

## **AP-Anmerkung zu BAG vom 23. 4. 2009 - 6 AZR 189/08: Beweisverwertungsverbot nach Mithören am Telefon**

### **I. Beweisverwertungsverbot auf Grund Persönlichkeitsverletzung**

#### **1. Zivil- oder verfassungsrechtliche Persönlichkeitsverletzung**

Der 6. Senat des BAG begründet die Aufhebung und Zurückverweisung der Entscheidung des LAG München mit der Nichtvernehmung einer am Telefon mithörenden Zeugin aufgrund einer nicht hinreichenden Klärung der tatsächlichen Voraussetzungen eines *Beweisverwertungsverbots*. In den Leitsätzen des Urteils wird festgestellt, dass ein *bewusst veranlasstes* Mithörenlassen eines Telefongesprächs das *zivilrechtliche* Persönlichkeitsrecht (APR) der beklagten Arbeitgeberin verletze und solch rechtswidrige Erlangung des Beweismittels ein *Beweisverwertungsverbot* begründe. In den Entscheidungsgründen wird für den Fall des bewusst veranlassenen Mithörens zwar die Verletzung des *zivilrechtlichen* Persönlichkeitsrechts (APR) begründet, das Beweisverwertungsverbot jedoch - BVerfGE 106, 28, 48 folgend - auf eine *Grundrechtsverletzung* gestützt: Der Richter sei gemäß Art 1 Abs. 3 GG an die maßgeblichen *Grundrechte* gebunden. Die *richterliche Zeugenvernehmung* habe eine Verletzung "des insoweit unmittelbar durch Art 2 Abs. 1 GG geschützten Rechts am gesprochenen Wort zur Folge" (Tz. 26). Diese Verletzung des "*Grundrechts am gesprochenen Wort*" (BVerfGE 106, 28, 39, 40; dazu BAG Tz. 21) wird in den Entscheidungsgründen aber nicht substantiell begründet, sondern nur in Bezug auf BVerfGE 106, 28, 48 behauptet (Tz. 26) und stattdessen die Verletzung des *zivilrechtlichen* Persönlichkeitsrechts (APR) im Falle des bewusst veranlassenen Mithörens (Tz. 25) bejaht und damit ein *Beweisverwertungsverbot* begründet. Im Falle des unbeabsichtigten "zufälligen" Mithörens wird die Verletzung des *zivilrechtlichen* Persönlichkeitsrechts (APR) verneint (Tz. 27 ff.), die nach den Grundsätzen von BVerfGE 106, 28 auch in solchem Falle gegebene Verletzung des *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsrechts (APR-Grundrechts) aber nicht geprüft und verkannt und daher ein Beweisverwertungsverbot verneint. Es erhebt sich daher die Frage, ob das LAG aufgrund der Zurückweisung gemäß § 563 II ZPO an die rechtliche Beurteilung des BAG oder gemäß § 31 BVerfGG an die „tragende Grundsätze“ von BVerfGE 106, 28 gebunden ist.

#### **2. Zivil- oder verfassungsrechtliches Beweisverwertungsverbot**

BVerfGE 106, 28 konnte im Rahmen der Verfassungsbeschwerde nur aufgrund der Verletzung *spezifischen* Verfassungsrechts die zivilrechtlichen Entscheidungen aufheben, die auf der Vernehmung mithörender Telefonzeugen beruhten, bei bloßer Verletzung "einfachen" Rechts, z.B. des zivilrechtlichen APR wären die Verfassungsbeschwerden nicht begründet gewesen (BVerfGE 18, 85, 92; 106, 28, 45 dazu *Erman/Ehmann*, BGB-Handkommentar, 12. Aufl., Anh. 12, Rz. 15 ff.). Auch der BGH hat im Urteil v. 18. 2. 2003 (XI ZR 165/02 – AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38 Bl. 2 R) das Verbot der Vernehmung einer am Telefon mithörenden Zeugin mit dem verfassungswidrigen Eingriff in „*grundrechtlich geschützte Rechte*“ begründet. Ob auch die Verletzung "einfachen" Rechts, z.B. des *zivilrechtlichen* APR, ein Beweisverwertungsverbot begründen kann, erscheint zwar vertretbar, ist aber umstritten (dazu unten III 7 b).

Der 6. Senat verkennt nicht die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen der Verletzung von *zivil-* und *verfassungsrechtlichem* Persönlichkeitsrecht (Tz. 21, anders noch der 1. Senat im Beschluss vom 29. 6. 2004 – 1 ABR 21/03 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 41 mit krit. Anm. *Ehmann*), lehnt auch eine *unmittelbare Drittwirkung* der Grundrechte zu Recht grundsätzlich ab (Tz. 21) und erkennt ferner zutreffend, dass ein heimlich ein Telefongespräch Mithörender und derjenige, der das Mithören zulässt, nicht selbst *Grundrechte* des Telefonierenden verletzen, weil die Grundrechte gemäß Art 1 Abs. 3 GG allein die *staatliche*

*Gewalt* binden (Tz. 21). Trotzdem aber wird verkannt, dass die *gerichtliche* Zeugenvernehmung auch dann eine *verfassungswidrige Grundrechtsverletzung* sein könnte, wenn das Mithören oder Mithörenlassen der Zeugin keine (rechtswidrige und schuldhaft) Verletzung des *zivilrechtlichen* APR wäre.

### 3. Sachlicher Kern der Entscheidung

Kern der einschlägigen zivil- und verfassungsrechtlichen Rechtsprechung ist der Satz, dass die gerichtliche Vernehmung eines von einer Partei benannten Zeugen, grundsätzlich das APR-Grundrecht der anderen Partei verletze und daher ein Beweisverwertungsverbot bestehe, wenn die versteckte Anwesenheit dieses Zeugen (vgl. BGH NJW 1970, 1848; NJW 1991, 1180 = JZ 1991, 927 mit abl. Anm. Helle; JZ 1994, 115 mit Anm. Helle; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rdz 136, 239) oder dessen Mithören über Telefon oder mittels sonstiger technischer Einrichtungen für die Gegenpartei nicht erkennbar war; es sei denn, dass über das „schlichte“ Beweisinteresse hinausgehende Interessen den Eingriff in das grundrechtlich geschützte Interesse der anderen Seite rechtfertigen. Jede Partei soll sich grundsätzlich die zur Verfolgung ihrer Rechte notwendigen Beweismittel nur auf solche Weise sichern, dass ein Gericht durch die Erhebung dieser Beweise nicht in Grundrechte der anderen Partei auf verfassungswidrige Weise eingreift.

Die *verfassungs- und zivilrechtsdogmatische Begründung* der vorstehenden Sätze macht jedoch einige Schwierigkeiten und setzt eine etwas gründlichere Betrachtung der verschiedenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen des *zivil-* und des *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsrechts voraus, damit die Namensgleichheit dieser *verschiedenen Rechte* nicht weiterhin Begriffsvertauschungen und Fehlentscheidungen zur Folge hat.

## II. Zum APR-Grundrecht am gesprochenen Wort

### 1. Entwicklung des sog. Grundrechts am gesprochenen Wort

Das BVerfG hat in seiner Telefon-Mithörer-Entscheidung vom 9. 10. 2002 (BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619), an der das BAG seine Entscheidung im wesentlichen ausgerichtet hat, im Anschluss an BVerfGE 54, 148, 155 - Eppler angenommen, dass das Grundgesetz als "Ausprägung" (BVerfGE 106, 43) des *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsrechts auch ein "Recht am gesprochenen Wort" schütze (BVerfGE 106, 39). Dieses *verfassungsrechtliche* Persönlichkeitsrecht ist zuerst in der Mikrozensus-Entscheidung v. 16. 7. 1969 (BVerfGE 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707) aus der allgemeinen Handlungsfreiheit *in Verbindung mit* der Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 *iVm* Art 2 Abs. 1 GG) abgeleitet und mit der sog. Objektformel begründet worden: „*Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen*“. Das so entstandene APR-Grundrecht ist in einer langen Reihe von Entscheidungen zu (Grund-) Rechten auf informationelle, sexuelle, wirtschaftliche, individuelle und sonstige *Selbstbestimmung* (vgl. *Ehmann*, Das Persönlichkeitsrecht als Wert, als Grundrecht und als absolut-subjektives Recht, in: Festschrift für Georgiades, Athen, München 2005, S. 113 ff, 124; *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 273 ff;), auch zum sog. „Grundrecht am gesprochenen Wort“ fortentwickelt worden, dessen Träger die Befugnis haben soll, selbst zu bestimmen, *"ob seine Worte einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen"* (BVerfGE 54, 155; 106, 39).

### 2. Funktion des APR-Grundrechts

a) Wie jedes Grundrecht schützen auch das aus Art 1 Abs. 1 *iVm* Art 2 Abs. 1 GG abgeleitete APR-Grundrecht und das daraus weiter abgeleitete sog. „Grundrecht am gesprochenen Wort“

den Bürger *unmittelbar* nur gegen *staatliches* Handeln. Der *Eingriff* in den *Schutzbereich eines Grundrechts* durch das private Handeln eines Bürgers stellt noch keine *strafbare Handlung* dar und auch für sich allein noch kein Delikt im Sinne der §§ 823 ff. BGB. Der Schutzbereich eines Grundrechts hat vielmehr vor allem die Funktion, *staatlichem Handeln* eine *Grenze* derart zu ziehen, dass in den dadurch geschützten Freiheitsbereich der Bürger nur eingegriffen werden darf:

1. aufgrund eines Gesetzes (*Parlamentsvorbehalt*), welches dem *Grundsatz der Normenklarheit* genügt (BVerfGE 65, 1, 44)
2. wenn „überwiegende Interessen der Allgemeinheit dies unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gebieten“ (BVerfGE 34, 238, 246; 65, 1, 44 st. Rspr.; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, 10. Aufl., Rz. 34, 96; 12. Aufl., Rz. 10).

Privates Handeln im Schutzbereich eines Grundrechts eines anderen bleibt aber grundsätzlich frei und zulässig, solange es nicht mit Strafe bedroht ist oder eine widerrechtliche Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB darstellt.

b) Dem APR-Grundrecht kommt in Ergänzung der Einzelgrundrechte eine aus Art 1 Abs. 1 iVm Art 2 Abs. 1 GG abgeleitete doppelte Funktion zu:

1. als *Abwehrfunktion* ein Recht, in Ruhe gelassen zu werden (BVerfGE 27, 1, 6 – Mikrozensus), das vor allem dem Schutz der Privatsphäre dient (BVerfGE 65, 1, 44 f; 80, 367, 373) bis zu jenem „unantastbaren Kernbereich“ (BVerfGE 24, 238, 245; 80, 367, 373), der jeder Abwägung mit anderen rechtlich geschützten Gütern und Interessen entzogen sein soll (BVerfGE 109, 279, 328 = NJW 2004, 999, 1006 li.Sp. - großer Lauschangriff);
2. die Sicherung der „*aktiven Entfaltung der Persönlichkeit*“ (BVerfGE 6, 32, 36; 54, 148, 153), die zum Schutz der sozialen Identität dem Aspekt des Abwehrschutzes gegenübergestellt wird (BVerfGE 6, 32, 42 - Recht auf Ausreise; BVerfG NJW 1989, 891 – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; BVerfGE 49, 286, 298; 60, 123, 134 – Recht auf sexuelle Selbstbestimmung; BAG BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2 – Röntgenärztin und Nr. 14 - Weiterbeschäftigungsanspruch; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 273 ff m.w.N.).

Der *Abwehrfunktion* wird auch die Befugnis des sog. *Grundrechts am gesprochenen Wort* zugeordnet, selbst zu bestimmen, "ob seine Worte einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen" (BVerfGE 54, 155; 106, 39).

### 3. Schutzbereich des Grundrechts am gesprochenen Wort

Das BVerfG (E 34, 238, 246) hat den Bereich des Schutzes des *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsrechts mit dem Begriff eines sog. "Rechts am gesprochenen Wort" konkretisiert, damit zunächst aber nur den Schutz gegen heimliche *Aufnahmen auf Tonträger* in den Schutz des APR-Grundrechts einbezogen, was wegen den mit solchen Aufnahmen eröffneten Missbrauchsmöglichkeiten (Kontextverfälschungen) allgemein anerkannt und durch § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch unter Strafe gestellt wurde. BVerfGE 106, 28, 39 f. hat im Anschluss an BVerfGE 54, 148, 155 - Eppler diesen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz zu einem "*Grundrecht am gesprochenen Wort*" erhoben und in dessen Schutzbereich über den Straftatbestand des § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB hinaus auch den Schutz des *ins Telefon* gesprochenen Wort aufgenommen ohne Rücksicht darauf, ob die Worte mittels eines "Abhörgeräts" im Sinne des § 201 StGB (BGHSt 39, 335; dazu unten III 7) abgehört wurden oder ob sie der *Intim-*

oder *Privatsphäre* entstammen oder *kraft Gesetzes* oder *aufgrund privater Vereinbarung* eine besondere „Vertraulichkeitserwartung“ gegeben war.

#### a) Erfordernis einer "Vertraulichkeitserwartung"

Dieses sog. Grundrecht am (ins Telefon) gesprochenen Wort definiert das BVerfG als Befugnis, selbst zu bestimmen, "ob seine Worte einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen" (BVerfGE 54, 155; 106, 39). Es werden jedoch nicht alle gesprochenen Worte in den Schutzbereich dieser zu weit gezogen Definition einbezogen, sondern nur *ins Telefon gesprochen Worte*:

„Verhält ein Sprecher sich allerdings so, dass seine Worte von unbestimmt vielen Menschen ohne besondere Bemühungen gehört werden können, hat er sich das Zuhören Dritter selbst zuzuschreiben. Er ist gegen deren Kommunikationsteilnahme nicht geschützt, wenn er etwa von ihm unerwünschte Hörer in seiner Nähe übersieht oder die Lautstärke seiner Äußerungen falsch einschätzt. Entscheidend ist, ob der Sprecher aufgrund der Rahmenbedingungen begründetermaßen erwarten darf, nicht von Dritten gehört zu werden“ (so BVerfGE 106, 28, 40, vgl. dazu BAG, Tz. 28).

Wenn aber „entscheidend“ ist, dass der Sprecher „erwarten darf, nicht von Dritten gehört zu werden“, so muss ein Tatbestand vorliegen aus dem sich diese *"Vertraulichkeitserwartung"* (BVerfGE 106, 41) ergibt, die auch als Voraussetzung eines Eingriffs in das sog. „Grundrecht am gesprochenen Wort“ für erforderlich erklärt wird, „wenn der Gesprächspartner einem Dritten über den Gesprächsinhalt berichtet“ (BVerfGE 106, 41). Im Zivilrecht hält der BGH grundsätzlich einen generellen deliktischen *Schutz des Geheimhaltungswillens* am gesprächsweise abgegebenen Wort für zu weitgehend, weil damit letztlich die Persönlichkeit vor ihrer „eigenen Vertrauensseligkeit“ geschützt werde (BGH NJW 1987, 2667 - BND-Vertrauensbruch; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 200 ff. 204 a, 211). Die auch vom BVerfG für notwendig erachtete "Vertraulichkeitserwartung" ist jedoch grundsätzlich gegeben, wenn die Vertraulichkeit durch eine Geheimhaltungspflicht *gesetzlich* vorgeschrieben (z.B. gem. §§ 203, 206 StGB) oder *vertraglich vereinbart* wurde, was üblicherweise mit den Worten geschieht, dass dem anderen etwas „*unter dem Siegel der Verschwiegenheit*“ anvertraut wird. Die Vertraulichkeit braucht freilich nicht *ausdrücklich* verabredet zu werden, sondern kann wie die *Einwilligung*, einen Dritten mithören zu lassen, auch *stillschweigend* geschehen und sich gemäß §§ 133, 157 BGB aus den Umständen und Treu und Glauben ergeben (so für die Einwilligung zutr. auch BVerfGE 106, 45), z.B. dadurch, dass der Sprechende etwas, was er auch laut sagen könnte, dem anderen leise ins Ohr flüstert oder auch schon dadurch, dass es aus allgemeinen Gründen des Anstandes und der Moral ungehörig ist, so etwas öffentlich zu verbreiten oder auch nur weiter zu tratschen (*Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 200 ff).

#### b) Telefongespräche ohne "Vertraulichkeitserwartung"

Im Falle eines *Telefongesprächs* hält das BVerfG die genannte "entscheidende Rahmenbedingung" für diese "Vertraulichkeitserwartung", „nicht von einem Dritten gehört zu werden“, grundsätzlich für gegeben, auch wenn die Worte nicht die *Privatsphäre* betreffen und keine besondere *Vertraulichkeit verabredet* wurde und sie sich auch nicht aus *moralischen Gründen* aus Treu und Glauben oder sonstigen zusätzlichen Umständen ergibt. Man könnte dies als eine Art Dritt- oder Fernwirkung des *Fernmeldegeheimnisses* (Art 10 I GG) verstehen, aber BVerfGE 106, 28, 36 f. will das Fernmeldegeheimnis mit guten Gründen auf einen *Eingriff in die technische Übermittlung* der gesprochenen Worte beschränken und nicht auf die Nutzung vom Gesprächsempfänger bereitgestellter Mithöreinrichtungen für Dritte erstrecken. BVerfGE 106, 28, 40 f. meint aber, dass derjenige, der *in ein Telefon* spricht, erwarten dürfe, dass kein Dritter mithört, *gleichgültig*, ob die Worte ein besonderes Privatgeheimnis (vgl. § 203 StGB: Arztgeheimnis usw.) betreffen oder zur geschützten Privatsphäre gehören oder eine sonstige besondere Vertraulichkeit vereinbart wurde oder aus den Umständen des Einzelfalls entnom-

men werden könnte, weil nicht vorhergesehen werden könne, in welche Richtung ein solches (Telefon-) Gespräch verläuft und von einem nicht geheimhaltungsbedürftigem Inhalt zum geheimhaltungsbedürftigen übergehen könne. Der Sprecher könne daher nicht ungezwungen reden, müsse evtl. sogar einen *eigenen Zeugen* mithören lassen, um nicht durch einen mithörenden Zeugen des Gesprächspartners übervorteilt zu werden (BVerfGE 106, 28, 42). Diese Argumente haben eine gewisse Überzeugungskraft, weil der Sprechende bei einem Gespräch unter Anwesenden - anders als in einem Telefongespräch - in der Regel sehen kann, ob Dritte in der Nähe sind, die mithören könnten; insofern werden durch das technische Hilfsmittel des Telefons die natürlichen Abwehrmechanismen des Menschen gegen ein unbefugtes Mithören teilweise ausgeschaltet, was das berechtigte Bedürfnis nach einem rechtlichen Schutz auslöst (*Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 150). Die Argumentation des BVerfG ist nicht zuletzt gegen BGH NJW 1982, 1397 gerichtet, wo in einem ähnlichen Fall angenommen wurde, dass kein Beweisverwertungsverbot bestehe, wenn ein Dritter über den Lautsprecher des Empfängertelefons das Gespräch mitgehört habe und bezeugen will, dass der Gesprächspartner seines Bekannten in dem Telefongespräch den bestehenden Mietvertrag mit seinem Bekannten einverständlich aufgehoben habe. Der BGH war in dieser Entscheidung der Auffassung, dass das Mithören geschäftlicher Telefongespräche über die in neueren Telefonen eingebauten Lautsprecher im Geschäftsverkehr "gang und gäbe" geworden sei, weshalb kein Telefonteilnehmer mehr darauf vertrauen könne, dass das Gespräch nicht derart mitgehört werde. Bedenkt man aber, dass sowohl im Falle BGH NJW 1982, 1397 sowie in den beiden der Entscheidung BVerfGE 106, 28 zu Grunde liegenden Fällen als auch im vorliegenden Fall durchaus zweifelhaft ist, ob der angegebene Zeuge das Gespräch wirklich mitgehört hat oder ob sich die beweislspflichtige Partei nicht auf diese Weise arglistig einen Zeugen "verschafft" hat, so erscheint es vielleicht doch richtig (anders noch *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 234, 237) oder zumindest vertretbar, für *ins Telefon* gesprochene Worte grundsätzlich eine berechtigte "Vertraulichkeitserwartung" und also insoweit einen „Schutz des gesprochenen Worts“ ohne weiteres anzunehmen (ohne besondere Vertraulichkeitsabrede, ohne Verletzung der Privatsphäre und auch ohne irgend ein privatrechtliches Handlungsunrecht des Gesprächsempfängers), sofern nicht überwiegende Interessen des Gesprächsempfängers oder des Mithörenden den "Eingriff" rechtfertigen. An die „tragenden Gründe“ von BVerfGE 106, 28 ist die Fachgerichtsbarkeit gem. § 31 BVerfGG jedenfalls gebunden (*Umbach/Heusch*, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 31 Rz. 58 f; dazu unten II 5 b; III 7 b).

#### *b) Funktion und Voraussetzungen der Einwilligung*

Im Falle einer *Einwilligung* des Sprechers wird der Schutzbereich des Grundrechts am gesprochenen Wort allerdings nicht verletzt. Die Einwilligung braucht auch nicht ausdrücklich zu erfolgen, sie kann *stillschweigend* geschehen, soll aber nicht schon deswegen angenommen werden dürfen, weil derartige Eingriffshandlungen (Mithören am Telefon über einen Lautsprecher des Telefons) tatsächlich üblich geworden sind oder weil der Sprechende damit rechnen musste (gegen BGH NJW 1982, 1397), vielmehr nur dann, "wenn ein bestimmtes Verhalten in einem solchen Maße üblich und geradezu selbstverständlich ist, dass entsprechend dem Grundgedanken des § 157 BGB nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte vernünftiger Weise nur von einer Zustimmung des Betroffenen ausgegangen werden kann, sofern er dem Verhalten nicht widerspricht" (BVerfGE 106, 45). In BVerfG v. 2. 4. 2003 - 1 BvR 215/03 BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 36 = NJW 2003, 2375 wurde später allerdings mit lapidarer Begründung angenommen, dass es *verfassungsrechtlich* nicht zu beanstanden sei, wenn eine mithörende Zeugin zu der Behauptung gehört wird, die Gegenpartei sei zu Beginn des Telefongesprächs darauf hingewiesen worden, dass der Lautsprecher eingeschaltet wird, und das Gericht auf dieser Grundlage das Schweigen des anderen als Zustimmung zum Mithören verstehen will. Wenn die klagende Arbeitnehmerin im gegebenen Fall also nicht behauptet hätte, die Zeugin habe rein zufällig mitgehört, sondern die anrufende

Personaldisponentin habe in deren Mithören eingewilligt, so hätte die Zeugin vernommen werden müssen.

#### 4. Verfassungswidrigkeit des Eingriffs erst nach Güter- und Interessenabwägung

Nicht jeder Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist jedoch schon *verfassungswidrig*. Grundrechte und auch das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht in der Ausprägung des sog. Grundrechts am gesprochenen Wort sind nicht vorbehaltlos gewährleistet (BVerfGE 106, 48 f). Ob der Grundrechtseingriff *verfassungswidrig* oder gerechtfertigt ist, ist vielmehr grundsätzlich (Ausnahme: Eingriffe in den "unantastbaren Kernbereich" der Persönlichkeit) nur aufgrund einer Abwägung der mit dem "Grundrecht am gesprochenen Wort" geschützten Interessen mit den vom Eingreifer verfolgten Interessen zu entscheiden (BVerfGE 106, 49). Eine solche *Güter- und Interessenabwägung* muss 1. die gegeneinander stehenden *Interessen feststellen*, 2. feststellen, ob die gegeneinander stehenden Interessen *schutzwürdig* sind und in welchem *Maße* sowie 3. *abwägen*, ob die Interesse der einen oder anderen Seite nach dem Maße ihrer Schutzwürdigkeit die Interessen der anderen Seite *überwiegen* (dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz.14).

##### a) Art und Maß der schutzwürdigen Interessen des Sprechenden

Im gegebenen Fall ist das geschützte *Interesse des Sprechenden* durch das vorstehend beschriebene *geschützte Rechtsgut* (Vertraulichkeit von Telefongesprächen) hinreichend bestimmt. Das Maß der Schutzwürdigkeit dieses Interesses am *ins Telefon* gesprochenen Wort ist im Vergleich mit Worten, die *gesetzlich* geschützte *Geheimnisse* oder die *Intimsphäre* betreffen oder unter *vertraglich vereinbarter Vertraulichkeit* stehen, abgeschwächt in dem Maße als der Schutzbereich von solch konkreten Vertraulichkeitserfordernissen abstrahiert und auf alle in ein Telefon gesprochene Worte erweitert ist. Allgemein gilt: Je weiter der Schutzbereich eines geschützten Rechtsguts über den Kern des geschützten Interesses hinaus gezogen wird, desto mehr wird das Maß des Schutzinteresses bis zur Grenze des Schutzbereichs abgeschwächt. Andersherum gesagt: "Je mehr der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungen der menschlichen Freiheit berührt, umso sorgfältiger müssen die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe abgewogen werden" (so BVerfGE 17, 306, 314; 20, 150, 158). Wäre es erwiesen, was die klagende Arbeitnehmerin behauptet und durch die mithörende Zeugin unter Beweis stellen will, dass die beklagte Arbeitgeberin ihr in dem Telefongespräch die Kündigung angedroht hat, wenn sie trotz der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit nicht zur Arbeit erscheint, so wäre das Interesse der Arbeitgeberin an der Geheimhaltung dieser Kündigungsandrohung überhaupt nicht schutzwürdig, weil dann die telefonisch angekündigte Kündigung nicht bloß eine gemäß § 612 a BGB rechtswidrige Maßregelung wäre, sondern auch eine rechtswidrige Nötigung gemäß § 240 StGB. Das Interesse, bei einer strafbaren oder sonstigen unerlaubten Handlung nicht erwischt zu werden, ist weder rechtlich noch moralisch schutzwürdig. Von dieser Bewertung des Geheimhaltungsinteresses der Arbeitgeberin darf aber nicht ausgegangen werden, weil die tatsächliche Feststellung der rechtswidrig angedrohten Kündigung erst das *Ergebnis der Beweisaufnahme* sein kann und nicht vorweggenommen werden darf. Zur Bewertung des schützenswerten Interesses muss daher von den Tatsachen ausgegangen werden, die zum Zeitpunkt der Interessenabwägung schon feststehen, im gegebenen Fall also nur die *ausgesprochene Kündigung* und ein *vorhergehendes Telefongespräch* zwischen der Arbeitgeberin und der Arbeitnehmerin *ohne die Behauptung*, dabei sei in das Mithören *eingewilligt* worden (vgl. BGH BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 36 = NJW 2003, 2375). Beachtet werden muss ferner, dass hinter dem Interesse der Arbeitgeberin an der Vertraulichkeit des Telefongesprächs auch das Interesse an der funktionsgerechten Führung ihres Unternehmens, also das gem. Art 14 GG auch verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsinteresse steht, was die Möglichkeit beinhaltet, gerechtfertigte Kündigungen auszusprechen, die nicht durch das falsche Zeugnis Dritter unmöglich gemacht werden darf.

*b) Die schutzwürdigen Interessen des Eingreifenden und der Allgemeinheit*

Diesen geschützten Interessen der Arbeitgeberin steht das Beweisinteresse der Arbeitnehmerin entgegen, das dem auch verfassungsrechtlich geschützten Interesse an der *Erhaltung ihres Arbeitsplatzes* (Art 12 GG) dient. Weil der *unmittelbare Grundrechtseingriff* in den der Entscheidung BVerfGE 106, 28 zu Grunde liegenden Fällen - ebenso wie in der vorliegenden Entscheidung des BAG - nur in der *gerichtlichen Vernehmung* der mithörenden Zeugin, nicht aber im *privaten Mithörenlassen* der Zeugin liegen konnte, hat das BVerfG zu Recht nicht nur die *Individualinteressen des Gesprächsempfängers* am Mithören eines Dritten, sondern auch die *Interessen der Allgemeinheit* an der Vernehmung der Zeugin in die *Güter- und Interessenabwägung* einbezogen und dazu folgende Auffassung vertreten (BVerfGE 106, 49 f): Das Interesse an einer wirksamen und *funktionsgerechten Rechtspflege* überwiege für sich allein noch nicht das mit dem *Grundrecht am gesprochenen Wort* geschützte Interesse. In *Strafverfahren* könne jedoch der Aufklärung besonders schwerer Straftaten der Vorrang gebühren. Auch im *Zivilprozess* könne es Situationen geben, in denen das Interesse an der Beweiserhebung das Schutzinteresse des Grundrechts am gesprochenen Wort überwiege; ein "*schlichtes*" *Beweisinteresse* genüge dafür aber nicht.

Das Individualinteresse am *Schutz des Arbeitsplatzes* und darüberhinaus das Interesse der Allgemeinheit an einer *funktionsgerechten Rechtspflege* überwiegen in abstrakter Betrachtung zweifellos das abstrakte Schutzinteresse am *ins Telefon gesprochenen Wort*, aber eben auch nur, wenn die unter Beweis gestellte Behauptung der klagenden Arbeitnehmerin der *Wahrheit* entspricht; wenn dagegen die telefonisch angedrohte Kündigung keine *rechtswidrige* Maßregelung (§ 612 a BGB), sondern eine *gerechtfertigte* Maßnahme (§ 1 KSchG) gewesen wäre und die Behauptung der Arbeitnehmerin also unwahr, so würde das Arbeitgeberinteresse an einem funktionierenden Unternehmen das Arbeitsplatzerhaltungsinteresse der Arbeitnehmerin überwiegen und das Interesse einer funktionsgerechten Rechtspflege würde dann auch für die beklagte Arbeitgeberin sprechen. Wenn das BVerfG daher sagt, das "*schlichte*" *Beweisinteresse* an einer Vernehmung eines mithörenden Zeugen rechtfertigt grundsätzlich noch nicht den Eingriff in das Recht des ins Telefon gesprochenen Worts, so kann dies den richtigen Gedanken erfassen, dass nicht irgendeine durch einen mithörenden Telefonzeugen unter Beweis gestellte Behauptung dessen Vernehmung rechtfertigen kann, weil ansonsten der Prozessgegner in die Beweisnot gebracht würde, vor der ihn das „Recht am (ins Telefon) gesprochene Wort“ bewahren soll. Aus diesem Dilemma, dass die Entscheidung über die Zulässigkeit der Zeugenvernehmung die Beweiswürdigung der Zeugenaussage nicht vorwegnehmen darf (vgl. BGH v. 18. 2. 2003 – XI ZR 165/02 – AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38 Bl. 2 R), ist eine Befreiung in der Regel nur dadurch möglich, dass die Zeugenvernehmung nur in Fällen zugelassen wird, in denen aufgrund einer Würdigung der feststehenden Tatsachen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der unter Beweis gestellten Behauptung spricht (vgl. BGH NJW 1994, 2289, 2292). Ist eine Behauptung, außer der Benennung eines Telefonzeugen dafür, mehr oder weniger nur „ins Blaue“ aufgestellt, so verletzt auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Zeugenvernehmung den Schutz des ins Telefon gesprochenen Worts. Bei der Entscheidung über die Wahrscheinlichkeit der Wahrheit der unter Beweis gestellten Behauptung ist in solchen Fällen auch zu berücksichtigen, ob derjenige Gesprächsteilnehmer, der den mithörenden Zeugen benennt, der Anrufer oder der Angerufene war, weil es natürlich für den Anrufer leichter ist, einen Zeugen für eine beweiserhebliche Behauptung hinzuzuziehen als für den Angerufenen, der den Zeitpunkt des Anrufs in der Regel nicht kennt; jedenfalls wenn der Zeuge mit dem Angerufenen nicht in einer Wohnung zusammenlebt oder mit ihm in einem gemeinsamen Büro zusammenarbeitet.

### c) Notwehr und notwehrrähnliche Lagen

Nach ganz allgemeiner, auch vom BVerfG geteilter Auffassung ist das Mithören eines Telefongesprächs jedoch gerechtfertigt, wenn sich ein Gesprächsteilnehmer in einer *Notwehrsituation* oder einer *notwehrrähnlichen Lage* befindet, insbesondere in Fällen von erpresserischen Drohungen oder anonymen Anrufen mit beleidigendem Inhalt oder krimineller Angriffe auf die berufliche Existenz (BVerfGE 106, 50; BGHZ 27, 284, 289; BGH NJW 1982, 277; 1991, 1180 mit Anm. *Helle*, in: JZ 1991, 928; BGH NJW 1994, 2289, 2292; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 233 m.w.N.). In solchen Fällen dürfte in der Regel die Notwehrsituation oder notwehrrähnliche Lage schon durch andere Beweismittel hinreichend erwiesen sein; dass in solchem Falle die Interessen des Angerufenen am Mithören eines Dritten überwiegen, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden. Wenn aber die Tatsachen, aus welchen sich die Notwehrsituation ergibt, auch erst durch den mithörenden Zeugen bewiesen werden sollen, besteht wiederum das oben beschriebene Dilemma. So ist es auch im vorliegenden Falle, denn wenn die von der klagenden Arbeitnehmerin unter Beweis gestellte Behauptung der Wahrheit entspricht und also der Telefonanruf eine rechtswidrige Maßnahme androhte und damit eine strafbare Nötigung darstellte, so befand sich die Arbeitnehmerin in einer Notwehrsituation oder einer notwehrrähnlichen Lage und der Telefonanruf kann auch als krimineller Angriff auf ihre berufliche Existenz betrachtet werden. Das aber war erst zu beweisen und konnte daher nicht die Grundlage der erforderlichen Güter- und Interessenabwägung zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Zeugenvernehmung darstellen.

## 5. Subsumtion des vorliegenden Falles des BAG

### a) Wäre die Vernehmung der Zeugin jedenfalls ein Grundrechtseingriff?

Nach den vorstehenden Grundsätzen von BVerfGE 106, 28 kann nicht zweifelhaft sein, dass das Mithören eines fremden Telefongesprächs einen Eingriff in die Befugnis des Sprechenden darstellt, selbst zu bestimmen, "ob seine Worte einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen" (BVerfGE 54, 155; 106, 39). Damit wäre aber die Vernehmung des unbemerkt mithörenden Zeugen ein *Eingriff* in das sog. "Grundrecht am gesprochenen Wort" und zwar *gleichgültig*, ob das Mithören des Ferngesprächs vom Gesprächsempfänger *veranlasst* oder rein *zufällig* erfolgte; anders aber Tz. 27 ff. Der Grundrechtseingriff ist in der gerichtlichen Vernehmung der Zeugen und der Beweisverwertung zu sehen, nicht im Mithörenlassen und/oder Mithören des Gesprächsempfängers und des Zeugen, denn diese können als Bürger nicht in Grundrechte eingreifen, wohl aber das Gericht, in dem es das so beschaffte Beweismittel nutzt. Die Bürger selbst können nur das *zivilrechtliche* APR rechtswidrig und schuldhaft verletzen. Das BVerfG begründet das Beweisverwertungsverbot jedoch mit einem verfassungswidrigen Grundrechtseingriff. In BVerfGE 106, 28, 48 heißt es zwar zunächst noch mehrdeutig, ein Gericht habe bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung "die Vereinbarkeit mit dem *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* zu prüfen", womit offen bleibt, ob das *zivilrechtliche* oder *verfassungsrechtliche* APR gemeint ist. Im nachfolgenden Absatz (unter C II 4 a) heißt es aber: "Das *allgemeine Persönlichkeitsrecht* ist nicht vorbehaltlos gewährleistet. Nach Art 2 Abs. 1 GG wird es unter anderem ...". Und im übernächsten Satz heißt es: "Ob der *Grundrechtseingriff* gerechtfertigt ist, richtet sich nach dem Ergebnis der Abwägung zwischen dem gegen die Verwertung streitenden *allgemeinen Persönlichkeitsrecht* auf der einen und einem für die Verwertung sprechenden rechtlich geschützten Interesse auf der anderen Seite". Ein "*Grundrechtseingriff*" kann aber nur in ein *Grundrecht* erfolgen, also ist das *verfassungsrechtliche* APR gemeint. Auch unter C II 3 a, bb (2) heißt es schon: "Die Gerichte hätten die Maßgeblichkeit des *grundrechtlichen* Persönlichkeitsrechts nicht erkannt". Das wird einerseits vom BAG auch richtig verstanden, wenn es in Tz. 26 heißt: "Die gerichtliche Verwertung dieses Beweismittels hätte eine Verletzung des in soweit unmittelbar *durch Art 2 Abs. 1 GG geschützten Rechts*



am gesprochenen Wort der Beklagten zur Folge, denn ... Er (der Richter) ist gemäß Art 1 Abs. 3 GG bei der Urteilsfindung an die im Einzelfall maßgeblichen *Grundrechte* gebunden". Jedoch prüft das BAG im Urteil (vgl. Tz. 22, 23, 24, 25, 27, 29, 30, 31 und öfters) nicht die *Verfassungswidrigkeit eines Grundrechtseingriffs*, sondern die *Widerrechtlichkeit einer Verletzung des zivilrechtlichen APR* und unterscheidet zwischen vorsätzlicher und unbeabsichtigter "zufälliger" Verletzung.

Nach BVerfGE 106, 40 begründet allein die Tatsache, dass der Sprechende in ein Telefongerät gesprochen hat, die hinreichende "Vertraulichkeitserwartung", wonach er erwarten darf, "*nicht von Dritten gehört zu werden*". Irgendein „*Handlungsunrecht*“ (Tz. 25) des Eingreifers ist nicht Voraussetzung eines Grundrechtseingriffs, noch dessen Verfassungswidrigkeit. Der Staat soll in den Schutzbereich von Grundrechten und solchen vom BVerfG entwickelten Grundrechtsderivaten nur auf der Grundlage eines dem Grundsatz der Normenklarheit genügenden Gesetzes eingreifen dürfen und wenn eine Privatperson „eingreift“, sollen die Gerichte diesen "Eingriff" nicht zur Grundlage ihrer richterlichen Entscheidung machen dürfen (Art 1 Abs. 3 GG). Ob der Eingriff vorsätzlich oder fahrlässig oder völlig unverschuldet erfolgte ist völlig gleichgültig, der verfassungsrechtliche Eingriffstatbestand ist unabhängig von jedem straf- und zivilrechtlichen *Handlungsunrecht*. Die Kategorie des *Handlungsunrechts* hat Bedeutung nur für die straf- und zivilrechtlichen Rechtsfolgen.

#### *b) Verfassungswidriger Eingriff?*

Nicht jeder Eingriff in ein Grundrecht ist jedoch schon *verfassungswidrig* und löst die Verfassungswidrigkeit einer Zeugenvernehmung oder sonstigen staatlichen Handlung und die sich aus der Verfassungswidrigkeit ergebenden Rechtsfolgen aus. Das BVerfG formuliert das im Allgemeinen so: Das Grundrecht (z.B. am gesprochenen Wort) ist nicht vorbehaltlos gewährleistet (BVerfGE 106, 48); denn es muss stets geprüft werden, ob die mit dem Eingriff verfolgten schützenswerten Interessen nicht die grundrechtlich geschützten Interessen überwiegen und den Eingriff rechtfertigen können. In diesem Zusammenhang hat das BAG - jedenfalls für die Alternative des bloß zufälligen Mithörens - zu Recht auch geprüft, ob nicht der auch im Schutzbereich eines Grundrechts (Art 12 Abs. 1 GG) liegende Schutz des Arbeitsplatzes der Klägerin die Vernehmung der mithörenden Zeugin hätten rechtfertigen können (Tz. 37); zur Güter- und Interessenabwägung im Falle des Konflikts verfassungsrechtlich geschützter Rechte vgl. *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 14. Das BAG hätte aber auch prüfen sollen, ob für die klagende Arbeitnehmerin nicht eine *Notwehrsituation* oder *notwehrähnliche Lage* gegen die angedrohte rechtswidrige Kündigung bestanden hat. Ganz ohne Zweifel überwiegt der Wert des Interesses der betroffenen Arbeitnehmerin an der Erhaltung ihres Arbeitsplatzes und der Wert des Schutzes gegen rechtswidrige Angriffe den Wert des Schutzes von ins Telefon gesprochenen Worten, aber eben doch nur, wenn die ins Telefon gesprochenen Worte eine *rechtswidrige* Kündigung androhten, was aber durch die Vernehmung der Zeugin erst bewiesen werden sollte. Der Schutz des Grundrechts am (ins Telefon) gesprochenen Worten ist nicht stärker oder schutzwürdiger als der Schutz des Arbeitsplatzes und der Schutz gegen rechtswidrige Nötigungen, aber er ist diesem Schutz der Interessen der klagenden Arbeitnehmerin *vorgelagert*, wenn erst durch die Vernehmung der Zeugin die Behauptung der rechtswidrigen Drohung bewiesen werden kann. Das gilt aber gleichermaßen für die vom BAG unterschiedlich behandelten Fälle des veranlassenen und des unabsichtlichen Mithörens. Denn auch das unabsichtliche Mithören stellt - wenn es durch staatliche Handlungen geschieht oder zur Grundlage staatlichen Handelns (z.B. Zeugenvernehmung) gemacht wird - nach der Auffassung des BVerfG einen Eingriff in das Grundrecht am (ins Telefon) gesprochenen Wort dar, der durch ein "schlichtes" Beweisinteresse nicht gerechtfertigt werden kann. Die Fachgerichte sind aber gemäß § 31 BVerfGG auch in der Entscheidung anderer Fälle an diese tragenden Grundsätze von BVerfGE 106, 28 gebunden (oben II 3 a). Das BAG hat allerdings

angenommen (vgl. Tz. 26), dass in BVerfGE 106, 28 mit "tragenden Gründen" ein Beweisverwertungsverbot nur für die Fälle beabsichtigten Mithörens festgestellt worden sei. Was „tragende“ und nicht tragende Gründe sind, ist freilich oft nur schwer zu entscheiden (vgl. *Umbach/Heusch*, aaO, § 31 Rz. 61, dazu unten III 7 b); das LAG ist aufgrund der Zurückweisung gemäß § 563 II ZPO jedoch jedenfalls an die Entscheidung des BAG gebunden, wonach kein tragender Grund von BVerfGE 106, 28 verletzt worden sei (BGH NJW 2007, 1127, 1129; BVerfGE 65, 132, 139; *Zöller/Heßler*, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 563 Rz. 3 a).

### III. Begriff und Tatbestand des bürgerlich-rechtlichen APR

#### 1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als subjektives Privatrecht und als Grundrecht

Nicht jeder Grundrechtseingriff ist schon ein widerrechtliches Delikt gemäß § 823 I BGB, aber es ist auch nicht jedes widerrechtliche Delikt schon ein verfassungswidriger Grundrechtseingriff. Vielmehr haben ein Grundrechtseingriff und ein Delikt verschiedene Voraussetzungen und verschiedene Rechtsfolgen. Das gilt auch für das namensgleiche „allgemeine Persönlichkeitsrecht“, das sowohl ein subjektiv-absolutes Recht iSd § 823 I BGB als auch ein aus Art 1 Abs. 1 iVm Art 2 Abs. 1 GG abgeleitetes Grundrechtsderivat sein kann. Der 6. Senat des BAG hat dies nicht verkannt (vgl. Tz. 21; anders noch BAG v. 29. 6. 2004, 1 ABR 21/03 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 41 mit krit. Anm. *Ehmann*), aber trotzdem das Beweisverwertungsverbot nicht von einer verfassungswidrigen Verletzung des *APR-Grundrechts* durch die gerichtliche Zeugenvernehmung, sondern von der Frage abhängig gemacht, ob das Mithören der Zeugin eine Verletzung des *zivilrechtlichen APR* darstellt. Für den Fall vorsätzlichen Mithörenlassens bejahte das Gericht die Verletzung des zivilrechtlichen APR und erachtete auf Grund dessen - ohne nähere Begründung - ein Beweisverwertungsverbot für gegeben. Für den Fall fahrlässigen oder bloß unbemerkten zufälligen Mithörens verneinte das Gericht die Verletzung des zivilrechtlichen APR mangels eines schwer wiegenden Handlungsunrechts der Gesprächsempfängerin und damit auch ein Beweisverwertungsverbot, ohne zu beachten, dass in solchem Falle nach BVerfG 106, 28 die gerichtliche Zeugenvernehmung gleichfalls das APR-Grundrecht in verfassungswidriger Weise verletzen würde und daher auch in solchem Falle ein Beweisverwertungsverbot gegeben ist. Damit wurden nicht nur die Verschiedenheit zwischen einem Grundrechtseingriff durch eine *gerichtliche Zeugenvernehmung* und einer zivilrechtlichen Persönlichkeitsverletzung durch *das private Mithörenlassen* eines Telefongesprächs, sondern auch die verschiedenen Voraussetzungen eines *verfassungswidrigen Eingriffs in das APR- Grundrecht* und einer *widerrechtlichen Verletzungen des zivilrechtlichen APR* verkannt. Auch blieb unbegründet, warum die Verletzung des zivilrechtlichen APR ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben soll (dazu unter III 7 b, bb); denn in Tz. 26 wird das Beweisverwertungsverbot *nur* mit der Verletzung des APR-Grundrechts begründet. Es scheint, als ob diese Rechtsirrtümer auf einer Begriffsvertauschung beruhen, die durch die Namensgleichheit des *zivilrechtlichen* und des *verfassungsrechtlichen* „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ und die mangelnde gesetzliche oder sonstige genaue Bestimmung dieser verschiedenen Begriffe verursacht worden sein können (dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 11). Zur künftigen Vermeidung solcher Irrtümer seien daher im Folgenden auch noch die wesentlichen Voraussetzungen und der strukturelle Aufbau des bürgerlich-rechtlichen Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (APR) kurz dargelegt.

#### 2. APR-Verletzung als „Mittelding“ zwischen Erfolgs- und Handlungsunrecht

Der Kern der Problematik der begrifflichen Bestimmung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts (APR) und der Begründung der Rechtswidrigkeit seiner Verletzung liegt auf der dem

deutschen Deliktsrecht eigenen Schnittlinie zwischen *Erfolgs-* und *Handlungsunrecht*, die durch die verschiedenen Tatbestände des § 823 I und II BGB geprägt und durch den dogmatischen Streit um den Handlungsbegriff (kausale und finale Handlungslehre) zusätzlich verunklart wird (vgl. *Nipperdey*, NJW 1967, 1985; *Stürner*, Gutachten A für den 58. DJT 1990, S. 61; *Ehmann*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, 2000, S. 613 ff, 620). Ein *Handlungsunrecht* setzt die Verletzung einer Verhaltensnorm voraus. Das deutsche Deliktsrecht verlangt in § 823 II BGB aber, dass eine solche Norm Rechtssatzcharakter hat, begreift also allgemeine Rechtsgrundsätze (z.B. Verkehrssicherungspflichten, die nicht auf einem formellen Gesetz oder einer Rechtsverordnung beruhen) nicht als "Schutzgesetze" iSd § 823 II BGB und macht daher eine richterliche Rechtsfortbildung des Deliktsrechts ohne die Verletzung eines absoluten Rechts iSd § 823 I BGB praktisch unmöglich. Deswegen bedurfte es der Erfindung des *Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* und des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* als "Rahmenrechte", die als *richterrechtliche Selbstermächtigungen* zur Rechtsfortbildung zu begreifen sind (*Ehmann*, FS 50 Jahre BGH, S. 614, 625). Die Verwirklichung des Tatbestandes (objektive "Berührung" des Schutzbereichs, Tz. 30) eines solchen "Rahmenrechts" kann allerdings infolge dessen inhaltlicher Unbestimmtheit die Rechtswidrigkeit der (bloß "berührenden") Handlung nicht indizieren.

Diese Schwierigkeit hat die Anerkennung des APR als sonstiges Recht iSd § 823 I BGB lange verhindert (vgl. *Wieruszowski* DRiZ 1927, 225), nicht aber die des *Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*. Das Reichsgericht hat in seiner berühmten *Jute-Plüsch-Entscheidung* (RGZ 58, 24, 28) erwogen, unter dem Begriff der Freiheit iSd § 823 I BGB nicht bloß die Bewegungsfreiheit, sondern allgemein die "freie Betätigung des Willens" zu verstehen, womit jede Verletzung des "Selbstbestimmungsrechts" eines anderen, gleichgültig ob es in Bezug auf einen (eingerichteten) Gewerbebetrieb oder seine eigene Persönlichkeit gerichtet ist, als Delikt gemäß § 823 I BGB hätte verstanden werden können. Das Reichsgericht hat eine derartige Erweiterung des § 823 I BGB über den Begriff der „Freiheit“ jedoch mit dem Argument abgelehnt, dass dazu eine „*widerrechtliche Verletzung*“ der freien Willensbetätigung gehöre, dass eine solche aber nicht schon angenommen werden könne, wenn *kein* "besonderes Recht" zu dieser Einwirkung bestehe. Vielmehr könne die Einwirkung den *Charakter der Widerrechtlichkeit* erst durch die Form annehmen, in der sie auftritt also bei *Täuschung, Drohung, Zwang*, also durch ein *Handlungsunrecht*. Hinsichtlich eines bereits bestehenden Gewerbebetriebs glaubte das Reichsgericht - anders als für das Persönlichkeitsrecht oder die freie Erwerbstätigkeit - diese Bedenken deswegen überwinden zu können, weil es sich dabei nicht bloß um die „*freie Willensbetätigung*“ des Gewerbetreibenden handelt, "sondern dieser Wille darin bereits seine *gegenständliche Verkörperung* gefunden hat" und also die feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betrieb gegeben sei. Aus der geforderten "gegenständliche Verkörperung" der Willensbetätigung des Eingreifenden wird vor allem auch die *Grenze der Handlungsfreiheit* des Eingreifenden am Recht des anderen *erkennbar* gemacht.

Für die freie Willensbetätigung in Bezug auf die eigene Persönlichkeit ist über den Bereich des eigenen *Körpers, des Lebens, der Gesundheit* und der *Bewegungsfreiheit* hinaus, hinsichtlich der geistigen Persönlichkeit also, eine „*gegenständliche Verkörperung*“ solcher *Willensbetätigungen* in der Regel aber *nicht* gegeben (zutr. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, 1997, 214 ff.). Die Widerrechtlichkeit solcher Willensbetätigungen kann auch nicht nach der sog. *Sphärentheorie* allein durch die "Eingriffstiefe" bestimmt werden, weil wegen der fließenden Übergänge zwischen diesen Sphären kein klarer Unrechtstatbestand gebildet werden kann (*Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 7).

### 3. Das APR als offenes Rahmenrecht

Aus dieser Schwierigkeit des „offenen Tatbestandes“ eines „Rahmenrechts“ (*Fikentscher*), das noch keinen *unrechtstypischen* Tatbestand enthält, in welchem die schützenswerte "freie Willensbetätigung" ("*Befugnis selbst zu bestimmen, ob ...*") eine "gegenständliche Verkörperung" derart gefunden haben könnte, dass ein anderer erkennen kann, wo seine Freiheit an den Rechten eines anderen seine Grenze haben muss, ist die Formel entstanden, bei der Verletzung des APR werde die *Rechtswidrigkeit* nicht durch den eingetretenen Erfolg *indiziert*, müsse vielmehr im Einzelfall durch eine *Güter- und Interessenabwägung* erst ermittelt werden (vgl. BGH NJW 1987, 2667; dazu *Erman/Ehmann* 10. Aufl. Rz. 50 m.w.N.; 12. Aufl. Rz. 7). Die im vorstehenden Urteil vom BAG verwendete Formel (Tz. 22) ist etwas missverständlich, weil die Güter- und Interessenabwägung nicht einen *Rechtfertigungsgrund* darstellt, vielmehr Teil der Methode der Bildung des Unrechtstatbestands ist. Diese Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall kann zwar ein wichtiger Beitrag zur *Einzelfallgerechtigkeit* sein, die Rechtsfindung im Allgemeinen aber nicht hinreichend *normativ leiten* und daher dem Gebot der Berechenbarkeit des Rechts nicht genügen sowie Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht hinreichend gewährleisten (BVerfGE 66, 116, 138 - Wallraff; *Ehmann*, FS Georgiades, S. 117; *Erman/Ehmann* aaO, 10. Aufl., Rz. 67). In die Bestimmung des Unrechtstatbestandes sind daher die Betrachtung von Art und Form der Handlung (das spezielle Handlungsunrecht) des Eingreifers (allg. zutr. *BAG* Tz. 30; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 6, 126) einzubeziehen und die Bewertung und Abwägung der gegeneinander stehenden Interessen und der Art der Eingriffshandlung dürfen auch nicht bloß beliebigen Vorurteilen und „Vorverständnissen“ überlassen bleiben, sondern müssen auf Grund allgemein anerkannter *Wertvorstellungen* erfolgen, die mit denen gesetzlicher Regelungen vergleichbarer Sachfragen nicht in Widerspruch stehen dürfen.

### 4. Das „Urrecht“ an sich selbst als Befugnis, selbst zu bestimmen, ...

Das bürgerlich-rechtliche *Allgemeine Persönlichkeitsrecht* ist letztlich nichts anderes als das "*Urrecht an sich selbst*", das *Savigny* (System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, § 53; dazu *Mugdan* II, 1072, 1077, 1119; III, 61) nicht anerkennen wollte, weil es auch ein Recht auf Selbstmord beinhalte. Der BGH definierte dieses *Urrecht* später als die "Befugnis, selbst darüber zu bestimmen": "ob und in welcher Form seine Aufzeichnung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden" (BGH 13, 334, 338 - Schachtbrief); "ob sie mit eigenen Äußerungen in der Öffentlichkeit hervortreten wollte" (BGH NJW 1965, 685, 687 - Soraya); "ob seine Worte einzig seinem Gesprächspartner, einem bestimmten Kreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen und erst recht, ob seine Stimme mittels eines Tonträgers festgehalten werden darf" (BGHZ 27, 284, 286 – Tonband). Entsprechende Formulierungen ("*Befugnis, selbst zu bestimmen, ob ...*") sind in nahezu allen einschlägigen Entscheidungen zu finden (vgl. *Ehmann*, 50 Jahre BGH, S. 613 ff, 632 f), die sich lediglich darin unterscheiden, *was* der Betroffene hinsichtlich seiner "inneren" (geistigen) Persönlichkeit allein und selbst zu bestimmen hat. Die "*Befugnis, selbst zu bestimmen, ...*" ist letztlich nichts anderes als die "freie Willensbetätigung", die das Reichsgericht *nicht* über den Begriff der Freiheit iSd § 823 I BGB verstehen wollte, weil sie keine "gegenständliche Verkörperung" gefunden habe, deren Grenze daher von einem anderen nicht erkannt werden kann. Das Reichsgericht verweigerte daher die Anerkennung eines „Allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ als subjektiv-absolutes Recht iSd § 823 I BGB nicht aus den prinzipiellen Gründen *Savignys*, sondern wegen der "Unklarheit und Verschwommenheit" dieses Rechts, das keine "gegenständliche Verkörperung" gefunden habe, dessen Grenze daher nicht offenkundig sei wie die Herrschaftsrechte an körperlichen Gütern. Die Anerkennung eines solchen Rechts setze daher voraus, dass als "Verletzungsbefugnisse" nicht bloß „positiv-rechtlich anerkannte Interessen“ (also durch Schutzgesetze iSd § 823 II BGB geschützte Interessen), sondern "alle berechtigten Interessen" berücksichtigt werden müssten. Dann aber ständen sich die persönlichen Verhältnisse von

Betroffenen und Störern mit gleicher Unklarheit und Unsicherheit gegenüber und alles laufe auf eine von Fall zu Fall vorzunehmende Abwägung der Schutz- und Verletzungsinteressen hinaus, in der auch alle berechtigten Interessen des "Störers" berücksichtigt werden müssen (alle Argumente des RG zusammenfassend *Senatspräsident Wieruszowski*, DRiZ 1927, 225). Dieser vom Reichsgericht abgelehnte Weg ist nach dem 2. Weltkrieg der BGH dennoch gegangen und musste ihn gehen, vor allem um die Bürger vor Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse- und sonstige Massenmedien zu schützen. Das darf aber nicht dazu führen, dass bloße Schlagworte wie das "Recht am gesprochenen Wort" zu einem absolut-subjektiven Recht iSd § 823 I BGB hochstilisiert werden, das keinen begrifflich fassbareren Inhalt hat (*Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 115, 117, 123 ff, 200 ff, 234).

### 5. Von der Moral zum Recht

Soweit der Schutz der (geistigen) Persönlichkeit nicht durch das „*Handlungsunrecht*“ der Verletzung eines positiv-rechtlichen Rechtsatzes (eines Schutzgesetzes iSd § 823 II BGB) bestimmt ist und auch nicht durch das "*Erfolgsunrecht*" einer "tatbestandsmäßigen" Verletzung eines der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter mit hinreichender "gegenständlicher Verkörperung" bestimmt werden kann, weil es nicht möglich ist, einen allgemeinen Unrechtsstatbestand als Begriff eines absolut-subjektiven Rechtes so zu formulieren, dass die Erfüllung der Voraussetzungen dieses Begriffs die Rechtswidrigkeit einer persönlichkeitsverletzenden Handlung *indizieren* könnte, so kann das *Unrecht* einer solchen Tat letztlich nur dadurch bestimmt werden, dass die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts ("freie Willensbetätigung") des Betroffenen unter Berücksichtigung der vom Störer verfolgten Interessen als *unanständig*, *unmoralisch* oder *unsittlich* und deswegen kraft richterlicher Entscheidung als *rechtswidrig* betrachtet wird: "*Ces préceptes éthiques sont devenues des normes juridiques*". Mit diesem berühmt gewordenen Satze wagte das Schweizer Bundesgericht (BGE II, 1918, S. 319) schon im Jahre 1918 den Sprung von der Moral zum Recht und erhob damit die Unanständigkeit des Lauschens an der Wand zu einem Rechtssatz. In ähnlicher Weise hat auch der BGH in allen wichtigen Leitentscheidungen moralische Regelungsprinzipien über das "Mittelding" des Rahmenrechts von der Moral zum Recht erhoben (*Ehmann*, FS Georgiades, 113ff, 117). Die moralischen Regeln (*préceptes éthiques*), die zum Rechtssatz erhoben werden, haben im System des deutschen Deliktsrechts über das Mittelding des APR-Rahmenrechts Bedeutung auf drei verschiedenen Ebenen: (1) Bei der *Bewertung* (Gewichtung) der gegeneinander stehenden Interessen; (2) bei der *Abwägung* der gegeneinander stehenden Interessen; (3) bei der Bewertung der Art und Form der Eingriffshandlung, wo sie die Grundlage der Bestimmung des *Handlungsunrechts* bilden kann.

Das System des deutschen Deliktsrechts ist an sich gekennzeichnet durch drei klar voneinander abgegrenzte Unrechtsstatbestände: 1. soll nach § 823 II BGB die Widerrechtlichkeit der Handlung als *Handlungsunrecht* bestimmt werden durch die Verletzung eines Schutzgesetzes; 2. soll nach § 823 I BGB die Widerrechtlichkeit der Handlung bestimmt werden durch das *Erfolgsunrecht* der Verletzung eines absolut-subjektiven Rechts, in welchem die „freie Willensbetätigung“ des Rechtsträgers schon eine "gegenständliche Verkörperung" erfahren hat; 3. schließlich sollen „als widerrechtlich auch solche Handlungen gelten, deren Vornahme gegen die *guten Sitten* verstößt“ (Motive II, 726 = Mugdan II, 405). Weil man eine allgemeine Generalklausel nach dem Vorbild des französischen Rechts (Art 1383 CC) vermeiden wollte und die Tatbestände des § 823 Abs. 1 und 2 BGB bewusst eng fasste, erschien eine Generalklausel in der Art des § 826 BGB als Auffangtatbestand unbedingt erforderlich, weil man zu Recht erkannte, dass derjenige, der aufgrund seiner *natürlichen Freiheit* handelt, diese Freiheit jedenfalls nicht *vorsätzlich* zum Schaden anderer missbrauchen darf. Dabei wurde nicht verkannt, dass die Handhabung des Prinzips des § 826 BGB „Umsicht und Behutsamkeit“ erfordert, indessen wurde darauf vertraut, dass die Gerichte die Aufgaben zu lösen wissen werden

(Motive II, 727 = Mugdan II, 406). § 826 BGB erwies sich jedoch im Laufe der Entwicklung vor allem wegen seines Vorsatzerfordernisses als zu eng. § 823 II BGB stand der richterrechtlichen Rechtsfortbildung wegen des Rechtssatzcharakters der Schutzgesetze entgegen.

Deswegen musste der Ausweg in der Weise gesucht werden, dass der Verstoß gegen eine moralische oder sonstige Norm ohne Schutzgesetzcharakter über § 823 I BGB als "Erfolgsunrecht" verstanden werden konnte. Der Eingriff in einen mit einem offenen Begriff (Privat-, Individual-, Geheim-, Intim-, Sexualsphäre usw.) nur vage umschriebenen Bereich der "Befugnis selbst zu bestimmen, ..." („freien Willensbetätigung“) sollte also *widerrechtlich* sein, auch wenn die Eingriffshandlung an sich *nicht* verboten ist, sondern durch eine kraft der „natürlichen Freiheit“ (Art 2 Abs 1 GG) an sich erlaubte Handlung geschieht, die aber nach Abwägung der vom Handelnden verfolgten Interessen mit den schützenswerten Interessen des Betroffenen nach allgemeinen *Moral-* und *Wertvorstellungen* nicht „*billigenswert*“ erscheint. Letztlich wurde also in Fällen des Eingriffs in den „offenen Tatbestand“ eines sog. Rahmenrechts das Unrecht eines Sittenverstoßes vom Vorsatzerfordernis des § 826 BGB befreit und über § 823 I BGB auch im Falle bloßer Fahrlässigkeit als *widerrechtlich* verstanden.

## 6. Über Grundrechts-Drittwirkung zum Delikt

### a) *Drittwirkung als Wertmaßstab bei der Interessenabwägung*

Unabhängig von der "Drittwirkung" der Grundrechte über Art 1 III GG dadurch, dass die Gerichte als dritte staatliche Gewalt richterlicher Entscheidungen nicht auf private Handlungen stützen dürfen, welche als staatliche Handlungen verfassungswidrige Grundrechtseingriffe wären (Tz. 26; BVerfGE 106, 48) wird auch die bürgerlichen Rechtsordnung von den verfassungsrechtlichen *Wertentscheidungen* mitgeprägt, was die Gerichte verpflichtet, auch bei der Anwendung des bürgerlichen und sonstigen "einfachen" Rechts die *verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen* der Grundrechte mitzubeachten, die daher insbesondere über die Generalklauseln in das "einfache" Recht einfließen (sog. Drittwirkung; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 12). Das bürgerlich-rechtliche APR kann durchaus als derartige Generalklausel verstanden werden mit der Folge, dass bei der *Güter- und Interessenabwägung* nicht nur *gesetzliche Wertmaßstäbe* und allgemeine *moralische Prinzipien*, sondern auch die *verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen* zu berücksichtigen sind, weil ansonsten die Gerichte wiederum mit ihren Entscheidungen als dritte Gewalt in die Grundrechte der Bürger eingreifen würden. So wie ein überkommener moralische Satz das Lauschen an der Wand grundsätzlich zu einer widerrechtlichen Handlung iSd § 823 I BGB macht, kann also auch die Wertentscheidung einer verfassungsrechtlichen Interessen- und Güterabwägung die Rechtswidrigkeit einer zivilrechtlichen Persönlichkeitsverletzung begründen.

### b) *Die Wertentscheidungen zur Begründung der Verfassungswidrigkeit als Maßstab*

Wegen der Funktion der Grundrechte, staatliche Eingriffe unter einen Gesetzesvorbehalt zu stellen ist der Schutzbereich der Grundrechte jedoch in der Regel weiter gefasst als die Unrechtstatbestände strafbaren Handelns und zivilrechtlicher Delikte. In den Schutzbereich eines Grundrechts darf der Staat zwar *ohne gesetzliche Grundlage* nicht eingreifen, wohl aber aufgrund eines Gesetzes; Zeugenvernehmung z.B. auf der Grundlage der §§ 373 ff. ZPO. Besteht eine solche oder andere gesetzliche Grundlage, so ist ein staatlicher Grundrechtseingriff verfassungswidrig nur, wenn die mit den Grundrechten geschützten Interessen des Bürgers aufgrund einer Güter- und Interessenabwägung, die mit dem Gesetz und dem auf dessen Grundlage erfolgten staatlichen Grundrechtseingriff verfolgten schützenswerten Interessen anderer Bürger oder der Allgemeinheit überwiegen (dazu oben II 4). Erfolgt die "Eingriffshandlung" (z.B. durch Mithören am Telefon) weder durch die Exekutive noch die Judikatur, sondern durch die private Handlung eines Bürgers, so liegt kein "Grundrechtseingriff" vor,

aber auch nicht notwendigerweise eine rechtswidrige Handlung, solange der Tatbestand der Handlung kein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB verletzt oder ein Delikt gemäß § 823 I, 826 BGB darstellt. Das gilt grundsätzlich auch für das namensgleiche "allgemeine Persönlichkeitsrecht": in das APR-Grundrecht kann nur die Exekutive oder die Judikatur eingreifen; der Bürger kann grundsätzlich (Ausnahme: Drittwirkung) nur das zivilrechtliche APR verletzen. Auch ist der Schutzbereich des APR-Grundrechts nicht deckungsgleich mit der widerrechtlichen und schuldhaften Verletzung des zivilrechtlichen APR. Jedoch können die zur Bestimmung der Verfassungswidrigkeit eines Eingriffs in das APR-Grundrecht gegeneinander stehenden und abzuwägenden Interessen weitgehend deckungsgleich sein mit den schützenswerten Interessen, die zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit der "Eingriffshandlung" einer zivilrechtlichen Persönlichkeitsverletzung gegeneinander abzuwägen sind. Soweit zur Bestimmung der Verfassungswidrigkeit eines Eingriffs in das sog. „Grundrecht am (ins Telefon) gesprochenen Wort" und der Rechtswidrigkeit einer zivilrechtlichen Persönlichkeitsverletzung im wesentlichen dieselben Güter und Interessen gegeneinander abzuwägen sind, müssen allerdings die vom BVerfG entwickelten Bewertungsgrundsätze grundsätzlich auch der zivilrechtlichen Abwägungsentscheidung zu Grunde gelegt werden (Drittwirkung des APR-Grundrechts über die Generalklausel des zivilrechtlichen APR); denn die Grundrechte und die aus ihnen entwickelten Bewertungsgrundsätze binden auch die zivilrechtliche Rechtsprechung (Art 1 Abs. 3 GG).

Würde im Falle staatlichen Handelns ein – auf Grund Güter- und Interessenabwägung - als verfassungswidrig erachteter Eingriff in das APR-Grundrecht im Falle gleichartigen privaten Handelns von einem Gericht zivilrechtlich noch nicht als APR-Verletzung betrachtet und daher eine Unterlassungs- oder Schadensersatzklage abgewiesen werden, so würde das Gericht mit der klagabweisenden Entscheidung nach der oben genannten Lehre ein Grundrecht des Klägers verletzen.

Im vorliegenden Fall ging es jedoch nicht um die Frage der Durchsetzung von Ansprüchen wegen Verletzung des bürgerlich-rechtlichen APR, sondern um die Frage, ob das LAG die von der klagenden Arbeitnehmerin benannte Zeugin hätte vernehmen müssen oder nicht. Für diese Frage kommt es aber in erster Linie darauf an, ob die Entscheidung über die Zeugenvernehmung durch das staatliche Gericht Grundrechte verletzt hätte, an welche das Gericht gemäß Art 1 Abs. 3 GG gebunden ist. Diese Frage wurde oben II 5 bejaht, gleichgültig, ob die Zeugin auf Veranlassung der Klägerin oder unabsichtlich mitgehört hat. Die Frage, ob das private Mithören auch das zivilrechtliche APR der Personaldisponentin oder des beklagten Arbeitgebers verletzt hat, war für die Entscheidung des Rechtsstreits daher unerheblich.

## 7. Der deliktische Schutz des gesprochenen Wortes

### a) Über § 823 II BGB

Über § 823 II BGB iVm § 201 StGB ist der deliktische Schutz des gesprochenen Wortes nur so weit gegeben wie der strafrechtliche Schutz reicht. In Fällen der gegebenen Art kommt dafür vor allem § 201 StGB, insbesondere der Tatbestand des Abs. 2 Nr. 1 in Betracht, wonach strafbar ist, wer ein nicht öffentlich gesprochenes Wort eines anderen mit einem "Abhörgerät" abhört. Auch damit ist nicht bloß die *Intimsphäre* geschützt (anders noch Lackner/Kühl, StGB, 17. Aufl. 1987, § 201 Anm. 1), auch nicht bloß *besonders vertrauliche Worte*, sondern grundsätzlich alle Worte (soweit nicht das Mithören noch "sozialadäquat" ist, vgl. Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 201 Rz. 14), aber nur gegen die spezielle Eingriffshandlung des Abhörens mittels „spezieller Abhörgeräte“. Die Rechtsprechung hat bisher im Telefonapparat selbst eingebaute Lautsprecher nicht als "Abhörgeräte" im Sinne des § 201

II Nr.1 StGB betrachtet (BGHSt 39, 335, 343; zust. *Helle*, JR 2000, 353, 359; *Lackner/Kühl*, aaO, § 201 Rz. 5 m.w.N; in Zivilsachen ebenso BGH NJW 1982, 1397; andere wollen dem aber nicht mehr uneingeschränkt folgen, vgl. *Fischer*, StGB, 56. Auflage 2009, § 201 Rz. 7; *SS-Lenckner*, StGB, 27. Aufl. 2006, Rz. 19). Mit dem Wortlaut des § 201 II Nr.1 StGB könnte es - an der Grenze zur verbotenen Analogie - wohl noch vereinbart werden, auch in Telefonapparaten eingebaute Lautsprecher als "Abhörgeräte" im Sinne dieses Gesetzes zu verstehen. Die Entscheidung BVerfGE 106, 28, 44 zwingt aber nicht zu einer derart „verfassungskonformen“ Auslegung des § 201 II Nr. 1 StGB, denn es ist nicht geboten, jede von einem Bürger begangene Handlung unter Strafe zu stellen, die, wenn sie durch staatliches Handeln begangen worden wäre, verfassungswidrig sein würde. Nicht alles, was - im Falle staatlichen Handelns - verfassungswidrig und auch im bürgerlich-rechtlichen Sinne Unrecht ist, muss strafbar sein. Selbstverständlich hindert die mangelnde Strafbarkeit der Handlung eines Bürgers aber auch nicht an der Qualifizierung einer gleichartigen staatlichen Handlung als verfassungswidrig.

Gesprochene und geschriebene Worte können freilich auch noch anderen Straftatbeständen unterfallen, insbesondere wenn sie ein Arzt-, Anwalts- oder sonstigen Berufsgeheimnis (§ 203 StGB) oder das auch *strafrechtlich* geschützte *Fernmeldegeheimnis* (§ 203 StGB) verletzen; auch insoweit ist über § 823 Abs. 2 BGB Deliktsschutz gegeben. Entsprechend der Beschränkung des Schutzes des *verfassungsrechtlichen* Fernmeldegeheimnisses (Art 10 Abs. 1 GG) auf den internen technischen Übermittlungsvorgang der Post oder Telefongesellschaft (vgl. BVerfGE 106, 28, 36 f) ist auch die Strafbarkeit der *Verletzung des Telefongeheimnisses* auf den Inhaber und die Beschäftigten des Telekommunikationsunternehmens beschränkt, erfasst also nicht eine missbräuchliche Nutzung des telefonisch übermittelten Wortes durch den Gesprächsempfänger oder einen Dritten (§ 206 I StGB).

#### b) Über § 823 I BGB

##### aa) Kein allgemeines Recht am gesprochenen Wort

Der Schutz des gesprochenen Worts wird über § 823 I BGB insoweit über den durch § 823 II BGB iVm § 201 StGB oder sonstiger Schutzgesetze gegebenen Schutz erweitert als das APR im vorstehend unter III 1-6 abgesteckten Rahmen den Schutzbereich der Tatbestände des § 201 StGB oder anderer Schutzgesetze übersteigt. Wer ein nicht öffentlich gesprochenes Wort nicht auf Tonträger aufnimmt und nicht mit einem Abhörgerät iSd § 201 II StGB abhört, begeht keine *strafbare* Handlung und handelt also aufgrund seiner "natürlichen Freiheit" grundsätzlich nicht rechtswidrig. Diese "natürliche Freiheit" (Art 2 Abs. 1 GG) darf aber nicht fahrlässig durch einen unanständigen (unmoralischen) Eingriff in die geschützte "Privatsphäre" eines anderen missbraucht werden. Der Lauscher an der Wand (ohne Abhörgerät iSd § 201 II StGB) hört nun also nicht bloß die eigene Schand, er handelt auch *widerrechtlich* iSd § 823 I BGB (vgl. BGH NJW 1970, 1848; NJW 1991, 1180 = JZ 1991, 927 mit abl. Anm. *Helle*; JZ 1994, 115 mit Anm. *Helle*; dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rdz 136, 239). Das „Recht am gesprochenen Wort“ ist jedoch kein "Besonderes Persönlichkeitsrecht" (*Erman/Ehmann*, aaO, Rz.117, 124 ff, 200 ff, 211). Der *Grundsatz* ist und bleibt, dass gesprochene und geschriebene Worte straf- und zivilrechtlich frei sind und frei bleiben müssen, wenn nicht die Informationsbeschaffungs- und Meinungsfreiheit schwer beeinträchtigt werden sollen. Jeder ist daher grundsätzlich frei zu hören und zu lesen, was es zu hören und zu lesen gibt. Soweit das geschriebene Wort nicht über § 202 StGB und das gesprochene Wort nicht über § 201 StGB oder andere Straftatbestände oder Schutzgesetze gesetzlich geschützt sind, kommt ein *Schutz des Geheimhaltungswillens* (Befugnis selbst zu bestimmen, ob ...) des Schreibenden oder Sprechenden über § 823 I BGB daher nur in Betracht, wenn der *Geheimhaltungswille* (Vertraulichkeit) *vertraglich vereinbart* wurde oder sich aus den *besonderen Umständen des Fal-*



les oder aus allgemein anerkannten *moralischen Regeln* oder sonstigen allgemeinen *Wertvorstellungen*, z.B. aus der *Drittwirkung von Grundrechten* ergibt, die über das Mittelding des sog. APR- Rahmenrechts "verrechtlicht" werden können (BGH NJW 1987, 2668; *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 113, 126 ff, 200 ff, 211).

Die *weitergehende* Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass das verfassungsrechtliche APR in der Ausprägung des sog. "Grundrechts am gesprochenen Wort" dem Sprechenden die Befugnis einräume, selbst zu bestimmen, „ob die gesprochenen Worte einzig dem Gesprächspartner, einen bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein sollen“ (BVerfGE 54, 148, 155; 106, 28, 39), unabhängig davon, ob die Worte die *Privatsphäre* betreffen oder *besonders vertraulichen Charakter* haben, steht der vorstehenden *engeren* Rahmenbestimmung des § 823 I BGB nicht entgegen, weil der vom BVerfG bestimmte *Schutzbereich* des "Grundrechts am gesprochenen Wort" grundsätzlich nur eine Grenze für staatliches Handeln absteckt, in welche ohne eine gesetzliche Grundlage nicht eingegriffen werden darf, nicht aber schon die *Verfassungswidrigkeit* einer solchen Handlung feststellt und auch nicht den deliktischen Tatbestand, der die *Rechtswidrigkeit* des Handelns (Mithörens eines Telefongesprächs) eines Privatbürgers indizieren könnte. Sowohl die Feststellung der *Verfassungswidrigkeit* einer verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsbefugnis als auch die Feststellung der *Rechtswidrigkeit* der Verletzung einer deliktisch geschützten "freien Willensbetätigung" ist vielmehr nur auf der Grundlage einer Abwägung der geschützten Interessen mit den entgegenstehenden Interessen des Eingreifenden möglich.

#### *bb) Der Schutz der ins Telefon gesprochenen Worte*

Ein bloßes Internum wie die "freie Willensbetätigung" oder die "Befugnis selbst zu bestimmen, ob ..." in der konkreten Form eines "Geheimhaltungswillens" in Bezug auf geschriebene oder gesprochene Worte kann für sich allein noch kein geschütztes "Rechtsgut" iSd § 823 I BGB sein, bedarf vielmehr einer gewissen *objektiven Manifestierung*, schon damit andere den geschützten Bereich als Grenze ihrer "natürlichen" Freiheit erkennen können. Soweit die "freie Willensbetätigung" noch keine „gegenständliche Verkörperung“ gefunden hat, wie in den in § 823 I BGB konkret genannten Rechtsgütern (z.B. Körper, Eigentum), bedarf die schützenswerte private Sphäre oder vertraulich gesprochene oder geschriebene Worte zumindest einer gewissen "Mauer des Faktischen", welche die Grenze des geschützten Bereichs sichtbar zum Ausdruck bringt. *La vie privée doit être murée*. Am deutlichsten geschieht das durch die Mauer des eigenen Hauses oder der eigenen Wohnung, an die das Ohr nicht gelegt werden soll. Für das geschriebene Wort wird diese Mauer durch den verschlossenen Briefumschlag (§ 202 I Nr. 1 StGB) oder das Schloss am Tagebuch oder das geheime Fach im Schreibtisch oder das Versteck im Nähkästchen für die Liebesbriefe aus der Jugendzeit gebildet, welche eine faktische Mauer bilden sollen gegen die *Ausspähung* von Geheimnissen der Privatsphäre (*Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 113 ff.).

Die *Verbreitung* geschriebener oder gesprochener Worte ist im Unterschied zur Abhörung oder sonstigen *Ausspähungen* kraft Gesetzes vor allem geschützt, wenn mit den Worten ein *Geheimnis* im Rahmen der beruflichen Tätigkeit als Arzt, Rechtsanwalt u.a. "anvertraut" worden ist (vgl. die Tatbestände des § 203 I, 1-6 und II, 1-6 StGB). Über den Bereich der *kraft Gesetzes* strafrechtlich geschützten *Berufsgeheimnisse* hinaus, die über § 823 II BGB auch zu einem privatrechtlichen Schutz führen, kann § 823 I BGB einem deliktischen Schutz bieten, wenn ein anderes Privatgeheimnis "unter dem Siegel der Verschwiegenheit" *anvertraut* worden ist. Der *Schutz des Geheimhaltungswillens* ergibt sich dann nicht *kraft Gesetzes*, sondern *aufgrund privater Vereinbarung*. Der erkennbare Schutz des Geheimhaltungswillens kann sich aber auch *aus allgemein anerkannten moralischen Regeln*, so insbesondere für die *Privat- und Intimsphäre* (dazu *Erman/Ehmann*, aaO, Rz. 204 f), aber darüberhinaus auch aus den beson-

deren Umständen des Falles (BGHZ 80, 25; BVerfGE 66, 116 - Wallraff; dazu *Ermann/Ehmann*, aaO, Rz. 201 f; 211) oder auch aus einer *Drittwirkung* (dazu oben III 5) des APR-Grundrechts in der Ausprägung des sog. "Grundrechts am (ins Telefon) gesprochenen Worts" ergeben.

Ebenso wie der *verfassungsrechtliche* Schutzbereich des "Grundrechts am gesprochenen Wort" um der Informationsbeschaffungsfreiheit willen einer Beschränkung bedarf und daher das Mithören nicht verfassungswidrig sein kann, sofern keinerlei "Vertraulichkeitserwartung" (BVerfGE 106, 28, 39) besteht, weil die gesprochenen Worte nicht ein gesetzlich bestimmtes Geheimnis verletzen oder zur schützenswerten Intim- oder Privatsphäre gehören oder deren Vertraulichkeit vertraglich vereinbart wurde oder sich aus Treu und Glauben (§§ 133, 157, 242 BGB) infolge der Besonderheiten des Einzelfalles ergibt, so können derart frei gesprochene Worte auch nicht das *zivilrechtliche* APR des betroffenen Sprechers verletzen. Wenn das BVerfG aber mit guten Gründen darlegt, dass der *in ein Telefon Sprechende* nicht wie in einem Gespräch unter Anwesenden kontrollieren könne, ob Dritte mithören und daher selbst in jedem Telefongespräch einen Zeugen mithören lassen müsste, um nicht durch einen Zeugen des Gesprächspartners in Rechtsnachteile gebracht werden zu können, so hat diese *Wertentscheidung* für eine spezielle "*Vertraulichkeit*" von Telefongesprächen auch Bedeutung für die Güter- und Interessenabwägung zur Bestimmung des Schutzbereiches des zivilrechtlichen APR-Rahmenrechts. Würde ein Gericht in einem solchen Falle Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche ablehnen mit der Begründung, das zivilrechtliche APR des Betroffenen sei nicht verletzt, so würde das erkennende Gericht das *verfassungsrechtliche* APR des Betroffenen in verfassungswidriger Weise verletzen mit der Folge, dass die Entscheidung des Zivilgerichts aufgrund einer Verfassungsbeschwerde aufgehoben werden müsste. Aber unabhängig von dieser verfassungsrechtlichen Drittwirkung über § 1 Abs. 3 GG liegt die vom BVerfG vollzogene Abgrenzung zwischen der Freiheit des gesprochenen Worts und der Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes gegen ein unbefugtes Mithören auch allgemein in den anerkanntenswerten Grenzen der *Wertentscheidungen* unserer Rechtsordnung und ist daher auch zivilrechtlich zu akzeptieren. Im gegebenen Fall würde also auch im Falle eines von der Klägerin nicht absichtlich herbeigeführten Mithörens der Zeugin das zivilrechtliche APR der Beklagten *widerrechtlich* verletzt, zwar nicht vorsätzlich, aber abhängig von den Umständen des Falles möglicherweise fahrlässig. Für die Frage der *verfassungswidrigen* Verletzung des *verfassungsrechtlichen* APR sind diese Verschuldenskriterien jedoch jedenfalls ohne Bedeutung.

Das BAG meint demgegenüber, das zivilrechtliche APR sei nicht verletzt, wenn die Klägerin ihre Zeugin nicht habe bewusst mithören lassen, diese vielmehr das laut gestellte Telefongespräch "zufällig" mitgehört habe. Zur Begründung dieser Einschränkung bezieht sich das BAG in Tz. 28 auf die oben II 3 a zitierte Aussage von BVerfGE 106, 28, 40, wonach der Sprecher es sich selbst zuzuschreiben habe, wenn seine Worte von Dritten gehört werden könnten, wenn er solche Hörer übersehe oder zu laut rede. Diese Einschränkung ist aber offensichtlich auf "natürliche" Gespräche unter Anwesenden bezogen, in welchen der Sprecher die Zeugen bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte sehen können (gilt daher auch nicht für in Nebenzimmern oder sonstwie „versteckte“ Zeugen) und gilt auch nicht für Telefongespräche, bei welchen der Sprechende nicht sehen kann, ob sich jemand in der Nähe des Gesprächsempfängers befindet; allgemein: Der Sprechende hat sich das Mithören Dritter nicht selbst zuzuschreiben, "wenn (es) nicht in seiner Entscheidung steht, wer die Kommunikationsinhalte unmittelbar wahrnehmen kann" (BVerfGE 106, 28, 42). Das aber ist bei Telefongesprächen stets der Fall, wird aber vom BAGE nicht als "tragender Grund" der Entscheidung BVerfGE 106, 28 betrachtet (dazu oben II 3 a und 5 b), wobei richtig ist, dass diese Verfassungsgerichtsentscheidung Fälle betroffen hat, in denen das Mithören der Zeugen bewusst veranlasst

worden war, was aber wiederum für die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG nicht entscheidend ist.

Im Übrigen ist die aufgeworfene Frage, ob schon eine bloße *widerrechtliche* oder eine *fahrlässige* Verletzung des zivilrechtlichen APR ein Vernehmungsverbot begründen könnte, höchst zweifelhaft und umstritten. (abl. *Werner*, NJW 1988, 993, 998; *Zöller/Greger*, ZPO, 27. Aufl., § 286 Rz. 15 a; differenzierend *Musielak/Foerste*, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 286 Rz. 7 f; vgl. ferner BGH v. 18. 2. 2003 – XI ZR 165/02 – AP BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 38 Bl. 2 R). Auch das BAG hat für den Fall bloß *fahrlässiger* Verletzung des zivilrechtlichen APR ein Beweisverwertungsverbot abgelehnt (Tz. 29 ff.) und ein solches nur für den Fall *absichtlicher* Verletzung des APR durch den Gesprächsempfänger bejaht (Tz. 25). Das Beweisverwertungsverbot hat aber weder Straf- noch Schadensverteilungsfunktion und sollte daher auch nicht von Art und Maß des Handlungsunrechts (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) bei der Beweismittelverschaffung abhängen. Die Frage kann hier aber dahinstehen, denn mit der Vernehmung der Zeugin würde nach den Grundsätzen von BVerfGE 106, 28 jedenfalls das *verfassungsrechtliche* APR verletzt, für welches das Handlungsunrecht des Gesprächsempfänger jedenfalls ohne Bedeutung ist.

Selbstverständlich ist solches Mithören von Telefongesprächen zivilrechtlich auch *nicht rechtswidrig*, wenn der Betroffene ausdrücklich oder stillschweigend *eingewilligt* hat oder wenn eine *Notwehrsituation* oder eine *notwehrähnliche Lage* das Mithören rechtfertigen. Die Tatsachen, welche die Notwehrsituation und die notwehrähnliche Lage begründen, können freilich auch bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche nicht erst durch den mithörenden Zeugen bewiesen werden; es sei denn, dass der Betroffene behauptet, der genannte Zeuge könne durch seine Aussage auch beweisen, dass der andere Gesprächsteilnehmer in sein Mithören eingewilligt habe (so BVerfG BGB § 611 Persönlichkeitsrecht Nr. 36 = NJW 2003, 2375; dazu oben II, 3 b), womit freilich die behauptete Einwilligung vom Schutz des Grundrechts am (ins Telefon) gesprochenen Worts ausgeschlossen bleibt.

*Professor Dr. Horst Ehmman, Trier*