

Das Telekommunikationsgesetz (TKG) als Herausforderung für die Verfassungs- und Verwaltungsrechtsdogmatik*

Gliederung:

I. Einführung

1. Von der Postreform I zum Telekommunikationsgesetz
2. Telekommunikationsgesetz und andere medienrechtliche Gesetze

II. Ausgewählte Schwerpunktfragen

1. Universaldienste
2. Lizenzierungsverfahren
3. Entgeltregulierung
4. Wegenutzung
5. Datenschutz

III. Fazit

I. Einführung

1. Von der Postreform I zum Telekommunikationsgesetz

Bis Mitte der 80er Jahre durfte die im mündlichen Staatsexamen gestellte Frage, was eigentlich die Deutsche Bundespost sei, mit guter Aussicht auf wohlwollende Bewertung durch die Prüfer dahingehend beantwortet werden, hierbei handle es sich um eine Einrichtung, die Briefe und Beamte befördere. Mittlerweile, also nicht einmal zehn Jahre später, gibt es eine Deutsche Bundespost schon lange nicht mehr.¹ Das ehemalige Staatsunternehmen ist in zwei Schritten reformiert worden.² Mit der am 1. 7. 1989 in Kraft getretenen sog. Ersten Postreform wurde das Sondervermögen Deutsche Bundespost in die Unternehmen Deutsche Bundespost Telekom, Deutsche Bundespost Postdienst und Deutsche Bundespost Postbank als Teilsondervermögen aufgeteilt.³ Bei den drei Teilsondervermögen handelte es sich jedoch noch um Einrichtungen der staatlichen Daseinsvorsorge. Für den Telefonbereich behielt die Deutsche Bundespost Telekom ein Monopol hinsichtlich der Übertragungswege und des Sprachtelefondienstes. Nur Teilbereiche, nämlich die sog. Dienste und der Endgerätemarkt wurden für den Wettbewerb geöffnet.⁴

Die zweite Postreform vom 1. Januar 1995 wandelte die Postunternehmen in Aktiengesellschaften (Deutsche Telekom AG, Deutsche

Post AG und Postbank AG) um.⁵ Als Holding für die Aktienanteile fungiert seitdem eine „Bundesanstalt für Post und Telekommunikation“. Durch Verfassungsänderung in Gestalt der Einführung von Art. 87f GG wurde der Bund verpflichtet, im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Mittlerweile ist durch den Verkauf von Aktien vor allem der Deutschen Telekom AG aus der formellen jedenfalls teilweise auch eine materielle Privatisierung geworden.

Seit dem 1. 1. 1998 ist nun eine Art dritte Postreform oder jedenfalls Postteilreform umgesetzt worden. Das 1996 in Kraft getretene Telekommunikationsgesetz beseitigt mit Wirkung zum 1. 1. 1998 die bisherigen Monopole der Deutschen Telekom AG.⁶ Damit herrscht in einem zentralen Bereich einer modernen Dienstleistungsgesellschaft Wettbewerbsfreiheit. Die Bedeutung des Marktes Telekommunikation läßt sich anhand weniger Zahlen belegen.⁷ Es wird davon ausgegangen, daß weltweit der Gesamtmarkt der Telekommunikation von einem Volumen von 880 Milliarden DM (1994) auf ca. 1,5 Billionen DM im Jahr 2000 ansteigen wird. In Europa soll der Gesamtumsatz für Multimediaanwendungen von derzeit ca. 2,5 Milliarden DM (1997) auf etwa 60 Milliarden DM im Jahr 2000 steigen.⁸

Privatisierung und Liberalisierung garantiert jedoch noch keine funktionierende Wettbewerbsstrukturen. Die Deutsche Telekom AG hat mit ihrem nahezu flächendeckendem Festnetz, ihren 40 Millionen Kundenverbindungen, ihrem Know-How und den hervorragenden Zugangsmöglichkeiten zum Kapitalmarkt einen gegenüber den Konkurrenten enormen Wettbewerbsvorsprung. Zudem steigt mit wachsendem Kostendruck auf die Telekom jedenfalls bei neuen technischen Entwicklungen auch die Gefahr einer nicht ausreichenden Versorgung von ländlichen bzw. strukturschwachen Räumen. Deshalb wird der Infrastrukturauftrag des Art. 87f GG besonders durch die jetzt stattgefundenen Liberalisierung des Telefonmarktes aktuell. Instrument zur Umsetzung des Verfassungsauftrages des Art. 87f GG ist insbesondere das Telekommunikationsgesetz. Ihm liegt das Konzept der sog. asymmetrischen Regulierung zugrunde.⁹ Die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes gelten zwar im Grundsatz für jedermann. Die Eingriffsbefugnisse richten sich jedoch de facto vor

* Antrittsvorlesung des Verfassers, gehalten am 04. 12. 1998 vor der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg. Die Vortragsform wurde beibehalten.

1 Zur Entwicklung siehe *Börusen*, ZG 1986, 323 ff.; *Gramlich*, VerArch. 1997, 598 (605 ff.).

2 Vgl. auch *Scholz*, ArchPT 1996, 95 (98).

3 *Lammich*, TKG, Einführung, Seite 1; *Scheerer*, NJW 1996, 2953 ff.

4 *Lammich*, TKG, Einführung, Seite 2.

5 *Lammich*, TKG, Einführung, Seite 2.

6 Vgl. allgemein auch *Hill/Großmann*, BB 1996, 169 ff.; *Hefekäuser/Wehner*, CR 1996, 698 ff.; *Schwintowski*, CR 1997, 630 ff.

7 *Lammich*, TKG, Einführung, Seite 2.

8 Vgl. auch *Püttner*, ArchPT 1996, 307 (309); Der Jahresumsatz im Bereich der Telekommunikation wird im Jahr 2003 in Deutschland etwa ein Volumen von 94 Mrd. DM Jahresumsatz erreichen.

9 *Spoerr/Deutsch*, DVBl. 1997, 300 (302).

allem gegen die Deutsche Telekom AG. Ohne staatliche Intervention zu deren Lasten und zugunsten neuer Anbieter – so die Auffassung des Gesetzgebers – kann ein funktionierender Wettbewerb nicht in Gang kommen. Die Telekom muß dazu gezwungen werden, den anderen Anbietern faire Preise für die Benutzung des Netzes der Telekom zu gewähren. Kunden müssen die Chance erhalten, den Anbieter zu wechseln, ohne mit übertriebenen Gebührenforderungen der Telekom davon abgehalten zu werden. Zusammenschaltungen mit dem Netz der Telekom müssen sichergestellt werden und es muß verhindert werden, daß die Telekom die anderen Anbieter auf sonstige Weise, etwa durch die Preisgestaltung, aus dem Markt herausdrängt.

Die Bedeutung, die Regierung und Gesetzgeber den Telekommunikationsrecht einräumen, wird insbesondere in Gestalt der Regulierungsbehörde deutlich. Sie ist die zum Vollzug des Telekommunikationsgesetzes zuständige Stelle. Dem Bundeskartellamt wird mit der Errichtung dieser Behörde die Kompetenz zur Ordnung des Marktgeschehens im Bereich der Telekommunikation abgesprochen. Gleichzeitig bietet sich für die Öffentlichrechter an den Universitäten die Gelegenheit, das Telekommunikationsrecht selbst zu betreiben und es nicht wie das Kartellrecht den Wirtschafts- und damit Privatrechtlern zu überlassen. Mit einem Etat von 365 Millionen DM für 1998 übertrifft die Regulierungsbehörde den Etat des früheren Postministeriums um 21 Millionen DM, obwohl die Regulierungsbehörde nicht immer alle Zuständigkeiten des bisherigen Postministeriums übernimmt. Die Personalausstattung mit ca. 3000 Mitarbeitern ist üppig bemessen, ebenso die Gehälter der Behördenspitze.¹⁰ Gleichwohl genügt die Regulierungsbehörde europarechtlichen Vorgaben nicht. Es fehlt an der von Art. 7 RL 90/388/EWG geforderten Unabhängigkeit von den Telekommunikationsunternehmen. Die Regulierungsbehörde untersteht als Bundesoberbehörde dem Bundesministerium für Wirtschaft. Der Bund selbst ist zu 80% Anteilseigner der Telekom und deshalb wirtschaftlich daran interessiert, daß nicht zu stark gegen die Telekom interveniert wird.

Die wirtschaftlichen Wachstumsperspektiven des Telekommunikationsmarktes, der Interessengegensatz zwischen der Telekom und den neuen Anbietern, die Klagefreudigkeit der Telekom, die auf dem besten Wege ist, eine Spitzenstellung bei der Beschäftigung der deutschen Gerichte zu erlangen, sorgen dafür, daß der Bereich Telekommunikation ein rechtlicher Wachstumsbereich ist. Das Telekommunikationsrecht enthält allerdings jede Menge Abschreckungspotential für denjenigen, der sich mit ihm wissenschaftlich befassen will. Die Qualität der Gesetzgebung ist gering, technische Fragen erschweren den Zugang zu den juristischen Problemen und von der Kommission in Brüssel sind in den nächsten Jahren lawinenartig neue Richtlinien zu erwarten.¹¹ Möglicherweise bedarf der Ansatz der asymmetrischen Regulierung bald der Überprüfung, weil nicht nur über bisherige Fest- und Mobilfunknetze, sondern auch auf andere Weise telefoniert werden kann. Die Internet-Telefonie kann jedenfalls für den Telefax-Bereich zur Konkurrenz für die übrigen Netze werden, möglicherweise wird es technisch in den nächsten Jahren gelingen, Stromleitungen gleichzeitig als Telefonleitungen zu benutzen. Dann entfielen die überragende Marktstellung der Telekom schon aufgrund der neuen technischen

Entwicklungen. Die „Halbwertszeit“ der bestehenden Gesetze und Verordnungen dürfte deshalb gering sein. Die Einheit von Forschung und Lehre ist im Telekommunikationsrecht im speziellen und im Medienrecht allgemein kaum zu gewährleisten. Nicht nur die bayerische JAPO kennt das Medienrecht als Prüfungsgebiet.

Das Telekommunikationsrecht ist jedoch zu wichtig, um es allein den Medienrechtsspezialisten zu überlassen. Ohne die Verbindung zu den Grundlagenfächern des allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts kommt auch das Telekommunikationsrecht nicht aus.¹² Vor allem bieten andere Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts dogmatische Denkfiguren an, mit denen sich auch Fragen des Telekommunikationsgesetzes angemessen lösen lassen. Damit läßt sich in diesem Bereich sozusagen klassische juristische Dogmatik betreiben. Komplexität, die in Gestalt der Regelungen des Telekommunikationsgesetzes vor dem Rechtsanwender auftaucht, wird reduziert. Auslegungsfragen sind unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten Auslegungsgrundsätze sowie durch Rückverordnung im System des allgemeinen Verwaltungsrechts, des Verwaltungsprozeßrechts sowie durch Inkooperation von Denk- und Regelungsmodellen aus anderen Materien des besonderen Verwaltungsrechts zu lösen. Dies kann am besten nur in einem institutionell unabhängigen und thematisch breiten Rahmen wie an der Universität geschehen.

2. Telekommunikationsgesetz und andere medienrechtliche Gesetze

Das Telekommunikationsgesetz ist nur eines von vielen in letzter Zeit erlassenen Mediengesetzen. Mit dem „Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienste – Gesetz/IuKDG)“ hat der Bund u. a. ein Teledienstgesetz (TDG), ein Gesetz über den Datenschutz bei Telediensten (Teledienstedatenschutzgesetz TDDSG) und ein Gesetz zur digitalen Signatur (Signaturgesetz – SIG) erlassen.¹³ Die Länder haben in einem Staatsvertrag über Mediendienste Regelungen über das Angebot und die Nutzung von an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdiensten getroffen.¹⁴ Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Länder in diesem Bereich ist alles andere als gesichert. Die Staatspraxis verfährt derzeit nach einer Vereinbarung zwischen Bund und Ländern vom 18. 12. 1996.¹⁵ Ob die darin vorgenommene Unterscheidung von Telediensten und Mediendiensten jedoch auf Dauer tragfähig ist,¹⁶ ist jedoch zu bezweifeln. Die Länder berufen sich zur Wahrung ihrer Kompetenzen darauf, daß es sich etwa bei den Multimediadiensten, wie sie in § 2 Abs. 2 des Staatsvertrages über Mediendienste vom 1. August 1997 beschrieben sind, kompetenzrechtlich nicht um „Kommunikation“, sondern um „Rundfunk“ handele. Diese Begründung ist verfassungsrechtlich wenig überzeugend.¹⁷ Eine verfassungsrechtlich besonders geschützte Landeskompetenz für „Rundfunk“ oder „Kultur“ gibt es nicht. Das Grundgesetz kennt lediglich Länderkompetenzen dort, wo Bundeskompetenzen nicht bestehen oder nicht in Anspruch genommen werden. Der Bund verfügt jedoch nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG über die von der Verfassungsrechtsprechung traditionell weit ausgelegte Kompetenz für

10 Meldung der SZ Nr. 292 vom 19. 12. 1997, S. 26.

11 Zu den bisherigen Vorgaben des europäischen Rechts siehe Scherer, NJW 1996, 2953 (2954).

12 Siehe auch Gramlich, VerwArch. 1997, 598 ff.; Spoerl/Deutsch, DVBl. 1997, 300 ff.

13 Gesetz vom 22. 07. 1997 BGBl. I Nr. 52.

14 Siehe dazu etwa Kuch, ZUM 1997, 225 ff.

15 Siehe Engel-Flehsig, ZUM 1997, 231 (231).

16 Siehe dazu Engel-Flehsig, ZUM 1997, 231 ff.

17 Zum Rundfunkbegriff ausführlicher Bullinger, AfP 1996, 1 ff.; Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9 ff.; Kuch, ZUM 1997, 225 ff.; Scherer, AfP 1996, 213 ff.

das Wirtschaftsrecht. Mediendienste in Form von Verteildiensten zum direkten Angebot an die Öffentlichkeit hinsichtlich des Verkaufs, des Kaufs, der Miete oder der Pacht von Erzeugnissen (sog. Fernsehverkauf, siehe § 2 Abs. 2 Nr. 1 Staatsvertrag über Mediendienste) sind eindeutig wirtschaftlich motiviert und fallen daher in die Bundeskompetenz.¹⁸

Von diesem Kompetenzstreit ist das Telekommunikationsgesetz aber jedenfalls im Kern nicht berührt. Telekommunikation ist nach § 3 Nr. 16 TKG „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen“. Das Gesetz kümmert sich also gerade nicht um den Angebotsinhalt, so daß insofern eine Überschneidung mit Länderkompetenzen für den Rundfunk nur in Randbereichen auftritt.

II. Ausgewählte Schwerpunktfragen

1. Universaldienste

Mit dem Begriff „Universaldienst“ verbindet ein unvoreingenommener Betrachter des Rechtsgebietes Telekommunikationsrecht wenn überhaupt, dann Falsches. Der Begriff ist aus dem Amerikanischen übernommen worden und bedeutet letztlich das Gegenteil von dem, was er eigentlich bedeuten müßte. Es geht nicht um ein Zurverfügungstellen von „umfassenden“ Diensten, sondern um die Garantie eines Minimums. Die §§ 17 ff. TKG versuchen, die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Art. 87f Abs. 1 GG umzusetzen. Zu erbringen ist – so § 17 Abs. 1 Satz 1 TKG – ein „Mindestangebot an Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit, für die eine bestimmte Qualität festgelegt ist und zu denen alle Nutzer unabhängig von ihrem Wohn- und Geschäftsort zu einem erschwinglichen Preis Zugang haben müssen“. Der Umfang der Universaldienstleistungsverpflichtung ergibt sich aus der Telekommunikationsuniversaldienstverordnung (sog. TUDLV). Hierzu zählt vor allem die Bereitstellung eines Sprachtelefondienstes mit ISDN-Merkmalen (Integrated Services Digital Network). Was ISDN ist, dürfte aus der Fernsehwerbung bekannt sein. Sitzt man in der Badewanne und klingelt das Telefon, so kann man erkennen, ob der Chef oder die Freundin anruft. (Wohl aber nur dann, wenn der Anrufer selbst auch mit einem digitalisierten Gerät anruft). Und die Kinder können ihre eigene Rufnummer bekommen, damit die Eltern auch noch telefonieren können, was ab einem gewissen Alter von Kindern zum Problem werden soll.

Das Instrumentarium, welches das TKG zur Verfügung stellt, um den Universaldienst zu garantieren, ist detailliert und kompliziert. Am Anfang steht die Feststellung der Regulierungsbehörde, daß eine Universaldienstleistung nicht angemessen oder ausreichend erbracht wird (§ 19 Abs. 1 TKG). Ein marktbeherrschender Anbieter kann dann verpflichtet werden, die Universaldienstleistung zu erbringen. Unter mehreren marktbeherrschenden Anbietern kann die Regulierungsbehörde auswählen (§ 19 Abs. 3 TKG). Ansonsten ist die Universaldienstleistung auszuschreiben (§ 19 Abs. 6 TKG). Anzunehmen ist, daß Universaldienstleistungen in der Regel von Telekommunikationsanbietern deshalb nicht erbracht werden, weil ihre Erbringung keine Gewinne verspricht. Für diesen Fall sehen §§ 20, 21 TKG eine Universaldienstabgabe vor. Sie muß von den Lizenznehmern getragen werden, die auf dem jeweilig sachlich relevanten Markt tätig

sind und einen Anteil von mindestens 4 vom Hundert des Gesamtumsatzes auf sich vereinigen (§ 21 Abs. 1 Satz 1 TKG).

Bevor auf die rechtlichen Fragen eingegangen wird, die sich mit diesen Bestimmungen verbinden, sei kurz erwähnt, daß nicht sicher ist, ob diese Bestimmungen über die Universaldienstleistung jemals praktisch relevant werden. Viel wird insoweit jedenfalls kurz- und mittelfristig von der Geschäftspolitik der Deutschen Telekom AG abhängen. Das Unternehmen ist nicht daran gehindert, sich aus bestimmten Bereichen, die nicht kostendeckend sind, zurückzuziehen. Anschließend könnte es sich nach § 19 Abs. 2 mit der Erbringung der Leistung beauftragen lassen und beantragen, von etwaigen Mitkonkurrenten nach § 20 Abs. 2 Satz 2 TKG einen Ausgleich zu erhalten, was jedoch erst dann sinnvoll ist, wenn es auch entsprechende Mitkonkurrenten mit entsprechenden Marktanteilen gibt. Daran wird es möglicherweise zunächst mangeln. Es wird davon ausgegangen, daß „Arcor“ als vermutlich größter Konkurrent der Telekom im Jahr 2000 einen Marktanteil von 8%, Otelco und Viag Interkom 5% bzw. 2% erreichen. Zudem dürfte die Deutsche Telekom AG die Leistungen deshalb weiter erbringen, um etwaigen Mitbewerbern keine Marktnischen zu eröffnen, in denen diese sich etablieren könnten. Dann haben die Regelungen der §§ 17 ff. TKG nur für künftige technische Entwicklungen Bedeutung.

Ein erstes verwaltungsrechtliches Problem, das hier exemplarisch vorgestellt werden soll, ist die rechtliche Qualifikation der Feststellung durch die Regulierungsbehörden nach § 19 Abs. 1 Satz 1 TKG. Hierzu findet sich die Auffassung, es handle sich hierbei um einen der Anfechtungsklage zugänglichen Verwaltungsakt.¹⁹ Dies überzeugt nicht. Die Feststellung ist nicht auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet. Zwar bestimmt § 73 Abs. 1 Satz 2 TKG, daß die Beschluskammern der Regulierungsbehörde durch Verwaltungsakt entscheiden. Die Bekanntgabe der Unterversorgung ist aber noch keine „Entscheidung“. Selbst wenn man im übrigen der Auffassung wäre, es handle sich bei der Bekanntgabe nach § 19 Abs. 1 TKG um einen Verwaltungsakt, wäre damit der Weg in die gerichtliche Überprüfung nicht geebnet. Eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung würde an § 44a VwGO scheitern.

Kommt es zu einer Verpflichtung eines Anbieters zur Erbringung der Universaldienstleistung gemäß § 19 Abs. 2–4 TKG, hat der Verpflichtete (bzw. die Verpflichteten) gegebenenfalls einen Ausgleichsanspruch für die langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 20 Abs. 1 TKG gegen die Regulierungsbehörde (sog. Defizitausgleich). Die Regulierungsbehörde refinanziert sich über eine Universaldienstleistungsabgabe (§ 21 TKG). Sie trifft diejenigen Lizenznehmer, die auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt tätig sind und einen Anteil von mindestens 4 v. H. des Gesamtumsatzes dieses Marktes im Geltungsbereich des TKG auf sich vereinigen. Nach richtiger Auffassung gehört hierzu auch derjenige, der die Leistung selbst erbringt.²⁰ § 20 Abs. 1 und Abs. 2 TKG betreffen allein die Berechnung der Ausgleichshöhe. Die Verteilung des Ausgleichsbetrages auf die Lizenznehmer muß nach den Vorgaben des § 18 TKG erfolgen.²¹

Ob jedoch die Erhebung dieser Ausgleichsabgabe überhaupt verfassungsmäßig ist, ist umstritten.²² Angesichts der letztlich mißratenen Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts zu den nichtsteuerlichen Abgaben kann dies nicht verwundern. Die intensiven literarischen Bemühungen haben hieran nichts ändern

18 Siehe auch Scherer, AfP 1996, 213 (218); Anders etwa Knothe, AfP 1997, 494 ff.; Kuch, ZUM 1997, 225 (228); Ring, ZUM 1996, 448 ff.

19 Schütz/Cornils, DVBl. 1997, 1146 811499; BeckTKG/Schütz, § 19 RdNr. 7.
20 Schütz/Cornils, DVBl. 1997, 1146 (1153).

21 Schütz/Cornils, DVBl. 1997, 1144 (1153).

22 Vgl. etwa Schwintowski, CR 1997, 630 (633). Siehe auch Heimlich, NVmZ 1998, 122 ff.

können. Auch nach der Wasserpennig-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²³ ist das „Prüfungsraster“ für solche Abgaben nicht wesentlich klarer geworden. Feststellen läßt sich aber, daß die „Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung“²⁴, die das BVerfG in seiner Wasserpennig-Entscheidung in den Vordergrund gerückt hat, durch die Abgabe nicht berührt wird, und zwar schon deshalb nicht, weil die Einnahmen einen von vornherein objektiv bestimmten Umfang haben und nur für einen ganz bestimmten isolierten Zweck, nämlich den Defizitausgleich erhoben werden. Die Abgabe ist ein „durchlaufender Posten“, dessen Einstellung in den Haushaltsplan verfassungsrechtlich nicht nur nicht geboten, sondern darüber hinaus sinnlos wäre. Sie ist daher nicht „haushaltsflüchtig“, da sie ohnehin nicht in den Bundeshaushalt hineingehört. Die Gesetzgebungskompetenz für diese Abgabe liegt ebenfalls unstreitig beim Bund, Auswirkungen auf die Ertragshoheit von Bund bzw. Ländern hinsichtlich zugewiesener Steuerquellen sind nicht zu erkennen. Es läßt sich daher feststellen, daß verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Abgabe dem Grund nach nicht zu erheben sind.

Verfassungsrechtlich problematisch ist hingegen die Bestimmung des Kreises der Ausgleichspflichtigen.²⁵ Ausgleichspflichtig sind nach § 21 Abs. 1 TKG die Lizenznehmer, die auf dem sachlich relevanten Markt einen Marktanteil von mindestens 4 von Hundert haben. Nach § 1 Nr. 2 TUDLV gehören jedoch auch die nichtlizenzpflichtigen Telekommunikationsdienstleistungen zum Bereich des Universaldienstes, beispielsweise die flächendeckende Bereitstellung von öffentlichen Telefonzellen. Vorläufig wird man eine Ausgleichspflicht nur der *Lizenznehmer* (und nicht derjenigen, die nichtlizenzpflichtige Leistungen erbringen) damit rechtfertigen können, daß derzeit wohl nur Lizenznehmer auch in den nicht lizenzpflichtigen Bereichen tätig sind. Soweit jedoch entsprechende Spezialanbieter mit entsprechenden Marktanteilen in nicht lizenzpflichtigen Bereichen entstehen, wäre eine Beschränkung der Abgabepflicht im § 21 TKG auf die Lizenznehmer mit Art. 3 Abs. 1 nicht zu vereinbaren und damit verfassungswidrig.

2. Das Lizenzierungsverfahren

Bestimmte Telekommunikationsdienstleistungen dürfen nur dann erbracht werden, wenn der Anbieter über eine entsprechende Lizenz verfügt. Lizenzpflichtig sind das Betreiben von Übertragungswegen, die die Grenze eines Grundstücks überschreiten und für Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit genutzt werden (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 TKG) und das Anbieten von Sprachtelefonien auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsnetze (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 TKG).²⁶

Die Entscheidung über die Lizenzerteilung ist vom Gesetzgeber nach herrschender Meinung als gebundene Entscheidung ausgestaltet.²⁷ Aus dem Gesetzestext selbst ist dieser Schluß allerdings nicht zu ziehen. § 8 Abs. 1 Satz 1 TKG sagt nur, daß ein schriftlicher Antrag erforderlich ist, damit die Lizenz erteilt werden kann, nicht daß sie erteilt werden muß. § 8 Abs. 2 Satz 2 TKG läßt in Abweichung zu § 36 Abs. 2 VwVfG nachträgliche Auflagen zu, so daß der Vorschrift auch

dann ein eigener Anwendungsbereich zukommt, wenn es sich bei der Entscheidung über die Lizenzerteilung um eine Ermessensentscheidung handeln würde. § 8 Abs. 3 TKG nennt die Versagungsgründe, bei deren Vorliegen die Genehmigung zu versagen ist. Die Vorschrift ist jedoch deutlich anders formuliert als etwa die Regelung in der Landesbauordnung über die Erteilung der Baugenehmigung als klassischer Fall einer gebundenen Entscheidung.²⁸ Ein weiteres Argument gegen die Annahme, es handle sich um eine gebundene Entscheidung, folgt aus § 8 Abs. 2 Satz 1 TKG. Bei der *Lizenzerteilung* sind die Regelungsziele des § 2 Abs. 2 TKG zu beachten, etwa die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs oder die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung. Dies kann sich gesetzessystematisch nicht auf die Erteilung von Auflagen beziehen, da hierfür § 8 Abs. 3 Satz 2 TKG eine Sonderregelung enthält. Die Beachtung von Regulierungszielen kann aber nur dadurch erfolgen, daß eine Lizenz auch versagt werden darf, wenn keiner der Gründe des § 8 Abs. 3 TKG nicht vorliegt. Man braucht hierbei nicht soweit zu gehen, anzunehmen, daß es sich bei der Entscheidung über die Lizenzerteilung um eine Ermessensentscheidung handle. Es genügt die Feststellung, daß ein Widerspruch zu den Regulierungszielen einen eigenständigen Versagungsgrund bildet. Dabei ist es denkbar, daß die Regulierungsziele teilweise die eine, teilweise die andere Entscheidung fordern würden. In solchen Fällen hat die Regulierungsbehörde einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbareren Gestaltungsspielraum. Die Struktur der Entscheidung nach § 8 TKG faßt deshalb nicht völlig in das Denkschema, wonach nur zwischen gebundenen und Ermessensentscheidungen zu differenzieren ist. Es handelt sich vielmehr um eine gebundene Entscheidung mit einem sachlich begrenzten Entscheidungs- und damit auch Ablehnungsspielraum für die Regulierungsbehörde.

Eine Lizenz zur Erbringung lizenzpflichtiger Telekommunikationsdienstleistungen kann dann verweigert werden, wenn die Regulierungsbehörde über keine nutzbaren Frequenzen verfügt (§ 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 TKG). In solchen Fällen sieht § 11 TKG alternativ ein Versteigerungs- oder ein Ausschreibungsverfahren vor. Beim Versteigerungsverfahren (§ 11 Abs. 4 TKG) wird über den Preis festgestellt, welche Anbieter die Frequenzen voraussichtlich am effektivsten nutzt.²⁹ Beim Ausschreibungsverfahren entscheidet die Regulierungsbehörde, welcher Bewerber am ehesten in der Lage ist, „die Nachfrage der Nutzer nach der zu lizenzierenden Telekommunikationsleistung für die Öffentlichkeit zu befriedigen“ (§ 11 Abs. 6 Satz 1 TKG). Hier entfällt die Vermutung, daß das derjenige ist, für die Lizenz den höchsten Preis zu bezahlen.³⁰ Im Grundsatz ist also das Versteigerungsverfahren durchzuführen, das Ausschreibungsverfahren kommt nur dann in Betracht, wenn mit dem Versteigerungsverfahren die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG nicht erreicht werden können. Konkretisierend regelt § 11 Abs. 2 Satz 2 TKG, daß eine Gefährdung der Regulierungsziele insbesondere dann gegeben sei, wenn bereits eine Lizenz ohne Durchführung eines Versteigerungsverfahrens erteilt worden ist oder ein Antragsteller als Lizenznehmer oder ein Nutzer der zu lizenzierenden Dienstleistung die im Rahmen der Lizenzvergabe zuzuteilenden Frequenzen eine gesetzlich begründete Präferenz geltend machen kann. Mit der ersten Variante des § 11 Abs. 2 Satz 2 TKG soll offensichtlich verhindert werden, daß ein

23 BVerfGE 93, 319 ff.

24 Siehe dazu BVerfGE 93, 319 (342).

25 Vgl. dazu *Schütz/Cornils*, DVBl. 1997, 1146 (1149).

26 Zur Lizenzpflicht siehe etwa *Nolte*, CR 1996, 459 ff.

27 Vgl. *Scherer*, NJW 1996, 2953 (2956). Siehe weiterhin *Gramlich*, VerArch. 1997, 598 (631).

28 Siehe Art. 72 Abs. 1 Satz 1 BayBO: „Die Baugenehmigung darf nur versagt werden, wenn das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften ... widerspricht.“

29 Zu den europarechtlichen Fragen des Versteigerungsverfahrens siehe *Koenig/Schäfer*, K & R 1998, 243 ff.

30 *Nolte*, CR 1996, 459 (462).

bereits lizenzierte Teilnehmer (beispielsweise die Deutsche Telekom AG) an der Versteigerung teilnimmt.³¹ Dieses Ergebnis ließe sich allerdings einfacher dadurch erreichen, daß man bereits lizenzierte Anbieter vom Versteigerungsverfahren ausschließt, was nach § 11 Abs. 4 TKG möglich sein sollte. Auch die zweite Variante des § 11 Abs. 2 Satz 2 TKG birgt Unklarheiten. Gedacht ist wohl daran, daß aufgrund von Bestimmungen außerhalb des TKG Ansprüche auf die Zuteilung von Frequenzen bestehen.³² Die Ermessensentscheidung zwischen Ausschreibungs- und Versteigerungsverfahren führt zu höheren Marktzutrittskosten für neue Anbieter. Die Regulierungsbehörde muß darauf Bedacht nehmen, daß (etablierte) Anbieter auf diese Weise keine Wettbewerbsverzerrungen oder Markteintrittsbarrieren zum Nachteil neuer Marktteilnehmer herbeiführen.³³ Denkbar ist es auch, daß durch ein Versteigerungsverfahren die Preise für die Verbraucher unverhältnismäßig steigen würden.³⁴ Konkurrenten, die aufgrund einer Entscheidung der Regulierungsbehörde bei einer Beschränkung der Zahl der Lizenzen nicht zum Zuge gekommen sind, werden gegebenenfalls nach Rechtsschutzmöglichkeiten suchen. Dazu läßt sich feststellen, daß das Lizenzierungsverfahren grundsätzlich auf die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG ausgerichtet ist. Daher finden sich in den §§ 6ff. TKG kaum Anhaltspunkte für sog. drittbeschützende Normen, auf denen sich die Klagebefugnis eines nichtberücksichtigten Konkurrenten ableiten ließe.³⁵ Insbesondere die Entscheidungen über das Vergabeverfahren und die Kriterien bei der Entscheidung nach Ausschreibung erfolgen anhand von Maßstäben, die die Verfolgung öffentlicher Interessen bezwecken. Eine verwaltungsprozessuale Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) kann deshalb nur aus dem Verfassungsrecht und zwar vor allem aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitet werden. Insoweit kommt es darauf an, ob die Lizenzerteilung für einen Konkurrenten als Eingriff in die eigene berufliche Betätigung aufgefaßt werden kann. Dies setzt voraus, daß es sich um eine spürbare Verschlechterung der Wettbewerbsposition handelt.

3. Entgeltregulierung

Probleme besonderer Art stellen sich bei der wissenschaftlichen Bewältigung der Bestimmungen des TKG über die Entgeltregulierung (§§ 23ff. TKG). Zum einen ist der Gesetzesinterpret gezwungen, sich vergleichsweise intensiv mit betriebswirtschaftlichen Kostenrechnungen zu befassen, darüber hinaus führen die §§ 23ff. TKG zu einer Wiederauferstehung der dogmatischen Figur des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes. Damit ist allerdings kein eigener Regel Fundus verbunden.³⁶ Die bisherige Diskussion um privatrechtsgestaltende Staatsakte wird allerdings durch die Regelungen über die Entgeltregulierung um einige Aspekte erweitert. Dogmatisch interessant ist vor allem das in § 23 Abs. 1 TKG vorgesehene Widerspruchsrecht der Regulierungsbehörde gegen AGB, soweit dieser bestimmten Richtlinien der Europäischen Union widersprechen. Dabei wird vom nationalen auf das Gemeinschaftsrecht verwiesen. In Bezug genommen wird der jeweils geltende Stand des europäischen Sekundärrechts, nicht lediglich eine bestimmte bei Inkrafttreten von § 23 Abs. 1 TKG bereits beschlossene europäische

Richtlinie. Es handelt sich also um eine dynamische nicht um eine statische Verweisung. Der ansonsten oft umsetzungssäumige deutsche Gesetzgeber zeigt sich hier ausgesprochen europarechtsfreundlich. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher dynamischen Verweisungen ist innerstaatlich intensiv diskutiert worden.³⁷ Mittlerweile scheint sich die Auffassung durchzusetzen, daß eine verfassungsrechtlich bedenkliche „Entäußerung“ von Gesetzgebungskompetenzen nicht anzunehmen ist, wenn die Verweisung inhaltlich hinreichend umgrenzt ist. Darüber hinaus wird zu fordern sein, daß eine dynamische Verweisung nur dann vorgenommen werden darf, wenn für die Inbezugnahme einer anderen Rechtsordnung ein hinreichender sachlicher Grund besteht. Unter beiden Aspekten lassen sich gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 23 Abs. 1 TKG keine Bedenken herleiten. Die Europäische Union erweist sich mehr und mehr als eine Rechtsgemeinschaft, die im Verhältnis zu ihren Mitgliedsstaaten durchaus föderale Strukturen aufweist. Der inhaltliche Rahmen der Verweisung ist durch die Inbezugnahme der Richtlinien 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 hinreichend unrisso. Die Richtlinie ermächtigt in Art. 6 den Rat zum Erlass von „Einzelrichtlinien“ zur Festlegung der ONP-Bedingungen. Es ist deshalb kein nationaler Konkretisierungsspielraum für die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in nationales Recht zu erwarten. Daher ist die dynamische Inbezugnahme des europäischen Rechts auch sachlich legitimiert.

Erstaunlich ist allerdings, daß § 23 Abs. 1 TKG auch auf Empfehlungen verweist, die vor allem vom Rat erlassen werden. Empfehlungen sind nach Art. 189 Abs. 5 EGV unverbindliche Rechtsakte. Der nationale Gesetzgeber ist allerdings nicht daran gehindert, Unverbindliches auf nationaler Ebene für verbindlich zu erklären. Noch erstaunlicher ist, daß Rechtsverordnungen auf der Grundlage von § 41 TKG (Kundenschutzverordnung) nicht Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 23 TKG sind. Welchen Sinn dies haben soll, ist nicht erkennbar. Die Regelung des § 23 TKG ist insoweit mißglückt. Für Streitstoff dürfte auch die Frage sorgen, inwieweit es einen Anspruch von Kunden auf die Ausübung eines Widerspruchsrechts gemäß § 23 TKG gibt. Teilweise wird ein solcher Anspruch zugunsten von Kunden oder Kundenschutzorganisationen unter Hinweis auf europäisches Sekundärrecht bejaht.³⁸ Der Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 95/62/EG vom 13. 12. 95³⁹ spricht jedoch lediglich davon, daß zum Zwecke des Verbraucherschutzes die Mitgliedsstaaten bestimmen können, ob ihre Regulierungsbehörde die Vertragsbedingungen entweder vor ihrer Verwendung durch die Telekommunikationsorganisationen oder danach jederzeit auf Antrag von Benutzern überprüft. Die vorherige Überprüfung genügt deshalb europarechtlichen Vorgaben. Damit ist allerdings ein subjektiv öffentliches Recht auf alternative nachträgliche Überprüfung nicht ausgeschlossen. Nach deutscher Verwaltungsrechtsdogmatik müßte sich aber ein entsprechendes subjektiv öffentliches Recht aus § 23 TKG ableiten lassen. Hierfür gibt der Wortlaut nichts her. Das Gesetz sieht ein Antragsrecht nicht vor.

Vergleichsweise unklar ist weiterhin, wie zu verfahren ist, wenn nach Ablauf der (vergleichsweise kurzen) 4-Wochen-Frist ein Rechtsverstoß entweder festgestellt wird oder sich aufgrund neuen höherrangigen Rechts ergibt. Die Widerspruchspflicht des § 23 Abs. 1 TKG be-

31 BeckTKG/Geppert, § 11 RdNr. 7.

32 Nolte, CR 1996, 459 (462).

33 BeckTKG/Geppert, § 11 RdNr. 8.

34 BeckTKG/Geppert, § 11 RdNr. 8.

35 Anders Scherer, NJW 1996, 2953/2957 unter Verweis auf § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG „chancengleicher Wettbewerb“.

36 Siehe ausführlich Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt (1994).

37 Vgl. Manssen, Stadtgestaltung durch örtliche Bauvorschriften (1990), S. 244 ff. n. w. Nachw.

38 BeckTKG/Büchner, § 23 RdNr. 25.

39 EG-AbI. Nr. L321 vom 30. 12. 1995, Seite 6.

steht grundsätzlich unbefristet. Die Sonderregelung des Abs. 2 gilt für den Fall der Vorlage von AGB vor ihrem Inkrafttreten. Dies spricht dafür, in § 23 Abs. 2 TKG eine nicht abschließende Sonderregelung zu sehen. Nachträgliche Verstöße können nach § 23 Abs. 1 TKG geltend gemacht werden, und zwar ohne zeitliche Begrenzung, aber auch ohne die privatrechtsgestaltende Wirkung des § 23 Abs. 2 Satz 3 TKG. Nicht zulässig wäre im übrigen ein aufsichtliches Vorgehen nach § 71 TKG.⁴⁰ Unmittelbar zu beachten sind europäische Richtlinien von den Anbietern nicht. Daher fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für ein aufsichtsrechtliches Einschreiten nach § 71 TKG.

4. Wegenutzung

Viel literarischen Wind haben bisher die Bestimmungen des TKG über die Wegenutzung verursacht.⁴¹ Gemäß § 50 Abs. 1 S. 1 TKG ist der Bund berechtigt, Verkehrswege für öffentlichen Zwecken⁴² dienende Telekommunikationslinien unentgeltlich zu benutzen, soweit es nicht zu einer dauernden Beschränkung des Widmungszweckes kommt. Dieses Recht wird nach § 50 Abs. 2 TKG auf Lizenznehmer übertragen. Die Verlegung der Telekommunikationslinie sowie ihre Änderung bedürfen der Zustimmung des Wegebausträgers, der seinerseits die verschiedenen Interessen gegeneinander abzuwägen hat (§ 50 Abs. 2 S. 2 TKG). Die Entscheidung des Gesetzgebers kann man aus kommunaler Sicht sicherlich als ungerecht empfinden. Die Telekom sowie die anderen Anbieter dürfen kostenlos gemeindliches Eigentum nutzen. Wollen die Gemeinden jedoch das auf ihrem Grund und Boden verlegte Netz nutzen, müssen sie dafür Gebühren zahlen. Die Idee, deshalb in Zukunft für die Aufstellung von Telefonzellen Sondernutzungsgebühren von 20–50 DM monatlich zu erheben, erscheint deshalb als verständlicher, allerdings nur kleiner Racheakt. Solche Gebühren wären im übrigen zulässig, denn das unentgeltliche Nutzungsrecht im § 50 Abs. 1 Satz 1 TKG betrifft nur die Telekommunikationslinien. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine unentgeltliche Wegenutzung hat aber auch eine kommunale Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG heraufbeschworen. Im Hinblick auf das Problem der Unentgeltlichkeit ist sie jedoch unbegründet. An der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für § 50 Abs. 1 und Abs. 2 TKG läßt sich nicht ernsthaft zweifeln.⁴³ Es geht zwar um den Bau bzw. Ausbau von „Datenautobahnen“, aber Datenautobahnen sind eben keine Straßen i. S. d. Straßenrechts. Kompetenzrechtlich kann sich deshalb der Bund hinsichtlich der Regelungen der §§ 50ff. TKG auf Art. 73 Nr. 7 GG berufen. Auch sonstige Verfassungsverstöße sind nicht zu erkennen. Nach mittlerweile als feststehend zu bezeichnender Rechtsprechung des BVerfG sind Hoheitsträger nicht grundrechtsberechtigt. Dies führt nicht lediglich prozessual dazu, daß unter Berufung auf Art. 14 Abs. 1 GG keine Verfassungsbeschwerde gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG erhoben werden könnte. Vielmehr sind hieraus auch materiellrechtliche Konsequenzen zu ziehen. Daß die Gemeinden nicht Grundrechtsberechtigte des Art. 14 GG sind, führt dazu, daß Eingriffe des Gesetzgebers in privates Eigentum der öffentlichen Hand im Grundsatz nicht rechtfertigungsbedürftig ist. Eingriffe der öffentlichen Hand müssen im Hin-

blick auf die kommunalen Gebietskörperschaften lediglich mit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar sein. Als Bestandteil dieser Selbstverwaltungsgarantie läßt sich zwar auch das sog. Willkürverbot begreifen, welches sich verfassungsrechtlich aus Art. 3 Abs. 1 GG ableiten läßt. Willkürlich sind die Regelungen des TKG jedoch nicht. Der Bund hat das Recht zur kostenlosen Nutzung der Verkehrswege nach bisherigem Recht bereits in Anspruch genommen. Dies alleine stellt schon einen Willkür ausschließenden Grund für die Ungleichbehandlung von Telekommunikation und Energieversorgung dar, für die die Gemeinde jedenfalls teilweise Entgelte von den Energieversorgungsunternehmen erhalten. Ein weiterer Differenzierungsgrund ergibt sich daraus, daß das Entgelt der Energieversorger auch für die Nichtinanspruchnahme gemeindlicher Versorgungskompetenzen gezahlt wird.⁴⁴ Dem Bund obliegt zudem der Gewährleistungsauftrag des Art. 87f GG. Ihn könnte er nicht erfüllen, könnten die Länder eigenständig über die Frage der Entgeltlichkeit entscheiden.

Verwaltungsrechtlich interessant ist die Frage, wie sich die Erteilung der Zustimmung nach § 50 Abs. 3 Satz 1 TKG in das System des allgemeinen Verwaltungsrechts einbetten läßt. Bei unterirdischen Leitungen muß die Zustimmung des Wegebausträgers erteilt werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.⁴⁵ Bei oberirdischen Leitungen verlangt § 50 Abs. 2 Satz 2 TKG eine „Abwägung“. Aus dem Baurecht ist bekannt, daß es zwei Arten von „Abwägung“ gibt, die rechtsgestaltende und die nachvollziehende. Die rechtsgestaltende Abwägung ist gerichtlich nur beschränkt überprüfbar, der Verwaltung kommt hierbei eine Gestaltungskompetenz zu, die das Verwaltungsgericht zu akzeptieren hat. Eine nachvollziehende Abwägung ist hingegen gerichtlich voll überprüfbar. Bei § 50 Abs. 2 Satz 2 TKG dürfte es sich um eine nachvollziehende Abwägung handeln.⁴⁶ Es ist nicht erkennbar, inwieweit der Wegebausträger in diesem Rahmen eine Gestaltungskompetenz haben sollte.

Verfassungsrechtlich problematisch ist schließlich die Übertragung der Zustimmungszuständigkeit nach § 50 Abs. 4 TKG in den Fällen, in denen der Wegebausträger selbst Lizenznehmer ist oder mit einem Lizenznehmer wirtschaftlich verflochten ist. In solchen Fällen soll die Regulierungsbehörde an die Stelle des Straßenbausträgers treten. Gesetzlich dürften aber auch gegen diese Bestimmungen keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben werden können. Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ergibt sich aus Art. 84 Abs. 1 GG („Einrichtung der Behörden“). Zwar kommt es hier zum Sonderfall einer Übertragung der bisherigen Zuständigkeit einer Landesbehörde auf die Bundesebene. Bundeseigene Verwaltung im Hinblick auf Hoheitsaufgaben im Postwesen und der Telekommunikation läßt Art. 87 Abs. 2 Satz 2 GG jedoch ausdrücklich zu. Zwar wären andere Lösungen denkbar gewesen, die das landesrechtliche Organisationsrecht stärker respektieren, beispielsweise die Übertragung der Zuständigkeit auf die Rechtsaufsichtsbehörde, wie es in einigen Kommunalverfassungen vorgesehen ist, wenn im Falle einer Zuständigkeit des Landrats als Rechtsaufsichtsbehörde auch der Landkreis betroffen ist. Es gibt jedoch keinen allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der möglichen „Schonung“ des Landesverwaltungsaufbaus“ beim Vollzug von Bundesgesetzen.

40 So aber BeckTKG/Büchner, § 23 RdNr. 36.

41 Siehe etwa Püttner, ArchPT 1996, 307ff., Scholz, ArchPT 1996, 95ff., Schütz, NVwZ 1996, 1053ff.

42 Für geschlossene Benutzergruppen gilt das Recht zur unentgeltlichen Wegenutzung daher nicht, siehe Schütz, NVwZ 1996, 1053, 1054.

43 Für Bundeskompetenz etwa Scholz, ArchPT 1996, 95 (101); Schütz, NVwZ 1996, 1053 (1055); Anders Püttner, ArchPT 1996, 307 (311).

44 Vgl. dazu auch Scholz, ArchPT 1996, 95 (103, 110).

45 BeckTKG/Schütz, § 50 RdNr. 39.

46 Unzutreffend BeckTKG/Schütz, § 50 RdNr. 41.

5. Datenschutz

Die bisherigen Regeln über das Abhören von Telefongesprächen bedurften nach der Privatisierung des Fernmeldeverkehrs ebenfalls der Änderung.⁴⁷ Zunächst müssen nach § 85 Abs. 2 Satz 1 TKG diejenigen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken, das Fernmeldegeheimnis wahren. Unvermeidlich ist die Regelung des § 88 TKG, der die Betreiber von Telekommunikationsanlagen verpflichtet, die technischen Einrichtungen zur Umsetzung von gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation zu gestalten und vorzuhalten. Strittig ist allerdings, ob es verfassungsmäßig ist, daß dies auf eigene Kosten des Betreibers geschehen muß.⁴⁸ Es wird mit Kosten von ca. 40 Mio. DM pro Netz für die entsprechende Hard- und Software gerechnet.⁴⁹ Hierin wird ein ungerechtfertigter Eingriff in Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes gesehen, wobei insbesondere die Grundsätze über die Zulässigkeit von Sonderabgaben herangezogen werden.⁵⁰ Müßte die öffentliche Hand die entsprechenden Kosten erstatten, treffen die entsprechenden Lasten letztlich den Steuerzahler. Müssen die Telekommunikationsunternehmen die Kosten tragen, werden sie auf die Kunden abgewälzt. Zwischen beiden Varianten kann der Gesetzgeber wählen. Der Aspekt der Sachnähe spricht für die Lösung des § 88 TKG.⁵¹ Die privaten Netzbetreiber treten an die Stelle eines früheren staatlichen Monopolisten. Daher trifft die Pflicht zur Bereitstellung der technischen Einrichtungen jetzt sie. Die gesetzgeberische Entscheidung ist daher sachgerecht. Finanzverfassungsrechtliche Bedenken bestehen insoweit nicht. Eine solche kostenlose Inpflichtnahme Privater ist kein Finanzierungsinstrument der öffentlichen Hand. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Regelung ist zudem anzumerken, daß 40 Mio. DM – so sonderbar das an einer Fakultät klingt, wo die Bibliotheksverwaltung Schwierigkeiten hat, 500 DM jährlich für eine neue Zeitschrift zum Telekommunikationsrecht zur Verfügung zu stellen – im Telekommunikationsrecht eine ins Gewicht fallende, aber keine übermäßig große Summe sind. Die Lizenzen zum Betreiben von Netzen kosten die Betreiber bereits bis zu 10 Mio. DM. Für die Verhältnismäßigkeit der Regelung spricht auch die wissenschaftlich allerdings noch nicht hinreichend erforschte „Tropfentheorie“: Wer den guten Tropfen nimmt, nämlich die Erlaubnis zum Geldverdienen im Telekommunikationsbereich, der muß auch den schlechten Tropfen, nämlich die notwendigen Kosten für staatliche Überwachungsmaßnahmen, akzeptieren.

Erwähnenswert ist weiterhin die Bestimmung von § 90 TKG. Sie regelt Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden an die Anbieter von Telekommunikationsdiensten. Diese sind – und zwar wieder auf eigene Kosten (§ 90 Abs. 8 TKG) – verpflichtet, der Regulierungsbehörde den Zugriff auf die aktuellen Kundendateien verfügbar zu halten. Die Regulierungsbehörde hat das Recht, einzelne Daten oder

Datensätze in einem automatisierten Verfahren abzurufen (§ 90 Abs. 2 Satz 1 TKG). Dies geschieht auf Anforderung der in § 90 Abs. 3 TKG genannten Behörden, vor allen also den Gerichten, Staatsanwaltschaften, anderen Justizbehörden, den Polizeien, des Bundes und der Länder und schließlich der Verfassungsschutzbehörden. Die Regulierungsbehörde prüft die Zulässigkeit der Übermittlung nur, soweit hierzu ein besonderer Anlaß besteht (§ 90 Abs. 4 Satz 2 TKG). Die Diensteanbieter müssen sicherstellen, daß ihnen ein Abruf von Daten oder Datensätzen nicht zur Kenntnis gelangt (§ 90 Abs. 2 Satz 2 TKG). Die Regelungen des § 90 TKG dürften in ihrer Gesamtschau einmalig sein. Dabei bestehen die hauptsächlichsten verfassungsrechtlichen Bedenken gar nicht einmal gegen die Pflicht zur kostenlosen Zurverfügungstellung der Dateien.⁵² Erstaunlich ist vielmehr, daß die Unternehmen verpflichtet sind, der öffentlichen Hand quasi einen Blankozugriff zu den Kundendateien zu ermöglichen. Die Regelung von § 90 Abs. 4 TKG dürfte darauf hinauslaufen, daß überhaupt niemand die Rechtmäßigkeit des Auskunftsverlangens prüft. Die Regulierungsbehörde ist hierzu nicht verpflichtet, die Unternehmen werden von der Abfrage nicht in Kenntnis gesetzt. Es droht insofern jedoch nicht nur ein Mißbrauch durch öffentliche Stellen. Der „Hamburger Chaos-Computerclub“ hat die Regelung des § 90 als den „Traum eines jeden Hackers“ bezeichnet.⁵³ Es ist zu erwarten, daß es unbefugten Dritten gelingen wird, die Daten der Kunden eines Verpflichteten offenzulegen, denn „Hacker“ sind bisher in eigentlich jedes Computernetz hineingekommen. Es verwundert deshalb nicht, daß der Entwurf der technischen Vorgaben, nach denen der Abruf erfolgen soll, zwischenzeitlich im weltweiten Datennetz Internet durch einen Unbekannten zum freien Abruf bereitgestellt worden ist.⁵⁴ Es muß deshalb sehr bezweifelt werden, daß die Bestimmungen des § 90 TKG den Anforderungen des Volkszählungsurteils des Bundesverfassungsgerichts⁵⁵ entsprechen. Letztlich werden keine oder nur ungenügende organisatorisch und verfahrensrechtliche Vorkehrungen getroffen, um Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu vermeiden.

III. Fazit

Die vorangegangenen Überlegungen dürften deutlich gemacht haben, daß das Telekommunikationsgesetz einer intensiven verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Hinterfragung und Begleitung bedarf, und zwar sowohl in Grundsatz- als auch in Detailfragen. Das Regelungsdickicht von europarechtlichen Richtlinien und nationalrechtlicher Ausgestaltung ist keine Rechtfertigung dafür, grundsätzliche verfassungsrechtliche oder verwaltungsrechtliche Positionen zu räumen oder bei ihrer Durchsetzung vor dem Telekommunikationsgesetz Halt zu machen.

47 Vgl. auch schon *Waechter*, *VerwArchiv* 87 (1996), 68 ff.

48 Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken siehe *BeckTKG/Ehmer*, § 88 RdNr. 41 ff.

49 Siehe *Waechter*, *VerwArchiv* 87 (1996), 68/68 m. Fußn. 1.

50 *BeckTKG/Ehmer*, § 88 RdNr. 51.

51 Vgl. auch *Waechter*, *VerwArchiv* 87 (1996), 68/77 f.

52 Anders *BeckTKG/Ehmer*, RdNr. 36.

53 *BeckTKG/Ehmer*, § 90 RdNr. 17.

54 *BeckTKG/Ehmer*, § 90 RdNr. 17.

55 BVerfGE 65, 1 ff.