

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 539

Privatisierung des Fernmeldehoheitsrechts?

Zum rechtlichen Handlungsrahmen
einer Neuordnung der Deutschen Bundespost

Von

Wolfgang Schatzschneider



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG SCHATZSCHNEIDER

Privatisierung des Fernmeldehoheitsrechts?

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 539

Privatisierung des Fernmeldehoheitsrechts?

**Zum rechtlichen Handlungsrahmen einer Neuordnung
der Deutschen Bundespost**

Von

Prof. Dr. Wolfgang Schatzschneider



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Schatzschneider, Wolfgang:

Privatisierung des Fernmeldehoheitsrechts?: Zum rechtl.
Handlungsrahmen e. Neuordnung d. Dt. Bundespost / von
Wolfgang Schatzschneider. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1988
(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 539)

ISBN 3-428-06472-0

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin 61

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-06472-0

Vorwort

In der Bundesrepublik Deutschland steht derzeit die Neuordnung des Fernmeldewesens im Blickpunkt des öffentlichen Interesses. Die gesamte Struktur des historisch gewachsenen Telekommunikationsbereichs ist ins Wanken geraten. Das ordnungspolitische Umfeld ist durch Bestrebungen zu einem Abbau von Regulierungsinstanzen gekennzeichnet. In dieser Untersuchung soll der Frage nachgegangen werden, welche Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung das Verfassungsrecht aufzeigt. Dabei wird die Deutsche Bundespost nicht als Ganzes, sondern lediglich mit ihrem Fernmeldebereich in die Betrachtung einbezogen.

München, im April 1988

Wolfgang Schatzschneider

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung	11
II. Die gewachsene Aufgabenstellung der Deutschen Bundespost	13
1. Geschichte des Fernmeldemonopols	13
2. Der (einfach-)gesetzliche Umfang des Fernmeldemonopols	15
3. Die Rechtsform der Deutschen Bundespost	18
III. Zur gegenwärtigen Diskussion um das Fernmeldemonopol	21
1. Die Deutsche Bundespost als Mischinstitution aus Hoheitsinstanz und öffentlichem Unternehmen	21
2. Verhalten der Deutschen Bundespost gegenüber den Nutzern	22
3. Zur wettbewerbspolitischen Kritik am Zulassungs- und Anschlie- ßungsverfahren	24
IV. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer Deregulierung	27
1. Zur Anwendung von Grundrechten auf Verwaltungsmonopole	27
2. Direkturf-Entscheidung des BVerfG und Art. 12 GG	30
3. Zur Netzträgerschaft der Deutschen Bundespost	31
4. Postalische Alleinrechte bei Breitbandverteilsnetzen	33
5. Monopolisierung des Endgerätebereichs	34
6. Alleinrechte bei „Mehrwertdiensten“	35
V. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Organisation der Deutschen Bundespost	37
1. Zum Garantiegehalt von Organisationsnormen	37
2. Verselbständigung der Deutschen Bundespost	38
3. Zu den strukturellen Vorschlägen der „Regierungskommission Fern- meldewesen“	39
VI. Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationale Fernmeldemonopole ..	41
1. Zum Stand der Telekommunikationspolitik in der Gemeinschaft ...	41
2. Das wettbewerbsrechtliche Instrumentarium der EG-Kommission ..	42

VII. Exkurs: Neuordnung der Telekommunikationsmärkte im Ausland	46
1. USA	46
2. Großbritannien	47
3. Japan	48
4. Sonstige Staaten	49
VIII. Zum telekommunikationspolitischen Handlungsrahmen – Ausblick . . .	50
Literaturverzeichnis	52

Abkürzungen

a. A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
abgedr.	= abgedruckt
abl.	= ablehnend
ABl.	= Amtsblatt
Abs.	= Absatz
AfP	= Archiv für Presserecht
a. M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
ArchPF	= Archiv für das Post- und Fernmeldewesen
Art. / Artt.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
Az.	= Aktenzeichen
B.	= Beschluß
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	= Band
Begr.	= Begründung
Bespr.	= Besprechung
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT-Dr	= Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DBP	= Deutsche Bundespost
ders.	= derselbe
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
Dt. Btg.	= Deutscher Bundestag
DuR	= Demokratie und Recht
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EDS	= Elektronisches Datenvermittlungssystem
EG	= Europäische Gemeinschaft
EuGH	= Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR	= Europarecht
f., ff.	= folgende
FAG	= Fernmeldeanlagenengesetz

FS	= Festschrift
FTZ	= Fernmeldetechnisches Zentralamt
Fußn.	= Fußnote
GG	= Grundgesetz
Hrsg.	= Herausgeber
ISDN	= Integrated Services Digital Network (Dienstintegriertes digitales Netz)
IuR	= Informatik und Recht
JbDBP	= Jahrbuch der Deutschen Bundespost
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
Komm.	= Kommentar
krit.	= kritisch
m. w. N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.	= oben
PostVerwG	= Postverwaltungsgesetz
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RN	= Randnote
TKO	= Verordnung über die Bedingungen und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Fernmeldewesens (Telekommunikationsordnung – TKO) vom 5. November 1986 (BGBI. I S. 1749) i. d. F. der Neubekanntmachung vom 16. Juli 1987 (BGBI. I S. 1761)
TWG	= Telegraphenwegegesetz
U.	= Urteil
Verh.	= Verhandlungen
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
vgl.	= vergleiche
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
zit.	= zitiert
ZögU	= Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZUM	= Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht / Film- und Recht
zust.	= zustimmend

Die Abkürzungen folgen im übrigen Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl., Berlin 1983.

I. Einführung

Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen und Leistungen ist ein politischer Dauerbrenner. In der oft emotional oder ideologisch geführten Diskussion wird eine „Revision der Staatstätigkeit“¹ gefordert. Ausgangspunkt der Kritik ist ein allgemeines Unbehagen an der staatlichen Tätigkeit und der damit verbundenen „Bürokratie“: Nur Privatunternehmer seien in der Lage, öffentliche Leistungen besser und billiger zu erbringen². Auch die Deutsche Bundespost bleibt von solchen regelmäßig erhobenen Privatisierungsforderungen, die sich sowohl auf das FernmeldeNetz als auch auf den Endgerätemarkt beziehen, nicht verschont. Die postalische Tätigkeit soll dem Wettbewerb zugänglich gemacht werden. Vornehmlich die „Endgeräte-Politik“ zieht Kritik an. Auseinandersetzungen auf diesem Gebiet haben Tradition: Bereits um die Jahrhundertwende äußerte die Fernmeldeindustrie ihr Unbehagen über ihre zu geringe Beteiligung am Markt für Fernsprech-Nebenstellenanlagen – ein Streit, der auf dem Wege informeller Verhandlungen beigelegt wurde³. Ende der 70er Jahre war es anlässlich der Einführung des Telefax- und Teletext-Dienstes zu Kontroversen zwischen dem Bundespost- und dem Bundeswirtschaftsministerium gekommen, die nur durch eine freiwillige Beschränkung des postalischen Anteils am Endgerätemarkt beigelegt werden konnten⁴. 1985 waren beide Ministerien erneut uneinig – diesmal über die Art der Beteiligung der Bundespost auf dem Endgerätemarkt für multifunktionale Telefone (Multitel). Der Bundeswirtschaftsminister verweigerte sogar sein nach § 14 PostVerwG erforderliches Einvernehmen für eine Gebührenverordnung⁵. Ein Anfang 1987 veröffentlichtes

¹ So Jahresgutachten 1975 des Sachverständigenrats, BT-Dr 7/4326, S. 137.

² So *Wilfried Lange*, JZ 1981, 698 Anm. 6 unter Hinweis auf eine Untersuchung Hamer's; krit. zu diesem Argument und zu den ordnungspolitischen Aspekten: *Schatzschneider*, NVwZ 1984, 87; *ders.*, ArchPF 1988, 85 ff.; *Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 16; ebenso *Rüfner*, ZRP 1982, 182; *Grafte / Bilgmann*, JbDBP 1980, 197 ff.; zur Einbeziehung gesellschaftlicher und sozialer Aspekte in Privatisierungsüberlegungen: *Fees*, ZBR 1980, 88.

³ Vgl. dazu *Scherer*, S. 402.

⁴ Vgl. *Hesse*, S. 70; ferner *Scherer*, S. 402 ff.

⁵ Dazu *Eidenmüller*, DÖV 1985, 522.

FDP-Arbeitspapier macht der Bundespost die Netzhoheit streitig und spricht sich für eine Neustrukturierung und Deregulierung des gesamten Fernmeldebereichs aus⁶. Die Bundesregierung hat am 13. März 1985 eine „Regierungskommission Fernmeldewesen“ mit Vertretern aus Wirtschaft, Wissenschaft und Politik eingesetzt, die die Aufgabenstellung der Bundespost im Fernmeldebereich analysieren und für ihre weitere Entwicklung gegebenenfalls Änderungsvorschläge unterbreiten sollte. Der Untersuchungsauftrag an die Regierungskommission läßt grundsätzlich auf eine Änderungsbereitschaft im Hinblick auf die Organisation der Fernmeldeverwaltung schließen. Eine wesentliche Einschränkung wurde der Kommission aber gleich mitgegeben:

„Bei der Untersuchung soll von der in Art. 73 und 87 GG vorgegebenen Zuständigkeit des Bundes für das Post- und Fernmeldewesen sowie den im PostVerwG festgelegten Grundlinien der Verfassung der DBP ausgegangen werden.“⁷

Die Kommission ist in dem im Herbst 1987 fertiggestellten Abschlußbericht der Meinung, daß die veränderte Aufgabenstellung im Bereich der Telekommunikation in Zukunft eine Intensivierung des Wettbewerbs sowie eine organisatorische Trennung der Hoheitsaufgaben von den Unternehmensaufgaben der Bundespost erfordert⁸.

Die Monopolrechte der Bundespost haben – wie es Lerche ausdrückt – „verfassungsrechtlich eher dahingedämmert“, auf einem „bequemen Polster einer gewissen natürlichen Selbstverständlichkeit“⁹. Das öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol ist durch den vor allem kabelbedingten Wegfall der Frequenznot ins Wanken geraten. Die Herausbildung neuer elektronischer Medien hat einen fast revolutionären Umbruch in der bundesrepublikanischen Medienstruktur und Medienpolitik ausgelöst¹⁰. Eine ähnliche Entwicklung läßt sich für die Hoheitsrechte der Bundespost im Fernmeldewesen nicht völlig ausschließen. Der Fernmeldezwang oder das Fernmeldemonopol sieht sich verfassungsrechtlichen Fragen nach seiner weiteren Existenzberechtigung ausgesetzt¹¹.

⁶ Vgl. Süddeutsche Zeitung Nr. 39 vom 17. 2. 1987, S. 21 und Nr. 54 vom 6. 3. 1987, S. 31; Der Spiegel Nr. 38 vom 14. 9. 1987, S. 40ff.

⁷ Witte, Gutachten, S. 9; dazu auch *Plagemann / Bachmann*, DÖV 1987, 807.

⁸ Witte, Gutachten, S. 1 ff. und 107 ff.

⁹ *Lerche*, in: Mestmäcker, Kommunikation, S. 140.

¹⁰ So *Degenhart*, BayVBl. 1986, 577.

¹¹ *Beuscher*, NJW 1985, 1194.

II. Die gewachsene Aufgabenstellung der Deutschen Bundespost

1. Geschichte des Fernmeldemonopols

Nachdem seit der Mitte des 19. Jahrhunderts die elektrische Energie zur Nachrichtenübermittlung verwendet werden konnte, hatten sich auch die staatlichen Telegrafenerverwaltungen auf diesem Gebiet betätigt¹². In Anlehnung an das Postregal nahm der Staat auch ein Telegrafenerregal in Anspruch – ein nach der damaligen Verfassungslage jedoch umstrittenes Alleinrecht. Der Reichsgesetzgeber entschloß sich deshalb, dem Streit ein Ende zu bereiten und jegliche Zweifel an dem Alleinrecht auszuschließen¹³. 1892 wurde das Telegrafengesetz (TG) erlassen, dessen § 1 bestimmte:

„Das Recht, Telegraphenanlagen für die Vermittlung von Nachrichten zu errichten und betreiben, steht ausschließlich dem Reich zu. Unter Telegraphenanlagen sind die Fernsprechanlagen mitbegriffen.“^{13a}

Eine nähere Bestimmung des Begriffs der Telegrafenanlage hielt der Gesetzgeber im Hinblick auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1889 für entbehrlich¹⁴. Nach der Entscheidung des Gerichts in einer Strafsache gehörte zum „Wesen der ,Telegraphenanstalten“ „... jede Nachrichtenbeförderung, welche nicht durch den Transport des körperlichen Trägers der Nachrichten von Ort zu Ort, sondern dadurch bewirkt wird, daß der an einem Orte zum sinnlichen Ausdrucke gebrachte Gedanke an einem anderen entfernteren Orte sinnlich wahrnehmbar wieder erzeugt wird“¹⁵. Zwar wurde bei den Ausschüßberatun-

¹² Vgl. hierzu die Nachweise bei *Badura*, Das Verwaltungsmonopol, S. 203 Anm. 82; ferner *Hesse*, S. 6.

¹³ Begr. des Regierungsentwurfs, Verh. des Reichstags 1890/92, Bd. 112, Drucks. Nr. 308, S. 2104; zur historischen Entwicklung des Fernmeldewesens ferner BVerfGE 46, 120/140 ff.; *Eidenmüller*, DÖV 1985, 526.

^{13a} Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reiches vom 6. April 1892 (RGBl. S. 467).

¹⁴ Begr. des Regierungsentwurfs zu § 1 TG (o. Fußn. 13).

¹⁵ RGSt 19, 55/58.