeldegeheimnis, § 85 TKG .....	236
III. Schutzpflichtverletzung durch § 87 TKG? .....	249
IV. Datenschutz in der Telekommunikation, § 89 TKG .....	257
V. Schutz durch Organisation und Verfahren .....	277
VI. Die Erfüllung privatisierungsbedingter Schutzpflichten bei der Telekommunikationsüberwachung .....	289
VII. Ergebnis des Anwendungsteils .....	303
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>305</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>323</b>

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Das Problem</b> .....	21
I. Die Postreformen .....	21
II. Fragestellung und Gang der Untersuchung .....	23
III. Die mit der Privatisierung verbundene Diskussion um Art. 10 GG .....	24
1. Die Diskussion zur ersten Postreform: Verfassungsrechtliche Lösung? .....	24
2. Die Diskussion zur zweiten Postreform: Einfach-rechtlicher Schutz von Art. 10 GG .....	25
3. Die Diskussion zur dritten Reformstufe: Der Meinungsstand .....	28
4. Zusammenfassung und offene Fragen .....	31
IV. Gefährdungen des Diskretionsschutzes .....	31
1. Die normativen Bedingungen im dritten Reformabschnitt .....	31
a) Europäisches und internationales Recht .....	31
b) Nationales Recht .....	35
2. Die tatsächlichen Bedingungen im dritten Reformabschnitt: Verbreitung neuer Technik und Dienste, mehr Wettbewerb .....	37
3. Schutzbedarf für Art. 10 GG .....	38
a) Die Einschaltung Privater in Überwachungsvorgänge .....	39
b) Gefährdungen unter Privaten .....	40
aa) Gefährdungen durch Anbieter .....	41
bb) Gefährdungen durch andere Teilnehmer .....	42
c) Fazit .....	42
<b>B. Die Geschichte des Grundrechts und der Post</b> .....	43
I. Überblick über die Geschichte der deutschen Post .....	43
1. Die Thurn- und Taxissche Post .....	44
2. Das Ende der Taxisschen Post und die Konkurrenz durch die Territorien .....	45
3. Die preußische Post .....	46
4. Die Deutsche Reichspost .....	48
5. Die Deutsche Bundespost .....	51
II. Die Geschichte des Grundrechts .....	52
1. Die strafrechtlichen Wurzeln des Briefgeheimnisses .....	52
2. Der Schutz des Postgeheimnisses in den preußischen Postordnungen von 1712 und 1782 .....	52
3. Von den Anfängen verfassungsrechtlicher Kodifikation bis zur Weimarer Reichsverfassung .....	53
a) § 142 der Paulskirchenverfassung .....	54

aa) Die Frage des Gesetzesvorbehaltes .....	55
bb) Brief- oder Postgeheimnis: Entstehung des Kompensationsgedankens .....	56
cc) Gewährleistung oder Unverletzlichkeit? .....	58
b) Die anschließenden Verfassungen .....	59
4. Art. 117 WRV .....	60
a) Das Postgeheimnis (Briefgeheimnis im engeren Sinn) .....	61
b) Das Briefgeheimnis im weiteren Sinn .....	61
c) Der Rechtszustand nach der nationalsozialistischen Machtergreifung bis zum 23. Mai 1949 .....	62
d) Das Grundrecht in der Deutschen Demokratischen Republik .....	63
5. Entstehungsgeschichte des Art. 10 GG .....	63
a) Der Entwurf von Herrenchiemsee .....	63
b) Art. 10 GG im Parlamentarischen Rat .....	64
aa) Die einzelnen Gewährleistungsbereiche .....	64
bb) Der Gesetzesvorbehalt .....	65
6. Die Einfügung des Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG .....	65
III. Folgerungen aus der Geschichte der Post und des Postgeheimnisses .....	66
1. Positivierung als Reaktion auf staatliche Eingriffstätigkeit .....	66
2. Zusammenhang der Geschichte des Grundrechts und der organisatorischen Entwicklung der deutschen Post .....	68
a) Grundrechtsschutz und staatliches Monopol .....	68
b) Das Schutzbedürfnis in den Fällen des privaten Monopols und der Liberalisierung der Postdienste .....	69
3. Historische Festlegung auf den Abwehrrechtscharakter? .....	70
4. Hinweise aus der Entstehungsgeschichte auf andere Grundrechtsfunktionen, insbesondere auf Schutzpflichten aus Art. 10 GG .....	71
<b>C. Fragen der Grundrechtsverpflichtung .....</b>	<b>72</b>
I. Unmittelbare Drittwirkung von Art. 10 GG? .....	72
II. Grundrechtsbindung gem. Art. 1 Abs. 3 GG .....	74
1. Indienstnahme Privater .....	75
a) Zustellung durch private Postdienstunternehmen .....	75
b) Die Einschaltung privater Anbieter in die Kommunikationsüberwachung .....	75
2. Die Nachfolgeunternehmen .....	76
a) Die Fiskalgeltung der Grundrechte .....	77
b) Typologie der Privatisierungsformen .....	79
aa) Die Deutsche Post AG: Die Grundrechtsbindung bei alleiniger Anteilseignerschaft des Bundes .....	81
(1) Die Argumente aus Art. 87f und Art. 143b GG gegen die Grundrechtsbindung der Deutschen Post AG .....	82
(2) Materielle Privatisierung als Zielvorstellung .....	83
(3) Funktionale Betrachtung des Privatisierungsstadiums .....	83

bb) Die Deutsche Telekom AG: Grundrechtsbindung bei beherrschender staatlicher Beteiligung.....	84
III. Ergebnisse: Grundrechtsverpflichtung der Nachfolgeunternehmen.....	87
<b>D. Der objektiv-rechtliche Gehalt von Art. 10 GG .....</b>	<b>88</b>
I. Die Diskussion um die objektiv-rechtlichen Gehalte der Grundrechte ..	88
1. Die Kritik an der Ausweitung objektiv-rechtlicher Gehalte.....	89
2. Das hier gewählte Vorgehen .....	90
II. Empfänglichkeit des Art. 10 GG für objektiv-rechtliche Gehalte.....	90
1. Die Unverletzlichkeitsanordnung in Art. 10 Abs. 1 GG.....	91
a) Entstehungsgeschichtliche Aspekte .....	91
b) Textbefund im Grundrechtsteil.....	92
2. Objektiv-rechtliche Gehalte von Art. 10 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	94
3. Der Charakter von Art. 10 GG als Prinzip mit Optimierungsgebot nach Alexy .....	95
4. Zusammenfassung .....	96
III. Verhältnis von Schutzpflichten, Ausstrahlungs- oder Drittwirkung und Vorgaben für Organisation und Verfahren.....	97
1. Ausstrahlungswirkung .....	98
a) Ausstrahlungswirkung und Drittwirkung.....	98
b) Ausstrahlungswirkung und Schutzpflicht .....	98
2. Schutzpflichten.....	99
a) Bipolarität oder Grundrechtsdreieck? .....	100
b) Schutzpflichtentypische Dreieckskonstellation bei der Kommunikationsüberwachung?.....	102
c) Folgerungen für den untersuchten Normenkreis .....	103
3. Grundrechtswirkungen für Organisation und Verfahren .....	103
IV. Die Trennung zwischen der Schutzpflichtenfunktion und Grundrechtswirkungen für Organisation und Verfahren bei Art. 10 GG.....	105
<b>E. Objektive Schutzpflichten aus Art. 10 GG .....</b>	<b>107</b>
I. Die allgemeine Begründung von Schutzpflichten .....	107
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	107
a) Schutzpflichten aus allen Grundrechten .....	107
b) Die Begründungselemente .....	110
2. Darstellung der Begründungselemente aus Rechtsprechung und Literatur und Bewertung ihrer Tragfähigkeit .....	111
a) Staatstheorie, Ideen- und Grundrechtsgeschichte.....	111
b) Die Grundrechtsimmanenz.....	114
c) Der Wertordnungsgedanke und die Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte .....	116
aa) Der Wertordnungsgedanke .....	117
bb) Die Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte.....	118
d) Die Begründungsfunktion von Art. 1 Abs. 1 GG .....	119

aa)	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. . . . .	120
bb)	Die Lehre . . . . .	121
cc)	Analyse der Begründungsfunktion von Art. 1 Abs. 1 GG . . .	124
dd)	Folgerungen für Art. 10 GG . . . . .	126
e)	Die Ableitung von Schutzpflichten aus der abwehrrechtlichen Dimension (Murswiek). . . . .	127
3.	Resultate aus der allgemeinen Begründung von Schutzpflichten für Art. 10 GG . . . . .	129
II.	Privatisierungsspezifische Begründung für Schutzpflichten. . . . .	130
1.	Grundrechtliche Schutzpflichten als Staatsaufgabenbeschreibungen .	131
a)	Staatsaufgaben als juristischer Bezugspunkt der Privatisierungsdiskussion . . . . .	132
b)	Staatsaufgaben und Privatisierung in ihrem Verhältnis zu den Grundrechten . . . . .	134
aa)	Grundrechte und Privatisierung. . . . .	134
bb)	Grundrechte und Staatsaufgaben. . . . .	135
2.	Die Ingerenzpflicht . . . . .	137
a)	Der Ingerenzbegriff und die ursprüngliche Begründung der Ingerenzpflicht mit dem Demokratieprinzip . . . . .	137
b)	Die Ingerenzpflicht in der neueren Privatisierungsdiskussion. . . .	141
c)	Analyse des Ingerenzgedankens . . . . .	142
aa)	Das Kausalitätsargument. . . . .	142
bb)	Die grundrechtliche Fundierung der Ingerenzpflichten. . . . .	144
3.	Zwischenergebnis. . . . .	145
III.	Schutzpflichten aus Art. 10 GG . . . . .	145
<b>F.</b>	<b>Die Struktur objektiver Schutzpflichten aus Art. 10 GG: Der schutzpflichtenauslösende Tatbestand . . . . .</b>	<b>147</b>
I.	Die Berührung des grundrechtlichen Schutzbereiches . . . . .	149
II.	Grundrechtsgefährdung. . . . .	151
1.	Gleichstellung schutzpflichtenspezifischer Grundrechtsgefährdung mit abwehrrechtlichem Eingriffsbegriff? . . . . .	151
2.	Die Kriterien in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	153
3.	Die inhaltliche Ausfüllung des Gefährdungskriteriums: Die Notwendigkeit der Zuordnung von Grundrechtspositionen unter Privaten . . .	155
<b>G.</b>	<b>Die Rechtsfolgenseite, insbesondere die Maßstäbe für die Erfüllung von Schutzpflichten . . . . .</b>	<b>156</b>
I.	Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. . . . .	156
II.	Entschließungsermessen? . . . . .	157
III.	Die Art des Schutzes. . . . .	157
1.	Keine Subsidiarität strafrechtlichen Schutzes . . . . .	158
2.	Schutzmodalitäten nach dem Konzept gestufter Verantwortlichkeit . . . . .	159

IV. Die Maßstäbe für die Erfüllung von Schutzpflichten .....	161
1. Ausgangsbasis: Die Absage an umfassenden Schutz.....	161
2. Die mittleren Maßstäbe.....	162
a) Einhaltung des abwehrrechtlichen Schutzniveaus .....	162
b) Schutzoptimum .....	163
c) Ablehnung des ingerenzverhafteten Status-quo-ante-Maßstabes. .	164
3. Maßstäbe im unteren Bereich: Evidenz, Wirksamkeit, Untermaß . . .	165
a) Das Untermaßverbot.....	165
b) Die Analyse des Untermaßverbotes.....	167
aa) Die Reaktionen in der Literatur .....	167
bb) Die näheren Umstände der Begriffsprägung.....	168
cc) Die Rolle der Zuordnung in der verfassungsgerichtlichen Prüfung der Schutzpflichtenerfüllung.....	170
(1) Subsumtion unter die Evidenzformel und das Unter- maßverbot .....	170
(2) Zuordnungsentscheidungen.....	171
(3) Evidenzformel <i>und</i> Zuordnung .....	173
c) Zwischenergebnis .....	174
V. Selbstschutz als Grenze der Schutzpflicht: Verschlüsselung .....	174
1. Die Kryptokontroverse .....	175
2. Vorgaben aus dem Schutzpflichtenauftrag aus Art. 10 GG für die Kryptoregulierung .....	177
3. Beschränkung der Schutzpflichten aus Art. 10 GG durch Verschlüs- selung?.....	178
VI. Zusammenfassung: Der bei Art. 10 GG an die Erfüllung der Schutz- pflicht anzulegende Maßstab .....	179
<b>H. Subjektive Rechte aus grundrechtlichen Schutzpflichten gem. Art. 10 GG .....</b>	<b>180</b>
I. Die Ansichten zur Subjektivität der Schutzpflichten.....	180
1. Das Bundesverfassungsgericht.....	180
2. Die Lehre.....	182
a) Die Einwände gegen Schutzansprüche .....	183
b) Entkräftung der Einwände .....	184
c) Positive Begründung von Schutzansprüchen .....	185
aa) Optimierung der Grundrechtswirkung .....	186
bb) Begründung aus dem Charakter der Grundrechte als Men- schenrechte .....	187
cc) Differenzierungen annehmende Auffassungen .....	188
II. Bewertung der Begründungswege.....	188
III. Justitiabilität: Die Rechtssatzverfassungsbeschwerde .....	190
1. Gesetzgeberisches Unterlassen als Beschwerdegegenstand .....	191
a) Relatives (unechtes) Unterlassen .....	192
b) Absolutes (echtes) Unterlassen .....	192



c) Bewertung .....	193
2. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit .....	193
3. Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit .....	195
4. Perspektiven .....	196
<b>J. Der Schutzbereich von Art. 10 GG und Eingriffe .....</b>	<b>198</b>
I. Der persönliche Schutzbereich .....	198
1. Natürliche Personen .....	198
2. Juristische Personen .....	199
a) War die Deutsche Bundespost grundrechtsberechtigt? .....	200
aa) Die Argumente .....	200
bb) Stellungnahme .....	201
b) Grundrechtsberechtigung nach der zweiten Postreform .....	203
II. Der sachliche Schutzbereich .....	205
1. Gemeinsamkeiten der Gewährleistungsbereiche .....	205
a) Schutzgut und Schutzzumfang .....	205
b) Immanente Grenzen .....	207
c) Verzichtbarkeit .....	208
2. Art. 10 Abs. 1 GG als einheitliches Grundrecht? .....	210
3. Verschiedene Gewährleistungsbereiche in Art. 10 Abs. 1 GG .....	211
a) Die Abgrenzung vor der Privatisierung .....	211
b) Die Abgrenzung nach der Privatisierung: Wegfall des Postgeheimnisses? .....	212
c) Der Inhalt der Geheimnisbereiche im einzelnen .....	215
aa) Das Postgeheimnis .....	215
bb) Das Briefgeheimnis .....	215
cc) Das Fernmeldegeheimnis .....	216
(1) Grenzfälle, insbesondere die Computertelefonie .....	218
(2) Verzicht auf das Echtzeiterfordernis im Rahmen des Art. 10 GG .....	219
III. Eingriffe in Art. 10 GG .....	220
IV. Abgrenzung zu anderen Grundrechten .....	221
1. Der Schutz der Privatheit .....	221
a) Die Unverletzlichkeit der Wohnung gem. Art. 13 GG .....	222
b) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG .....	223
aa) Die Spezialität des Art. 10 GG .....	223
bb) Die Erstreckung der Geltung des Art. 10 GG auf die weitere Verwendung von Kommunikationsdaten .....	226
cc) Die Auffangfunktion des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG .....	228
c) Folgerung: Die Nähe des Art. 10 GG zu Art. 1 Abs. 1 GG .....	229
2. Die Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. GG .....	230
3. Die Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2, 2. Alt. GG .....	230

<b>K. Erfüllung von Schutzpflichten nach der bestehenden Gesetzeslage: Zentrale Regelungsbeispiele aus dem Telekommunikationsgesetz.</b>	232
I. Die Systematik der §§ 85 ff. TKG	232
1. Die Vorschriften	232
2. Systematische Friktionen – Schutzpflichtverletzung?	234
II. Das Fernmeldegeheimnis, § 85 TKG	236
1. Gegenstand des Fernmeldegeheimnisses, § 85 Abs. 1 TKG	238
2. Die Adressaten, § 85 Abs. 2 TKG	239
a) Der persönliche Geltungsbereich von § 85 Abs. 2 TKG und die Schutzpflicht aus Art. 10 GG	239
aa) Berührung des Schutzbereiches	240
bb) Grundrechtsgefährdung	240
cc) Evidentes Schutzdefizit	241
b) Der sachliche Geltungsbereich	242
3. Die Verhaltensregeln, § 85 Abs. 3 TKG	244
a) Überblick	244
b) Kritik	246
aa) „... oder andere“, § 85 Abs. 3 Satz 1 TKG	246
bb) Das „für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste erforderliche Maß“, § 85 Abs. 3 Satz 1 TKG	247
4. Ergebnis	249
III. Schutzpflichtverletzung durch § 87 TKG?	249
1. Überschneidungen mit dem Post- und Telekommunikationssicherstellungsgesetz und den §§ 85 und 89 TKG	249
2. Ist eine Verlagerung der Zuordnungsentscheidung auf die Erstellung des Kataloges von Sicherheitsanforderungen gem. § 87 Abs. 1 Satz 3 TKG unter Schutzpflichtgesichtspunkten zulässig?	252
a) Die Zulässigkeit der Delegation von Zuordnungsentscheidungen	253
b) Liegt in § 87 Abs. 1 TKG eine Delegation der Zuordnungsentscheidung?	254
3. Verfahrensrechtliche Absicherung von § 87 TKG und des Kataloges von Sicherheitsanforderungen	255
a) Die Befugnisse der Regulierungsbehörde	255
b) Bewertung	256
IV. Datenschutz in der Telekommunikation, § 89 TKG	257
1. Die Regelungen des § 89 TKG im Überblick	258
2. Daten gem. § 89 TKG	258
3. Die Bestimmung des Adressatenkreises telekommunikationsspezifischen Datenschutzes im Spannungsfeld zwischen alter Verordnung und neuer Ermächtigung	260
a) Der Kreis der Verpflichteten gem. § 89 Abs. 1 TKG	261

b)	Der Kreis der Verpflichteten gem. § 1 Abs. 1 Satz 2 TDSV 1996.....	262
c)	Die Auflösung der Diskrepanz .....	263
4.	Keine Möglichkeit anonymer Nutzung – Schutzpflichtverletzung? ..	264
a)	Das Argument aus § 90 Abs. 1 TKG .....	266
b)	Schutzbereichsberührung und Grundrechtsgefährdung .....	267
c)	Evidentes Schutzdefizit .....	267
d)	Ergebnis .....	270
5.	Weitergabe von Verbindungsdaten zum Inkasso – Schutzpflichtverletzung? .....	270
a)	Berührung des Schutzbereiches .....	271
b)	Grundrechtsgefährdung .....	271
c)	Nichteinhaltung des Evidenzmaßstabes.....	272
aa)	Zuordnung .....	272
bb)	Evidentes Schutzdefizit.....	276
6.	Ergebnis.....	276
V.	Schutz durch Organisation und Verfahren .....	277
1.	Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post .....	278
a)	Die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses als vorrangiges Regulierungsziel .....	281
b)	Das System der Befugnisse zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses und des Datenschutzes .....	281
c)	Bewertung .....	283
d)	Die regulatorische Praxis.....	283
aa)	Die Statusproblematik.....	284
bb)	Die Tätigkeit der Regulierungsbehörde in bezug auf das Fernmeldegeheimnis und den Datenschutz.....	286
cc)	Die innere Organisation der Behörde.....	287
e)	Zusammenfassung .....	288
2.	Die Kontrolle durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz ..	288
a)	§ 91 Abs. 4 TKG.....	288
b)	Die tatsächliche Wirkung der Kontrolle .....	289
3.	Ergebnis.....	289
VI.	Die Erfüllung privatisierungsbedingter Schutzpflichten bei der Telekommunikationsüberwachung .....	289
1.	Die der Überwachung zugrundeliegende Personenkonstellation .....	289
2.	Die technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen gem. § 88 TKG: Schutzpflichtverletzung durch das Nichterlassen einer Telekommunikations-Überwachungsverordnung? .....	291
a)	Die fehlende Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens nach § 88 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 TKG .....	294
b)	Berührung des Schutzbereiches .....	295
c)	Grundrechtsgefährdung.....	295
d)	Evidentes Schutzdefizit .....	296

3. Auskunftersuchen gem. § 90 TKG .....	298
a) Kritik am Abrufverfahren .....	299
b) Der institutionelle Schutzmechanismus gem. Art. 10 GG .....	299
c) Der institutionelle Schutzmechanismus unter den Bedingungen der Privatisierung .....	300
d) Umgehung des institutionellen Schutzmechanismus im Rahmen des automatischen Abrufverfahrens gem. § 90 TKG? .....	301
4. Ergebnis .....	303
VII. Ergebnis des Anwendungsteils .....	303
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>305</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>323</b>



## A. Das Problem

### I. Die Postreformen

Motiviert durch Gemeinschaftsrecht,<sup>1</sup> die international fortschreitende Öffnung der Kommunikationsmärkte<sup>2</sup> und Gründe der Wirtschaftsförderung<sup>3</sup> ist 1989 mit der ersten Postreform der dreistufige Privatisierungsprozeß der Deutschen Bundespost eingeleitet worden. Das am 1. Juli 1989 in Kraft getretene Poststrukturgesetz vom 8. Juni 1989, Bestandteil der ersten Postreform, hatte zunächst die Trennung des hoheitlichen und politischen Aufgabenbereiches einerseits von dem betrieblich-unternehmerischen Teil der Postaufgaben andererseits zum Gegenstand.<sup>4</sup> Der erstgenannte Bereich verblieb bei dem Bundesministerium für Post und Telekommunikation, der letztere wurde den drei Unternehmen Telekom, Postdienst und Postbank übertragen,<sup>5</sup> welche in der Zeit zwischen den beiden Postreformen Teilsondervermögen<sup>6</sup> des Bundes waren.

Es blieb bei dem Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F., nach dem die Bundespost Gegenstand bundeseigener Verwaltung war.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. das (erste) Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte – KOM (87) 290, BT-Drs. 11/930, entsprechend Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für das Post- und Fernmeldewesen (15. Ausschuß), BT-Drs. 11/2014, ferner: *Kühn/Reimann*, Postreform II, S. 3 Buchst. b) zu der europarechtlichen Motivation der zweiten Postreform.

<sup>2</sup> Man denke an die vielfältigen grenzüberschreitenden Beteiligungen an Telekommunikationsgesellschaften, auf die im Zusammenhang mit der geplanten Fusion der Deutschen Telekom mit der Telecom Italia aufmerksam gemacht wurde, *Frankfurter Rundschau* Nr. 91 vom 20.4.1999, S. 13. Auch die Deutsche Post AG ist mittlerweile durch die Einkäufe ausländischer Unternehmen international engagiert: In der Schweiz und den Niederlanden, *Handelsblatt* (Nr. 77) vom 22.4.1999, S. 17.

<sup>3</sup> *Kühn/Reimann*, Postreform II, S. 2 ff.

<sup>4</sup> Gesetz zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz) vom 8.6.1989 (BGBl. I S. 1026), im folgenden auch: Postreform I. Vgl. zu den Gesetzesänderungen im Zuge der Postreformen I und II z.B. *Gramlich*, NJW 94, 2785; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 181 ff.; *Schulz*, JA 1995, 417; *Stern/Geerlings*, Kommentar Postrecht, Teil B, Rn. 74 ff. Auf zehn Jahre Postreform zurückblickend *Büchner*, Post und Telekommunikation (1999).

<sup>5</sup> § 1 Abs. 2 Postverfassungsgesetz (PostVerfG) vom 8. Juni 1989 (BGBl. I S. 1026).

<sup>6</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 PostVerfG.

Erst die Änderung des Art. 87 GG sowie die Einfügung der Art. 87f und Art. 143b GG schufen den verfassungsrechtlichen Rahmen für die Überführung der staatlichen Teilsondervermögen in Unternehmen privater Rechtsform. Die Bundespost wurde von den Gegenständen unmittelbarer Bundesverwaltung in Art. 87 GG ausgenommen, die Restbestände hoheitlicher Tätigkeit im Bereich der ehemaligen Bundespost wurden in Art. 87f GG festgelegt und Modalitäten für die Privatisierung in Art. 143b GG normiert. Der im Rahmen der zweiten Postreform<sup>8</sup> in das Grundgesetz eingefügte Art. 87f GG bestimmt nunmehr in seinem Abs. 2 Satz 1, daß Dienstleistungen im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation privatwirtschaftliche Tätigkeiten sind.

Mit der dritten Stufe der Postreform ist beabsichtigt, die Monopole im Post- und Telekommunikationswesen zu beschränken bzw. abzubauen. Dabei war der Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich<sup>9</sup> gehalten, die Liberalisierung der öffentlichen Sprachtelefondienste ab dem 1. Januar 1998 durchzuführen.<sup>10</sup> Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist das Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 31. Juli 1996<sup>11</sup> erlassen worden.<sup>12</sup> Das Postgesetz (PostG) vom 22. Dezember 1997<sup>13</sup> sieht noch eine bis Ende 2002 befristete

<sup>7</sup> Zu Art. 87 a.F. GG und der Deutschen Bundespost zwischen den ersten beiden Postreformen Mayer, Leistungsbehörde, 1990.

<sup>8</sup> Gesetz zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (Postneuordnungsgesetz-PTNeuOG) vom 14.9.1994 (BGBl. I S. 2325). Im folgenden auch: Postreform II.

<sup>9</sup> Aufgrund der Entschließung des Rates vom 22. Juli 1993 (ABl. EG Nr. C 213, S. 3) war das Fernmeldeanlagenengesetz (FAG) bis zum 31.12.1997 befristet worden, § 28 FAG.

Siehe ferner: *Richtlinie 90/387/EWG* des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – OPN), ABl. EG Nr. L 192 vom 24.7.1990, S. 1; *Richtlinie 90/388/EWG* der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 192, S. 10.

<sup>10</sup> Daher waren durch die Postreform II das Fernmeldeanlagenengesetz (FAG) vom 3.7.1989 (BGBl. I S. 1455) in der Fassung des Postneuordnungsgesetzes und das Postgesetz (PostG) i.d.F. d. Bekanntmachung vom 3.7.1989 (BGBl. I S. 1449), ebenfalls geändert durch das Postneuordnungsgesetz, in ihrer Geltungsdauer bis zum Ablauf des Jahres 1997 beschränkt worden, § 31 PostG, und § 28 FAG. Bis zum 31.12.1997 ist auch nur die Zuständigkeit des Bundesbeauftragten für Datenschutz (BfD) für den Telekommunikationsbereich verlängert worden, vgl. S. 36 f. des 15. Tätigkeitsberichts des Bundesbeauftragten für den Datenschutz (BfD).

<sup>11</sup> BGBl. I S. 1120.

<sup>12</sup> Dies beruht auf einer Änderung des § 1 Abs. 4 Fernmeldeanlagenengesetz (FAG) durch § 99 Abs. 1 Nr. 1 b) TKG, wodurch der Deutschen Telekom AG bis zum Ablauf des Jahres 1997 das ausschließliche Recht gewährt wurde, Sprachtelefonien zu erbringen.

<sup>13</sup> BGBl. I S. 3294.

Exklusivlizenz für die Beförderung von unter 200 Gramm schweren Briefen und adressierten Katalogen zugunsten der Deutschen Post AG vor.<sup>14</sup> Die Frage, ob und in welchem Umfang die Exklusivlizenz verlängert werden wird, ist im Zusammenhang mit den Vorschlägen der Kommission der Europäischen Union für eine schrittweise Öffnung der Postmärkte bereits aufgeworfen worden.<sup>15</sup>

## II. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Die Frage ist, welche Bedeutung Art. 10 GG vor dem im Sinn von Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG privatwirtschaftlichen Hintergrund zukommt.

Über seine klassische Funktion als Abwehrrecht des einzelnen gegenüber dem Staat hinaus könnte Art. 10 GG nunmehr im Rahmen einer objektivrechtlichen Funktion (unten D.) staatliche Schutzpflichten zu entnehmen sein (unten E.). Die Untersuchung der Struktur von Schutzpflichten aus Art. 10 GG (unten F. und G.) wird ergeben, daß eine Orientierung an den abwehrrechtlichen Kategorien von Schutzbereich und Eingriff auch im Rahmen der Schutzpflichtenfunktion erforderlich ist. In diesem Zusammenhang wird auch behandelt, ob aus der Verletzung objektiver Schutzpflichten aus Art. 10 GG Schutzansprüche (Schutzgewährrechte) folgen können (unten H.). Der Schutzbereich von Art. 10 GG und die typischen Eingriffe werden als Vorlage für den abschließenden Anwendungsteil dargestellt (unten J.).

Als Vorschriften, auf die die erlangten Ergebnisse angewendet werden sollen, sind Regelungen aus dem elften Teil des Telekommunikationsgesetzes<sup>16</sup> ausgewählt worden. Sie werden anhand des herausgearbeiteten Maßstabes für die Erfüllung von Schutzpflichten auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft (unten K.). Außerdem könnten Art. 10 GG Vorgaben für den verfahrensrechtlichen Schutz des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses zu entnehmen sein (unten K. V).<sup>17</sup>

Zunächst aber soll nach einem Überblick über den Diskussionsstand und die Konfliktfälle (A. III. und IV.) versucht werden, aus der Geschichte des Grundrechts Vorgaben für den Untersuchungsgegenstand abzuleiten (unten B.) und Fragen zur Grundrechtsverpflichtung zu klären (unten C.).

---

<sup>14</sup> § 53 Abs. 1 Satz 1 PostG.

<sup>15</sup> Vgl. etwa *Frankfurter Rundschau* (Nr. 126) vom 31.5./1.6.2000, S. 11.

<sup>16</sup> §§ 85 ff. TKG.

<sup>17</sup> Diese Frage wird wegen ihrer Nähe zu den Schutzpflichten (dazu unten D. III. 3. und IV.) jeweils im Zusammenhang mit der Frage geprüft, ob eine Schutzpflichtverletzung vorliegt.