

FESTSCHRIFT
FÜR
WERNER THIEME

ZUM 70. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

BERND BECKER · HANS PETER BULL
OTFRIED SEEWALD



Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag

hrsg. von Hans Peter Bull . . . – Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1993

ISBN 3-452-22603-4

NE: Bull, Hans Peter [Hrsg.]; Thieme, Werner: Festschrift

Universitäts-
Bibliothek
München

82747205

Gedruckt mit Unterstützung des Bundesministeriums des Innern

© Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München, 1993

ISBN 3-452-22603-4

Gedruckt von der Gallus Druckerei KG, Berlin

93 P 452

Inhalt

1. ABSCHNITT

WERNER THIEME – WERK UND PERSON

Werner Thieme – Leben und Werk	1
------------------------------------------	---

2. ABSCHNITT

STAAT UND VERFASSUNG

BRUN-OTTO BRYDE, Dr. iur., Professor an der Universität Gießen Personalvertretung in der parlamentarischen Demokratie	9
PETER HÄBERLE, Dr. iur., Professor an der Universität Bayreuth Sport als Thema neuerer verfassungsstaatlicher Verfassungen	25
WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Experimentelle Gesetzgebung	55
HANS HUGO KLEIN, Professor Dr. iur., Richter des Bundesverfassungsgerichts Staat, Verfassung, Volk und Freiheit in Goethes Egmont	71
CHRISTOPH LINK, Dr. iur., Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg Ein Dreivierteljahrhundert Trennung von Kirche und Staat in Deutschland	95
HARTMUT MAURER, Dr. iur., Professor an der Universität Konstanz Die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers	123
REINHARD MUSSGNUM, Dr. iur., Professor an der Universität Mannheim Wendemarken in der Verfassungsgeschichte?	141
GEORG-BERNDT OSCHATZ, Direktor des Bundesrates Widersprüche im deutschen Parteiensystem – Machtanspruch und Lösungskompetenz der politischen Parteien	167
HELMUT RITTSTIEG, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Eigentum als Verfassungsproblem – nach 20 Jahren oder: Zur Vergangenheit der westdeutschen Rechtsfakultäten	183

INHALT

KARL ALBRECHT SCHACHTSCHNEIDER, Dr. iur., Professor an der Universität Erlangen-Nürnberg Das Sittengesetz und die guten Sitten	195
GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Dr. iur., Professor an der Humboldt-Universität Berlin Nichtsteuerliche Abgaben, intermediäre Finanzgewalten und Verwaltungsorganisation	227
JÜRGEN SCHWABE, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Die Misere des Enteignungsbegriffs	251
KLAUS STERN, Dr. iur., Professor an der Universität Köln Verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Grundfragen zur Aufnahme des Sports in die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen	269

3. ABSCHNITT

FOLGEPROBLEME DER WIEDERVEREINIGUNG

WOLFGANG BERNET, Dr. iur., Professor an der Universität Jena Zur Rehabilitierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht in Ostdeutschland	289
HANS PETER BULL, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg, Innenminister des Landes Schleswig-Holstein Die Verfassungen der neuen Länder – zwischen östlicher Selbstbestimmung und westlichen Vorgaben	305
HELMUT QUARITSCH, Dr. iur., Professor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer Strafrechtliche und berufsrechtliche Aufarbeitung der DDR-Vergangenheit	329
WOLFGANG RÜFNER, Dr. iur., Professor an der Universität Köln Geltung des Reichskonkordats, des Preußischen Konkordats und des Preußischen Kirchenvertrags im Beitrittsgebiet	343
PETER SELMER, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Zwischenländer-finanzhilfen	353
ALBRECHT ZEUNER, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen des öffentlichen Dienstes in den neuen Bundesländern aus Gründen einer Vorbelastung	377

INHALT

4. ABSCHNITT AUF DEM WEG ZUM VEREINTEN EUROPA

ULRICH BATTIS, Dr. iur., Professor an der Humboldt-Universität Berlin Europa und die Landesverwaltung	395
HANS-ERNST FOLZ, Dr. iur., Professor an der Universität Hannover Les collectivités locales et les droits individuels et sociaux	407
HELMUT LECHELER, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht	431
HANS-WERNER RENGELING, Dr. iur., Professor an der Universität Osnabrück Europa der Regionen	445

5. ABSCHNITT VERWALTUNGSWISSENSCHAFT UND VERWALTUNGSRECHT

BERND BECKER, Dr. iur., Professor an der Universität der Bundeswehr München Einfache Methoden zur Reduktion von Komplexität im Verwaltungsvollzug	463
KLAUS DAMMANN, Dr. iur., Professor an der Universität Bielefeld Introvertierte Risikoverwaltung	491
RAINER KOCH, Dr. iur., Professor an der Universität der Bundeswehr Hamburg Erfolgsbedingung des Entscheidungsverhaltens höherer Verwaltungsbediensteter	509
JÖRG LÜCKE, Dr. iur., Professor an der Universität Jena Behördliche und gerichtliche Notkompetenzen im Lichte der Verfassung	539
FRANZ-JOSEPH PEINE, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Entwicklungen im Recht des Verwaltungsakts – eine Zwischenbilanz . .	563
OTFRIED SEEWALD, Dr. iur., Professor an der Universität Passau Das Peter-Prinzip	587

INHALT

KLAUS VOGEL, Dr. iur., Professor an der Universität München Verwaltungsvorschriften zur Vereinfachung der Sachverhaltsermittlung und normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften	605
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

6. ABSCHNITT

HOCHSCHULE UND HOCHSCHULVERWALTUNG

FRIEDHELM HUFEN, Dr. iur., Professor an der Universität Mainz / MAX-EMANUEL GEIS, Dr. iur., Universität Regensburg Verfassungsrechtliche Fragen eines Promotionsrechts für Fachhochschulen	621
MARTIN OLDIGES, Dr. iur., Professor an der Universität Bielefeld Hochschulleitung und Hochschulverwaltung	647
THOMAS OPPERMANN, Dr. iur., Professor an der Universität Tübingen Verteidigungsforschung und Wissenschaftsfreiheit	671
GERD ROELLECKE, Dr. iur., Professor an der Universität Mannheim Wissenschaftsfreiheit als Rechtfertigung von Relevanzansprüchen	681
EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Dr. iur., Professor an der Universität Heidelberg Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht	697

7. ABSCHNITT

SOZIALE SICHERUNG UND SOZIALVERWALTUNG

HARALD BOGS, Dr. iur., Professor an der Universität Göttingen Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) im Spiegel des Arztsystems	715
WULF DAMKOWSKI, Dr. iur., Professor an der Hochschule für Wirtschaft und Politik in Hamburg Innovative Entwicklungen in Sozial- und Gesundheitsdiensten	733
GERHARD IGL, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Recht und Alter – ein diffuses Verhältnis	747
PETER KRAUSE, Dr. iur., Professor an der Universität Trier Zur Leistungsfähigkeit des Schiedsverfahrens im Kassenarztrecht	769

INHALT

FRANZ RULAND, Dr. iur., Professor an der Universität Frankfurt, Geschäftsführer des Verbandes Deutscher Rentenversicherungsträger Die Flexibilisierung der Altersgrenzen im SGB VI	783
GÜNTHER SCHWERDTFEGER, Dr. iur., Professor an der Universität Hannover Finanzausgleiche zugunsten strukturschwacher Krankenkassen (§§ 266, 267 SGB V) – ein strukturpolitisches Lenkungsmittel?	799
GEORG WANNAGAT, Professor Dr. iur., Präsident des Bundessozialgerichts a. D., Kassel Pflegeversicherung und Pflegenotstand	811

8. ABSCHNITT KOMMUNALE VERWALTUNG

JÖRN IPSEN, Dr. iur., Professor an der Universität Osnabrück Die Doppelspitze in der niedersächsischen Kommunalverfassung	829
CHRISTIAN STARCK, Dr. iur., Professor an der Universität Göttingen RückNeugliederungsgesetze vor dem Bundesverfassungsgericht	845
GEORG-CHRISTOPH VON UNRUH, Dr. iur., Professor an der Universität Kiel Kommunale Selbstverwaltung im Polen des 17. und 18. Jahrhunderts . .	863

9. ABSCHNITT EINZELNE ASPEKTE UND PROBLEMFELDER DER VERWALTUNG

PETER BADURA, Dr. iur., Professor an der Universität München Rechtsfagen der Telekommunikation	877
CARSTEN BRODERSEN, Dr. iur., Professor an der Universität der Bundeswehr Hamburg Haftung und Schuld im Steuerrecht	895
DIETER DÖRR, Professor Dr. iur., Justitiar des Saarländischen Rundfunks Die freien Mitarbeiter und die Rundfunkfreiheit	911
CARL-EUGEN EBERLE, Professor Dr. iur., Justitiar des Zweiten Deutschen Fernsehens Das Fernsehen im Zugriff des europäischen Rechts	939
OTTO KIMMINICH, Dr. iur., Professor an der Universität Regensburg Asylrecht und Asylverwaltung	963

INHALT

PHILIP KUNIG, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Der Abfall und die Grundrechte – Überlegungen zu geltendem und künftigem Recht	979
RAINER LAGONI, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Altöl und Seeschifffahrt	997
JÖRG MANFRED MÖSSNER, Dr. iur., Professor an der Universität Osnabrück Förderabgabe bei bewilligungsfeldüberschreitender Lagerstätte	1023

10. ABSCHNITT HAMBURGENSENIEN

JÜRGEN GÜNDISCH, Dr. iur., Rechtsanwalt, Hamburg Zuständigkeit und Zustand des Hamburgischen Verfassungsgerichts ..	1041
HANS PETER IPSEN, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Erinnerungen an elf Hamburger Staatsrechtslehrer	1063
ULRICH KARPEN, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Weimar lebt!	1083
GERT NICOLAYSEN, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Rechtsfakultät 1933 – Juristische Professoren nach der Machtergreifung	1101
HELMUT PLAMBECK, Dr. iur., Präsident des Hamburgischen Verfassungsgerichts und des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg Überlegungen zu den Juristenprüfungen in Hamburg	1115

11. ABSCHNITT SCHRIFTEN VON WERNER THIEME

Schriften von Werner Thieme	1131
-----------------------------------	------

9. Abschnitt
Einzelne Aspekte und Problemfelder
der Verwaltung

Rechtsfragen der Telekommunikation

1. VERFASSUNGSRECHTLICHE GRUNDLAGEN

Recht und Verwaltung des Fernmeldewesens haben sich unter den neuen und in rascher Veränderung begriffenen Gegebenheiten der Übertragungstechniken, der Informationsverarbeitung und -übermittlung und des grenzüberschreitenden Wettbewerbs zu dem komplexen Gebiet der Telekommunikation weiterentwickelt. Das Telekommunikationsrecht verbindet das überkommene Fernmelderecht mit Materien des Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Wirtschaftsrechts, des Rundfunkrechts und des Informatik- und Datenschutzrechts¹.

In Fortführung der ausschließlichen Gesetzgebung des Reichs über das »Post- und Telegraphenwesen einschließlich des Fernsprechwesens« (Art. 6 Nr. 7 WRV) hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung über das Post- und Fernmeldewesen (Art. 73 Nr. 7 GG). In Abgrenzung zu der Kompetenz der Länder, die von der Rundfunkfreiheit gefordert und gesetzlich zu gewährleisten Leitgrundsätze des Rundfunks in materiellrechtlicher und organisatorischer Hinsicht zu normieren, hat das Bundesverfassungsgericht die Materie des Fernmeldewesens auf den »sendetechnischen« Bereich des Rundfunks beschränkt². Im Vordergrund der näheren Bestimmung der Bundeskompetenz stand seither die Erfassung des technischen Übermittlungsvorgangs und der dafür einzusetzenden »Fernmeldeanlagen«, wie sie auch in § 1 Abs. 1 FAG

1 M. BULLINGER, Kommunikationsfreiheit im Wandel der Telekommunikation, 1980; DERS., Hrsg., Rechtsfragen der elektronischen Telekommunikation, 1984; P. LERCHE, Das Fernmeldemonopol – öffentlich-rechtlich gesehen, in: E.-J. MESTMÄCKER, Hrsg., Kommunikation ohne Monopole, 1980, S. 139; J. SCHERER, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, 1985; DERS., European Telecommunications Law: The Framework of the Treaty, *European Law Review* 12, 1987, S. 354; DERS., Hrsg., Telekommunikation und Wirtschaftsrecht, 1988; DERS., in: *Internation. Handbuch für Rundfunk und Fernsehen*, 1990/91, A 148; A. EIDENMÜLLER, Der Fernmeldeanlagenbegriff im Telekommunikationsrecht, *DVBl.* 1987, 603; V.-K. THIEME, Zur Einführung. Telekommunikationsrecht, *JuS* 1989, 791; H. UNGERER / N. P. COSTELLO, Telekommunikation in Europa, 1989; H. FANGMANN u. a., *Handbuch für Post und Telekommunikation*, 1990; B. KÖBELE, Fernmeldewesen und Telematik in ihrer rechtlichen Wechselwirkung, 1991; *Frequenzregulierung in der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. vom Bundesminister für Post und Telekommunikation, 1991.

2 BVerfGE 12, 205/225 ff.

umschrieben waren und sind³. Maßgebendes Kriterium ist, daß es sich um die körperlose Übermittlung von Nachrichten in der Weise handelt, daß die ausgesandten Signale am Empfangsort »wiedergegeben« werden. Welche Technik verwendet wird und ob die Nachricht am Empfangsort von Menschen unmittelbar sinnlich wahrgenommen wird, ist unerheblich. Das Bundesverfassungsgericht hat demgemäß auch die digitale Nachrichtenübertragung zum Fernmeldewesen gerechnet und klargestellt, daß der Begriff der Fernmeldeanlage die bei der Entstehung des Fernmeldeanlagengesetzes bekannten Arten der Nachrichtenübertragung diesen Typs und außerdem neuartige Übertragungstechniken umfaßt⁴. Die Bundeskompetenz ist somit zukunfts offen, »dynamisch«.

Der Bundesgesetzgeber ist dafür zuständig, das Fernmeldewesen in der beschriebenen Abgrenzung zu regeln. Diese Befugnis beschränkt sich nicht auf »rein technische« Festlegungen. Sie umfaßt auch die Regelung des Fernmeldeverkehrs, wofür es naturgemäß nicht allein auf »technische« Gesichtspunkte ankommt⁵. Da die Bundespost, zu deren Aufgaben auch das Fernmeldewesen gehört, in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt wird (Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG), muß die Gesetzgebungskompetenz für das Fernmeldewesen die Organisation und die Verwaltungstätigkeit dieses Zweigs der Bundesverwaltung einschließen. Insofern als die Benutzung der Einrichtungen des Fernmeldewesens (vgl. Art. 80 Abs. 2 GG) ein Angebot von Dienstleistungen an das Publikum voraussetzt, gehören zur Gesetzgebung über das Fernmeldewesen Regelungen über die Bundespost als Leistungsverwaltung und Wirtschaftssubjekt.

Die Verwaltungskompetenz des Bundes unter dem Titel der »Bundespost« kann hinter der Gesetzgebungskompetenz für das Post- und Fernmeldewesen zurückbleiben; es muß nicht die gesamte Sachaufgabe des Post- und Fernmeldewesens ausschließlich in Gestalt der Bundespost geführt werden⁶. Die Kompetenznorm des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG hindert nicht, daß private Anbieter neben der Bundespost Wirtschaftstätigkeiten des Post- und Fernmeldewesens ausüben. Es ist jedoch weithin anerkannt, daß Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG neben der Hauptfunktion der Kompetenzbegründung die Wirkung einer Grundsatznorm für die Organisation der Bundespost und für die Aufgabenverantwortung des Bundes für das Post- und Fernmeldewesen hat⁷. Ein »Kernbereich« oder

3 Dazu A. EIDENMÜLLER (Anm. 1); KÄMMERER/EIDENMÜLLER, Post- und Fernmeldewesen, Stand Nov. 1989, § 1 FAG, Anm. 4; B. KÖBELE (Anm. 1), S. 147 ff.

4 BVerfGE 46, 120/139 ff.

5 H. SCHNEIDER, Die Zuständigkeit des Bundes im Rundfunk- und Fernmeldebereich, in: Festschrift für Karl Carstens, 1984, Bd. II, S. 817/827; V. EMMERICH, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, ORDO 38, 1987, S. 323/327.

6 P. LERCHE, Fernmeldemonopol und gesetzgeberische Bewegungsfreiheit, in: Festschrift für Klaus Obermayer, 1986, S. 75/76 ff.

7 P. LERCHE (Anm. 1), S. 144 ff., 154; DERS. (Anm. 6), S. 78 ff., 82 f.; P. BADURA, Verwaltungskompetenz und Organisationsrecht des Bundes (Art. 87 Abs. 1 GG) im Hinblick

»Grundbestand« leistungsstaatlicher Aufgaben im Post- und Fernmeldewesen muß in der Gebundenheit eines öffentlichen Auftrags durch die Bundespost wahrgenommen werden, darf also nicht privatisiert werden, und ist organisatorisch auf die Gestaltung der bundeseigenen Verwaltung festgelegt, darf also – ungeachtet aufsichtlicher oder gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsmöglichkeit – nicht in der Form einer Einheit der mittelbaren Bundesverwaltung oder eines Unternehmens in privatrechtlicher Rechtsform verselbständigt werden. Das Verfassungsrecht setzt damit der Umwandlung der Bundespost in ein Unternehmen und der Privatisierung des Post- und Fernmeldewesens Grenzen. Obwohl dem Gesetzgeber dennoch ein erheblicher Spielraum bleibt, könnte es sich als notwendig erweisen, diese Bindung durch Verfassungsänderung zu lockern, um die Effektivität und Wirtschaftlichkeit der Telekommunikationsdienstleistungen zu gewährleisten.

2. DIE POSTREFORM

Das Fernmeldewesen, das die Verfassung kompetenzrechtlich der »Bundespost« im Sinne des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG zuschreibt, umfaßt die betrieblichen und unternehmerischen Aufgaben der Leistungsdarbietung ebenso wie die politischen Entscheidungen und die hoheitlichen Aufgaben der Planung und Regulierung. Organisatorisch gehören zur Bundespost das zuständige Bundesministerium als oberste Bundesbehörde dieser bundeseigenen Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau und alle Behörden und Stellen der Verkehrsanstalt »Deutsche Bundespost«. Die Verfassung bezeichnet und bestimmt nicht nur die hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse, sondern auch die mit Hilfe von Fernmeldeanlagen erbrachten Dienstleistungen der Bundespost als öffentliche Verwaltung.

Die organisatorische Festlegung und die materielle Bindung, die aus Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG hervorgehen, treten den zunehmend Gewicht erlangenden Bestrebungen hindernd entgegen, die Leistungsdarbietung der Bundespost unternehmerisch zu gestalten und den neuen marktwirtschaftlichen Gegebenheiten in Deutschland und weltweit anzupassen. Es ist nicht möglich, durch Interpretation den verfassungsrechtlich bestimmten Vorrang der Leistungsstaatlichkeit des Post- und Fernmeldewesens gegenüber unternehmerischen Zielen oder Organisationsinteressen aufzugeben⁸. Auf der anderen Seite kann die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des überkommenen Fernmeldemono-

auf eine Beteiligung an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, betrachtet am Beispiel der Postreform von 1989, in: Festschrift für Werner Lorenz, 1991, S. 3. Eine größere Bewegungsfreiheit gestehen R. SCHOLZ / J. AULEHNER, ArchPT 45, 1993, S. 103/123 ff., dem Bundesgesetzgeber zu.

⁸ P. LERCHE (Anm. 1), S. 146 f.

pols nur die infrastrukturell zwingenden Aufgaben und Dienste der Bundespost gegen die grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheiten schützen und nicht ohne weiteres auch jene neuen Betätigungsfelder der Telekommunikation, in denen die rapide wachsende wirtschaftliche Bedeutung der hier möglichen Dienste zutage tritt⁹.

Die von der Bundesregierung 1985 in Gang gesetzte Postreform¹⁰ zielte auf eine Reorganisation der Bundespost mit dem Ziel einer Unternehmensverfassung und auf eine ordnungspolitische Neuordnung des Telekommunikationsmarktes mit dem Ziel einer Öffnung zum Wettbewerb bei Wahrung der infrastrukturellen Verantwortung der Bundespost¹¹. Mit dem Gesetz zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz) vom 8. 6. 1989 (BGBl. I S. 1026) trat das Postverfassungsgesetz (Art. 1 PostStruktG) an die Stelle des Postverwaltungsgesetzes vom 24. 7. 1953 und wurde das Fernmeldeanlagenengesetz grundlegend novelliert (Art. 3 PostStruktG). Die Postreform hielt sich in dem durch Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG fixierten Rahmen. Sie war allerdings mit der Ankündigung verbunden, daß in einem zweiten Schritt eine »spätere Weiterentwicklung des Fernmelderechts zu einem Gesetz zur Regelung des Wettbewerbs auf den Fernmeldemärkten« erfolgen würde¹². Gab es auf der einen Seite Befürchtungen, die Verselbständigung der Unternehmen der Deutschen Bundespost sprengte den organisatorischen Spielraum bundeseigener Verwaltung und die Öffnung des Fernmeldemonopols gehe zu weit und gefährde den Infrastrukturauftrag des Staates, ging von der anderen Seite die Kritik dahin, die Reform sei halbherzig geblieben. Die Neuordnung der Telekommunikation habe den »Weg der Privilegierung der Staatsmonopole« nicht grundsätzlich verlassen, die wichtigsten ordnungspolitischen Probleme seien ungelöst geblieben und die bestimmende Rolle, die den Regulierungsinstanzen für den institutionellen und wirtschaftlichen Wandel zugewiesen bleibe, sei die nach wie vor bestehende größte Schwäche des Fernmeldewesens¹³.

9 P. LERCHE (Anm. 1), S. 148 f.; A. HESSE, Die Verfassungsmäßigkeit des Fernmeldemonopols der Deutschen Bundespost, 1984.

10 Die durch Beschluß des Bundeskabinetts vom 13. 3. 1985 eingesetzte »Regierungskommission Fernmeldewesen« veröffentlichte 1987 ihren Bericht »Neuordnung der Telekommunikation«. Vorangegangen war die im Februar 1974 von dem Bundesminister für Post und Fernmeldewesen berufene unabhängige »Kommission für den Ausbau des technischen Kommunikationssystems« (KtK), die Ende 1975 ihren »Telekommunikationsbericht« vorlegte.

11 Die Reform des Post- und Fernmeldewesens in der Bundesrepublik Deutschland. Konzeption der Bundesregierung zur Neuordnung des Telekommunikationsmarktes, BTag Drucks. 11/2855.

12 Entwurf der BReg. für ein Poststrukturgesetz, Begründung. Allgem. Teil, BT-Drucks. 11/2854, S. 27.

13 E.-J. MESTMÄCKER, Marktzugang und Monopolmißbrauch auf deregulierten Märkten,

Die Postreform beruht auf zwei Grundsatzentscheidungen. Das Postverfassungsgesetz trennt die unternehmerischen und betrieblichen Aufgaben der drei Teilbereiche der Deutschen Bundespost – Postdienst, Telekom, Postbank – von den politischen und hoheitlichen Aufgaben des Bundesministers für Post und Telekommunikation durch die relative organisatorische Verselbständigung der mit einer gesetzlichen Unternehmensverfassung ausgestatteten Deutschen Bundespost. Die Novellierung des Fernmeldeanlagengesetzes hat das frühere, umfassende Fernmeldemonopol des Bundes aufgehoben und nur das betrieblich-technische Übertragungswegemonopol (Netz- und Funkanlagenmonopol) und das im Kern wirtschaftsverwaltungsrechtliche Telefondienstmonopol bestehenlassen (§ 1 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 FAG)¹⁴. Die aus der Reform hervorgegangene Fassung des § 1 FAG ist unbefriedigend und wirft eine ganze Reihe unnötiger Zweifelsfragen auf. In der sachlich brüchigen, nämlich anlagenbezogenen Schale des alten Monopolparagraphen ist durch den Reformgesetzgeber die neue Unterscheidung der diensteneutralen Übertragungswege, der – mit Ausnahme des Telefons – deregulierten Dienste und der ganz freigegebenen Endgeräte ausgedrückt worden. Das fortgeführte ausschließliche Recht des Bundes, Funkanlagen zu errichten und zu betreiben (§ 1 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 zweiter Halbsatz FAG) bezeichnet die heterogenen Befugnisse der hoheitlichen Regulierung des Umgangs mit Funkanlagen zur Gewährleistung eines ungestörten Fernmeldeverkehrs und der betrieblichen Bereitstellung von durch Funkanlagen gebildeten Übertragungswege¹⁵.

3. EUROPARECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

Das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen, das als Teilnahme an dem Wirtschaftsverkehr auf dem europäischen Binnenmarkt wirksam ist, genießt den Schutz der Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 ff. EWGV) und unterliegt den für Unternehmen maßgebenden Wettbewerbsregeln (Art. 85 ff. EWGV). Die Deutsche Bundespost Telekom ist den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen im Wettbewerbsbereich und auch insoweit unterworfen, als sie kraft Gesetzes über besondere oder ausschließliche Rechte verfügt¹⁶. Die Tele-

in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 1045/1060 ff. – Siehe auch W. MÖSCHEL, Telekommunikation in der Bundesrepublik Deutschland, CR 1987, 532; DERS., Die Telekommunikation braucht den Wettbewerb. Ein Plädoyer für die Deregulierung der Post- und Fernmeldedienste, FAZ 23. 5. 1987, S. 15; DERS., Deregulierung in der Telekommunikation, ORDO 39, 1988, S. 173.

¹⁴ Frequenzregulierung (Anm. 1), S. 43 f., 52.

¹⁵ Frequenzregulierung (Anm. 1), S. 9, 97 f.

¹⁶ Das Betreiben öffentlicher Fernmeldeanlagen, die Dritten gegen Entgelt zur Benutzung bereitgestellt werden, ist eine unternehmerische Tätigkeit; gemäß Art. 86

kommunikationspolitik und -gesetzgebung des Bundes und die Aufsichts- und Regulierungsbefugnisse des Bundesministers für Post und Telekommunikation dürfen den freien Wirtschaftsverkehr der Telekommunikationsmärkte nur unter der Voraussetzung beschränken, daß das Gemeinschaftsrecht aus besonderen Gründen des öffentlichen Wohls dies erlaubt, wie etwa im Fall der ausschließlichen Rechte zur Bereitstellung und Sicherung der Übertragungswege und zum Angebot des Telefondienstes als einer infrastrukturellen Dienstleistung (Art. 90 Abs. 2 EWGV). Rat und Kommission der EG haben den Telekommunikationsmärkten eine Schlüsselrolle für die Wirtschaftsentwicklung zugemessen und eine die Gewährleistung von Wettbewerb und Dienstleistungsfreiheit vorantreibende Gemeinschaftspolitik verwirklicht. Auf der Grundlage des Grünbuchs der Kommission über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte – KOM (87) 290 endg. – vom 30. 6. 1987¹⁷ ist ein europäisches Telekommunikationsrecht entstanden¹⁸, das in einer Reihe von Rechtsakten zügig ausgebildet worden ist¹⁹. Die Entschließung des Rates vom 30. 6. 1988 über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte bis 1992 – 88/C 257/01 – (Abl. Nr. C 257 vom 4. 11. 1988, S. 1), die Entschließung des Rates vom 28. 6. 1990 zum Ausbau der europaweiten Zusammenarbeit im Bereich der Funkfrequenzen, insbesondere im Hinblick auf die Einführung europaweiter Dienste – 90/C 166/02 – (Abl. Nr. C 166 vom 7. 7. 1990, S. 4), die Richtlinie des Rates vom 28. 6. 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – ONP) – 90/387/EWG – (Abl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990), die Richtlinie der Kommis-

EWGV darf die marktbeherrschende Stellung eines öffentlichen Unternehmens nicht mißbraucht werden (EuGH Slg. 1985, 873 – British Telecom).

- 17 Ratsdok. Nr. 7961/87, BT-Drucks. 11/930. Dazu Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Post- und Fernmeldewesen, BT-Drucks. 11/2014.
- 18 J. SCHERER, *European Telecommunications Law: The Framework of the Treaty*, *European Law Review* 12, 1987, S. 354; DERS., *Regulatory Instruments and EEC Powers to Regulate Telecommunications Services in Europe*, in: D. ELIXMANN / K.-H. NEUMANN, Eds., *Communications Policy in Europe*, 1990, S. 235; R. SCHULTE-BRAUCKS, *Europäisches Telekommunikationsrecht für den gemeinsamen Telematikmarkt*, in: J. SCHERER, Hrsg., *Telekommunikation und Wirtschaftsrecht*, 1988, S. 1; H. UNGERER / N. P. COSTELLO, *Telekommunikation in Europa*, 1989; H. FANGMANN, *Der Stand des EG-Telekommunikationsrechts*, *EuZW* 1990, 48; H.-P. GEBHARDT, *Aktueller Stand und Entwicklungstendenzen in der Telekommunikationsregulierung der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft unter Berücksichtigung der Gemeinschaftspolitik*, *Jb DBP* 41, 1990, S. 1; *Frequenzregulierung (Anm. 1)*, S. 45 ff., 74 ff., 94 ff.
- 19 49. EG-Bericht der BReg. (1. 7. bis 31. 12. 1991), BT-Drucks. 12/2218, S. 39 ff.; Mitteilung der Kommission betr. die Prüfung der Lage im Bereich der Telekommunikationsdienste, *EuZW* 1993, 2.

sion vom 16. 5. 1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations- Endgeräte – 88/301/EWG – (Abl. Nr. L 131 vom 27. 5. 1988, S. 73) und die Richtlinie der Kommission vom 28. 6. 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste – 90/388/EWG – (Abl. Nr. L 192 vom 24. 7. 1990, S. 10) zeigen die grundsätzlichen Ziele und die einzelnen Schritte zur Schaffung des gemeinschaftsweiten Marktes für Dienstleistungen und Geräte der Telekommunikation. Der Erlaß von Richtlinien des Rates zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und über die Annahme von Normen für die Satellitenausstrahlung von Fernsehsignalen steht bevor. Ausgenommen den Sprach-Telefondienst sind die besonderen oder ausschließlichen Rechte bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen zu beseitigen. Der staatliche Vorbehalt für die Netzinfrastruktur bleibt zugelassen, doch hat der Staat in diesem Fall die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Bedingungen für den Zugang zu den Netzen nach dem Grundgesetz der Gleichbehandlung zu gestalten, nach Gemeinschaftsstandards zu veröffentlichen und Einschränkungen bei der Nutzung der öffentlichen Netze nur aufrechtzuerhalten, um die Netzintegrität zu garantieren, den Netzbetrieb zu sichern sowie in begründeten Fällen die Interoperabilität der Dienste und den Schutz von Daten zu gewährleisten. Die Zuteilung von Frequenzen steht der Bereitstellung eines offenen Netzzugangs gleich.

Die organschaftlichen Rechtsvorschriften der EG auf dem Gebiet der Telekommunikation beruhen zum Teil auf der Befugnis des Rates, Richtlinien über die Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes zu erlassen (Art. 100 a Abs. 1 i. V. mit Art. 8 a EWGV), und zum Teil auf der Befugnis der Kommission, durch an die Mitgliedstaaten gerichtete Richtlinien oder Entscheidungen die besonderen Beziehungen des Staates zu den öffentlichen Unternehmen und zu Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, zu beaufsichtigen (Art. 90 Abs. 3 EWGV). Die der Kommission gemäß Art. 90 Abs. 3 EWGV zustehende Ermächtigung hat einen anderen und spezifischeren Inhalt als die Zuständigkeit des Rates nach Art. 100 a EWGV und wird deshalb nicht durch diese Ermächtigung zur Rechtsangleichung verdrängt²⁰. Der Rat hat sich, über die expliziten Befugnisse des Vertragsrechts hinaus, auch der besonderen Ermächtigung des Art. 235 EWGV bedient.

Die Vertragsvorschriften über Dienstleistungen und über die Wettbewerbsregeln gelten auch für die Veranstaltung von Rundfunk, und zwar nicht nur für die Beschaffung von Senderechten und die Wirtschaftswerbung, sondern auch

20 EuGH Urteil vom 19. 3. 1991 – C-202/88 – Endgeräte-Richtlinie 88/301/EWG der Kommission, JZ 1992, 147 mit Anm. B. GROSSFELD / R. SCHMITZ. Siehe schon EuGH Slg. 1982, 2545/2572 ff. – Transparenz-Richtlinie.

für die eigentliche Programmdarbietung²¹. Es gelten hier jedoch Besonderheiten insoweit, als das nationale Recht aus nichtwirtschaftlichen Gründen zur Gewährleistung der Rundfunkfreiheit organisatorische und publizistische Anforderungen für Programmanbieter festlegt oder besondere oder ausschließliche Rechte öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten begründet²². Die Ausübung der vertragsrechtlichen Befugnisse durch die Organe der EG muß die Bindung durch die implizite gemeinschaftsrechtliche Garantie freier Meinungsäußerung, in Anlehnung an Art. 10 EMRK, beachten. Ohne Bedeutung für die gemeinschaftsrechtliche Rundfunkpolitik ist, daß nach dem deutschen Verfassungsrecht das Rundfunkrecht eine Materie der Landesgesetzgebung ist. Da durch Bundesgesetz nach Art. 24 Abs. 1 GG, jetzt Art. 23 Abs. 1 GG, auch »Hoheitsrechte« auf die EG übertragen werden können, die innerstaatlich den Ländern zustehen, ist der Streit um die EG-Fernsehrichtlinie²³ nicht als ein

- 21 EuGH Sgl. 1974, 409 – Sacchi; Slg. 1980, 833 – Debauve; Slg. 1988, 2085 – Bond van Adverteerders; EuGH EuGRZ 1991, 274 – Bürgermeister TV Thessaloniki; EuGH EuZW 1991, 699 – Stichting Collectieve Antennenvoorziening Gouda.
- 22 Fernsehen ohne Grenzen, Grünbuch der Kommission über die Errichtung des Gemeinsamen Marktes für den Rundfunk, insbesondere über Satellit und Kabel, vom 14. 6. 1984, KOM (84) 300 endg. – M. BULLINGER, Rundfunkordnung im Bundesstaat und in der Europäischen Gemeinschaft, AfP 1985, 257; DERS., Das Verhältnis von deutschem und europäischem Rundfunkrecht, VBIBW 1989, 161; M. RUDOLPH, Zur Rahmenordnung eines europäischen Binnenmarktes für den Rundfunk, AfP 1986, 106; A. BUECKLING, Transnationales Satelliten-TV und nationale Kulturreserve in der EG, EuGRZ 1987, 97; CHR. ENGEL, Europäische Konvention über grenzüberschreitendes Fernsehen, ZRP 1988, 240; W. HOFFMANN-RIEM, Europäisierung des Rundfunks – aber ohne Kommunikationsverfassung, RuF 1989, 5; M. STOCK, Europäisches Medienrecht im Werden – Probleme und Chancen, RuF 1989, 180; E.-J. MESTMÄCKER / CHR. ENGEL / K. GABRIEL-BRÄUTIGAM / M. HOFFMANN, Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Rundfunkordnung, 1990; J. SCHWARTZ, Rundfunk, EG-Kompetenzen und ihre Ausübung, in: K. STERN u. a., Eine Rundfunkordnung für Europa – Chancen und Risiken, 1990, S. 11; Th. OPPERMANN, Europarecht, 1991, S. 580 ff.; A. HESSE, Rundfunk zwischen demokratischer Willensbildung und dem Zugriff der EG, JZ 1993, 545.
- 23 Richtlinie des Rates vom 3. 10. 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität – 89/552/EWG – (Abl. Nr. L 298 vom 17. 10. 1989, S. 23). Dazu der Beschluß der Regierungschefs der Länder, ZUM 1986, 600, und die Stellungnahme von ARD und ZDF, MP 1986/III, S. 121, sowie das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11. 4. 1989 (BVerfGE 80, 74). – J. DELBRÜCK, Die europäische Regelung des grenzüberschreitenden Rundfunks – Das Verhältnis von EG-Richtlinie und Europaratskonvention, ZUM 1989, 373; G. MEMMINGER, Bedeutung des Verfassungsrechtsstreits zur EG-Rundfunkrichtlinie, DÖV 1989, 846; J. E. SCHWARTZ, Fernsehen ohne Grenzen: Zur Effektivität und zum Verhältnis von EG-Richtlinie und Europarats-Konvention, EuR 1989, 1; M. BULLINGER, Werbung und Quotenregelung zwischen nationalem und europäischem Rundfunkrecht, in: K. STERN u. a., Eine Rundfunkordnung für Europa – Chancen und Risiken, 1990, S. 85; S. MAGIERA, Rechtliche Grundfragen einer werdenden europäischen Rundfunkordnung, ebd., S. 51/67 ff.; B. MÖWES / M.

Verfassungsstreit zu führen, sondern als ein letztlich durch den Europäischen Gerichtshof zu entscheidender Streit um die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer europäischen Rundfunkpolitik. Diese Grenzen wären – auch was die gemeinschaftsrechtlich zu respektierende kulturelle Identität der Mitgliedstaaten und ihrer föderativen oder regionalen Gliederung anbelangt – im Hinblick darauf genauer auszuloten, daß die EG-Organen dazu schreiten würden, eine Harmonisierung der nicht-wirtschaftlichen Regelungen und Anforderungen des nationalen Rundfunkrechts vorzunehmen, um der Dienstleistungsfreiheit volle Geltung zu verschaffen²⁴.

4. MONOPOL UND MARKT

Die Aufgaben und Befugnisse öffentlicher Verwaltung hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs von Fernmeldeanlagen stehen dem Bund zu. Diese »Rechte des Bundes« übt der Bundesminister für Post und Telekommunikation aus; die Befugnis zu ihrer Ausübung wird auf die Deutsche Bundespost TELEKOM weiterübertragen, soweit das zur Erfüllung der ihr obliegenden unternehmerischen und betrieblichen Aufgaben des Fernmeldewesens erforderlich ist (§§ 1 Abs. 5 FAG, 1 Abs. 1 PostVerfG).

Die fernmelderechtlichen Rechte des Bundes sind dreigeteilt. Zu ihnen gehören – erstens – die politischen und hoheitlichen Aufgaben des Fernmeldewesens einschließlich der Ausführung des Gesetzes im Einzelfall, z. B. die Verleihung der Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb einzelner Fernmeldeanlagen gemäß § 2 FAG. Dem Bund steht – zweitens – das Recht zu, Fernmeldeanlagen zu errichten und zu betreiben und mit Hilfe dieses Rechtes Telekommunikationsdienstleistungen im Wettbewerb anzubieten (§ 1 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 1 FAG). Dieses Recht ist, abgesehen von den sogleich zu nennenden Verwaltungsmonopolen, kein ausschließliches Recht mehr. Es besagt nur noch, daß der Bund eine bestimmte Tätigkeit ausüben darf. Durch Rechtsverordnung können Infrastrukturdienstleistungen als »Pflichtleistungen« bestimmt werden (§§ 25 Abs. 2, 30 Abs. 2 PostVerfG). Der Bund hat – drittens – das ausschließliche Recht, aus Fernmeldeanlagen gebildete Übertragungswege einschließlich der zugehörigen Abschlußeinrichtungen, nicht auch die Vermittlungseinrichtungen, zu errichten und zu betreiben und als »Telefondienstmonopol« Fernmeldeanlagen zu betreiben, soweit es der Vermittlung von Sprache für andere dient

SCHMITT-VOCKENHAUSEN, Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehübereinkommens des Europarats und der EG- Fernsehrichtlinie 1989, EuGRZ 1990, 121; N. KLUTE, Die Produktionsquote, ein Protokoll und die Sache mit der Rundfunkfreiheit – eine Zusammenführung europäischen und deutschen Rundfunkrechts, AfP 1991, 595; M. PECHSTEIN, Subsidiarität der EG-Medienpolitik? DÖV 1991, 535/539 ff.; L. SEIDEL, »Fernsehen ohne Grenzen«, NVwZ 1991, 120.

24 Siehe J. SCHWARTZ, Rundfunk (Anm. 21), S. 28 f.

(§ 1 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 FAG). Die ausschließlichen Rechte des Bundes sind durch gesetzlich umschriebene Ausnahmen beschränkt. Sie können außerdem im Einzelfall durch Verleihung gemäß § 2 FAG durchbrochen werden, wodurch für einzelne Telekommunikationsdienstleistungen ein Wettbewerbsmarkt geöffnet wird.

Die der Deutschen Bundespost TELEKOM zur Erfüllung ihrer unternehmerischen und betrieblichen Aufgaben weiterübertragene Ausübungsbefugnis für die ausschließlichen Rechte des Bundes weist einen grundsätzlichen Unterschied auf: Das Netzmonopol dient der Gewährleistung der technischen und betrieblichen Voraussetzungen für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen durch die »dienstneutrale« Bereitstellung der Übertragungswege für die posteigenen Dienste und das Dienstleistungsangebot Dritter, denen die Deutsche Bundespost TELEKOM Fest- und Wahlverbindungen bereitzustellen hat (§ 1 Abs. 4 Satz 1 FAG)²⁵. Das Telefondienstmonopol²⁶ schützt den bislang wichtigsten und ertragreichsten Telekommunikationsdienst wegen seiner infrastrukturellen Bedeutung und – im Hinblick auf die Notwendigkeit der Quersubventionierung (§ 37 Abs. 3 und 4 PostVerfG) – zur Sicherung der finanziellen Grundlage der postalischen Leistungsaufgabe²⁷. Das Telefondienstmonopol schränkt die Wirtschafts- und Unternehmensfreiheit ein und kann deshalb grundrechtlich und gemeinschaftsrechtlich nicht allein mit dem Ziel gerechtfertigt werden, die Einnahmen eines öffentlichen Unternehmens zu sichern. Entscheidend ist vielmehr, daß die Erträge für die infrastrukturellen, leistungsstaatlichen Aufgaben der Telekommunikation und ggf. des Postdienstes²⁸ erforderlich sind. Das Telefondienstmonopol ist deshalb ungeachtet seiner Ertragsorientiertheit ein Verwaltungsmonopol und hat nicht etwa die Funktion eines Finanzmonopols²⁹.

Die dem Bundesminister für Post und Telekommunikation durch § 2 FAG erteilte Ermächtigung, die Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb einzelner Fernmeldeanlagen zu verleihen und dabei die Bedingungen und Kosten für die Verleihung und die Ausübung der zugewiesenen Rechte festzusetzen, hat durch die Postreform und die Beseitigung des umfassenden Fernmeldemono-

25 Gesetzentwurf (Anm. 12), S. 60; Reformkonzept (Anm. 11), S. 21 ff. – H. FANGMANN u. a., Handbuch (Anm. 1), § 1 FAG, Rn. 8, 13.

26 Es ist streitig, ob das Telefondienstmonopol nur die »Vermittlung« von Sprache für andere umfaßt (J. SCHERER, Archiv PF 1991, 268) oder die »Übermittlung« von sprachgebundenen Nachrichten durch fernmeldetechnische Übertragungswege aller Art (F. KIRCHHOF, Jb DBP 1991, S. 475).

27 Gesetzentwurf (Anm. 12), S. 61; Reformkonzept (Anm. 11), S. 31 f.

28 Ein Finanzausgleich zugunsten der Deutschen Bundespost Postbank dürfte kaum zu begründen sein.

29 P. LERCHE, Fernmeldemonopol (Anm. 1), S. 152; anders H. FANGMANN, EG-Telekommunikationsrecht (Anm. 18), S. 49. Siehe auch P. BADURA, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 202 ff.

pols eine Umwandlung erfahren³⁰. Sie dient nunmehr neben der Sicherung der Übertragungswege des Fernmeldewesens auch der Ordnung des Telekommunikationsdienstleistungsangebots, einschließlich des Schutzes des Telefondienstmonopols. Der Dispensierungsvorbehalt ist nach den gesetzlichen Leitlinien, zu denen auch die postverfassungsrechtlichen Grundsätze (§§ 1, 4, 25, 37 Post-VerfG) gehören, durch Ermessensentscheidungen auszuführen und hat als Annex zu seiner fernmelderechtlichen Hauptfunktion nunmehr auch eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Dimension. Er ist insoweit eine Planungs- und Regulierungsermächtigung für den Telekommunikationsverkehr und mittelbar für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten. Angesichts der auf das Post- und Fernmeldewesen beschränkten Verwaltungskompetenz des Bundes dürfen die Ermessensgründe und die Verleihungsbedingungen nicht aus dem Sachzusammenhang mit dem Fernmeldewesen – Ordnung der Telekommunikationsmärkte bei Beteiligung eines Dienstangebots der Deutschen Bundespost TELEKOM – gelöst werden³¹. Neben der Bereitstellungspflicht der Deutschen Bundespost TELEKOM gemäß § 1 Abs. 4 Satz 1 FAG ist die Lizenzierungsermächtigung gemäß § 2 FAG ein Instrument der Öffnung der Telekommunikation für den Wettbewerb.

Die ausschließlichen Rechte des Bundes im Fernmeldewesen, auch das Verwaltungsmonopol zur Gewährleistung der Übertragungswege-Infrastruktur, sehen sich engagierten Attacken ausgesetzt. »Das Risiko ist, daß die Bundesrepublik ohne die Peitsche des Wettbewerbs in einem industriepolitischen Schlüsselbereich zweitklassig wird«, und »Gegenwärtig ersetzt die Weisheit von Beamten und Ingenieuren das Informationssystem Markt«³². Der Gesetzgeber hat sich demgegenüber zu einem schrittweisen Vorgehen entschlossen. Die postverfassungs- und fernmelderechtlichen Marktöffnungsinstrumente, die unter Wahrung des öffentlichen Auftrags der Bundespost dem Bundesminister für Post und Telekommunikation in die Hand gelegt sind, ermöglichen die Sammlung von Erfahrungen und die Anpassung an die sich wandelnden Gegebenheiten. Das Reformkonzept der Bundesregierung bekennt sich aus wohlwollen Erwägungen zu einer Verbindung von öffentlicher Verantwortung und privater Unternehmerinitiative, indem als »Grundsatz und Leitlinie« der zukünftigen Ordnungspolitik im Fernmeldewesen für den ersten Schritt der Reform und vielleicht darüber hinaus festgelegt wird: »Entsprechend der allgemeinen Politik der Bundesregierung soll künftig auch im Fernmeldewesen der Grundsatz des Wettbewerbs die Regel und das Monopol des staatlichen Anbieters die zu begründende Ausnahme sein. Das Fernmeldewesen soll sich deshalb

30 Frequenzregulierung (Anm. 1), S. 58 ff.

31 Siehe BVerfGE 78, 374/386 f. – Annex-Kompetenz für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Fernmeldeverkehr.

32 W. MÖSCHEL, FAZ (Anm. 13).

in Zukunft zur Ausschöpfung der vielfältigen Innovationschancen im Wettbewerb entwickeln. Aus infrastrukturellen Gründen können jedoch bestimmte Bereiche nicht oder nur eingeschränkt dem fernmelderechtlich unregulierten Wettbewerb unterstellt werden. Die verbleibenden Monopole müssen als Ausnahme vom Grundsatz der unternehmerischen Handlungsfreiheit klar, zeitgerecht und eindeutig abgegrenzt sein, um allen Marktteilnehmern Planungs- und Rechtssicherheit zu gewährleisten.«³³

5. FREQUENZVERWALTUNG

Das ausschließliche Recht des Bundes, durch Funkanlagen gebildete Übertragungswege zu errichten und zu betreiben, schließt die Aufgabe ein, die Nutzbarkeit von Frequenzen für Zwecke der Telekommunikation sicherzustellen, die durch Frequenzen (Frequenzbänder) definierten Übertragungskapazitäten im Rahmen der Festlegungen der Internationalen Fernmeldeunion³⁴ in einer planvollen Ordnung zu bewirtschaften und einzelne Frequenzen entsprechend der vorgesehenen Frequenzverteilung bestimmten Betreibern einer Funkstelle zweckgebunden zuzuteilen³⁵. Die Frequenzplanung und die Frequenzregulierung einschließlich der Verfügung über die einzelnen Frequenznutzungsrechte gehört, mit Ausnahme des militärischen Bereichs, zu den politischen und hoheitlichen Aufgaben des Bundesministers für Post und Telekommunikation. Das Recht eines Anbieters von Telekommunikationsdienstleistungen, eine bestimmte Frequenz zu nutzen, setzt stets eine Rechtszuweisung durch eine Entscheidung des Bundesministers für Post und Telekommunikation voraus. Diese Rechtszuweisung erfolgt im Falle der Deutschen Bundespost TELEKOM im Vollzug der Ermächtigung, die Weiterübertragung der Ausübungsbefugnis der Fernmelderechte des Bundes näher zu regeln, durch eine Verwaltungsentscheidung (§ 1 Abs. 5 Satz 2 FAG), sonst durch Verleihung gemäß § 2 FAG. Frequenzen sind ein knappes Gut. Die Frequenzzuteilung muß die Erfordernisse des öffentlichen Interesses und die postverfassungsrechtlichen Leitungsgrundsätze beachten und außerdem, wie es auch den gemeinschaftsrecht-

33 Reformkonzept (Anm. 11), S. 4. – Für die Wettbewerbslösung, auch im Netzbereich, plädiert W. MÖSCHEL (Anm. 13) wegen der Vorteile der höheren Effizienz, der Zukunftsbeständigkeit und der Entpolitisierung.

34 Internationaler Fernmeldevertrag von Montreux vom 18. 11. 1965 (BGBl. 1968 II S. 931), jetzt in der Fassung vom 6. 11. 1982 (BGBl. 1985 II S. 425), mit der VO Funk als Anhang. Auf Art. 8 VO Funk basiert der gegenwärtig maßgebende, vom Bundesminister für Post und Telekommunikation aufgestellte »Frequenzbereichszuweisungsplan für die Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West), Ausgabe 1982.

35 J. SCHERER, Frequenzverwaltung zwischen Bund und Ländern, 1987; W. LÖWER, Fernmeldekompetenz und Funkwellenzuteilung im Bundesstaat, JB DBP 40, 1989, S. 41; R. STÖBER, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, S. 596 ff.; Frequenzregulierung (Anm. 1), bes. S. 48 ff., 97 ff.

lichen Vorgaben entspricht, eine sparsame, wirtschaftliche und die Chancengleichheit des Wettbewerbs gewährleistende Frequenznutzung bewirken. Ein Anspruch auf Zuteilung einer bestimmten Frequenz besteht – abgesehen von schutzwürdigen Vertrauenstatbeständen – nicht, doch sind etwa kraft Gesetzes bestehende Präferenzpositionen bei der Abwägung zu berücksichtigen, wie sie etwa zugunsten der leistungsstaatlichen Aufgaben der Deutschen Bundespost TELEKOM und bei Rundfunkanstalten und -unternehmen bestehen. Diese letztlich wirtschaftsverwaltungsrechtliche Dimension der Frequenzregulierung tritt zu der im engeren Sinn fernmelderechtlichen Frequenzaufsicht hinzu. In Abgrenzung von der Materie Rundfunkrecht, aber mit einem verallgemeinerungsfähigen Inhalt hat das Bundesverfassungsgericht die ordnende und regulative Aufgabe der Fernmeldeverwaltung in bezug auf Funkanlagen wie folgt umrissen: Den Sendern müssen bestimmte Wellenbereiche zugeteilt werden, die auf die Frequenzen anderer Sender abgestimmt sind. Um Überschneidungen und Störungen zu vermeiden, müssen Standort und Sendeleistung der Sender nach funktechnischen Gesichtspunkten festgelegt werden. Es muß Vorsorge getroffen werden, daß Ausstrahlung und Empfang der Sendungen nicht durch andere Fernmeldeanlagen und elektrische Einrichtungen gestört werden, und daß sie nicht ihrerseits den allgemeinen Funkverkehr stören³⁶.

Besondere Rechtsfragen der Frequenzverwaltung ergeben sich für die Veranstaltung von Rundfunksendungen mit Hilfe von terrestrischen Frequenzen und von Satellitenfrequenzen³⁷. Die Rundfunkanstalten und die privaten Rundfunkanbieter können sich auf die Garantie der Rundfunkfreiheit berufen (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG), aus der sich auch eine staatliche Gewährleistungspflicht der Rundfunkversorgung ableitet³⁸. Das Rundfunkrecht ist Sache der Länder, die Bereitstellung geeigneter Übertragungswege ist Sache des Bundes. Die fernmelderechtlichen Entscheidungen des Bundes müssen die den Ländern und den Landesrundfunkbehörden (Landesmedienanstalten) zustehenden rundfunkrechtlichen Entscheidungen respektieren; die Telekommunikation »dient« dem Rundfunk. Insbesondere setzt die Zuteilung einer Frequenz durch den Bund die rundfunkrechtliche Lizenzierung des Programmangebots und die rundfunkrechtliche Freigabe der Frequenz für den Anbieter voraus. Die Knappheit der für Rundfunk nutzbaren Übertragungswege gibt der rundfunkrechtlichen Zuteilungsentscheidung eine Schlüsselrolle für den Marktzutritt neuer Anbieter. Die gesetzliche Regelung dieser Entscheidung muß einerseits

36 BVerfGE 12, 205/226 f.

37 C.-E. EBERLE, Rundfunkübertragung. Rechtsfragen der Nutzung terrestrischer Rundfunkfrequenzen, 1989; H.-J. PAPIER, Aufgaben der Deutschen Bundespost bei der terrestrischen Rundfunkversorgung, 1989; DERS., Fernmeldemonopol und Privatfunk, DÖV 1990, 217; Frequenzregulierung (Anm. 1), S. 64 ff. – BayVerfGH DÖV 1991, 23.

38 BVerfGE 12, 205/249 f.

den Grundsatz der Staatsfreiheit und den allgemeinen Gleichheitssatz beachten, andererseits den gesteigerten Bestimmtheitsanforderungen einer grundrechtsgestaltenden und die Grundrechtsausübung unter Knappheitsbedingungen ordnenden³⁹ Regelung genügen⁴⁰. Diese Verfassungserfordernisse stellen dem Landesgesetzgeber eine Aufgabe, die einer Quadratur des Zirkels nahekommt. »Die Frage, wem eine der knappen Möglichkeiten zur Programmveranstaltung zugute kommen soll, darf . . . nicht dem Zufall oder dem freien Spiel der Kräfte anheimgegeben werden. Es genügt nicht, die Entscheidung dem ungebundenen Ermessen der Exekutive zu überlassen. . . . Vielmehr muß der Gesetzgeber selbst die Voraussetzungen bestimmen, unter denen der Zugang zu eröffnen oder zu versagen ist, und er muß ein rechtsstaatliches Verfahren bereitstellen, in dem hierüber zu entscheiden ist.«⁴¹ Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum WDR-Gesetz und zum Landesrundfunkgesetz NW hat bekräftigt, daß der Gesetzgeber für die Aufteilung der Übertragungskapazitäten zwischen öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk hinreichende Kriterien vorgeben muß und dabei dem Einfluß des Staates auf Auswahl, Inhalt und Gestaltung der Programme keinen Raum geben darf⁴².

6. DIE DEUTSCHE BUNDESPOST TELEKOM

Der Deutschen Bundespost, gegliedert in die drei als öffentliche Unternehmen geführte Teilbereiche Postdienst, Postbank und Telekom, obliegen in Wahrnehmung ihres öffentlichen Auftrags im nationalen und internationalen Bereich unternehmerische und betriebliche Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens. Die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost ergibt sich aus dem Gesetz. Die wegen der organisatorischen Verselbständigung und Aufgliederung der Verwaltungseinheit Bundespost gegen das Postverfassungsgesetz erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken⁴³ sind unbegründet⁴⁴. Die erweiterte unternehmerische Bewegungsfreiheit der Unternehmen, die durch die Postreform geschaffen worden ist, dient der effektiveren und wirtschaftlicheren Erfüllung der Leistungsaufgaben des Post- und Fernmeldewesens; die Postunternehmen sind, wie durch Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG gefordert, organisato-

39 Zur verfassungsrechtlichen Notwendigkeit einer »Leitentscheidung« des Gesetzgebers bei der Verteilung knapper Güter (hier: Start- und Landeberechtigungen auf einem überfüllten Flughafen) vgl. BVerwG, NVwZ 1990, 262.

40 OVG Berlin, DVBl. 1991, 1265; OVG Rh.-Pf., DVBl. 1991, 332 mit Anm. M. RONLENFITSCH, VerwArch. 83, 1992, S. 119; OVG Bremen, DVBl. 1991, 1270.

41 BVerfGE 57, 295/327. – Siehe auch BVerfGE 74, 297/332 f.

42 BVerfGE 83, 238/322 ff.

43 Siehe etwa W. SCHATZSCHNEIDER, Die Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens, NJW 1989, 2371/2372.

44 Dazu oben unter 1.

risch und funktionell Teil der öffentlichen Verwaltung des Bundes. Die fortbestehenden Regelungs-, Regulierungs- und Aufsichtsbefugnisse des Bundesministers für Post und Telekommunikation, insbesondere die Entscheidung über politische Zielvorgaben (§ 25 PostVerfG) und die Genehmigungsvorbehalte für wichtige Aufsichtsratsbeschlüsse (§ 28 PostVerfG), geben dem Bundesminister die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Unternehmenspolitik und die Wirtschaftsführung der Unternehmen, die im Hinblick auf die parlamentarische Verantwortlichkeit des Ministers und die Gewährleistung der Leistungsstaatlichkeit des Post- und Fernmeldewesens geboten sind.

Die Deutsche Bundespost TELEKOM kann sich, wie die anderen Postunternehmen, an Handelsgesellschaften beteiligen oder Tochtergesellschaften gründen, um ihre gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen⁴⁵. Es ist aus Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG oder aus dem Postverfassungsgesetz nicht ableitbar, daß dies »nur in atypischen Funktionen« oder zur Erledigung von »Nebenfunktionen« zulässig wäre⁴⁶. Soweit ein beherrschender Einfluß gesichert ist, können auch einzelne Dienste, wie z. B. der Mobilfunk, einer Beteiligungsgesellschaft überlassen werden, vorausgesetzt, daß der Kernbereich – jedenfalls Netz und Fernsprechdienst – in bundeseigener Verwaltung verbleibt. Der Beschluß des Aufsichtsrats über die Gründung von Tochtergesellschaften oder den Erwerb von Beteiligungen bedarf der Genehmigung durch den Bundesminister für Post und Telekommunikation (§ 23 Abs. 3 Nr. 6 i. V. mit § 28 Abs. 1 PostVerfG)⁴⁷. Durch geeignete Nebenbestimmungen der Genehmigung, z. B. durch einen Genehmigungsvorbehalt für die Gründung von weiteren Tochtergesellschaften (»Enkelgesellschaften«), kann sichergestellt werden, daß mit Hilfe der Tochter- oder Beteiligungsgesellschaft nicht eine Lockerung der Einwirkungsmöglichkeiten oder eine Beeinträchtigung des öffentlichen Auftrags eintritt. Fernmelderechtlich ist eine Beteiligungsgesellschaft auf eine Verleihung gemäß § 2 FAG angewiesen, sofern sie im Bereich der ausschließlichen Rechte des Bundes Fernmeldeanlagen errichten und betreiben und Telekommunikationsdienstleistungen anbieten will. Durch die Verleihung und deren Nebenbestimmungen kann der Bundesminister unmittelbar auf die Tätigkeit der Beteiligungsgesellschaft einwirken, deren Marktposition festlegen, z. B. durch Befristung einer Frequenz-zuteilung, und deren Marktverhalten regulieren. Das Dienstleistungsangebot

45 P. BADURA, Zulässigkeit und Grenzen der Gründung von Tochtergesellschaften und des Erwerbs von Beteiligungen durch die Deutsche Bundespost, insbesondere durch die Deutsche Bundespost TELEKOM, ArchPF 43, 1991, S. 389; R. SCHOLZ / J. AULEHNER, Tochtergesellschaften und Unternehmensbeteiligungen der Deutschen Bundespost Telekom im Ausland, ArchPT 45, 1993, S. 103.

46 So H. FANGMANN u. a., Handbuch (Anm. 1), § 23 PostVerfG, Rn. 18.

47 Die Gründung von Tochtergesellschaften und der Erwerb von Beteiligungen ist nur nach Maßgabe der Bestimmungen über die Wirtschaftsführung des Unternehmens zulässig, die ihrerseits dem Genehmigungsvorbehalt unterliegen (§§ 23 Abs. 3 Nr. 5, 39 Abs. 2 in Verb. mit § 28 Abs. 1 PostVerfG).

der Beteiligungsgesellschaft im Bereich des öffentlichen Auftrags der Deutschen Bundespost TELEKOM genießt allerdings dieselbe Präferenzposition⁴⁸ wie diese selbst.

Die durch die Postreform neugefaßte Bestimmung des § 1 Abs. 1 Satz 1 FAG ermächtigt den Bund, auf allen Feldern der Telekommunikation tätig zu werden oder zu bleiben⁴⁹. Der Wegfall des umfassenden Fernmeldemonopols bedeutet, ausgenommen die beibehaltenen Verwaltungsmonopole, den Übergang zum Wettbewerb, wenngleich nach wie vor im Nexus – und mit der Präferenz – des »öffentlichen Auftrags«. Die Errichtung und der Betrieb der Telekommunikations-Übertragungswege und das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen gehören zu den unternehmerischen und betrieblichen Aufgaben der Deutschen Bundespost TELEKOM. Die Befugnis zur Ausübung der Rechte des Bundes im Bereich des Fernmeldewesens wird auf die Deutsche Bundespost TELEKOM weiterübertragen, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben nach dem Postverfassungsgesetz erforderlich ist (§ 1 Abs. 5 Satz 2 FAG)⁵⁰. Diese Vorschrift verpflichtet den Bundesminister für Post und Telekommunikation, der diese Rechte ausübt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 PostVerfG), durch nähere Regelung zu bestimmen, welches Maß an fernmelderechtlichen Befugnissen der Deutschen Bundespost zustehen soll und gibt dem Unternehmen damit eine – verwaltungsinterne – Rechtsposition auch wirtschaftlichen Charakters; zugleich hat der Bundesminister mit diesem Instrument seiner Finanzierungsgewährleistungspflicht nachzukommen⁵¹. Die weiterübertragene Ausübungsbefugnis ist die existenzwesentliche Grundausrüstung des Unternehmens. Auf der anderen Seite gibt das Gesetz dem Bundesminister hier eine Gestaltungsermächtigung für die Telekommunikationsmärkte, die an den postverfassungsrechtlichen Leitgrundsätzen ausgerichtet ist (bes. §§ 1, 4, 25, 37 PostVerfG) und damit nicht nur durch leistungsstaatliche Ziele dirigiert wird. Die Beseitigung des Fernmeldemonopols hat, wie sich hier wie sonst zeigt, dem Bundesminister für Post und Telekommunikation eine größere Bewegungsfreiheit für die Telekommunikationspolitik und einen konnexen Spielraum wirtschaftspolitischer Disposition eröffnet.

Die Rechtsbeziehungen zwischen dem Bundesminister für Post und Telekommunikation und der Deutschen Bundespost TELEKOM sind gesetzlich geordnet und lassen sich als Befugnisse und Pflichten ausdrücken. Sie sind jedoch verwaltungsinterner Art, sind also im Rechtssinn nicht als Rechte und Pflichten materiellen Rechts ausgebildet. Die Regelungs-, Regulierungs- und Aufsichtsbefugnisse des Bundesministers sind letztlich Leitungskompetenzen,

48 Frequenzregulierung (Anm. 1), S. 8, 49, 54.

49 H. FANGMANN u. a., Handbuch (Anm. 1), § 1 FAG, Rn. 7.

50 Frequenzregulierung (Anm. 1), S. 51 ff.

51 H. FANGMANN u. a., Handbuch (Anm. 1), § 1 FAG, Rn. 17; P. BADURA, Zulässigkeit und Grenzen (Anm. 44), S. 393 f.

deren Inhalt und Ausübung der Bundesminister in Ausführung des Gesetzes im Verhältnis zum Unternehmen abschließend bestimmt. Das gilt auch im Streitfall; das Unternehmen kann seine Rechte nicht klageweise gegen den Bund oder den Bundesminister geltend machen (§ 5 PostVerfG)⁵². Die Regelung über die Weiterübertragung der Befugnis zur Ausübung der dem Bund zustehenden Rechte auf dem Gebiet des Fernmeldewesens ist dementsprechend auf die Rechtsform der Verwaltungsvorschrift oder der Verwaltungsanordnung verwiesen. Nach der Verwaltungsvorschrift vom 27. 11. 1990⁵³ trifft der Bundesminister für Post und Telekommunikation durch Verwaltungsvorschrift die nähere Bestimmung über die der Deutschen Bundespost TELEKOM aufgrund des § 1 Abs. 5 Satz 2 FAG weiterübertragene Befugnis, insbesondere über Inhalt, Ausmaß und Wirkung der danach der Deutschen Bundespost TELEKOM zustehenden Rechtsstellung und Aufgabenerfüllung bei der Errichtung und dem Betrieb von Fernmeldeanlagen.

52 Siehe Gesetzentwurf (Anm. 11), Begründung zu § 5 a. E., S. 39.

53 Amtsblatt des Bundesministers für Post und Telekommunikation Nr. 95/1990 vom 12. 12. 1990, S. 1887.