

Festschrift für
Werner Lorenz
zum siebzigsten Geburtstag

Herausgegeben von
Bernhard Pfister
Michael R. Will



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Festschrift für Werner Lorenz zum siebzigsten Geburtstag /

hrsg. von Bernhard Pfister; Michael R. Will. – Tübingen:

Mohr, 1991

ISBN 3-16-145876-1

NE: Pfister, Bernhard [Hrsg.]; Lorenz, Werner: Festschrift

© 1991 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde aus der Stempel Garamond gesetzt und gedruckt von Gulde-Druck in Tübingen auf säurefreies Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern und gebunden von Heinr. Koch in Tübingen.

Inhalt

Zueignung	V
Begegnungen mit Werner Lorenz	VII

1. Abteilung *Privatrecht und Wirtschaftsrecht*

PETER BADURA, Verwaltungskompetenz und Organisationsrecht des Bundes (Art. 87 Abs. 1 GG) im Hinblick auf eine Beteiligung an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, betrachtet am Beispiel der Postreform von 1989	3
CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Gegenleistungskondiktion	19
ERWIN DEUTSCH, Produkt- und Arzneimittelhaftung im Gentechnikrecht	65
ERICH GASSNER, Zur Verwaltung von Umweltschäden	81
ANDREAS HELDRICH, Schranken der elterlichen Vertretungsmacht bei der Ausschlagung einer Erbschaft	97
HEIN KÖTZ, Ist die Produkthaftung eine vom Verschulden unabhängige Haftung?	109
KARL KREUZER, Prinzipien des deutschen außervertraglichen Haftungsrechts	123
PETER LERCHE, Meinungsfreiheit und Richtigkeitsanforderungen an Tatsachenangaben im wirtschaftlichen Wettbewerb	143
DIETER MEDICUS, Zur deliktischen Eigenhaftung von Organpersonen . . .	155
BERNHARD PFISTER, Autonomie des Sports, sport-typisches Verhalten und staatliches Recht	171
WALTER ROLLAND, Zur Sonderstellung des Arzneimittelherstellers im System des Produkthaftungsrechts	193
RUPERT SCHOLZ, Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen	213
GERHARD SCHRICKER, Das Recht des Hochschullehrers an seinen wissenschaftlichen Papieren	233
WALTER SELB, Die mehrfach hinkende Gesamtschuld	245
ROLF SERICK, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und massengeschäftsbedingtes Kontokorrent im Zweitverhältnis	253

2. Abteilung

Internationales Privat- und Zivilprozeßrecht

CHRISTIAN VON BAR, Wertpapiere im deutschen Internationalen Privatrecht	273
✓ DAGMAR COESTER-WALTJEN, Der Eskimo-Mantel aus Spanien – Ist der kollisionsrechtliche Verbraucherschutz zu kurz gestrickt?	297
HEINRICH DÖRNER, Das deutsche Interlokale Privatrecht nach dem Einigungsvertrag	321
WOLFGANG FIKENTSCHER, Hauptfelder und Zwecke des Kartellrechts in rechtspolitischer und kollisionsrechtlicher Sicht	341
✓ RAINER HAUSMANN, Einheitliche Anknüpfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?	359
DIETER HENRICH, Die Anknüpfung von Spar- und Depotverträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall	379
✓ REINHARD HEPTING, Schwerpunktanknüpfung und Schwerpunktvermutungen im internationalen Vertragsrecht – zugleich ein Beitrag zur Beweislast bei der Konkretisierung von Generalklauseln	393
KLAUS J. HOPT, Emission, Prospekthaftung und Anleihetreuhand im internationalen Recht	413
✓ ERIK JAYME, Inhaltskontrolle von Rechtswahlklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	435
EGON LORENZ, Die Grundsätze des deutschen internationalen Betriebsverfassungsrechts	441
THOMAS RAUSCHER, Internationales Bereicherungsrecht bei Unklagbarkeit gemäß Art. VIII Abs. 2 (b) IWF-Abkommen (Bretton-Woods)	471
PETER SCHLOSSER, Extraterritoriale Rechtsdurchsetzung im Zivilprozeß	497
✓ KLAUS SCHURIG, Ein Kollisionsrecht für das Kollisionsrecht im vereinigten Deutschland	513
KURT SIEHR, Nationaler und internationaler Kulturgüterschutz – Eingriffsnormen und der internationale Kunsthandel	525
✓ HANS JÜRGEN SONNENBERGER, Kompetenzfragen des italienischen Konkursrechts bei Insolvenzen italienischer Kapitalgesellschaften, insbesondere der s. r. l.	543
ERNST STEINDORFF, Anerkennung im EG-Recht	561
HANS STOLL, Kollisionsprivatrechtliche Aspekte des Vertrages über die deutsche Einigung	577

FRITZ STURM, Scheidung und Wiederheirat von Ausländern in Deutschland – Eine kritische Analyse von Art. 13 Abs. 2 EGBGB	597
--	-----

3. Abteilung

Auslandsrecht und Rechtsvergleichung

JACQUES GHESTIN, L'influence des directives communautaires sur le droit français de la responsabilité	619
ARTHUR KAUFMANN, Vergleichende Rechtsphilosophie – am Beispiel der klassischen chinesischen und klassischen abendländischen Rechtskultur	635
ZENTARO KITAGAWA, Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits – A Failed Success	649
PREBEN STUER LAURIDSEN, <i>Nunc redeam ad meum</i> – Die Entwicklung der Pressefreiheit und des Persönlichkeitsrechts im dänischen Recht	677
HEINZ-PETER MANSEL, Substitution im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht – Zur funktionellen Rechtsvergleichung bei der Sachrechtsauslegung	689
BASIL S. MARKESINIS, Subtle ways of legal borrowing – Some Comparative Reflections on the Report of the <i>Calcutt</i> Committee „On Privacy and Related Matters“	717
HANS MERZ, Die Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge	739
KARL H. NEUMAYER, Der Vertragsschluß nach dem Recht des internationalen Warenkaufs (Wiener Übereinkommen von 1980)	747
ERNST KARL PAKUSCHER, Die Sicherheit des Patents	763
ULRICH SPELLENBERG, Sicherheit im Grundstücksverkehr – <i>Publicité foncière</i> , Grundbuch und <i>Torrens</i> -Systeme	779
ANDRÉ TUNC, Responsabilité Civile et Droit des Accidents	805
MICHAEL R. WILL, Die Sängerin im Zivilgesetzbuch – Zum neuen türkischen Transsexuellengesetz	825
HANS F. ZACHER, Das Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Sozialrecht	847
Verzeichnis der Schriften von Werner Lorenz	875
Verzeichnis der Autoren	887

Verwaltungskompetenz und Organisationsrecht des Bundes (Art. 87 Abs. 1 GG) im Hinblick auf eine Beteiligung an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts, betrachtet am Beispiel der Postreform von 1989

Peter Badura

I. Art. 87 Abs. 1 GG als Kompetenznorm und als Grundsatznorm

1. Kompetenz und Staatsaufgabe

Die Verfassungsnormen, mit denen das Grundgesetz es bestimmt oder zuläßt, daß die Bundesgesetze durch bundeseigene Verwaltung oder durch bundesunmittelbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts ausgeführt werden, geben dem Bund ein Recht in zweifacher Hinsicht: Sie weisen dem Bund kompetenzrechtlich eine Aufgabe öffentlicher Verwaltung zu und sie gestatten dem Bund die Errichtung von Behörden oder sonstigen Stellen der Bundesverwaltung. Die Verfassungsnormen über die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung sind ihrer grundsätzlichen Zielsetzung nach bundesstaatsrechtliche Kompetenznormen. Ihr Regelungsgehalt erstreckt sich jedoch zwangsläufig auf die kompetenzrechtlich zugewiesenen Verwaltungsaufgaben und die zugelassenen Einrichtungen der Bundesverwaltung.

Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG schreibt vor, daß die Bundespost in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt wird. Die Bundespost mit den von ihr wahrzunehmenden Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens (Art. 73 Nr. 7 GG)¹ gehört danach zur obligatorischen Bundesverwaltung. Die im Hauptpunkt kompetenzrechtlichen Vorschriften der Art. 73 Nr. 7 und Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG enthalten zumindest in der Richtung auch eine materielle Entscheidung, daß das Post- und Fernmeldewesen eine Staatsaufgabe ist, die

¹ Welche Dienste und Leistungsangebote zum Post- und Fernmeldewesen gehören und heute oder künftig von der Bundespost wahrgenommen werden dürfen, ist hier nicht weiter zu verfolgen. Siehe *F. Ossenbühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980; *P. Badura*, Die Leistungsaufgabe der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen und das Wettbewerbsrecht, ArchPF 1981, 260; *E. Wiechert*, Das Recht des Fernmeldewesens der Bundesrepublik Deutschland – Staatliche Aufgabe und private Betätigung im Fernmeldewesen nach dem geltenden Recht, Jb DBP 1986, 119; *U. Steiner*, Verkehr und Post, HStR, Bd. III (1988) § 81, S. 1087; *F. Kirchhof*, Tätigkeitsfelder der Deutschen Bundespost POST-BANK, 1990.

zulässigerweise im Wege der Gesetzgebung und der Verwaltung des Bundes erfüllt wird². Die damit ins Auge gefaßte materielle Tragweite der bundesstaatlichen Kompetenznormen als Aufgabennormen entspringt einem allgemein anerkannten Auslegungsgedanken³. Diese Betrachtungsweise wirft die Frage auf, wie weit die Bindungen reichen, die aus der als Grundsatznorm über die Organisation der Bundesverwaltung⁴ und die Aufgaben des Bundes verstandenen Kompetenznorm des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG für die Organisationsgewalt des Bundes abzuleiten sind. Dem soll hier nur für die Beteiligung an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten Rechts nachgegangen werden, vor allem, wenn der Unternehmenszweck der Beteiligungsgesellschaft Dienstangebote des Post- und Fernmeldewesens umfaßt⁵.

2. Organisatorische Gestaltungsfreiheit

Soweit sich dem Grundgesetz Maßstäbe für die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben entnehmen lassen, ergibt sich die Leitlinie, daß dem gesetzgeberischen Ermessen in weitem Umfang „sowohl die Akquisition wie die Dereliktion staatlicher Aufgaben überlassen bleiben, ebenso wie auch die Art und Weise der organisatorischen Bewältigung staatlicher Aufgaben“⁶. Es ist demnach etwa auch Sache des gesetzgeberischen Ermessens zu entscheiden, ob und welche öffentli-

² *F. Kirchhof*, POSTBANK (Fn. 1) S. 32.

³ BVerfGE 30, 1/20 für Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG (Verfassungsschutz); *A. Dittmann*, Bundeseigene Verwaltung durch Private? Verwaltung 8 (1975) S. 431/444 f.; *D. Lorenz*, AöR 112 (1987) S. 293/294 f.; *P. Lerche*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 86, RNr. 28; *F. Ossenbühl*, Staatliches Fernmeldemonopol als Verfassungsgebot? in: *Festschrift für Rudolf Lukes* (1989) S. 525/532 ff.

⁴ Die organisationsrechtliche Bindung baut auf der Bedeutung des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG als Kompetenznorm und als Grundsatznorm über die Aufgabenerfüllung auf. Siehe BVerfGE 63, 1/33 f.; *Tb. Maunz*, in: *ders./Dürig*, Grundgesetz, Art. 87 (1962/1979) RNr. 2; *A. Dittmann*, Bundeseigene Verwaltung (Fn. 3) S. 435; *D. Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform (1984) S. 117; *P. Lerche/Chr. Graf von Pestalozza*, Die Deutsche Bundespost als Wettbewerber (1985) S. 83, 126; *E. Schmidt-Aßmann/G. Fromm*, Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht (1986) S. 99; *J. Plagemann/U. Bachmann*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer privatrechtlichen Organisation der Deutschen Bundespost, DÖV 1987, 807/810 f.; *W. Krebs*, Verwaltungsorganisation, HStR, Bd. III (1988) § 69, S. 567/600 f.; *P. Lerche* (Fn. 3) RNr. 41, 47, 73, 74; *B. Mayer*, Die Bedeutung des Art. 87 GG für die Organisation der Bundespost, in: *Peter/Rhein* (Hrsg.), Wirtschaft und Recht (1989) S. 181/189 f.; *F. Ossenbühl*, Fernmeldemonopol (Fn. 3) S. 532. – *Anders N. Achterberg*, Allgem. Verwaltungsrecht (2. Aufl. 1986) § 12 RNr. 15 (nur Kompetenznorm).

⁵ Die Beteiligungen der Deutschen Bundespost sind mit Stand vom 31. 12. 1989 aufgeführt im Geschäftsbericht 1989, hg. vom Direktorium der DBP (1990) S. 100.

⁶ *H. H. Klein*, Verwaltungskompetenzen von Bund und Ländern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in: *Festgabe für das Bundesverfassungsgericht* (1976) Bd. II. S. 277/288.

chen Aufgaben der Staat durch Behörden oder durch rechtsfähige Verwaltungseinheiten wahrnimmt⁷.

Die organisatorische Gestaltungsfreiheit, die dem Bund wie den Ländern zukommt, wird durch die Art. 83 ff. GG für den Bund beschränkt, jedoch nicht aufgehoben. Die Verfassungsnormen der Art. 83 ff. GG regeln nicht in allen Einzelheiten, wie die Verwaltung organisatorisch auszugestaltet ist; dies gilt auch im Blick auf die bundeseigene Verwaltung, wie für die Bundesverwaltung insgesamt. Das Grundgesetz beläßt den zuständigen Organen des Bundes einen Spielraum für die organisatorische Ausgestaltung der in seine Zuständigkeit fallenden Verwaltungseinrichtungen; dem Bund steht insoweit ein weiterer organisatorischer Gestaltungsbereich zu. „Eines weiten Spielraums bei der organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung bedarf es, um den – verschiedenartigen und sich ständig wandelnden – organisatorischen Erfordernissen Rechnung tragen und damit eine wirkungsvolle und leistungsfähige Verwaltung gewährleisten zu können.“ Lediglich soweit das Grundgesetz ausdrückliche Schranken für die Regelung der Verwaltungsorganisation enthält, ist der Gestaltungsspielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung begrenzt. Einschränkungen können sich überdies aus den Regelungen hinsichtlich der Verwaltungskompetenz und im übrigen auch aus anderen (allgemeinen) verfassungsrechtlichen Bestimmungen ergeben⁸.

Die Bestimmung des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG ist eine Kompetenznorm über die bundesstaatsrechtliche Zulässigkeit der Ausführung von Bundesgesetzen durch Bundesverwaltung und außerdem eine Grundsatznorm über die Organisation der Bundesverwaltung und die Aufgaben des Bundes. Als Grundsatznorm bestimmt Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG, daß die aufgeführten Verwaltungszweige in der angegebenen Organisationsform der bundeseigenen Verwaltung zu führen sind, und daß es sich bei den so wahrzunehmenden Angelegenheiten um Staatsaufgaben handelt, die der Bund als Verwaltungsträger zu erfüllen hat. Die Frage, welche organisatorischen Gestaltungen überhaupt in Betracht gezogen werden dürfen, beantwortet sich aus der Sachaufgabe, für die in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG eine obligatorische Bundesverwaltung vorgesehen ist. Die Antwort wird für die hoheitlichen Verwaltungszweige des Auswärtigen Dienstes und der Bundesfinanzverwaltung anders ausfallen als für die beiden großen Verkehrs- und Leistungsverwaltungen der Bundeseisenbahnen und der Bundespost⁹.

⁷ BVerfGE 10, 89, 102, 104.

⁸ BVerfGE 63, 1/34, 40f.

⁹ K. Stern, Staatsrecht, Bd. II (1980) S. 831; P. Lerche (Fn. 3) RNR. 60f.

3. Der organisatorische Grundsatz für die Gestaltung des Post- und Fernmeldewesens

Als Kompetenznorm sichert Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG die grundsätzliche Zuständigkeit der Länder für die Ausführung der Bundesgesetze¹⁰. Als organisationsrechtliche Grundsatznorm dient Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG im Fall der Bundespost der Sicherung der parlamentarischen Verantwortlichkeit des für das Post- und Fernmeldewesen zuständigen Bundesministers (Art. 65 Satz 2 GG) und der Gewährleistung der leistungsstaatlichen Versorgungsaufgabe der Deutschen Bundespost. In beiden Richtungen werden die organisatorischen Gestaltungsformen der bundeseigenen Verwaltung – und damit des öffentlichen Rechts¹¹ – als wirksame Vorkehrungen angesehen. Damit wird verfassungsrechtlich für den Gesetzgeber und für die Organisationsgewalt der Exekutive die Möglichkeit begrenzt, die der Organisationsform der bundeseigenen Verwaltung vorbehaltenen Aufgaben und Bereiche im ganzen oder im wesentlichen aus der bundeseigenen Verwaltung auszugliedern und der Verwaltung durch Einrichtungen der mittelbaren Bundesverwaltung (bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts), die durch Bundesgesetz nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG zu errichten wären¹², oder mit Hilfe privatrechtlicher Beteiligungsgesellschaften zu überlassen. Da diese Schranken durch eine Grundsatznorm gebildet wird und nicht als absolutes Verbot ausgesprochen ist, bedarf es weiterer Überlegungen darüber, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfang und unter welchen Kautelen derartige Ausgliederungen verfassungsrechtlich möglich sind, also etwa ein Dienst der Bundespost als Angebot einer Beteiligungsgesellschaft ausgestaltet werden dürfte. Als eine Art Faustregel dafür findet sich häufig die Auffassung, daß „Kernbereiche“ des Post- und Fernmeldewesens einer organisatorischen Ausgliederung aus der bundeseigenen Verwaltung nicht zugänglich sind¹³. Ein strengerer Standpunkt will nur zulassen, daß „einzelne Teilaufgaben“ oder Hilfs- und Nebenaufgaben, z. B. Servicefunktionen, anders als in bundeseigener Verwaltung geführt werden¹⁴.

Das maßgebliche Kriterium ist daraus zu gewinnen, daß Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG als Kompetenznorm dem Bund verbietet, die bundesstaatliche Zuständig-

¹⁰ Die Art. 83 ff. GG regeln auch die „nicht-gesetzesausführende“ Bundesverwaltung in öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsform (BVerfGE 12, 205/246 f.).

¹¹ P. Lerche/Chr. Graf von Pestalozza (Fn. 4) S. 83; J. Plagemann/U. Bachmann (Fn. 4) S. 812.

¹² W. Krebs, Verwaltungsorganisation (Fn. 4) S. 600 f.; Jarass/Pieroth, GG (1989) Art. 87, RNr. 2; P. Lerche (Fn. 3) RNr. 18.

¹³ G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen (1986) S. 87; W. Krebs, Verwaltungsorganisation (Fn. 4) S. 602 f.

¹⁴ Th. Maunz (Fn. 4) RNrn. 32, 45, 46 (zulässig sei z. B. der Betrieb einer einzelnen Bahnstrecke durch einen privaten Rechtsträger, nicht jedoch die privatrechtliche Ausgliederung des gesamten Busdienstes der Bundesbahn oder der Bundespost); H. Lecheler, Der Verpflichtungsgehalt des Art. 87 I 1 GG – Fessel oder Richtschnur für die bundesunmittelbare Verwaltung? NVwZ 1989, 834.

keitsordnung durch die Wahl privatrechtlicher Gestaltungsformen zu umgehen¹⁵, und daß Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG als Grundsatznorm über die Verwaltungsaufgaben des Bundes und die Organisation der Bundesverwaltung die Wahrnehmung der genannten Aufgaben dem Staat vorbehalten und deren staatliche Organisation in der Form gebietet, daß die parlamentarische Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe gewährleistet ist. Neben dem bundesstaatlichen Kompetenzgehalt des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG „will das verfassungsrechtliche Gebot bundeseigener Verwaltung i. e. S. darüber hinaus sicherstellen, daß bestimmte, als besonders wesentlich erkannte Aufgaben in einer Weise organisiert werden, die den für die staatliche Verantwortung unerläßlichen staatlichen Einfluß auf die Erfüllung dieser Aufgaben jederzeit sicherstellt“. Das Gebot der Verfassungsnorm bedeutet „eine gewisse von Verfassungs wegen gewollte Staatsnähe der betroffenen Sachgebiete“¹⁶. Der in der Verfassungsnorm statuierte Grundsatz beschränkt somit – mit unterschiedlicher Rigidität – die „materielle“ und die „formelle Privatisierung“¹⁷ der Bundespost: Die Bundespost darf in ihren wesentlichen Leistungsaufgaben nicht der privaten Unternehmenswirtschaft überlassen werden¹⁸ und die wesentlichen Leistungsaufgaben des Post- und Fernmeldewesens dürfen der bestimmenden Einwirkungsmöglichkeit parlamentarisch verantwortlicher Verwaltung nicht durch Ausgliederung auf selbständige Rechtsträger entzogen werden¹⁹. Die „Staatlichkeit“ des Post- und Fernmeldewesens und die organisatorisch gesicherte Einwirkungsmöglichkeit auf die Erfüllung der Versorgungsaufgabe nach leistungsverwaltungsrechtlichen Grundsätzen sind die zentralen Festlegungen, die durch Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG getroffen sind.

4. Die Bundespost als öffentliche Verwaltung

Eine nach den aus der Verfassung ableitbaren Kriterien zulässige Gründung von Tochtergesellschaften oder sonstige Unternehmensbeteiligung²⁰ im Bereich der Bundespost als „formelle Privatisierung“ oder „Organisationsprivatisie-

¹⁵ Hans J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, *Verwaltungsrecht II* (5. Aufl. 1987) § 104 a, RNr. 16.

¹⁶ A. Dittmann, *Bundeseigene Verwaltung* (Fn. 3) S. 444 f. – Sachlich übereinstimmend: *Ders.*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für das Post- und Fernmeldewesen des Dt. BTages zum Entwurf für das Poststrukturgesetz am 28., 29. und 30. 11. 1988, S. 601/604; U. Battis, ebd., S. 606/611; W. Krebs, *Verwaltungsorganisation* (Fn. 4) S. 601.

¹⁷ Über formelle und materielle Privatisierung vgl. P. Lerche (Fn. 3) RNr. 65.

¹⁸ Eine andere Frage ist es, ob Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens, die bisher der Bundespost vorbehalten waren, dem Wettbewerb von Bundespost und privaten Anbietern geöffnet werden können.

¹⁹ G. Püttner, *Aktuelle Probleme des Verwaltungsprivatrechts im Organisationsbereich*, JA 1980, 218; G. F. Schuppert, *Zur Kontrollierbarkeit öffentlicher Unternehmen*, Anlage 1 zu Drucks. 9/4545 (1982) der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg, S. 9, 24 ff.; D. Ehlers (Fn. 4) S. 119 f.; E. Schmidt-Aßmann/G. Fromm, *Bundesbahn* (Fn. 4) S. 113, 119 ff.; U. Steiner (Fn. 1) S. 1096 f.; P. Lerche (Fn. 3) RNrn. 28, 41, 47, 73, 74.

²⁰ Die Beweggründe für die Wahl privatrechtlicher Organisationsformen durch Staat oder

„nung“ zu bezeichnen, darf nicht dem Mißverständnis Raum geben, der Unternehmensgegenstand würde in die Sphäre „erwerbswirtschaftlicher“ Betätigung der öffentlichen Hand entlassen. Die organisatorische Ausgliederung eines Leistungsangebots des Post- und Fernmeldewesens mit Hilfe eines Unternehmens privater Rechtsform dient dazu, die Vorteile gesellschaftsrechtlicher Verselbständigung und privatrechtlicher Teilnahme am Wettbewerb für eine möglichst effektive Erfüllung der Versorgungsaufgabe zu nutzen. Das Dienstleistungsangebot der Bundespost entspringt einem spezifischen, gesetzlich festgelegten und verfassungsrechtlich gebotenen Verwaltungszweck. Das steht einer unternehmenswirtschaftlichen Organisation einzelner Zweige oder Leistungsangebote des Post- und Fernmeldewesens nicht entgegen. Es hat jedoch zur Folge, daß das Dienstleistungsangebot der Bundespost nicht als „erwerbswirtschaftlich“ oder unternehmerisch im eigentlichen Sinn²¹ angesehen werden kann. Es bleibt öffentliche Verwaltung, auch wenn privatrechtliche Organisations- oder Betätigungsformen verwendet werden und in einen Wettbewerb mit privaten Anbietern eingetreten wird. Materiellrechtlich bleibt es also dabei, daß der Bund hier öffentliche Verwaltung ausübt. Damit allein ist allerdings nicht ausreichend gewährleistet, daß die von Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG geforderte wirksame Steuerung durch den staatlichen Willen stattfindet²².

II. Die neue Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost

Das Gesetz zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost (Poststrukturgesetz) vom 8. Juni 1989 (BGBl. I S. 1026) hat die Deutsche Bundespost unter Ausscheidung der politischen und hoheitlichen Aufgaben, die nunmehr allein dem Bundesminister für Post und Telekommunikation zukommen, in drei verbundene öffentliche Unternehmen umgewandelt. Die organisatorische Neuordnung der Bundespost ist durch das Gesetz über die Unternehmensverfassung der Deutschen Bundespost (Postverfassungsgesetz – PostVerfG) erfolgt, das als Art. 1 des Poststrukturgesetzes erlassen worden ist und das Postverwaltungsgesetz vom 24. Juli 1953 abgelöst hat. Mit der Organisationsreform verbunden ist die ordnungspolitische Neugestaltung der Telekommunikationsmärkte und des Dienstangebots der Bundespost im Fernmeldewesen durch die Novellierung des Fernmeldeanlagengesetzes, insbesonde-

Gemeinden reichen von der Personalpolitik über das Haushaltsrecht und die Mitbestimmung bis zum Steuerrecht (D. Ehlers, Fn. 4, S. 292 ff.).

²¹ Die Leistungsaufgabe der Bundespost und die Funktionsfähigkeit der Aufgabenerfüllung sind den Grundsätzen des Gemeinwohls und der Gemeinwirtschaftlichkeit unterworfen und können nicht maßgeblich an Gewinnerzielung und Rendite ausgerichtet werden (U. Steiner, Fn. 1, S. 1118; U. Battis, Fn. 16; F. Ossenbühl, Fernmeldemonopol, Fn. 4, S. 541). Nur unter dieser Prämisse sind im übrigen die gesetzlich begründeten Präferenz- und Konkurrenzschutzklauseln zugunsten der Bundespost zu rechtfertigen (vgl. BVerfGE 40, 196/198 für die Bundesbahn).

²² G. F. Schuppert (Fn. 19) S. 12 ff.

re die Neufassung des § 1 FAG. Die „breite Öffnung des Marktes für mehr Wettbewerb“ für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen und die organisatorische Trennung der politischen und hoheitlichen Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens in der Hand des zuständigen Bundesministers von den unternehmerischen und betrieblichen Aufgaben der Unternehmen der Deutschen Bundespost sind Elemente eines einheitlichen Reformkonzepts²³. Es ist durch eine „Regierungskommission Fernmeldewesen“ vorbereitet worden²⁴ und fügt sich in die Telekommunikationspolitik der EG²⁵ ein. Die Frage der Beteiligung der Bundespost an Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform muß auf dem Boden der geänderten wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen der Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens beantwortet werden.

1. Die Bundespost als öffentliche Verwaltung des Bundes

Durch die relative Verselbständigung der unternehmerischen und betrieblichen Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens und die organisatorische Gliederung der Deutschen Bundespost in drei Teilbereiche, die als öffentliche Unternehmen mit den Bezeichnungen Deutsche Bundespost POSTDIENST, Deutsche Bundespost POSTBANK, Deutsche Bundespost TELEKOM geführt werden (§ 1 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 PostVerfG), hat der Gesetzgeber im Rahmen des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG von seiner organisationspolitischen Gestaltungsfreiheit Gebrauch gemacht. Die drei Unternehmen sind „Teilbereiche“ der Deutschen Bundespost mit eigenen Organen (Vorstand und Aufsichtsrat), deren „Teilonvermögen“ zu dem Sondervermögen des Bundes „Deutsche Bundespost“ gehören. Die Unternehmen haben eine eigene Unternehmenspolitik und Wirtschaftsführung, für die das Gesetz Leitungsgrundsätze und Grundsätze der Wirtschaftsführung aufstellt (§§ 4, 37 PostVerfG); unter gewissen Voraussetzungen ist ein Finanzausgleich zwischen den Unternehmen zulässig. Die Deutsche Bundespost verfügt über ein eigenes Organ, das Direktorium der Deutschen Bundespost (§§ 3 Abs. 1, 6 Abs. 1, 7 ff. PostVerfG). Die Deutsche Bundespost und die Unternehmen können im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln,

²³ Entwurf der BReg für das Poststrukturgesetz, BTag-Drucks. 11/2854; Unterrichtung durch die BReg: Die Reform des Post- und Fernmeldewesens in der Bundesrepublik Deutschland. Konzeption der BReg zur Neuordnung des Telekommunikationsmarktes, BTag-Drucks. 11/2855.

²⁴ E. Witte (Hrsg.), Neuordnung der Telekommunikation. Bericht der Regierungskommission Fernmeldewesen, 1987.

²⁵ Grünbuch der Kommission über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte – KOM (87) 290 endg. – vom 30. Juni 1987, BTag-Drucks. 11/930; dazu Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für das Post- und Fernmeldewesen, BTag-Drucks. 11/2014. Entschließung des Rates vom 30. Juni 1988 über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte bis 1992 – 88 C 257/01 – (Abl. Nr. C 257 vom 4. 11. 1988, S. 1).

klagen und verklagt werden. Dies gilt auch im Verhältnis zum Bund und dessen übrigen Sondervermögen, wenn und soweit die Inanspruchnahme von Dienstleistungen des Post- und Fernmeldewesens betroffen ist²⁶. Klagen zwischen den Unternehmen sind ausgeschlossen (§ 5 Abs. 1 PostVerfG). Ausgeschlossen sind auch gerichtliche Streitigkeiten zwischen der Deutschen Bundespost oder den Unternehmen und dem Bundesminister für Post und Telekommunikation, bei denen es um die Aufgaben und Zuständigkeiten des Ministers ginge²⁷.

Der Bundesminister für Post und Telekommunikation nimmt die politischen und hoheitlichen Aufgaben der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet des Post- und Fernmeldewesens wahr; er übt die Rechte des Bundes auf dem Gebiet des Post- und Fernmeldewesens aus (§§ 1 Abs. 1 Satz 2, 25 ff. PostVerfG). Die Leitungs- und Aufsichtsbefugnisse des Ministers gehen über eine Rechtsaufsicht hinaus. Das Gesetz stellt durch Ermächtigungen und Genehmigungsvorbehalte sicher, daß der Minister durch einen bestimmenden Einfluß auf die wesentlichen unternehmerischen und betrieblichen Entscheidungen der Unternehmen seiner politischen Verantwortung gerecht werden kann. In gewissem Umfang wirkt der bei dem Bundesminister für Post und Telekommunikation gebildete Infrastrukturrat bei Entscheidungen des Ministers mit, die von infrastruktureller Bedeutung sind und die wesentlichen Belange der Länder tangieren (§§ 32 ff. PostVerfG). Wesentliche normative Regelungen des Post- und Fernmeldewesens (Pflichtleistungen, Rahmenvorschriften für die Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Unternehmen, Datenschutz) werden durch Rechtsverordnungen der Bundesregierung getroffen, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedürfen (§§ 25 Abs. 2, 30, 58 PostVerfG; Art. 80 Abs. 2 GG).

Über die Gründung von Tochtergesellschaften, den Erwerb oder die Veräußerung von Beteiligungen oder Grundstücken nach Maßgabe der Bestimmungen über die Wirtschaftsführung des Unternehmens beschließt der Aufsichtsrat nach Vorlage durch den Vorstand (§ 23 Abs. 3 Nr. 6 PostVerfG). Ein derartiger Beschluß bedarf der Genehmigung durch den Bundesminister für Post und Telekommunikation (§ 28 Abs. 1 PostVerfG). Der Minister kann die Genehmigung versagen, wenn der Beschluß des Aufsichtsrats im Interesse der Bundesrepublik Deutschland nicht verantwortet werden kann; dies gilt auch, wenn bei dem Beschluß des Aufsichtsrats die Bestimmungen des Postverfassungsgesetzes und der allgemeinen Rechtsvorschriften nicht beachtet worden sind.

²⁶ Die Begründung zu dem Gesetzentwurf (Fn. 23, S. 39) hebt hervor, daß es verfassungsrechtlich nicht möglich sei, die Deutsche Bundespost und ihre Unternehmen zu „eigenständigen Rechtspersonlichkeiten“ zu erheben. Das widerspräche Art. 87 GG, „wonach die Bundespost in bundeseigener Verwaltung zu führen ist und mit dem Bund rechtlich identisch sein muß“.

²⁷ Diese Rechtslage wird in der Begründung des Gesetzentwurfs ausdrücklich betont (Fn. 23, S. 39).

2. „Öffentlicher Auftrag“ und unternehmerische Aufgabe

Die Deutsche Bundespost nimmt auch nach der Postreform einen öffentlichen Auftrag wahr. Die Leitungsgrundsätze des § 4 Abs. 1 PostVerfG umreißen den leistungsverwaltungsrechtlichen Versorgungsauftrag der Unternehmen, bestimmen aber auch: „In Wahrnehmung ihrer Aufgaben beteiligen sich die Unternehmen am Wettbewerb.“ Das Poststrukturgesetz hält an dem grundsätzlichen und grundsätzlich umfassenden Infrastrukturauftrag der Bundespost mit dem Ziel einer flächendeckenden und gleichmäßigen Versorgung nach dem Prinzip der Gemeinwirtschaftlichkeit fest. Es greift jedoch angesichts der neuen und fortdauernden Entwicklung der technischen und wirtschaftlichen Bedingungen der Telekommunikation zu neuen Mitteln der Organisation, des Angebots und der Gestaltung des Wettbewerbs. Das Poststrukturgesetz hat sich dafür entschieden, den Vorbehalt für den Briefdienst im Postwesen aufrechtzuerhalten, den Vorbehalt im Fernmeldewesen aber auf das Monopol der Übertragungswege (Netz, Funkanlagen) und das Telefondienstmonopol zu beschränken (§ 1 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 FAG). Die Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb einzelner Fernmeldeanlagen kann, soweit dem Bund ein ausschließliches Recht zusteht – wie bisher – durch den Bundesminister für Post und Telekommunikation an Dritte verliehen werden (§ 2 FAG), wie es z. B. im Fall der Mobilfunklizenz geschehen ist. Aufgrund einer derartigen Verleihung ist nach deren Zulassungs- und Regelungsgehalt auch in dem gesetzlich bestimmten Monopolbereich ein, ggf. im Wettbewerb mit der Deutschen Bundespost TELEKOM erfolgreiches Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen durch Private möglich. Dasselbe gilt auch ohne eine Verleihung aufgrund des Rechts auf freien Netzzugang, wonach jedermann berechtigt ist, Telekommunikationsdienstleistungen für andere über Fest- und Wahlverbindungen zu erbringen, die von der Deutschen Bundespost TELEKOM bereitgestellt werden (§ 1 Abs. 4 Satz 1 FAG). Das fortbestehende Netz- und Funkanlagenmonopol des Bundes²⁸ hat demnach seinen Sinn und seine Rechtfertigung darin, daß es der Gewährleistung der technischen und betrieblichen Voraussetzungen für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen durch die Bereitstellung der Übertragungswege für die posteigenen Dienste – von denen nur noch der Telefondienst durch ein Monopol geschützt ist – und für das Dienstangebot Dritter dient.

Die Verfassungsnorm des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG legt fest, daß das Post- und Fernmeldewesen eine in den organisatorischen Formen der bundeseigenen Verwaltung zu erfüllende Staatsaufgabe ist, schreibt aber nicht vor, daß das Post- und Fernmeldewesen im ganzen oder in Teilen der staatlichen Verwaltung durch

²⁸ Der Bundesminister für Post und Telekommunikation hat durch Verwaltungsvorschrift vom 27. November 1990 (ABl. Nr. 95/1990 vom 13. 12. 1990, S. 1887) eine Regelung über die Weiterübertragung der Befugnis zur Ausübung der dem Bund gemäß § 1 Abs. 1, 2 und 4 FAG zustehenden Rechte auf die Deutsche Bundespost TELEKOM getroffen (§ 1 Abs. 5 Satz 2 FAG).

Gesetz vorzubehalten ist²⁹. Der Verfassungsgeber hat weder die überkommenen und durch Gesetz begründeten Verwaltungsmonopole der Bundespost³⁰ in verfassungsrechtlich geschaffene Verwaltungsmonopole umgewandelt, noch diese Rechte als notwendige Bestandteile der obligatorischen bundeseigenen Verwaltung bestimmt, in der die Bundespost zu führen ist. Der Gesetzgeber wird durch die Verfassungsnorm nicht an der politischen Entscheidung gehindert, einzelne Dienste außerhalb eines Kernbereichs der Versorgungsaufgabe privatwirtschaftlichem Leistungsangebot zu überlassen oder für einzelne, bisher dem Staat vorbehaltene Dienste unter Aufgabe des Monopols, aber unter Beibehaltung des Angebots durch die Bundespost, dem Wettbewerb zu öffnen. Der Gesetzgeber wird durch Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG auch nicht an der organisatorischen Entscheidung gehindert, die Dienstzweige und das Leistungsangebot ohne die Schaffung neuer Rechtsträger unternehmenswirtschaftlich zu verselbständigen und die Rechtsbeziehungen zu den Kunden privatrechtlich zu gestalten³¹. Soweit nicht der staatlicher Wahrnehmung in bundeseigener Verwaltung vorbehaltene „Kernbereich“ der Bundespost berührt und die effektive Bestimmungsgewalt und Einwirkungsmöglichkeit des Ministers und der Leitungsorgane der Deutschen Bundespost beeinträchtigt wird, kann Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG auch einer Ausgliederung von Diensten oder Dienstangeboten mit Hilfe von Tochter- oder sonstigen Beteiligungsgesellschaften nicht entgegengehalten werden³². Diese Möglichkeit ist durch das Gesetz nunmehr auch ausdrücklich anerkannt (§ 23 Abs. 3 Nr. 6 PostVerfG). Ob es dafür überhaupt einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedarf, was bisher von der herrschenden Auffassung nicht angenommen wurde³³, kann deshalb offen bleiben.

²⁹ Hierzu und zum folgenden *P. Badura*, Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung vor dem Ausschuß für das Post- und Fernmeldewesen des Dt. BTages zu dem Entwurf des Poststrukturgesetzes am 28., 29. und 30. 11. 1988, unter II. 2.

³⁰ *P. Badura*, Das Verwaltungsmonopol (1963) S. 193 ff.

³¹ *E. Wütte*, Neuordnung (Fn. 24) S. 36 ff. („Bundesbahnlösung“).

³² Die regionalen Zusammenlegungen von Busdiensten der Bundesbahn und der Bundespost mit Hilfe einer GmbH verstoßen nicht gegen Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG (BAGE 31, 218/226 f.; zust. BVerwGE 69, 303/311).

³³ *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 87 (1962/1979) RNr. 39; *A. Dickersbach*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft aus öffentlich-rechtlicher Sicht, WiVerw. 1983, 187/201; *D. Ehlers* (Fn. 4) S. 152 ff. – In neuerer Zeit ist verschiedentlich aus der demokratischen Garantiefunktion des Gesetzes ein organisatorischer Gesetzesvorbehalt abgeleitet und die Errichtung von privatrechtlichen Rechtsträgern mit einem wesentlichen Wirkungsbereich im Bereich der bundeseigenen Verwaltung von einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung abhängig gemacht worden (*R. Boergen*, Die Gründung privatrechtlich organisierter bundesabhängiger Nicht-Wirtschafts-Unternehmen, DVBl. 1971, 869/877; *N. Achterberg*, Allgem. Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, § 12, RNr. 19; *Fangmann*, Öffentliche Anhörung vor dem Ausschuß für Post- und Fernmeldewesen des Dt. BTages am 30. 11. 1988, Protokoll Nr. 20, S. 63 ff.; *G. F. Schuppert*, Errichtung, Gründung, Auflösung, in: Handwörterbuch der öffentl. Betriebswirtschaft, 1989, Sp. 328/335). Als ausreichend werden von einzelnen Vertretern dieser Auffassung die haushaltsrechtliche Vorschrift des § 65 BHO oder selbst die Zuweisung der notwendigen Mittel im Haushaltsgesetz angesehen (*P. Lerche*, Fn. 3, RNrn. 78 ff., 107 a; *ders./Pestalozza*, Fn. 4, S. 103, 104; *Wolff/Bachof/Stober*, Fn. 15, RNr. 19;

III. Grenzen der organisatorischen Gestaltungsfreiheit

1. Beteiligung der öffentlichen Hand an Unternehmen in Privatrechtsform

Nach einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechts ist es der Exekutive – vorbehaltlich zwingend vorgeschriebener Aufgabenerfüllung in öffentlich-rechtlicher Rechtsform und vorbehaltlich eines organisatorischen Gesetzesvorbehalts – nicht verwehrt, öffentliche Aufgaben mit Hilfe privatrechtlicher Organisations- oder Handlungsformen wahrzunehmen³⁴. Die Beteiligung an Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform ist vor allem im Haushaltsrecht des Bundes und der Länder sowie im Kommunalrecht geregelt. Da sich die öffentliche Hand der gesellschaftsrechtlichen Organisationsmöglichkeiten bedient, um Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrzunehmen, eröffnet sich der Exekutive dadurch nicht ein Handeln in privatwirtschaftlicher Privatautonomie. Sie bleibt auch mit ihrer gesellschaftsrechtlichen Organisationseinheit an die rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungshandelns gebunden³⁵. Das privatrechtlich selbstständige Unternehmen bleibt im weiteren Sinn Bestandteil der Verwaltungsorganisation³⁶. Es ist deshalb folgerichtig, daß sich die im alleinigen Beteiligungsbesitz der öffentlichen Hand stehende Kapitalgesellschaft ihrerseits nicht auf Grundrechte berufen kann³⁷. Für die durch die Mehrheit der Anteile beherrschte Gesellschaft kann nichts anderes gelten; denn sie ist eine nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts dem Willen der öffentlichen Hand unterworfenen Tochtergesellschaft, in der sich nicht die privatautonome Assoziation unternehmenswirtschaftlicher Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr³⁸, sondern eine am öffentlichen Interesse orientierte und organisatorisch mit dem Staat verbundene Verwaltungsaufgabe zur Geltung bringt³⁹. Unberührt bleibt der Grundrechtsschutz der privaten Anteilseigner des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens mit einer Mehrheitsbeteiligung der öffentlichen Hand.

D. Ehlers, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, 1089/1093).

³⁴ *H. Maurer*, Allgem. Verwaltungsrecht (7. Aufl. 1990) § 3 RNr. 9 und § 21 RNrn. 15 ff.; *W. Rudolf*, Verwaltungsorganisation, in: *Erichsen/Martens*, Allgem. Verwaltungsrecht (8. Aufl. 1988) S. 617/640 f.

³⁵ BGHZ 65, 284/287; 91, 84/96 ff.; BGH DVBl. 1985, 793; *H. D. Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht (2. Aufl. 1984) S. 220 f.

³⁶ Vgl. *H. H. Klein*, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb (1968) S. 210; *B. Becker*, Bundesverwaltung durch privatrechtlich organisierte Bundesunternehmen, ZgöU 1978, 1.

³⁷ BVerfGE 45, 63/78 f.; 61, 82/100 ff.; BVerfG NJW 1980, 1093.

³⁸ *P. Badura*, Die Unternehmensfreiheit der Handelsgesellschaften, DÖV 1990, 353/360 f.

³⁹ BVerfG NJW 1990, 1783. Dagegen *E. Schmidt-Aßmann*, Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG, BB Beilage 34/1990; *H.-G. Koppenseiner*, Zur Grundrechtsfähigkeit gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen, NJW 1990, 3105.

2. Die Richtschnur der organisatorischen Grundsatznorm des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG

Die aus Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG zu entnehmende Grundsatznorm steht einer organisatorischen Ausgliederung einzelner Dienstangebote des Post- und Fernmeldewesens mit Hilfe von Beteiligungsgesellschaften nicht von vornherein entgegen⁴⁰. Es ist zu eng, nur zuzulassen, daß „periphere und abgrenzbare Teilaufgaben“ der Bundespost privatrechtlich organisiert werden⁴¹, oder Tochtergesellschaften nur für atypische Nebenfunktionen zu erlauben, die nicht dazu dienen, Netze zu errichten und zu betreiben und Dienstleistungen des Post- und Fernmeldewesens dauerhaft im allgemeinen Verkehr anzubieten⁴². Es muß dabei bedacht werden, daß erwerbswirtschaftliche Tätigkeit und Beschaffungsgeschäfte der öffentlichen Hand sowie die Hilfs- und Ergänzungsdienste, mit denen die Verwaltungsaufgaben praktisch ermöglicht werden, wie Druckereien, Archive, Forschungs- und Ausbildungseinrichtungen, ohnehin außerhalb des von Art. 30, 86 ff. GG erfaßten Regelungsbereichs kompetenz- und organisationsrechtlicher Begrenzung liegen⁴³.

Das vielfach aus Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG abgeleitete Verbot, die zum „Kernbereich“ des Post- und Fernmeldewesens zu rechnenden Entscheidungen und Dienstleistungsangebote mit Hilfe privatrechtlicher Organisationsformen aus der bundeseigenen (bundesunmittelbaren) Verwaltung auszugliedern, bedarf näherer Betrachtung. Dieser organisationsrechtliche Vorbehalt bundeseigener Verwaltung beschränkt sich nicht auf die politischen und hoheitlichen Aufgaben, die jetzt dem Bundesminister für Post und Telekommunikation zugewiesen sind; denn zur Bundespost im Sinne des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG zählen gerade die leistungsverwaltungsrechtlichen Aufgaben des Post- und Fernmeldewesens. Weiterhin läßt sich die Abgrenzung des „Kernbereichs“ des Post- und Fernmeldewesens nicht allein durch eine Abscheidung einzelner Aufgaben, Dienste oder Tätigkeitsbereiche gewinnen. Die Grundsatznorm des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG besagt, daß das Post- und Fernmeldewesen eine Aufgabe des Bundes ist, nimmt aber die nähere Bestimmung dieser Aufgabe nicht vorweg; das ist Sache des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber wird dabei Veränderungen der wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten zu berücksichtigen haben, wie es durch das Poststrukturgesetz geschehen ist. Soweit danach im Bereich der Telekommunikation eine Öffnung zum Wettbewerb erfolgt oder zugelassen ist, muß es zuerst eine Sache der Unternehmenspolitik der Deutschen Bundespost TELEKOM

⁴⁰ Siehe oben unter 1. d.

⁴¹ So *D. Ehlers* (Fn. 4) S. 118; *ders.*, *Wirtschaftliche Betätigung* (Fn. 33) S. 1093.

⁴² *Fangmann*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Post- und Fernmeldewesen des Dt. BTages zum Entwurf des Poststrukturgesetzes am 28., 29. und 30. 11. 1988. – Als zulässige Tochtergesellschaften für derartige „Nebenfunktionen des Post- und Fernmeldewesens“ nennt *Fangmann* die Deutsche Telepost Consulting GmbH (DeTeCon) und die Deutsche Postreklame GmbH.

⁴³ *K. Stern*, *Staatsrecht*, Bd. II (1980) S. 831 f.; *H. H. Klein*, *Teilnahme des Staates* (Fn. 36) S. 158, 196 ff.

sein, darüber zu befinden, in welcher Weise Telekommunikationsdienstleistungen anzubieten sind. Außerhalb des Monopolbereichs und des Wettbewerbsbereichs, der den Charakter von „Infrastrukturdienstleistungen“ aufweist und durch Rechtsverordnung der Bundesregierung als Pflichtleistung bestimmt ist (§ 25 Abs. 1 PostVerfG), ist es dem Unternehmen nach dem Gesetz sogar überlassen, zu entscheiden, ob es Dienstleistungen neben privaten Unternehmen anbieten will. Die neue Rechtslage aufgrund der Postreform gibt somit wesentliche Anhaltspunkte für die Beteiligungspolitik der Deutschen Bundespost und für die verfassungsrechtliche Beurteilung, ob die Ausgliederung einer Tochter- oder sonstigen Beteiligungsgesellschaft den organisatorischen Grundsatz wahrt, daß die Bundespost in bundeseigener Verwaltung zu führen ist. Die mit dem Begriff der „Bundespost“ in Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG gekennzeichnete Sachaufgabe und die damit gesetzten Bedingungen der Aufgabenerfüllung erschließen die beachtungsbedürftigen Kriterien der organisatorischen Ermächtigung durch das Gesetz und der Ausübung der Ermächtigung durch die Beteiligungspolitik der Unternehmen.

Die Ausgliederung des Dienstangebots muß auf sachgerechte Gründe gestützt werden können. Die organisatorische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers und das Organisationsrecht der Exekutive unterliegt nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so daß als Kriterium nicht gilt, die Ausgliederung müsse notwendig oder gar zwingend geboten sein. Die Entscheidung ist vielmehr eine solche des gesetzeseleiteten organisatorisch-planerischen Ermessens. Die sachlichen Gründe für die Beteiligungspolitik der Unternehmen der Deutschen Bundespost sind vor allem aus den Leitungsgrundsätzen des § 4 Abs. 1 PostVerfG zu gewinnen. Insbesondere wird es darauf ankommen müssen, daß die privatrechtliche Verselbständigung der Leistungsaufgabe das Dienstangebot der Deutschen Bundespost nach Art und Maß nicht verschlechtert, sondern verbessert.

3. Organisatorische Sicherung des öffentlichen Auftrags und der politischen und administrativen Bestimmungsgewalt im öffentlichen Unternehmen

Erbringt ein Unternehmen der Deutschen Bundespost ein Dienstleistungsangebot mit Hilfe einer Beteiligungsgesellschaft, muß die besondere öffentliche Aufgabe, der das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen dienen soll, mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts als Unternehmenszweck festgelegt werden, und muß sichergestellt sein, daß die Einwirkung der Deutschen Bundespost auf die Verfolgung des Unternehmenszwecks effektiv und nachhaltig zur Geltung kommen kann. Die Festlegung des Unternehmenszwecks und die Sicherung wirksamen Einflusses können den organisatorischen Zusammenhang mit der bundeseigenen Verwaltung gewährleisten, den Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG gebietet. Das weitgehend als unabdingbar betrachtete Erfordernis eines „grundsätzlichen Getragenseins durch die Bundesorganisation“, das regelmäßig durch eine sach-

lich „steuernde Kraft“ der Ministerialebene – über die Rechtsaufsicht hinaus – wirksam werden muß⁴⁴, wäre damit erfüllt; die Gefahr eines „Versickerns“ der öffentlichen Zielsetzung und Bestimmung, die durch die Verselbständigung einer Verwaltungsaufgabe in Gestalt eines Unternehmens in Privatrechtsform – anders als bei den Organisationsformen der unmittelbaren Staatsverwaltung – nicht von vornherein ausgeschlossen ist⁴⁵, wäre gebannt.

Diese Voraussetzungen lassen sich nicht herstellen, wenn das die Beteiligung haltende Unternehmen der Deutschen Bundespost nicht herrschendes Unternehmen gegenüber der Beteiligungsgesellschaft ist⁴⁶. Eine Minderheitsbeteiligung gibt zwar einen Einfluß auf die Beteiligungsgesellschaft, nicht aber die notwendige bestimmende Einwirkung auf deren Leistungsangebot. Selbst eine qualifizierte Minderheitsbeteiligung erlaubt zwar die Verhinderung von Grundlagenentscheidungen durch die anderen Anteilseigner oder Gesellschafter, insbesondere eine Satzungsänderung (§§ 179 Abs. 2, 222 Abs. 1 AktG; § 53 Abs. 2 GmbHG), gibt aber keinen bestimmenden Einfluß auf die Unternehmensführung und Geschäftspolitik des Beteiligungsunternehmens. Bei freien Dienstangeboten im Wettbewerbsbereich allerdings steht es der Deutschen Bundespost frei, ob sie den Dienst überhaupt aufnehmen oder fortführen will, so daß hier bei hinreichenden Sachgründen eine andere Beurteilung nicht ausgeschlossen scheint.

Wenn sich die öffentliche Hand als Anteilseignerin an einer Kapitalgesellschaft beteiligt, bestimmen sich – vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Regelung – ihre Rechte und damit ihre Einflußmöglichkeiten nach dem Gesellschaftsrecht. Das öffentliche Interesse, insbesondere der mit dem Beteiligungserwerb verfolgte öffentliche Zweck, geben der öffentlichen Hand keine besonderen Befugnisse im Rahmen der Beteiligungsgesellschaft. Die von der Anteilseignerin in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft entsandten Personen (§ 101 Abs. 2 AktG) haben, wie die anderen Aufsichtsratsmitglieder auch, den Belangen der Gesellschaft den Vorzug vor denen des Anteilseigners zu geben und die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen, ohne an Weisungen gebunden zu sein⁴⁷. Die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Geschäftsführung sind demgemäß je nach der gewählten Gesellschaftsform begrenzt. In jedem Fall – und selbst bei der Eigen-gesellschaft – tritt durch die Verselbständigung des Unternehmens eine Abschwächung der behördlichen und politischen Einwirkung auf die Unternehmenstätigkeit ein⁴⁸. Bei der GmbH ist es möglich, die Abschwächung des Ein-

⁴⁴ P. Lerche (Fn. 3) RNrn. 41, 47, 63, 65, 73, 74.

⁴⁵ D. Ehlers, Die Entscheidung der Kommunen für eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisation ihrer Einrichtungen und Unternehmen, DÖV 1986, 897/905.

⁴⁶ Die öffentliche Hand kann herrschendes Unternehmen im Sinne des Konzernrechts sein (BGHZ 69, 334).

⁴⁷ BGHZ 36, 296/306 f.; Hans. OLG Hamburg DB 1990, 415 (Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds wegen seiner gegen die wirtschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft gerichteten Betätigung; Kernkraftgegner im Elektrizitätsversorgungsunternehmen).

⁴⁸ J. Berkemann, Die staatliche Kapitalbeteiligung an Aktiengesellschaften (1966) S. 130 ff., 143 ff.; W. Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967) S. 258 ff.;

flusses weitgehend auszuschalten; denn die Gesellschafter können die Geschäftsführer bestellen und sich selbst ein Weisungsrecht vorbehalten (§§ 37, 45, 46 GmbHG). Demgegenüber ist bei der Aktiengesellschaft die Selbständigkeit der Geschäftsführung in der Hand des Vorstands institutionell gesichert (§§ 76 Abs. 1, 111 Abs. 4, 119 Abs. 2 AktG)⁴⁹.

Der Genehmigungsvorbehalt des § 28 Abs. 1 in Verb. mit § 23 Abs. 3 Nr. 6 PostVerfG gibt dem Bundesminister für Post und Telekommunikation die Möglichkeit, die postverfassungsrechtlichen und sonstigen gesetzlichen Anforderungen⁵⁰ sowie die verfassungsrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Schranken zu prüfen und ggf. die Genehmigung einer Beteiligung zu versagen oder mit Nebenbestimmungen zu versehen. Zu den durch eine mit der Genehmigung verbundenen Auflage zu gewährleistenden Genehmigungsvoraussetzungen gehört es auch, daß der beherrschende Einfluß des die Beteiligung erwerbenden Unternehmens der Deutschen Bundespost entsprechend der Gesellschaftsform jederzeit sichergestellt sein muß. Weiterhin können durch derartige Auflagen Genehmigungsvorbehalte für bestimmte wesentliche Entscheidungen der Unternehmenspolitik, z. B. über die Änderung des Unternehmensgegenstandes oder über die Gründung von Tochtergesellschaften durch das Teilnehmungsunternehmen, festgelegt werden. Im Rahmen des Genehmigungsvorbehalts für Beschlüsse der Aufsichtsräte der DPB-Unternehmen und der sonstigen Leitungs- und Aufsichtsrechte ist der Bundesminister für Post und Telekommunikation in die Lage versetzt, die Unternehmenspolitik an einem grundsätzlichen Beteiligungskonzept auszurichten.

G. F. Schuppert (Fn. 19) S. 24 ff.; *W. Leisner*, Der Vorrang der Gesellschaftsinteressen bei den Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, *WiVerw.* 1983, 212; *D. Ehlers* (Fn. 4) S. 132 ff.; *H. D. Jarass* (Fn. 35) S. 217 ff.; *E. Schmidt-Aßmann/G. Fromm*, Bundesbahn (Fn. 4) S. 116; *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 15) § 104 a, RNr. 32; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (1990) S. 513 ff.

⁴⁹ *G. Hueck*, Gesellschaftsrecht (18. Aufl. 1983) § 23 VII.

⁵⁰ Die Beteiligung an privatrechtlichen Unternehmen ist (noch) in § 65 Posthaushaltsordnung vom 20. 8. 1986 (BGBl. I S. 1334) geregelt (vgl. § 39 Abs. 2 und 3 PostVerfG). Die Unternehmen werden darüber nach Maßgabe des Postverfassungs- und des Haushaltsrechts in den Bestimmungen über die Wirtschaftsführung (§§ 23 Abs. 3 Nrn. 5 und 6, 39 Abs. 2 PostVerfG) nähere Vorschriften zu erlassen haben.