

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

A. Das Problem	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. Die Geschichte des Grundrechts und der Post	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
C. Fragen der Grundrechtsverpflichtung	72
I. Unmittelbare Drittwirkung von Art. 10 GG?	72
II. Grundrechtsbindung gem. Art. 1 Abs. 3 GG	74
III. Ergebnisse: Grundrechtsverpflichtung der Nachfolgeunternehmen.	87
D. Der objektiv-rechtliche Gehalt von Art. 10 GG	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
E. Objektive Schutzpflichten aus Art. 10 GG	107
I. Die allgemeine Begründung von Schutzpflichten	107
II. Privatisierungsspezifische Begründung für Schutzpflichten	130
III. Schutzpflichten aus Art. 10 GG	145
F. Die Struktur objektiver Schutzpflichten aus Art. 10 GG: Der schutz- pflichtenauslösende Tatbestand	147
I. Die Berührung des grundrechtlichen Schutzbereiches	149
II. Grundrechtsgefährdung	151
G. Die Rechtsfolgende, insbesondere die Maßstäbe für die Erfüllung von Schutzpflichten	156
I. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	156
II. Entschließungsermesseln?	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
H. Subjektive Rechte aus grundrechtlichen Schutzpflichten gem. Art. 10 GG	180
I. Die Ansichten zur Subjektivität der Schutzpflichten	180
II. Bewertung der Begründungswege	188
III. Justitiabilität: Die Rechtssatzverfassungsbeschwerde	190
J. Der Schutzbereich von Art. 10 GG und Eingriffe	198
I. Der persönliche Schutzbereich	198
II. Der sachliche Schutzbereich	205
III. Eingriffe in Art. 10 GG	220
IV. Abgrenzung zu anderen Grundrechten	221
K. Erfüllung von Schutzpflichten nach der bestehenden Gesetzeslage: Zentrale Regelungsbeispiele aus dem Telekommunikationsgesetz.	232
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
Literaturverzeichnis	305
Sachwortverzeichnis	323

Inhaltsverzeichnis

A. Das Problem	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. Die Geschichte des Grundrechts und der Post	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
C. Fragen der Grundrechtsverpflichtung	72
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
D. Der objektiv-rechtliche Gehalt von Art. 10 GG	88
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
E. Objektive Schutzpflichten aus Art. 10 GG	107
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
F. Die Struktur objektiver Schutzpflichten aus Art. 10 GG: Der schutzpflichtenauslösende Tatbestand	147
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
G. Die Rechtsfolgenseite, insbesondere die Maßstäbe für die Erfüllung von Schutzpflichten	156
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
H. Subjektive Rechte aus grundrechtlichen Schutzpflichten gem. Art. 10 GG	180
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
J. Der Schutzbereich von Art. 10 GG und Eingriffe	198
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

K. Erfüllung von Schutzpflichten nach der bestehenden Gesetzeslage: Zentrale Regelungsbeispiele aus dem Telekommunikationsgesetz.	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
Literaturverzeichnis	305
Sachwortverzeichnis	323

A. Das Problem

I. Die Postreformen

Motiviert durch Gemeinschaftsrecht,¹ die international fortschreitende Öffnung der Kommunikationsmärkte² und Gründe der Wirtschaftsförderung³ 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.⁴ Der erstgenannte Bereich verblieb bei dem Bundesministerium für Post und Telekommunikation, der letztere wurde den drei Unternehmen Telekom, Postdienst und Postbank übertragen,⁵ welche in der Zeit zwischen den beiden Postreformen Teilsondervermögen⁶ des Bundes waren.

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

¹ 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.

² 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.

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

⁴ 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).

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

⁶ 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 Postreform⁸ 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 gemeinschaftsrechtlich⁹ gehalten, die Liberalisierung der öffentlichen Sprachtelefondienste ab dem 1. Januar 1998 durchzuführen.¹⁰ Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist das Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 31. Juli 1996¹¹ erlassen worden.¹² Das Postgesetz (PostG) vom 22. Dezember 1997¹³ sieht noch eine bis Ende 2002 befristete

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

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

⁹ 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.

¹⁰ 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).

¹¹ BGBl. I S. 1120.

¹² 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.

¹³ BGBl. I S. 3294.

Exklusivlizenz für die Beförderung von unter 200 Gramm schweren Briefen und adressierten Katalogen zugunsten der Deutschen Post AG vor.¹⁴ 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.¹⁵

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 Telekommunikationsgesetzes¹⁶ 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).¹⁷

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.).

¹⁴ § 53 Abs. 1 Satz 1 PostG.

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

¹⁶ §§ 85 ff. TKG.

¹⁷ 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.