

Prof. Dr. Hans Peter Bull
 Universität Hamburg
 Seminar für Verwaltungslehre

LANDTAG
 NORDRHEIN-WESTFALEN
 12. WAHLPERIODE

ZUSCHRIFT
12/1483

A10 + A22

Hamburg, den 16.10.1997

**zum Gesetz zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von
 Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich Telekommunikationsleistungen
 (Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN -
 Drucksache 12/2113 -)**

I.

Der Gesetzesentwurf wirft erhebliche verfassungsrechtliche und verwaltungspolitische Probleme auf. Er öffnet die Tür zu einer Entwicklung von Kommunalpolitik und Kommunalwirtschaft, die große Risiken für die Kommunen selbst und für Teile der Wirtschaft mit sich bringt. Übrigens ist er in seiner Formulierung auch nicht schlüssig.

II.

1. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ist in der Vergangenheit regelmäßig und zu gut wie einhellig von allen, die sich unter rechtlichen Aspekten mit dem Thema befaßt haben, von einem „*öffentlichen Zweck*“ abhängig gemacht worden.¹ Die Vielfalt der zugelassenen Zwecke oder Ziele öffentlicher Unternehmen macht es allerdings schwer, eine klare Grenze der Rechtmäßigkeit solcher gemeindlicher Betätigung zu ziehen. Lehre und Rechtsprechung sind in der Anerkennung eines öffentlichen Zwecks meist großzügig gewesen und haben z.B. auch das Ziel der Wettbewerbsintervention akzeptiert, das darin besteht, „einen verkrusteten oder

¹ Aus der umfangreichen Literatur vgl. nur *Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., Stuttgart 1985; *ders.*, Verwaltungslehre, 2. Aufl., München 1989, S. 257 ff.; *ders.* (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 5, 2. Aufl., Berlin u.a. 1984 (mit Beiträgen von Burmeister, Schmidt-Jortzig u.a.); *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, Heidelberg 1987; *Hidien*, Gemeindliche Betätigungen rein erwerbswirtschaftlicher Art und „öffentlicher Zweck“ kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen, Berlin, 1981; *Schricker*, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und unlauterer Wettbewerb, München u.a., 1964; *H. P. Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg/Taunus 1977, S. 276 ff. Aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur u.a. *M. Koch*, Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Ein Beitrag zur finanzwirtschaftlichen Ordnungspolitik, Berlin 1992.

oligopolistischen Wettbewerb zu beleben.² Ohne weiteres zugelassen ist auch die Randnutzung freier Kapazitäten oder Mittel der Verwaltung (z.B. Reklameflächen, Verkaufskioske in öffentlichen Einrichtungen).³

Der Landesgesetzgeber ist selbstverständlich nicht an Literaturmeinungen oder die Entscheidungen anderer Länder gebunden; auch die Regelung der Bundeshaushaltsordnung (§ 65 BHO), wonach sich der Staat nur bei einem „wichtigen Interesse“ an Unternehmen in der Rechtsform des Privatrechts beteiligen soll, bindet selbstverständlich den Landesgesetzgeber ebensowenig wie das Gebot des § 7 Abs. 2 S. 2 BHO, in geeigneten Fällen „im Rahmen eines Interessenbekundungsverfahrens festzustellen, inwieweit und unter welchen Bedingungen private Lösungen möglich sind“.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken können aber unter dem Aspekt bestehen, daß mit der Teilnahme der Kommunen am wirtschaftlichen Wettbewerb sonst gegebene Erwerbschancen privater Unternehmen beeinträchtigt werden. Wo in diesem Zusammenhang der Schutzbereich der *Grundrechte* (Art. 12 GG, evtl. Art. 14 GG) beginnt, ist sehr umstritten. Bloße Chancen, künftig Gewinne aus Geschäftstätigkeit erzielen zu können, sind von den Grundrechten nicht geschützt. Doch könnte sich die Rechtslage anders darstellen, wenn die öffentliche Verwaltung gezielt in etablierte Marktverhältnisse eingreift. Ob dies bei dem Telekommunikationsmarkt geschieht oder zu geschehen droht, bedarf genauerer Untersuchung und kann nicht im Rahmen einer kurzfristig angefertigten Stellungnahme geklärt werden.

3. Der Bundesgesetzgeber hat durch Einfügung von Art. 87 f Abs. 2 S. 1 GG in das GG bestimmt, daß Dienstleistungen im Bereich der *Telekommunikation* „als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht“ werden. Ob die Gemeinden als „private Anbieter“ gelten können, ist fragwürdig. Die Garantie des kommunalen Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) betrifft nur die „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“; der Betrieb von Telekommunikationsnetzen und das Angebot von

² Püttner, Verwaltungslehre, (Anm. 1), S. 259.

³ Vgl. nochmals Püttner, a.a.O., S. 260.

Telekommunikationsdienstleistungen kann aber kaum als „örtliche Angelegenheit“ angesehen werden; jedenfalls ist die bundesrechtliche Regelung der Materie durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) darauf angelegt, gleiche Verhältnisse und gleiche rechtliche Bedingungen für die Telekommunikationswirtschaft im ganzen Bundesgebiet zu schaffen. Andererseits spricht die Tradition des kommunalen Wirtschaftsrechts dafür, daß das Dienstleistungsangebot der Kommunen auch solche Gegenstände erfassen kann, deren Bereitstellung im ganzen Bundesgebiet notwendig ist - Versorgungs- und Entsorgungsunternehmen wie Verkehrsbetriebe der Kommunen bestehen auf der Grundlage unterschiedlicher landesrechtlicher Regelungen mit einem insgesamt gleichen oder ähnlichen Standard.

4. Weitere Bedenken, die etwa aus Gesichtspunkten des *unlauteren Wettbewerbs* heraus vorgebracht werden könnten, müssen zurückstehen, soweit ein öffentlicher Zweck die kommunale Betätigung rechtfertigt. Denn dieser öffentliche Zweck nimmt dem kommunalen Wirtschaftshandeln den Charakter des „Unlauteren“ - soweit nicht Besonderheiten hinzukommen, die bei grundsätzlicher Zulässigkeit der kommunalwirtschaftlichen Tätigkeit bestimmte Modalitäten ihrer Ausübung „disqualifizieren“, also Vorkehrungen gegen die Beeinträchtigung von Wettbewerbern nötig machen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn amtliche Autorität mißbraucht oder öffentliche Mittel zur Förderung des eigenen Wettbewerbs eingesetzt werden.⁴

III.

Im Unterschied zu anderen Regelungen im Bereich der Kommunalwirtschaft fällt an dem Entwurf auf, daß nunmehr ausdrücklich auf das Erfordernis eines „dringenden öffentlichen Zwecks“ verzichtet, gleichzeitig aber „zum Ausdruck gebracht werden“ soll, daß der Gesetzgeber „für diesen Bereich einen öffentlichen Zweck erkennt“. Dieser soll offenbar darin liegen, daß die Kommunen bzw. die kommunalen Unternehmen „einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung des Telekommunikationsmarktes leisten können“.⁵ Es wird jedoch ausdrücklich vermerkt, daß „ein finanzwirtschaftliches Interesse allein Telekommunikationsaktivitäten der

⁴ Vgl. dazu etwa *Schricker*, a.a.O., (Anm. 1), S. 132 ff., 168 ff., 195 ff.

⁵ Begründung, S. 5 zu B Nr. 2.

Kommunen nicht rechtfertigen könnte“.⁶ Dies ist widersprüchlich. Mit der gleichen Begründung könnte eine Beteiligung der Kommunen am Markt für Bürogeräte und Schuleinrichtungen oder an Literaturverlagen u.v.a. gerechtfertigt werden. Soweit damit nur vorhandene Kapazitäten und vorhandenes Know-how besser genutzt werden soll, ist dagegen nichts einzuwenden; der Gesetzentwurf will aber offensichtlich ein dynamisches, expansives Marktverhalten der Kommunen erlauben; ausdrücklich wird gesagt, es gehe um „ein auf die Vermarktung gegenüber Dritten angelegtes - d.h. den Eigenbedarf übersteigendes - Telekommunikationsnetz“ und um ein „unternehmerisches Engagement im Wettbewerb mit privaten Unternehmen“.⁷

Verwaltungspolitisch halte ich eine solche Dynamisierung in der Kommunalwirtschaft für bedenklich, weil sie *ein anderes Bild von der Kommune* propagiert als das in Verfassung und Verfassungswirklichkeit bisher herrschende. Offenbar wird dabei die in der Reformdiskussion angestrebte Wende „von der Behörde zum Dienstleistungsunternehmen“ mißverstanden. Die Vision von der marktstätigen Gemeinde löst die bisher unbezweifelte Maxime ab, daß sich öffentliche Verwaltung nicht aus erwerbswirtschaftlichen Gewinnen, sondern aus Abgaben finanzieren soll - sei es aus Steuern, sei es aus Gebühren und Beiträgen oder hilfsweise aus Finanzausweisungen der höheren Verwaltungseinheiten.⁸ Ebenso wie die merkantilistische Staatsvorstellung überholt ist, nach der ein erheblicher Teil des öffentlichen Finanzbedarfs aus den Einnahmen der Domänen, Forsten und Manufakturen gedeckt wurde, ist die Idee der über den Markt finanzierten Gemeinde anachronistisch. Allerdings nimmt sie möglicherweise Entwicklungen vorweg, die eines Tages trotz aller Widerstände über uns kommen werden - wenn nämlich die eigentliche Idee der staatlichen und kommunalen Organisation endgültig durch ökonomische Kalküle verdrängt ist.

Übrigens vermag ich keine Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung darin zu sehen, daß ihre Einnahmen vom Markt und damit von Konjunkturen abhängig gemacht werden. Die Risiken, die der Markteintritt für die Gemeinden mit sich brächte, sind in der Begründung

⁶ A.a.O.

⁷ Begründung, S. 4 zu A.

⁸ Diese Kritik habe ich bereits an anderer Stelle geäußert, nämlich in: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, 7. Erbdrostenhofgespräch, hrsg. v. Landschaftsverband Westfalen-Lippe, Juni 1997, S. 27.

bezeichnet;⁹ zugespitzt müßte man vielleicht eines Tages sagen: Wenn der Telekommunikationsmarkt nicht genug hergibt, muß bei den sozialen Hilfen gekürzt werden. Noch so gute Marktanalysen, wie sie als Konsequenz der Risikoeinschätzung gefordert werden, sind keine Versicherung gegen solche Gefahren. Richtig wäre vielmehr, wenn der Staat die Kommunen durch eine neue Finanzgesetzgebung und einen ausreichenden Finanzausgleich angemessen ausstattete.

IV.

Die vorgesehene Fassung des § 107 Abs. 1 S. 1 GO Nw deckt übrigens das gewünschte Ziel gar nicht ab. Danach soll es nämlich heißen:

„Die Gemeinde darf sich zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen, wenn

1. ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert und
2. die Betätigung erfolgt, um Leitungsnetze für die Zwecke der Telekommunikation einschließlich der Telefondienstleistungen allein oder zusammen mit Dritten zu erweitern oder zu betreiben und
3. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.“

Damit bleibt die Zulässigkeitsvoraussetzung bestehen, daß „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ erledigt werden sollen. Die Erweiterung und der Betrieb von Leitungsnetzen, das Angebot von Telefondienstleistungen kann aber kaum als solche örtliche Angelegenheit angesehen werden (Vgl. oben II 3.). Den Infrastrukturauftrag hat, wie schon ausgeführt, auf dem Gebiet der Telekommunikation nunmehr und ausschließlich der Bund.

Um das gewollte Ziel des Gesetzes zu erreichen, müßte ferner am Ende von Nr. 1 das Wort „und“ durch das Wort „oder“ ersetzt werden. Sonst ist entgegen der Absicht des Gesetzgebers

⁹ S. 5 zu B Nr. 1 und S. 6 zu Nr. 4.

doch ein „dringender öffentlicher Zweck“ erforderlich. Der Anschluß der jetzigen Nr. 2 (künftig Nr. 3) ist ungenau; richtig wäre, den Text der jetzigen Nr. 2 an das Wort „wenn“ anzuschließen, also vor die Nr. 1 zu stellen.