

Die Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit und ihre rechtlichen Rahmenbedingungen (Teil I)

Vortrag anlässlich des EUNet-Workshop am 10. Oktober 1991 in Dortmund

Peter M. Rütter

Inhaltsübersicht

Teil 1

- I. Einleitung
- II. Ausgangspunkt und Ziele der Postreform
 - 1. Der ordnungspolitische Befund vor der Postreform
 - 2. Schwerpunkte der Postreform
- III. Überblick über die neue Konzeption in den §§ 1, 2 FAG
 - 1. Das Regulierungsmodell des § 1 FAG
 - 2. Der neue Ermächtigungsgehalt des § 2 FAG
- IV. Die Dienstleistungsfreiheit gemäß § 1 Abs. 4 FAG
 - 1. Zum Begriff der Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit
 - a) Die Notwendigkeit der Begriffsklärung
 - b) Die Wortbedeutung von "Telekommunikation"
 - aa) Das Verhältnis zum Begriff "Fernmeldewesen"
 - bb) Der Begriffsinhalt der Regelungsmaterie "Fernmeldewesen"
 - cc) Zum Begriff der Fernmeldeanlage
 - c) Der Dienstleistungsbegriff in der Telekommunikation
 - 2. Die Grenzen der Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit
 - a) Das Netzmonopol
 - b) Das Telefondienstmonopol
 - 3. Die Grundlagen der Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit

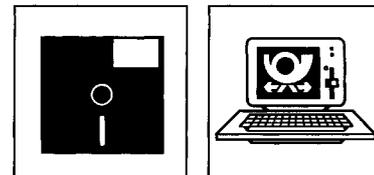
Teil 2: Das Beispiel "EUNet" (im nächsten Heft)

- V. Die Dienste des EUNet im Lichte der Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit
 - 1. Das Dienstleistungsangebot
 - a) electronic mail
 - b) Der News-Dienst
 - c) Info-Server und InterEUNet
 - 2. Die rechtliche Beurteilung
 - a) Die EUNet-Dienste als Telekommunikationsdienste
 - b) Genehmigungspflichtigkeit des EUNet
- VI. Die telekommunikationsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Dienste des EUNet
 - 1. Die Anzeigepflicht gemäß § 1a Abs. 1 FAG
 - 2. Die Regulierung gemäß § 1a Abs. 2 FAG
 - 3. Das Fernmeldegeheimnis und seine Durchbrechungen
 - a) Die Regelung in § 10 FAG
 - aa) Die Grundlagen
 - bb) Inhalt und Umfang
 - cc) Der verpflichtete Personenkreis
 - dd) Zum Begriff der "zum öffentlichen Verkehr bestimmten Fernmeldeanlage"
 - b) Zugriffsmöglichkeiten der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden
 - aa) Die wesentlichen Ausnahmen vom Fernmeldegeheimnis
 - bb) Die Änderungen im Rahmen der Postreform
 - cc) G 10-Novelle und Mailboxbetreiber
 - dd) Zu § 12 FAG
 - 4. Datenschutz
 - a) Zum Ausgangspunkt des Datenschutzes
 - b) Die rechtlichen Grundlagen des Datenschutzes in der Telekommunikation
 - c) Die Dienste der EUNet im Lichte der UDSV

Der EUNet-Workshop 1991 in Dortmund war bereits der dritte seiner Art, so daß man diese Veranstaltung fast schon traditionell nennen kann. Veranstalter war "EUNet Deutschland" (z. Zt. noch ein Drittmittelprojekt innerhalb der Informatikrechner-Betriebsgruppe der Universität Dortmund; vgl. zu den Entwicklungsperspektiven Axel Pawlik/Michael Schneider, EUNet – Ein Netz wird 'erwachsen', jur-pc 1991, S. 1249 – 1252).

Der erste Tag des Workshops begann mit einer Begrüßung der Teilnehmer durch den Leiter der Informatikrechner-Betriebsgruppe (IRB), Herrn Dr. Peter. Danach referierte Axel Pawlik über Dienste, Kosten und neue Konzepte des EUNet Deutschland. Die Perspektiven des EUNet auf europäischer Ebene stellte der Chief Executive des EUNet, Glenn Kowack, vor. Daran schloß sich das Referat "EUNet für die 90'er Jahre" an (Axel Pawlik). Die erste Hälfte des zweiten Tages stand ganz im Zeichen der Durchführung von Arbeitsgruppen zu den Themen Domain-Verwaltung, Name-Services, EUNet-Zugang über ISDN, Mail-Adressierung, Internet-Protokolle, Neue Konzepte des EUNet, Info-Server. Der Nachmittag war im Plenum dem bisher noch nicht genügend ausgeloteten Thema "EUNet und Recht" gewidmet. Nach der Begrüßung durch Michael Schneider referierten Rechtsanwalt Dr. Helmut Redeker (Bonn) über "Zivilrechtliche Aspekte der EUNet-Nutzung", Rechtsanwalt Dr. Jochen Marly (Frankfurt) über "Die Verteilung von Artikeln und Programmen im Netz aus urheber- und wettbewerbsrechtlicher Sicht", Kriminaloberkommissar Hans-Jürgen Stenger über "EUNet aus der Sicht einer Ermittlungsbehörde", Rechtsanwalt Dipl.-Ing. Günter Frhr. v. Gravenreuth über "Strafrechtliche Aspekte der EUNet-Nutzung", Postdirektor Peter M. Rütter von der Generaldirektion der TELEKOM (Bonn) über "Die Dienste des EUNet aus fernmelderechtlicher Sicht" (der hier abgedruckte Beitrag). (red)

Postdirektor Peter M. Rütter ist Referent für Telekommunikationsrecht und Großkundenverträge bei der Generaldirektion der Deutschen Bundespost Telekom.



I. Einleitung

EUnet ist der europäische Teil eines weltweiten Netzes von Rechnern unter dem Betriebssystem UNIX. Die europäische Situation hat dabei zu einer Infrastruktur von nationalen Servicerechnern geführt, die Benutzer in den 21 angeschlossenen Ländern mit electronic mail beziehungsweise dem Computerkonferenzsystem der News versorgen und die Verbindungen zum Rechnernetz USENET in Nordamerika herstellen. Für die Bundesrepublik Deutschland wird der EUnet-Betrieb durch das EUnet-Projekt an der Universität Dortmund um den Rechner unido unterstützt. Der nationale Knotenrechner unido hat dabei die Rolle eines zentralen Vermittlungsrechners. Als Übertragungsmedium werden neben 2400 Baud Vollduplex-Telefonmodems und X.25 Anschlüssen (Datex-P) vermehrt Hochgeschwindigkeitsmodems und ISDN verwendet. Die Dienste des EUnet erfreuen sich einer immer stärker werdenden Nachfrage. Inzwischen ist der Zustrom von Rechnerherstellern und Softwarehäusern wesentlich stärker als aus dem akademischen Bereich. Auch für Privatpersonen und die Mailboxszene ist ein Anschluß attraktiv geworden.

Im folgenden soll untersucht werden, was der Vortragstitel bereits als selbstverständlich voraussetzen scheint, aber durchaus nicht völlig unproblematisch ist, nämlich, ob und gegebenenfalls inwieweit die Dienste der EUnet dem speziellen Recht der Telekommunikation unterliegen. Als notwendiges "Rüstzeug" hierzu bedarf es zunächst eines kurzen Rückblicks auf Ausgangspunkt und Ziele der Postreform und anschließend daran eines Überblicks über die neue ordnungspolitische Konzeption für die Telekommunikation, wie sie im einzelnen im Gesetz über Fernmeldeanlagen (FAG) niedergelegt ist. Mit diesem Hintergrundwissen ist dann im Detail zu untersuchen, welche Bedeutung die Aussagen des FAG speziell zur Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit und die daran anknüpfenden Rahmenbedingungen für die Dienste der EUnet haben.

EUnet und das Recht der Telekommunikation

II. Ausgangspunkt und Ziele der Postreform

1. Der ordnungspolitische Befund vor der Postreform

Die "alte" Rechtslage war dadurch gekennzeichnet, daß der Bundespost ein umfassendes Monopol auf allen Gebieten des Fernmeldewesens zugewiesen war.¹ Allein die Bundespost war befugt, sämtliche Netze, einschließlich der Endgeräte, unter Ausschluß Privater zu errichten und mit dem Ergebnis der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen zu betreiben.² Eine Differenzierung nach den verschiedenen Funktionsebenen der Telekommunikation war nicht notwendig, da es "alles aus einer Hand" gab. Allerdings eröffnete die Deutsche Bundespost in der Praxis mit den Mitteln des Benutzungsrechts, zuletzt mittels der Telekommunikationsordnung (TKO)³, und des Genehmigungsrechts gemäß § 2 FAG neben dem bereits gesetzlich in § 3 FAG vom Monopol freigegebenen Bereich der sogenannten "genehmigungsfreien Anlagen" zahlreiche Freigaben vom Monopol. So wurde der Endgerätemarkt bis auf den einfachen Telefonhauptanschluß bereits überwiegend von Privaten bedient, waren zahlreiche Mehrwertdiensteanbieter tätig – wie z. B. EUnet – und bestanden viele private Fernmeldenetze zum eigenen Gebrauch bis hin zu mannigfaltigen Formen der Kooperation mit Privaten bei der Breitbandkabelkommunikation.⁴

Dieser "Wettbewerb" betraf aber nur enge Teilbereiche. Sein Entstehen hing zudem vom Ermessen des Bundesministers für das Post- und Fernmeldewesen ab. Diese überkommenen institutionellen und ordnungspolitischen Strukturen des Fernmeldewesens sind in einer Zeit umstürzender technischer Entwicklungen in der Mikroelektronik, eines Zusammenwachsens der Telekommunikationstechnik mit den weitgehend unregulierten Märkten angehörenden Sektoren der Bürotechnik, der Unterhaltungselektronik und der Datenverarbeitung zur sogenannten Telematik und mit einer sich stark entwickelnden Diversifikation der ursprünglich gleichförmigen Kundenbedürfnisse, nicht mehr geeignet gewesen, ein

*"Alte" Rechtslage:
Postmonopol im
Fernmeldewesen*

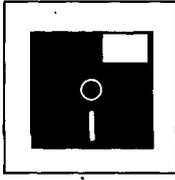
*Telematik erfordert Wettbewerb
als "Entdeckungsverfahren".*

¹ § 1 Gesetz über Fernmeldeanlagen vom 14. Januar 1928, RGBl. I S. 8.

² Fangmann/Scheurle/Schwemmler/Wehner, Handbuch für Post und Telekommunikation: Poststrukturgesetz; Basiskommentar, Köln 1990, Rz. 6 zu § 1 FAG, S. 286.

³ BGBl. I vom 12. August 1987, S. 1761; seitdem fünfmal geändert. Vgl. dazu: Hutter/Gehrhoff, Die neue Telekommunikationsordnung, Jb. d. DBP 1988, S. 9; Hefekäuser, Ausgewählte fernmelderechtliche Probleme der neuen Telekommunikationsordnung, Jb. d. DBP 1988, S. 267.

⁴ Fangmann u. a., a. a. O. (Fn.2); siehe auch die Tabelle bei Hesse, Die Verfassungsmäßigkeit des Fernmeldemonopols der Deutschen Bundespost, Heidelberg 1984, S. 71 Spalte 4 und S. 16 f.; zu den Kooperationsverträgen zur Breitbandverkabelung: VG Stuttgart, Archiv PF 1990, S. 479 mit Anmerkung Rütter.



Grünbuch für gemeinsamen europäischen Telekommunikationsmarkt

Die Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit

ausreichendes Angebot an innovativen und maßgeschneiderten Dienstleistungen sicherzustellen. Hier bedarf es nunmehr des Angebots vieler Telekommunikationsdiensteanbieter im Wettbewerb als "Entdeckungsverfahren".⁵

Das "Ob" einer Reform stand deshalb, im Einklang mit der Erkenntnis anderer wichtiger Industriestaaten, kaum in Streit. Letztlich ließ das EG-Recht bezüglich des "Ob" einer Reform auch keinen Spielraum mehr. Im Juni 1987 hat die Kommission ein "Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte"⁶ vorgelegt. Die dort niedergelegten telekommunikationspolitischen Absichten der Europäischen Gemeinschaften (EG) zielen auf eine mit der in der Bundesrepublik Deutschland vorgefundenen Monopolstruktur unvereinbare stärkere Öffnung der Märkte und eine Trennung von Hoheit und Betrieb. Von den inzwischen zahlreichen Rechtsakten der EG betreffend die Telekommunikation seien insbesondere die zur Durchsetzung der gerade genannten Absichten erlassene, auf die Beseitigung aller Monopolvorbehalte für Endgeräte gerichtete Endgeräte-Richtlinie⁷, die Telekommunikationsdienst-Richtlinie⁸ und die den offenen Netzzugang einführende sogenannte ONP-Richtlinie⁹ genannt.

Das Poststrukturgesetz

Erweiterte Wettbewerbschancen

Neustrukturierung der Deutschen Bundespost

2. Schwerpunkte der Postreform

Als Schwerpunkte des sich als ersten Schritt in die richtige Richtung verstehenden – erstrangig ordnungspolitisch bestimmten – Poststrukturgesetzes¹⁰ seien die folgenden überblicksmäßig vorausgeschickt:

- Eröffnung erweiterter Wettbewerbschancen auf den Telekommunikationsmärkten durch neue ordnungspolitische Rahmenbedingungen (Verankerung des Wettbewerbs als Grundsatz); diese sollen die Angebotsvielfalt erweitern und fördern, um eine möglichst rasche Umsetzung des technischen Fortschritts im Fernmeldewesen in leistungsfähige, preiswerte und kundennahe Telekommunikationsdienste zu gewährleisten. Dabei soll jedoch die staatliche Aufgabe der infrastrukturellen Grundversorgung, die auch künftig vorwiegend von dem Unternehmen Deutsche Bundespost TELEKOM wahrzunehmen sein wird, nicht vernachlässigt werden.
- Neustrukturierung der Deutschen Bundespost mit einer Trennung – horizontal – von Hoheit (Bundesminister für Post und Telekommunikation – BMPT) und dem mit selbständiger Leitung versehenen Betrieb Deutsche Bundespost sowie – vertikal – der drei Unternehmensbereiche Deutsche Bundespost TELEKOM, POSTDIENST und POSTBANK; für diese drei öffentlichen Unternehmen ist zugleich eine neue Unternehmensverfassung verabschiedet worden, die darauf abzielt, daß die Unternehmensaufgaben marktnäher und leistungsorientierter als zuvor wahrgenommen werden können.
- Übergang in das Privatrecht im Verhältnis zum Kunden.

III. Überblick über die neue Konzeption in den §§ 1, 2 FAG

1. Das Regulierungsmodell des § 1 FAG

Das "Grundgesetz" für Ordnung und Gestaltung des Fernmeldewesens in der Bundesrepublik Deutschland ist nach wie vor das Gesetz über Fernmeldeanlagen. Die durch das Poststrukturgesetz novellierte Fassung des § 1 FAG hat im Überblick folgenden Inhalt:

⁵ Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 32, 28; J. Schmidt, Fernmeldewesen, in: Wittkämper (Hrsg.), Die technisch-naturwissenschaftlichen Verwaltungsbereiche der Bundesrepublik Deutschland, Regensburg 1989; Möschel, Postreform im Zwielficht, in: WiSt 1989, S. 173.

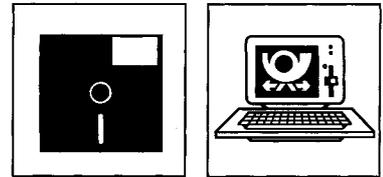
⁶ KOM (87) 290 endg. vom 30. Juni 1987.

⁷ 88/301/EWG, ABl. Nr. L 131 vom 27. Mai 1988.

⁸ 90/388/EWG, ABl. Nr. L 192 vom 24. Juli 1990.

⁹ Open Network Provision, 90/387/EWG, ABl. Nr. L 192 vom 24. Juli 1990.

¹⁰ Vom 8. Juni 1989, in Kraft seit dem 1. Juli 1989, BGBl. I, S. 1026; erste Kommentierungen haben vorgelegt: Fangmann u. a., a. a. O. (Fn.2); Scherer, Grundzüge des Fernmelderechts, in: Hans-Bredow-Institut (Hrsg.): Internationales Handbuch für Rundfunk und Fernsehen, 20. Aufl., Baden-Baden/Hamburg 1990; Stollberg, Erläuterungen zum Gesetz über die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost, in: Das Deutsche Bundesrecht, VI H 9, Baden-Baden, Loseblatt (Stand: Dez. 1989), zu dessen Art. 1 (Postverfassungsgesetz); Rütter, Das Monopol in der Telekommunikation, in: Archiv PF 1991, S. 57 zu dessen Art. 3 (Änderungen des Gesetzes über Fernmeldeanlagen).



Durch die Streichung des Wortes "ausschließlich" in dem im übrigen unangetasteten § 1 Abs. 1 FAG wurde das bislang umfassende Ausschließlichkeitsrecht des Bundes im Bereich des Fernmeldewesens auf ein gesetzliches einfaches Handlungsrecht reduziert. Schon damit werden Wettbewerb, Handlungs- und Wirtschaftsfreiheit im Fernmeldewesen als Grundsatz fundiert. Das bis dahin bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis kehrt sich um.¹¹ Während bisher alles, was nicht erlaubt war, verboten war, soll seitdem alles, was nicht verboten ist, erlaubt sein. In den folgenden Absätzen 2, 3 und 4 des § 1 FAG wird so dann der – vor allem infrastrukturell begründete – als Ausnahme verbliebene Monopolbereich des Fernmeldewesens festgelegt, wobei die grundlegende Unterscheidung des neuen ordnungspolitischen Konzepts der Bundesregierung für den Telekommunikationsmarkt nach Netz, Dienst und Endgerät¹² aufgegriffen wird:

§ 1 Abs. 2 FAG ordnet dem Bund nur noch für Errichtung und Betrieb bestimmter Anlagearten bzw. -bereiche, nämlich für Übertragungswege und für Funkanlagen, ein Ausschließlichkeitsrecht zu, während Errichtung und Betrieb von Vermittlungs- und Endeinrichtungen grundsätzlich jedermann zustehen. Für Endeinrichtungen wird dies in § 1 Abs. 3 FAG nochmals besonders betont.¹³ Das Übertragungswegemonopol, vom Gesetzgeber in einem Klammerzusatz auch als "Netzmonopol" bezeichnet, wird zudem in § 1 FAG an anderer Stelle weiter begrenzt. Denn nach § 1 Abs. 4 Satz 1 FAG steht die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen für andere über von der Deutschen Bundespost TELEKOM bereitgestellte Verbindungen – nach der amtlichen Gesetzesbegründung ist dies begriffsideologisch mit dem "geschäftsmäßigen Betreiben von Fernmeldeanlagen"¹⁴ (wozu eben auch die Übertragungswege gehören) – "jedermann" zu, allerdings mit einer Ausnahme: Dem Telefondienst (§ 1 Abs. 4 Satz 2 FAG). In dem Zusammenspiel zwischen § 1 Abs. 2 und Abs. 4 FAG findet sich damit ein Regulierungsmodell legalisiert, welches auf der Unterscheidung zwischen diensteneutralen Übertragungsleistungen (Monopolbereich) und dienstspezifischen Leistungen (mit Ausnahme des Telefondienstes Wettbewerbsbereich) maßgeblich beruht. Das Gesetz über Fernmeldeanlagen verläßt damit seinen bisherigen grundsätzlichen Ausgangspunkt, der in der Identität des Errichters und geschäftsmäßigen Betreibers (= Dienstleistungserbringers) von Netzen lag.

*Netzmonopol und
Endeinrichtungsfreiheit*

2. Der neue Ermächtigungsinhalt des § 2 FAG

Weitere Wettbewerbschancen im Bereich der in § 1 FAG genannten ausschließlichen Rechte ergeben sich auf Grund der Verleihungsbefugnis des BMPT gemäß § 2 FAG. Die Ausübung der Verleihungsbefugnis soll sich nach der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs von der überkommenen restriktiven Verleihungspraxis grundlegend unterscheiden.¹⁵

*Die Verleihungsbefugnis des
BMPT*

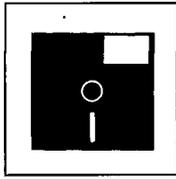
¹¹ Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 60, linke Spalte.

¹² Konzeption der Bundesregierung zur Neuordnung des Telekommunikationsmarktes, Heidelberg 1988 (i. F.: Konzeption) (= BT-Drs. 11/2855), S.40 ff.

¹³ Bei Meidung einer Strafbarkeit gem. § 15 Abs. 1 FAG müssen die Endeinrichtungen z. Z. aber zugelassen sein; vgl. dazu: Rütter, Unerlaubte Anschließung nicht zugelassener Endeinrichtungen an das öffentliche Telekommunikationsnetz, NJW 1990, S. 1586. Voraussetzungen und Verfahren der Zulassung sind in der Telekommunikationszulassungsverordnung (TKZulV) v. 22. März 1991, BGBl. I S. 756 (vgl. auch den Abdruck in: jur-pc aktuell, 6/91), geregelt, die auf Grund von § 2a Abs. 1 FAG vom BMPT erlassen wurde; zweifelhaft ist, ob die TKZulV der Richtlinie des Rates vom 24. Juli 1986 über die erste Phase der gegenseitigen Anerkennung der Allgemeinzulassungen von Telekommunikations-Endgeräten (86/361/EWG), ABl. L 217/21 vom 5. August 1986, i. V. m. Art. 30 EWGV entspricht, soweit sie die Durchführung des Zulassungsverfahrens und die Anbringung des ZZF-Kennzeichens auch für solche Geräte fordert, die in anderen Mitgliedstaaten bereits zum Anschluß an das öffentliche Fernmeldenetz zugelassen und mit einer Konformitätsbescheinigung i. S. d. Richtlinie 86/361/EWG versehen sind; die Richtlinie des Rates vom 29. April 1991 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Telekommunikationsendeinrichtungen einschließlich der gegenseitigen Anerkennung ihrer Konformität (91/263/EWG), ABl. L 128/1 vom 23. Mai 1991, ersetzt die Richtlinie 86/361/EWG, welche am 6. November 1992 außer Kraft tritt. Zu diesem Zeitpunkt müssen die Mitgliedstaaten die Richtlinie 91/263/EWG in nationales Recht umgesetzt haben (Art. 17 Abs. 1 i. V. m. Art. 16 Abs. 1). Endgeräte, die dann dieser Richtlinie entsprechen, können nicht mehr dem Zulassungsverfahren der TKZulV unterworfen werden. Zur "alten" Zulassungsverordnung vgl.: J. Schmidt, Die verordnungsmäßige Regelung der Zulassung von Fernmeldeanlagen, Jb. d. DBP 1989, S. 215; Adelman, Die Zulassung von Endeinrichtungen für Fernmeldenetze und Fernmeldedienste, Jb. d. DBP 1988, S. 393; Neumar/Friedrich, Die Zulassungspraxis der Deutschen Bundespost, Jb. d. DBP 1988, S. 357.

¹⁴ Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 60, rechte Spalte.

¹⁵ BT-Drs. 11/2854, S. 63.



*Rechtsanspruch auf
Genehmigung zum Errichten
und Betreiben von
Satellitenfunkanlagen*

Im Gesetz selbst läßt sich diese beabsichtigte Änderung des Ermächtigungsinhalts des § 2 FAG jedoch nur für die Satellitenkommunikation ablesen. Für Satellitenfunkanlagen zur Datenübertragung im Bereich niedriger Bitraten besteht für Anwender in diesem innovativen Teilmarkt gemäß § 2 Abs. 2 Satz 3 FAG ein Rechtsanspruch auf Genehmigung zum Errichten und Betreiben dieser Anlagen. Sonstige intendierte und mittlerweile realisierte Änderungen der Genehmigungspraxis lassen sich nicht mehr dem insoweit unverändert gebliebenen Wortlaut des Gesetzes selbst, sondern nur aus der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs, der auch diesbezüglich mit der Konzeption der Bundesregierung wörtlich übereinstimmt,¹⁶ entnehmen. Danach besteht für die Zulassung eines sogenannten Netzrandwettbewerbs im Funkbereich weitestgehend eine Ermessensbindung.¹⁷ Dies betrifft insbesondere die inzwischen erfolgte Lizenzierung eines zweiten Mobilfunkcarriers (Mannesmann Mobilfunk GmbH), andere mobile Funkdienste (öffentlicher Funkruf, Betriebsfunk, Funknebenstellenanlagen), aber auch Satellitenfunkanlagen, die mit höheren Bitraten betrieben werden.¹⁸

IV. Die Dienstleistungsfreiheit gemäß § 1 Abs. 4 FAG

1. Zum Begriff der Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit

a) Die Notwendigkeit der Begriffsklärung

Dienstfreiheit

Nach § 1 Abs. 4 Satz 1 FAG ist jedermann berechtigt, Telekommunikationsdienstleistungen für andere über Fest- und Wählverbindungen, die von der Deutschen Bundespost TELEKOM bereitgestellt werden, zu erbringen. Eine Beschränkung der Dienstfreiheit auf Spezialdienste und ein Monopol des Bundes für alle Übermittlungsdienste sind im Gesetzgebungsverfahren nach heftigem Streit ausdrücklich abgelehnt worden.¹⁹ Auch eine Differenzierung zwischen Basisdiensten (z. B.: Telefon, Telex, Datenübertragung) und sogenannten Mehrwertdiensten (z. B.: Btx, Temex) fand im Gesetz keinen Eingang.²⁰

*Gesetzlich nicht näher bestimmt:
"Telekommunikations-
dienstleistung"*

Zentralbegriff der gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 4 FAG – im Ergebnis aber auch der Regelungen über Anzeigepflichten, Fernmeldegeheimnis²¹, Datenschutz und der Zugriffsrechte der Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden – ist damit der hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen nicht gesetzlich näher bestimmte Begriff der "Telekommunikationsdienstleistung". Der Klärung dieses Begriffes kommt also wegen der mannigfachen damit verbundenen Rechtsfolgen ganz besondere Bedeutung zu.

b) Die Wortbedeutung von "Telekommunikation"

Bedeutungsidentität

aa) Das Verhältnis zum Begriff "Fernmeldewesen"

Zunächst zur Klärung des Wortstammes "Telekommunikation".²² Modernem Sprachgebrauch folgend, taucht das Wort "Telekommunikation" im Fernmelderecht zunächst im Verordnungsrecht – Telekommunikationsordnung statt Fernmeldeordnung – und mit der Postreform auch in den gesetzlichen Grundlagen des Fernmeldewesens auf. Der hier in Rede stehende § 1 Abs. 4 Satz 1 FAG spricht von Telekommunikationsdienstleistungen, und der zuständige Minister wird von von § 1 Abs. 1 Postverfassungsgesetz (PostVerfG) als

16 Zum engen sachlichen Zusammenhang von parallel entstandener und zeitgleich veröffentlichter Gesetzesvorlage: Plagemann, Mobilfunk im Wettbewerb, CR 1990, S. 317, 318.

17 Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 63.

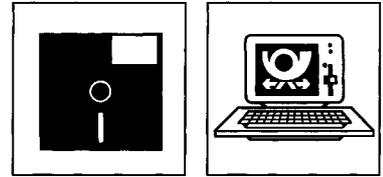
18 Zur Satellitenkommunikation und dem von der EG hierzu vorgelegten Grünbuch vgl.: Rütter, Konkurrenz mit Lizenz, Archiv PF 1991, auch mit grundsätzlichen Ausführungen zur Lizenzierungspraxis des BMPT und deren rechtlichen Rahmenbedingungen.

19 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für das Post- und Fernmeldewesen, BT-Drs. 11/4316 vom 7. April 1989, S. 77 und den abgelehnten Änderungsantrag Nr. 42 der SPD-Fraktion, Anlage 15 zum Protokoll der 28. Sitzung vom 16. März 1989.

20 Zu diesen Regulierungsansätzen, die in den USA zu zahlreichen Abgrenzungsschwierigkeiten und Regulierungseingriffen geführt haben: Scherer, a. a. O. (Fn. 9), S. A 162 und zu den Regulierungsansätzen in Großbritannien und den Niederlanden: ders., Nachrichtenübertragung und Datenverarbeitung im Telekommunikationsrecht, Baden-Baden 1987, S. 61 ff. m. w. N.; zum Ursprung des Begriffs Mehrwertdienst: Franz/Eberhardt, Mehrwertdienste und deren Umfeld, ntz. Bd. 44 (1991), S. 472.

21 Teilweise haben diese Regelungen zwar einen etwas weitergehenden Anwendungsbereich, soweit sie jeden betreffen, der eine für den öffentlichen Verkehr bestimmte Fernmeldeanlage betreibt etc.; diese Voraussetzungen liegen aber bei Telekommunikationsdiensteanbietern i. S. d. § 1 Abs. 4 FAG immer vor.

22 Vgl. Drubba, Das Wort "Telekommunikation" – Seine Einführung und Anwendung; wann und wo ist es entstanden?, Archiv PF 1991, S. 343; ferner: Berndt/Hefekäuser, "Medien" und Telekommunikation – Ein Beitrag zur Begriffsklärung, Jb. d. DBP 1985, S. 578, insbesondere S. 596 ff. zur rechtlichen Begriffsklärung.



"Minister für Post und Telekommunikation" benannt. Eine inhaltliche Änderung zu den bis dahin gebräuchlichen Begriffen "Fernmeldedienst" und "Fernmeldewesen" ist vom Gesetzgeber aber ausdrücklich nicht beabsichtigt.²³ § 4 Abs. 1 Satz 1 PostVerfG spricht beispielsweise immer noch von "Fernmeldediensten", § 10 FAG von "Fernmeldeverkehr" und "Fernmeldegeheimnis" sowie § 1 Abs. 1 PostVerfG mehrfach von "Fernmeldewesen". Der Gesetzgeber wäre zu einer ausdehnenden inhaltlichen Änderung der Verwaltungsbefugnisse des Bundes ohne Verfassungsänderung ohnehin nicht berechtigt gewesen, da nach der Systematik der Verfassung die äußerste Grenze für die Verwaltungsbefugnisse des Bundes durch den Umfang der dem Bund zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen gezogen wird, die von Art. 73 Nr. 7 GG für das Sachgebiet der Telekommunikation nach wie vor mit dem Begriff "Fernmeldewesen" umschrieben werden.²⁴ Dem entsprechend ist auch das erforderliche Handlungsrecht des Bundes auf dem Gebiet der Telekommunikation – das von der Deutschen Bundespost TELEKOM nach Maßgabe des § 1 Abs. 5 Satz 2 FAG ausgeübt wird – unverändert als das Recht definiert, "Fernmeldeanlagen ... zu errichten und zu betreiben" (§ 1 Abs. 1 FAG). Das Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen stellt demgegenüber keine begriffliche Erweiterung dar, sondern wird – wie bereits erwähnt – in diesem Rahmen als begriffsideologisch (!) mit dem "geschäftsmäßigen Betreiben von Fernmeldeanlagen" angesehen.²⁵ Bereits aus diesen Darlegungen folgt, daß unabhängig von den in anderen Zusammenhängen mit dem Wort Telekommunikation bezeichneten und gemeinten Sachverhalten der rechtliche Bedeutungsinhalt mit dem bisherigen Bedeutungsinhalt von Fernmeldewesen vollkommen übereinstimmt.

bb) Der Begriffsinhalt der Regelungsmaterie Fernmeldewesen

Der Inhalt der Regelungsmaterie Fernmeldewesen ist im Grundgesetz selbst nicht näher erläutert. Das Bundesverfassungsgericht hat sich jedoch im Fernsehurteil²⁶ sowie in der Direkturf-Entscheidung²⁷ ausführlich zum Begriffsinhalt des Kompetenztitels Fernmeldewesen geäußert. Als Essenz dieser Entscheidungen lassen sich zusammenfassend folgende Thesen aufstellen:

- Gegenstand des Fernmeldewesens ist die körperlose Nachrichtenübermittlung mit Hilfe technischer Einrichtungen in der Weise, daß die ausgesandte Nachricht am Empfangsort wiedererzeugt wird. Zum Fernmeldewesen gehören damit auf jeden Fall die Fernmeldeanlagen im Sinne des § 1 FAG einschließlich der Endgeräte als Quelle und Senke des Nachrichtenverkehrs.²⁸
- Fernmeldewesen ist ein entwicklungsöffener Begriff, der auch neue, bisher nicht bekannte Übertragungstechniken in sich einschließt.²⁹
- Das Fernmeldewesen ist sachlich auf die Übermittlung von sendefertigen Signalen in die Ferne beschränkt, so daß die Phase der Herstellung von Signalen – beim Rundfunk etwa die Studioteknik – nicht mehr zum Fernmeldewesen gerechnet werden kann.
- In diesem beschriebenen Umfang umfaßt das Fernmeldewesen nicht nur die Fernmeldedienste der Deutschen Bundespost TELEKOM, sondern auch alle Tätigkeiten der Privaten im Fernmeldebereich.³⁰

cc) Zum Begriff der Fernmeldeanlage

Grundbegriff der gesetzlichen Regelung des Fernmeldewesens ist der Begriff der Fernmeldeanlage. Das FAG nimmt eine Bestimmung des Begriffs der Fernmeldeanlage nicht vor. Dies war im Hinblick auf eine vom Reichsgericht gegebene Definition aus dem Jahre

Essenz des "Fernsehurteils" und der "Direktruf-Entscheidung"

"Körperlose" Nachrichtenübermittlung

Grundlage: Die Definition des Reichsgerichts von 1889

²³ Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 37, linke Spalte.

²⁴ BVerfGE 78, S. 374 = Archiv PF 1989, S. 310, 315 (m. w. N.) mit Anmerkung Rütter.

²⁵ Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 60, rechte Spalte.

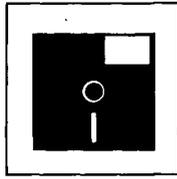
²⁶ BVerfGE 12, S. 205, 226.

²⁷ BVerfGE 46, S. 120, 139.

²⁸ Dabei ist nach dem sogenannten funktionalen Fernmeldeanlagenbegriff – im Gegensatz zur Theorie der Einheit der Drahtfernmeldeanlagen – jede technische Vorrichtung, die ihrem Zweck gemäß eine als eigenständig betrachtbare fernmeldemäßige Funktion ausübt, je allein für sich bereits als Fernmeldeanlage i. S. d. FAG anzusehen; grundlegend: Eidenmüller, Der Fernmeldeanlagenbegriff im Telekommunikationsrecht, DVBl. 1987, S. 522; vgl. ferner dazu: Rütter, a. a. O. (Fn. 12).

²⁹ Zur Dynamik des Begriffs Fernmeldewesen siehe auch Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 26, linke Spalte.

³⁰ Wiechert, Das Recht des Fernmeldewesens der Bundesrepublik Deutschland, Jb. d. DBP 1986, S. 119, 123.



"Nachricht":
Oberbegriff für
Übermittlungsinhalte

Beispiele für Fernmeldeanlagen

Der funktionale
Fernmeldeanlagenbegriff

Das Betreiben einer
Fernmeldeanlage

Telekommunikations-
dienstleistung:
Geschäftsmäßiges Erbringen
von Dienstleistungen mit
Fernmeldeanlagen

Die Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit

1889³¹ schon beim Erlaß des dem FAG vorangegangenen Telegraphengesetzes deshalb für entbehrlich gehalten worden, weil der Begriff durch diese Definition "hinlänglich gegen mißbräuchliche Auslegung geschützt" sei.³²

Die neuere Rechtsprechung, insbesondere die bereits oben erläuterte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, hat nähere Festlegungen getroffen. Entsprechend dem zum Fernmeldewesen Gesagten ist wesentlicher Zweck der Fernmeldeanlage die körperlose Nachrichtenbeförderung in der Weise, daß die ausgesandten Nachrichten – Nachrichten ist der Oberbegriff für Zeichen, Bilder, Töne, Daten und sonstige Übermittlungsinhalte – am Empfangsort wiedererzeugt werden. Dabei kommt es weder darauf an, welche Technik – analog oder digital – verwendet wird, noch darauf, ob die Nachricht am Empfangsort von Menschen unmittelbar sinnlich wahrgenommen wird.

Keine Fernmeldeanlagen sind also zum Beispiel solche Einrichtungen, bei denen zur Aufnahme und/oder Wiedergabe der von ihnen übermittelten Nachrichten am Empfangsort keine besonderen Vorrichtungen benötigt werden, wie etwa Leuchttürme, Sirenen, Nebelhörner, etc. Fernmeldeanlagen sind dagegen auch die nur einseitig gerichteten Verkehr dienenden Feuer- und Unfallmeldeanlagen³³ sowie die Anlagen zur Übermittlung von Fernmeß- und Fernwirksignalen³⁴, außerdem die allein dem Empfang von Signalen dienenden Einrichtungen wie Gemeinschaftsantennenanlagen³⁵ oder Radarwarngeräte.³⁶ Auch Mailboxen sind insoweit Fernmeldeanlagen, als sie derartige fernmeldemäßige Funktionen erfüllen.

Dabei ist nach dem jedenfalls nach der Postreform zugrunde zu legenden funktionalen Fernmeldeanlagenbegriff im Gegensatz zu der überkommenen Theorie von der Einheit der drahtgebundenen Fernmeldeanlagen³⁷ jede einzelne Vorrichtung, die eine als selbständig betrachtbare fernmeldemäßige Funktion ausübt, bereits für sich als eigenständige Fernmeldeanlage zu qualifizieren. Die Geltung des funktionalen Fernmeldeanlagenbegriffs ergibt sich deutlich aus § 2 Abs. 1 Satz 1 FAG. Nach dieser Vorschrift kann, "soweit dem Bund ein ausschließliches Recht zusteht", der BMPT "die Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb einzelner Fernmeldeanlagen" verleihen. Da der Bund ein ausschließliches Recht für Fernmeldeanlagen i. S. d. Theorie der Einheit der drahtgebundenen Fernmeldeanlagen – also einschließlich der End- und Vermittlungseinrichtungen – gar nicht mehr hat, ergibt diese Vorschrift nur Sinn, wenn – wie es bei Funkanlagen wegen der gesetzlichen Klarstellung ohnehin unstreitig ist (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 FAG) – auch der einzelne Übertragungsweg, die einzelne Endeinrichtung und die einzelne Vermittlungseinrichtung, soweit sie zur Vermittlung von Sprache für andere betrieben wird, bereits als eigenständige Fernmeldeanlage betrachtet wird.

c) Der Dienstleistungsbegriff in der Telekommunikation

Soweit Telekommunikationsdienstleister auch als "Betreiber von Fernmeldeanlagen" bezeichnet werden (vgl. § 1a Abs. 1 FAG), bedarf dies der genaueren Betrachtung. Das Betreiben von Fernmeldeanlagen wird allgemein sehr weit verstanden. Der Begriff umfaßt nicht nur den technischen Betrieb und sogar das bloße Vermarkten in Form des Weiterverkaufs von Telekommunikationsdiensten³⁸, sondern bereits das bloße Benutzen der von anderen bereitgestellten Fernmeldeanlagen.³⁹

Das reine Benutzen etwa des Telefondienstes und damit der dabei von der Deutschen Bundespost TELEKOM verwendeten Fernmeldeanlagen für Beratungs- und Auskunftsdienste macht diese aber noch nicht zu Telekommunikationsdienstleistungen i. S. d. FAG. Wie die amtliche Begründung eindeutig belegt, geht das FAG von einem im Vergleich zu der informationstheoretischen Terminologie⁴⁰ engeren Begriff der Telekommunikationsdienstlei-

31 RGSt 19, S. 55.

32 RT-Verhandig. 1890/92, Bd. 116, S. 2702.

33 Kammergericht, in: Wiechert/Schmidt, FernmRE 2.03.1 Nr. 2.

34 BGH, MDR 1981, S. 568.

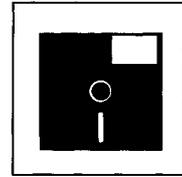
35 OLG München, in: Wiechert/Schmidt, FernmRE 2.01 Nr. 12.

36 So mit ausführlicher Begründung: BGHSt 30, S. 15; dies halte ich insoweit für zweifelhaft, als die nach dem Echolot-Prinzip verfahrenen Radarwarngeräte keine Nachrichten empfangen, sondern es erlauben, aus der Reflexion selbst ausgestrahlter Schwingungen Rückschlüsse zu ziehen.

37 Siehe schon Fn. 27.

38 Vgl. Rütter, a. a. O. (Fn. 3) zu diesem geschäftsmäßigen Betrieb.

39 BGH, MDR 1960, S. 476 = Archiv PF 1960, S. 100 mit Anmerkung Aubert.



stung aus.⁴¹ Gemeint ist danach nur der Diensteanbieter, der Dienstleistungen "mit Fernmeldeanlagen" erbringt, der selbst Fernmeldeanlagen in dem Sinne "geschäftsmäßig betreibt", daß er durch den Betrieb von Fernmeldeanlagen Nachrichten für andere⁴² übermitteln beziehungsweise übermitteln läßt, mithin nicht selbst Adressat oder Autor der Nachrichten ist, im Verhältnis zum Kunden nicht als Signalproduzent, sondern als Signaltransporteur auftritt. § 1 Abs. 4 Satz 1 FAG meint also denjenigen, dessen Dienstleistungsangebot durch den Betrieb eigener Endeinrichtungen und/oder Vermittlungsstellen beziehungsweise technischer Vorrichtungen mit entsprechenden Funktionen definiert ist. Unberührt bleibt die bereits vor der Postreform bestehende Handlungsfreiheit derjenigen, die im reinen Nutzungsbereich der Dienste der Deutschen Bundespost, Auskunfts-, Ansage- oder Auftragsdienste, wie zum Beispiel Wettervorhersage, Kinoansage, Börsennachrichten, Weckdienst oder ähnliches, erbracht haben. In diesen Fällen war und ist die Deutsche Bundespost der Telekommunikationsdiensteanbieter, der Informationsanbieter und seine Kunden sind die anderen.

Die bis hierhin geführte Darstellung entspricht im Ergebnis auch der Auffassung des BMPT, wie sie in dessen veröffentlichten Hinweisen zur Anzeigepflicht gemäß § 1a Abs. 1 FAG zum Ausdruck kommt. Der BMPT geht danach von folgenden Begriffsbestimmungen aus:⁴³

"Betreiber einer Fernmeldeanlage ist jede natürliche oder juristische Person, die als Verantwortlicher eine Fernmeldeanlage nutzt. Telekommunikationsdienstleistungen werden erbracht, wenn die an bestimmten Leistungsmerkmalen orientierte Übermittlung von Informationen über Übertragungswege, Wahl- oder Festverbindungen Inhalt geschäftlicher Beziehungen mit anderen ist."

Wie die Betonung der geschäftlichen Beziehung ausdrückt, sollen Freundschaftsdienste ohne Gewinnerzielungsabsicht, wie sie insbesondere beim Ein-Mann-Mailbox-Betrieb häufig vorkommen, nicht den Begriff der Dienstleistung erfüllen.

Betreiber einer Fernmeldeanlage

2. Die Grenzen der Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit

a) Das Netzmonopol

Nach § 1 Abs. 2 FAG steht dem Bund das ausschließliche Recht zu, Übertragungswege einschließlich der zugehörigen Abschlußeinrichtungen zu errichten und zu betreiben (Netzmonopol). Fraglich ist, wie sich das so legal definierte Netzmonopol gegenüber dem Bereich wirtschaftlicher Handlungsfreiheit Privater abgrenzt. Ein Abgrenzungsproblem Monopol zu Wettbewerb stellt sich hier insoweit, als auch die "jedermann" ermöglichten Dienstleistungen die Bereitstellung von Übertragungswegen beinhalten, wobei diese Dienste in der Regel – aber nicht zwingend – durch weitere Merkmale mit einem Mehrwert versehen werden. Die Lösung dieses Problems läßt sich nicht unmittelbar dem Gesetz entnehmen. Schärfere Abgrenzungen ergeben sich erst aus der Konzeption der Bundesregierung, den vom BMPT herausgegebenen "Eckpunkten" und Verwaltungsvorschriften zum Netzmonopol⁴⁴ und neuerdings der auf Grundlage des § 30 Abs. 1 PostVerfG erlassenen Tele-

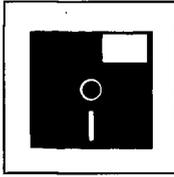
*Abgrenzung
"Netzmonopol" –
"Privatwirtschaftliche
Handlungsfreiheit"*

⁴⁰ Vgl. im einzelnen zur Terminologie: Rosenbrock, Mögliche Integration von Fernmeldediensten im digitalen Fernsprechnet, ZPF 1982 (9), S. 24; Scherer, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, Baden-Baden 1985, S. 36 ff., 629 ff. mit Verneinung der verfassungsrechtlichen Kompetenz der DBP zur Erbringung von Informationsdiensten; eingehend zu der diesbezüglichen Problematik der Einordnung der Informationsdienste wegen ihres Charakters als Signalproduktion und -speicherung; von Petersdorff, Medienfunktionen und Fernmeldewesen, Braunschweig 1984, S. 117 ff.; zur rechtlichen Bewertung von TELEBOX unter diesen Aspekten: H. Redeker, Neue Informations- und Kommunikationstechnologien und bundesstaatliche Kompetenzordnung, München 1988, S. 118 f.

⁴¹ Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 60.

⁴² Soweit § 1a Abs. 1 FAG betont, daß es um "Betreiber von Fernmeldeanlagen, die Telekommunikationsdienstleistungen ... für andere erbringen" geht, erscheint mir diese Wortwendung partiell pleonastisch, da der Bezug auf andere dem Begriff der Dienstleistung immanent ist.

⁴³ VfG BMPT 121/1990, veröffentlicht in Amtsblatt 68 vom 23. August 1990, S. 1276; die EG-Diensterichtlinie, a. a. O. (Fn. 7), definiert Telekommunikationsdienste als "... die Dienste, die ganz oder teilweise aus der Übertragung und Weiterleitung von Signalen auf dem öffentlichen Telekommunikationsnetz durch Telekommunikationsverfahren bestehen, mit Ausnahme von Rundfunk und Fernsehen; ...". Die genannte Ausnahme macht das FAG nicht.



Mietleitungsnutzer und Kanalteilung

kommunikationsverordnung (TKV).⁴⁵ Demnach ist bei der Abgrenzung zwischen Monopol und Wettbewerb im Dienstleistungsbereich grob zu unterscheiden zwischen den netzbezogenen Funktionen der Übertragungstechnischen Einrichtungen und Abschlußeinrichtungen, als deren Ergebnis sich die diensteneutrale Übertragungsleistung ergibt (Monopol), und den dienstespezifischen Funktionen der Vermittlungs- und Endeinrichtungen, als deren Ergebnis sich die von § 1 Abs. 4 Satz 1 FAG ausdrücklich für den Wettbewerb freigegebene Telekommunikationsdienstleistung darstellt. Da hiernach ohne weitere Genehmigung/Lizenz private Mietleitungswählnetze – wie z. B. das von EUNet – ermöglicht sind, ist die gesetzgeberische Bezeichnung "Netzmonopol" zumindest mißverständlich.

Im einzelnen wichtig für Mietleitungsnetzbetreiber unter dem hier behandelten Aspekt sind vor allem die §§ 19, 22 TKV. Danach ist der Kunde (= Mietleitungsnutzer) berechtigt, bereitgestellte Übertragungswege freizügig zu nutzen sowie untereinander und mit anderen Fernmeldeanlagen zusammenzuschalten (§ 22 TKV). § 19 TKV verpflichtet die Deutsche Bundespost TELEKOM, Übertragungswege mit diensteneutralen Schnittstellen bereitzustellen, d. h. nach der Begriffsbestimmung in § 2 Nr. 9 TKV mit solchen "Schnittstellen, die eine Informationsübertragung in der Weise gewährleisten, daß eine beliebige Folge von Signalen übertragen werden kann, der Kunde freizügig auf die gesamte Übertragungskapazität des Übertragungsweges zugreifen kann und der Verwendungszweck aller zu übertragenden Signale (mit Ausnahme der Zeichen zum Erkennen der Betriebsfähigkeit des Übertragungsweges) ausschließlich vom Kunden bestimmt werden kann." Vorbehaltlich des Telefondienstmonopols ist damit auch die Kanalteilung zulässig.⁴⁶

Im Ergebnis läßt sich festhalten, daß sich für private Telekommunikationsanbieter, die ihre Dienste auf Grundlage der von der Deutschen Bundespost TELEKOM bereitgestellten Übertragungswege erbringen, keinerlei Beschränkungen aus dem Gesichtspunkt des Netzmonopols ergeben.

b) Das Telefondienstmonopol

Legaldefinition des § 22 II 2 TKV

Eine Grenze für die eben erläuterte freizügige Nutzung zieht § 22 Satz 2 TKV aber ausdrücklich " ... für das Betreiben von Fernmeldeanlagen, soweit es der Vermittlung von Sprache für andere dient ... " (Telefondienstmonopol, vgl. § 1 Abs. 4 Satz 2 FAG). Im einzelnen ist diese Legaldefinition, insbesondere der Vermittlungsbegriff, sehr streitig.⁴⁷ Auch zur Konkretisierung des Telefondienstmonopols hat der BMPT Eckpunkte herausgegeben.⁴⁸

Eckpunkte des BMPT

Hier genügt es für an Sprachboxdiensten interessierte Anbieter folgendes festzuhalten: Der Telefondienst ist im Wesen dadurch gekennzeichnet, daß er zu den Diensten gehört, " ... bei denen aus der Sicht der Nutzer die Sprachübertragung den Hauptzweck darstellt und die ohne die unveränderte zeitgleiche Übertragung der Sprache nicht sinnvoll erbracht werden können." ⁴⁹ Plastisch drückt dies der englische Fachausdruck "live speech" aus. Mit dieser Begriffsbestimmung soll zwar " ... auch die Sprachvermittlung mit Abweichungen vom Standard sowie Weiterentwicklungen und Ergänzungen des derzeitigen Telefondienstes

⁴⁴ Eckpunkte zur Beschreibung des Netzmonopols des Bundes; Konkretisierung der Befugnis der Deutschen Bundespost TELEKOM zur Ausübung des Netzmonopols vom 26. September 1990 und neuerdings die diesbezügliche Verwaltungsvorschrift, veröffentlicht in: BMPT-Amtsblatt Nr. 56 vom 10. Oktober 1991, S. 2168, VIG 213/1991. Der BMPT ist der Auffassung, die Übertragung und Konkretisierung der Befugnisse der DBP TELEKOM im Monopolbereich hätten durch Verwaltungsvorschriften zu erfolgen, vgl.: Mitt. BMPT 2011/1990, Weiterübertragung der Befugnis zur Ausübung der dem Bund gemäß § 1 Abs. 1, 2 und 4 FAG zustehenden Rechte auf die DBP TELEKOM – Verwaltungsvorschrift – vom 27. Januar 1990, BMPT Amtsblatt 95 vom 13. Dezember 1990, S. 1887. Hierzu besteht Streit. Vgl. i. S. d. BMPT: Ossenbühl, Die Übertragung der Befugnis zur Ausübung der dem Bund gemäß § 1 Abs. 5 Satz 2 Gesetz über Fernmeldeanlagen (FAG), Archiv PF 1991, S. 141 und dagegen: Rütter, a. a. O. (Fn. 10), S. 79 ff. Soweit mit Verwaltungsvorschriften EG-Richtlinien umgesetzt werden sollen, ist dies entsprechend den beiden Entscheidungen des EuGH zur Umsetzung der sogenannten Blei- und SO2-Richtlinien in der Bundesrepublik mittels der TA Luft (EuZW 1991, S. 440 und S. 442 – Kommission/Bundesrepublik Deutschland) gemeinschaftsrechtswidrig; vgl. dazu: Langenfeld/Schlemmer-Schulte, Die TA Luft – kein geeignetes Instrument zur Umsetzung von EG-Richtlinien, EuZW 1991, S. 622.

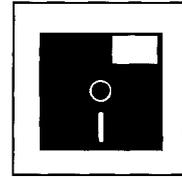
⁴⁵ BGBl. I S. 1376 vom 29. Juni 1991; erlassen unter dem 24. Juni 1991, im wesentlichen in Kraft seit dem 1. Juli 1991 (§ 16 Abs. 1).

⁴⁶ Vgl. dazu: Rütter, a. a. O. (Fn. 9), S. 70 ff. zur Frage der Zugehörigkeit der Kanalteilung zum Netzmonopol.

⁴⁷ Vgl. Scherer, Zum Bedeutungsinhalt des Begriffs "Vermittlung" in § 1 Abs. 4 Satz 2 FAG, Archiv PF 1991, S. 268 und demgegenüber Rütter, a. a. O. (Fn. 10), S. 74 ff. sowie F. Kirchner, Die Reichweite des Telefondienstmonopols nach § 1 Abs. 4 S. 2 Fernmeldeanlagengesetz, Jb. d. DBP 1991 (Vorabdruck).

⁴⁸ Eckpunkte zur Beschreibung des Telefondienstmonopols des Bundes; Konkretisierung der Befugnis der Deutschen Bundespost TELEKOM zur Ausübung des Telefondienstmonopols vom 18. Februar 1991.

⁴⁹ Aml. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 61, rechte Spalte.



...⁵⁰ umfaßt sein. Zum Wettbewerbsbereich zählen schon nach der amtlichen Begründung jedoch expressis verbis Sprachspeicherdienste, "... die zur deutlich zeitversetzten Übermittlung von gesprochenen Mitteilungen dienen (kein Dialog) ..." ⁵¹, oder Dienste, die Sprache umformen, wie zum Beispiel in Computersprache oder Fremdsprachen, und ohnehin, wie bereits erörtert, alle Dienste im reinen Nutzungsbereich des Telefondienstes der Deutschen Bundespost TELEKOM.

3. Die Grundlagen der Telekommunikationsdienstleistungsfreiheit

Bereits aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und speziell aus § 8 i. V. m. § 1 Abs. 1, 2 und 4 FAG ergeben sich für die Deutsche Bundespost TELEKOM als Kehrseite der Monopolrechte des Bundes eine Bedienpflicht und ein Kontrahierungszwang bezüglich privater Diensteanbieter, die auf den Monopoldiensten der Deutschen Bundespost TELEKOM auf-sattelnd Mehrwertdienste erbringen wollen.⁵² Diese Bereitstellungspflichten werden durch die TKV konkretisiert.⁵³ An dieser Stelle müssen einige wenige Hinweise genügen.

Die Leistungen der Deutschen Bundespost TELEKOM im Rahmen des Netzmonopols ergeben sich vor allem aus den §§ 19 - 22 TKV. Die dort vorgeschriebenen Parameter beziehen sich schwerpunktmäßig auf Schnittstellenbedingungen, Gesamtangebot, Qualität, Bereitstellungsfristen, Nutzung und Zusammenschaltungsmöglichkeiten. Relevant ist zudem § 9 TKV, der allgemeingültige Aussagen über Art und Umfang der Leistungspflichten der Deutschen Bundespost TELEKOM enthält. Nach § 9 Abs. 2 TKV hat die Deutsche Bundespost TELEKOM die europäischen Normen von Schnittstellen und von Dienstleistungsmerkmalen, die nach Art. 5 Abs. 1 der ONP-Richtlinie veröffentlicht worden sind, zu berücksichtigen. Hervorzuheben ist weiterhin der gemäß § 10 TKV auf Verlangen des Kunden bereitzustellende umfangreiche Entstörungsdienst (auch nachts und an Sonn- und Feiertagen).

Die Leistungen im Rahmen des Telefondienstmonopols sind in den §§ 23 - 25 TKV geregelt, die Vorgaben für die Bereitstellung von Anschlüssen, Qualität, Nutzung und Zusammenschaltung machen.⁵⁴ Erwähnenswert ist für die hier interessierenden Zusammenhänge § 23 Abs. 2 TKV, der lautet:

"Der Anschluß des Telefondienstes ist mit einer Einrichtung zu versehen, die den Abschluß des Netzes der Deutschen Bundespost TELEKOM darstellt. Diese Abschlußeinrichtung ist an einer mit dem Kunden zu vereinbarenden geeigneten Stelle zu installieren. Bei Anschlüssen des Telefondienstes an das analoge Netz ist sie in der Form einer Telekommunikations-Anschluß-Einheit nebst passivem Prüfabschluß herzustellen."

Bedienpflicht und Kontrahierungszwang

Die Leistungen der Telekom im Rahmen des Netzmonopols

Die Leistungen im Rahmen des Telefondienstmonopols

Wortlaut des § 23 II TKV

⁵⁰ Amtl. Begr. RegE, BT-Drs. 11/2854, S. 61, rechte Spalte.

⁵¹ A. a. O. (Fn. 49).

⁵² Vgl. zu diesem postalischen Zulassungszwang: BVerwGE 36, S. 352, 356; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 12. März 1986 - 7 K 793/85 -, S. 5 f. der Ausfertigung.

⁵³ Weitere Konkretisierungen ergeben sich künftig aus der gemäß Art. 6 i. V. m. Art. 4, 5 Anh. 1 ONP-Richtlinie zu erlassenden Einzelrichtlinie für Mietleitungen; vgl. dazu den entsprechenden Vorschlag der Kommission, KOM (91) 30 endg. - SYN 328, ABl. Nr. C 58/10 vom 7. März 1991. Hinsichtlich der in der TKV vorgesehenen Privilegierungen z. B. bezüglich der Haftung (vgl. § 17 TKV) stellt sich für private Anbieter, die durchweg an das AGBG gebunden sind, das Problem der Weitergabe dieser Bedingungen an den Endverbraucher.

⁵⁴ Zur Vorbereitung der aufgrund der ONP-Richtlinie zu erlassenden Einzelrichtlinie für den Sprach-Telefondienst, die weitere Konkretisierungen zu den Pflichten der DBP TELEKOM in diesem Bereich kreieren wird, hat die Kommission ihren diesbezüglichen Untersuchungsbericht allen Betroffenen gemäß Art. 4 Abs. 4 der ONP-Richtlinie zur Stellungnahme vorgelegt; vgl. ABl. EG Nr. C 197/12 vom 26. Juli 1991.