

ZUSCHRIFT
12/1497

A10 + A22

Prof. Dr. Joachim Burmeister**Stellungnahme****zum Gesetzentwurf LT-Dr. 12/2113,****Gesetz zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich der Telekommunikationsleistungen****Gliederung**

- I. Vorbemerkung
- II. „Innere Schlüssigkeit“ - Ungenauigkeiten des Entwurfs im Hinblick auf sein eigenes Regelungsziel
 1. Begrifflich: Der Begriff der „Telekommunikationsleistungen“
 2. Regelungstechnisch: Die Unklarheit des § 107 Abs. 1 Satz 1 GO-Entwurf
- III. „Äußere Machbarkeit“ - Verfassungsrechtliche Bedenken am erstrebten Regelungsziel
 1. Allgemeiner Subsidiaritätsgrundsatz / Erfordernis eines „öffentlichen Zwecks“
 - a) Marginale Unterscheidbarkeit von öffentlichem und dringendem öffentlichen Zweck
 - b) Fehlen selbst eines nur „schlichten“ öffentlichen Zwecks für eine telekommunikative Betätigung der Kommunen
 2. Das Privatisierungsgebot des Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG

I. Vorbemerkung

Die folgende Stellungnahme wird den Gesetzentwurf unter zwei Aspekten untersuchen: In einem ersten Teil wird die „innere Schlüssigkeit“ des Gesetzentwurfs geprüft; d.h. es wird untersucht, ob der Entwurf in der vorliegenden Fassung überhaupt geeignet ist, sein selbstgestecktes materielles Ziel, nämlich die „Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich der Telekommunikationsleistungen“ zu erreichen. Es werden hier einige Ungenauigkeiten, ja Mängel des Entwurfs aufzuzeigen sein, die den Entwurf in seiner derzeitigen Fassung als zur Realisierung seines eigenen Regelungsziels ungeeignet erscheinen lassen.

In einem zweiten Teil wird alsdann die „**äußere Machbarkeit**“ überprüft; d.h. es wird darzustellen sein, welchen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken der Entwurf - unabhängig von seinem konkreten Wortlaut - im Hinblick auf sein materielles Regelungsziel unterliegt. Im Vordergrund wird dabei die Frage stehen, welche rechtlichen Aspekte gegen eine Betätigung von Kommunen als Organen der mittelbaren Staatsverwaltung im bewußt privatisierten Telekommunikationssektor bestehen.

II. „Innere Schlüssigkeit“ - Ungenauigkeiten des Entwurfs im Hinblick auf sein eigenes Regelungsziel

1. Begrifflich: Der Begriff der „Telekommunikationsleistungen“

Schon der Titel des Gesetzentwurfs enthält eine sprachliche Ungeschicklichkeit: Das „Gesetz zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich der *Telekommunikationsleistungen*“ soll offensichtlich den Kommunen das Erbringen von „Telekommunikationsleistungen“ ermöglichen. Dieser Begriff ist aber trotz des inzwischen zugegebenermaßen eingetretenen „Begriffswirrwarrs“ im Bereich von Telekommunikation und „Multimedia“ wenig hilfreich, da er so in anderen einschlägigen Gesetzen nicht verwendet wird und die Palette der Begriffe damit um eine weitere - wohl überflüssige - Variante anreicherte:

Im Hinblick auf den hier nur in Rede stehenden Telekommunikationsbereich¹, also den „*technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels oder Empfangens*“

¹ Der Begriff der „Telekommunikation“ umfaßt dieselben Regelungsbereich wie der althergebrachte Begriff des „Fernmeldewesens“: „Entsprechend dem international üblichen Sprachgebrauch ist auch im nationalen Sprachraum der Begriff »Fernmeldewesen« zunehmend durch »Telekommunikation« ersetzt worden. „Eine inhaltliche Änderung ist mit diesem Begriffswechsel nicht verbunden“ (so der Bundesgesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Grundgesetzes i.R.d. Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation, BRats-Dr. 114/94 vom 4.2.1994, S. 6.

von als Nachrichten identifizierbaren elektromagnetischen oder optischen Signalen"² gab es bisher lediglich zwei die entsprechende Leistungserbringung charakterisierende Begriffe: den des „Telekommunikationsdienstes“ in § 3 Ziff. 5 TKG und den der „Telekommunikationsdienstleistung“ in § 3 Ziff. 18 TKG. Betrachtet man die Definitionen dieser Begriffe im Telekommunikationsgesetz, so wird deutlich, daß sie - wenn man die auf die „Geschäftsmäßigkeit“ bzw. „Gewerblichkeit“ bezogenen Elemente hinwegdenkt - nahezu synonym gebraucht werden. Das „geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ ist das „nachhaltige Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“³; „Telekommunikationsdienstleistungen“ sind das „gewerbliche Angebot von Telekommunikation einschließlich des Angebots von Übertragungswegen für Dritte“⁴.

Damit sind die Begrifflichkeiten in diesem auf den technischen Sendevorgang bezogenen Bereich - anders als in dem die Sendeinhalte und -gegenstände betreffenden Bereich⁵ - noch durchaus übersichtlich und klar eingegrenzt. Es macht daher wenig Sinn, wenn der Gesetzentwurf einen neuen Begriff der „Telekommunikationsleistungen“ einführt; vielmehr sollte einer der beiden schon bekannten Begriffe der „Telekommunikationsdienste“ oder „Telekommunikationsdienstleistungen“ verwendet werden. Zwar ist den Entwurfsverfas-

² Diese Definition faßt die in § 3 Ziff. 15 und 16 TKG gegebenen Definitionen von „Telekommunikation“ und „Telekommunikationsanlage“ zusammen. Das BVerfG definierte in seinem ersten Rundfunkurteil (BVerfGE 12, 205, 226 f.) das Fernmeldewesen als die „technischen Vorgänge des Sendens der Rundfunkdarbietungen. Fernmeldewesen ist ein technischer, am Vorgang des Übermittels von Signalen orientierter Begriff. Das Fernmeldewesen hat es [...] mit technischen Einrichtungen zu tun, mit deren Hilfe Signale in die Ferne gemeldet oder übermittelt werden“.

³ § 3 Ziff. 5 TKG.

⁴ § 3 Ziff. 18 TKG.

⁵ Hier wurde durch das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz (IuKDG; „umgangssprachlich“ auch „Multimediasgesetz“ genannt) des Bundes der Begriff der „Informations- und Kommunikationsdienste“ eingeführt, der dann aufgrund kompetentieller Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern in einen vom Bund zu regelnden Bereich der „Teledienste“ und einen von den Ländern zu regelnden Bereich der „Mediendienste“ aufgeteilt wurde; hinsichtlich beider Dienste ist nach wie vor strittig, inwieweit sie dem vom Bundesverfassungsgericht im 5. Rundfunkurteil (BVerfGE 74, 297, 350 f.) anerkannten „offenen Rundfunkbegriff“ unterfallen; siehe dazu näher Röger, Internet und Verfassungsrecht, ZRP 1997, 203 m.w.N.

sein zugute zu halten, daß der Begriff der „Telekommunikationsleistungen“ im Normwortlaut des Gesetzes selbst nicht auftaucht und von daher keine unmittelbaren begrifflichen Unklarheiten verursacht (in § 41 Abs. 1 Satz 3 GO-E, § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 GO-E, § 108 Abs. 1 Satz 1 NR. 9 GO-E wird lediglich der Begriff der „Telekommunikation“ verwendet); allerdings ist kein Grund ersichtlich, warum im Titel des Gesetzes dann nicht auch auf schon vorhandene Begriffe zurückgegriffen wird.

2. Regelungstechnisch: Die Unklarheit des § 107 Abs. 1 Satz 1 GO-Entwurf

Wesentlich problematischer ist aber der Wortlaut und die systematische Einbindung des geplanten § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 2 GO-E. Diese Norm stellt die eigentliche „Kernnorm“ der Gesetzesänderung dar. Durch sie soll ausweislich der Gesetzesbegründung *„den Gemeinden [...] ein wirtschaftliches Engagement im Bereich der Telekommunikation einschl. der Telefondienstleistungen auch dann eröffnet werden, wenn kein dringender öffentlicher Zweck diese Betätigung besonders erfordert“*⁶. Die unter Ziff. 2 a und b des Gesetzentwurfs vorgesehenen Änderungen des § 107 Abs. 1 Satz 1 GO werde diesem Anspruch aber nicht gerecht. Durch sie wird § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 („*dringender öffentlicher Zweck*“) unverändert übernommen, in einer neuen Ziff. 2 („*Leistungsnetze für Zwecke der Telekommunikation [...] zu betreiben*“) die Telekommunikations-Sonderregelung eingefügt und die bisherige Ziff. 2 zur neuen Ziff. 3 („*angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde*“). Betrachtet man die so neu geschaffene Regelung des § 107 Abs. 1 Satz 1 GO-E insgesamt, so wird ihre offensichtliche Ungeeignetheit zur Erreichung des Regelungszwecks deutlich:

⁶ Gesetzesbegründung S. 5 zu Nr. 2.

§ 107 Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung

(1) '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 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. "*

Da die gesetzliche Änderung lediglich *kumulativ* ein weiteres Merkmal in § 107 Abs. 1 Satz 1 GO-E einfügt (nämlich die neue „telekommunikationsbezogene“ Ziff. 2 zwischen der unverändert bleibenden „Zweckregelung“ der Ziff. 1 und der alten, lediglich numerisch zu Ziff. 3 veränderten „Leistungsfähigkeitsregelung“ der alten Ziff. 2), ist nicht ersichtlich, wieso die Notwendigkeit der Vorliegens eines dringenden öffentlichen Zwecks für Telekommunikationsdienstleistungen entfallen soll. Es heißt dann nach wie vor: „... wenn 1. ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert *und* 2. die Betätigung erfolgt, um Leitungsnetze ... zu betreiben *und* 3. die Betätigung nach Art und Umfang ...“

Dieser Wortlaut würde dann zum ersten auch für Telekommunikationsdienstleistungen nach wie vor die Bindung an einen dringende öffentlichen Zweck bestehen lassen; sie würde aber zum zweiten - da die neue telekommunikationsbezogene Ziff. 2 ja kumulativ hinzutritt - sogar den Eindruck erwecken, als ob das gesamte gemeindliche wirtschaftliche Handeln stets nur noch dann zulässig wäre, wenn es auf die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen gerichtet ist. Da dies im Hinblick auf die eindeutig andere Intention des Gesetzge-

bers⁷ keinesfalls gewollt ist, ist es unerklärlich, wie ein von Wortlaut und Systematik derart mißlungener Änderungsvorschlag in den Gesetzentwurf gelangen konnte.

Um den intendierten Gesetzeszweck zu erreichen, wären folgende zwei Möglichkeiten denkbar:

Die einfachste Möglichkeit wäre, § 107 Abs. 1 Satz 1 GO mit seinen bisherigen Ziff. 1 und 2 so zu belassen, wie er ist, und einen neuen Satz 2 einzufügen, der bestimmt: *„Ein dringender öffentlicher Zweck im Sinne von Satz 1 Ziff. 1 ist nicht erforderlich, wenn die Betätigung erfolgt, um Leitungsnetze für Zwecke der Telekommunikation einschließlich der Telefondienstleistungen allein oder zusammen mit Dritten zu erweitern oder zu betreiben“.*

Wenn anstelle eines solchen klaren Ausnahmetatbestandes regelungstechnisch die systematisch unsaubere Einfügung einer weiteren Ziffer in § 107 Abs. 1 Satz 1 GO bevorzugt wird, dann müßte zumindest sorgfältig auf die Zuordnung kumulativer „und“-Formulierungen und alternativer „oder“-Formulierungen geachtet werden und es sollte heißen:

(1) ¹Die Gemeinde darf sich zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen, wenn

- 1. a) ein dringender öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert oder*
- b) die Betätigung erfolgt, um Leitungsnetze für Zwecke der Telekommunikation einschließlich der Telefondienstleistungen allein oder zusammen mit Dritten zu erweitern oder zu betreiben*

⁷ Vgl. insb. S. 5 zu Nr. 2 der Gesetzesbegründung: *„Den Gemeinden soll ein wirtschaftliches Engagement im Bereich der Telekommunikation einschl. der Telefondienstleistungen auch dann eröffnet werden, wenn kein dringender öffentlicher Zweck diese Betätigung besonders erfordert“.*

2. und die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. "

Die letztgenannte Lösung stellt aber im Ergebnis nichts anderes dar als eine „verkomplizierte“ und weniger stringente Variation dessen, was mit der erstgenannten Lösung sprachlich angemessener erfaßt wird: Daß die Gemeinde grundsätzlich nur wirtschaftlich tätig werden darf, wenn ein dringender öffentlicher Zweck dies erfordert und die Betätigung zur gemeindlichen Leistungsfähigkeit angemessen ist, daß aber für den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen eine Ausnahme vom Erfordernis des Vorliegens eines dringenden öffentlichen Zwecks gemacht werden soll.

Die auf den ersten Blick vermeintlich eleganteste Lösung, nämlich ein völliger Verzicht auf eine Änderung von § 107 Abs. 1 GO und statt dessen eine Modifikation des per se schon als Ausnahmefiktion formulierten § 107 Abs. 2 GO, wäre dagegen widersprüchlich. Denn würde man § 107 Abs. 2 GO ergänzen um:

„Als wirtschaftliche Betätigung im Sinne dieses Abschnitts gilt nicht der Betrieb von

1. [...]
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. *Einrichtungen, die dem Betrieb oder der Erweiterung von Leitungsnetzen für Zwecke der Telekommunikation einschließlich der Telefondienstleistungen dienen“,*

so würde diese Fiktion einer nichtwirtschaftlichen Betätigung in eklatantem Widerspruch stehen zu dem vom Gesetzgeber bewußt gewollten Aufbau eines

„auf die Vermarktung gegenüber Dritten angelegte[n] [...] Telekommunikationsnetzes“⁸ als „unternehmerisches Engagement im Wettbewerb mit privaten Unternehmen“⁹.

III. „Äußere Machbarkeit“ - Verfassungsrechtliche Bedenken am erstrebten Regelungsziel

Neben diesen Bedenken an der „inneren Schlüssigkeit“ des vorliegenden Gesetzentwurfs gerade im Hinblick auf den vorgeschlagenen Wortlaut von § 107 Abs. 1 Satz 1 GO-E bestehen erhebliche Bedenken an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines kommunalen Engagements im Telekommunikationssektor. Diese beruhen zum ersten auf dem Fehlen eines jeglichen öffentlichen Zwecks für ein telekommunikatives Tätigwerden der Kommunen (sub 1) und zum zweiten auf dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Privatisierungsgebot gerade für den Bereich Telekommunikation (sub 2).

1. Allgemeiner Subsidiaritätsgrundsatz / Erfordernis eines „öffentlichen Zwecks“

Der allgemeine Subsidiaritätsgrundsatz, der in der katholischen Soziallehre seinen Ursprung hat¹⁰ und der normativ beispielsweise im Recht der Europäischen Gemeinschaften ausdrückliche Erwähnung findet¹¹, findet seinen kommunal-

⁸ Begründung zum Gesetzentwurf S. 4, sub A.

⁹ Begründung zum Gesetzentwurf S. 4, sub A.

¹⁰ Vgl. Papst Pius XI., Enzyklika Quadragesimo anno - Über gesellschaftliche Ordnung, ihre Wiederherstellung und ihre Vollendung nach dem Heilsplan der Frohbotschaft, 1931, zitiert nach dem amtlichen deutschen Text, hrsg. vom Erzbischöflichen Seelsorgeamt Köln, 1946, S. 47 Rn. 79: „Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen [...]“

¹¹ Vgl. Art. 3 b Abs. 2 EG-Vertrag: „In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht ge-

rechtlichen Niederschlag in dem für Nordrhein-Westfalen in § 107 Abs.1 Satz 1 GO festgeschriebenen Erfordernis, daß kommunales wirtschaftliches Handeln stets eines besonderen, nämlich eines *öffentlichen* Zwecks bedarf. Diese schon in § 67 DGO enthaltene Regelung ist zum einen „betriebswirtschaftliche Optimierungsnorm“¹²; sie ist vor allem aber - wie der Blick auf ihre historische Wurzel in Form von § 67 DGO zeigt¹³ - Ausdruck des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes¹⁴. Seinen normativ verpflichtenden Charakter erlangt der Subsidiaritätsgrundsatz über die Grundrechte, in denen die grundsätzliche verfassungsrechtliche Entscheidung für einen Staat zum Ausdruck kommt, der individuelle private Freiräume - gerade auch in wirtschaftlicher Hinsicht - anerkennt und respektiert und diese vor staatlicher Ingerenz freihält. Insofern stellt Erichsen zu Recht fest: *„Die Auslegung der Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts muß im Lichte der Grundrechte erfolgen. Vergegenwärtigt man sich nämlich, daß [...] die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und ihrer Unternehmen zwar einerseits verfassungsrechtlich gewährleistet, andererseits aber auch im Hinblick auf die Grundrechte privater Wettbewerber erheblich ist, so liegt in den Vorschriften über die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung der [...] dem Gesetzgeber aufgegebenen verhältnismäßige Ausgleich zwischen diesen beiden konfligierenden Verfassungsrechtsgütern [...]“*¹⁵.

zogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“

¹² Kay Waechter, Kommunalrecht, 3. Aufl. 1997, S. 374 Rn. 603.

¹³ § 67 Abs. 1 Nr. 1 DGO verlangt, daß „der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt“. Die amtliche Begründung zu § 67 DGO führt dementsprechend aus, die Regelung richte sich „gegen ein Übergreifen der Gemeindewirtschaft auf sonstige Gebiete, die bisher ausschließlich privater Wirtschaftstätigkeit vorbehalten waren“ (zitiert nach Rudolf Beyer [Hrsg.], Die Deutsche Gemeindeordnung mit der amtlichen Begründung, 1935, S. 133 zu § 67); es sei „auf den Abbau solcher Betriebe hinzuwirken, die durch den öffentlichen Zweck gemeindlicher Wirtschaftsführung nicht gerechtfertigt sind und die danach als unzulässige Konkurrenz mit der privaten Wirtschaft erscheinen“ (a.a.O., S. 134). Ähnlich auch Ralf Zeitler/Walter Bitter/Bernhard von Derschau, Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung, 3. Aufl. 1937, § 67 Anm. 2: „Die deutschen Gemeinden haben zum großen Teil bei der Errichtung wirtschaftlicher Unternehmen nicht die Grenzen beachtet, die in dem Aufgabenkreis der Gemeinde und in der Rücksicht auf die Privatwirtschaft [...] gezogen sind“.

¹⁴ Dementsprechend stellt Erichsen, Kommunalrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 2. Aufl. 1997, S. 280 zutreffend fest, der aus rein pragmatischen Gründen erfolgte Wegfall der in § 88 Abs. 1 Nr. 1 GO a.F. enthaltenen Beschränkung, daß „dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann“, werde nunmehr über das Tatbestandsmerkmal des dringenden öffentlichen Zwecks aufgefangen.

¹⁵ Erichsen, Kommunalrecht NW, S. 280/281 m.w.N.

Dies bedeutet, daß die Anerkennung der Notwendigkeit eines spezifisch „öffentlichen Zwecks“ für kommunale wirtschaftliche Betätigung keine in das Belieben des einfachen Gesetzgebers gestellte Entscheidung ist, sondern eine von der Verfassung geforderte und auf den Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG fußende Restriktion. Insoweit geht auch die Begründung des vorliegenden Gesetzentwurfs zu Recht davon aus, „daß es für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen immer eines rechtfertigenden öffentlichen Zwecks bedarf“¹⁶; dies auch dann, wenn nach erfolgter Gesetzesänderung die Zweckbindung für telekommunikative wirtschaftliche Betätigungen nicht mehr expressis verbis aufgeführt würde.

Von daher scheint der nordrhein-westfälische Gesetzgeber davon auszugehen, daß die für die Zulässigkeit dieser Betätigung entscheidende Modifikation der Wegfall des „dringenden“ öffentlichen Zwecks ist. Dies erscheint jedoch unter zwei Gesichtspunkten fraglich: Zum ersten ist zweifelhaft, ob überhaupt zwischen einem „dringenden“ öffentlichen Zweck und einem „schlichten“ öffentlichen Zweck in relevanter Weise unterschieden werden kann (dazu sub a); zum zweiten ist zweifelhaft, ob die für die Einführung der telekommunikativen Betätigung aufgeführten Gründe nicht auch an einem reduzierten Erfordernis eines nur „schlichten“ öffentlichen Zwecks scheitern würden (dazu sub b).

a) Marginale Unterscheidbarkeit von öffentlichem und dringendem öffentlichen Zweck

Die gewissermaßen „länderübergreifende“, also nicht auf die Sondersituationen eines bestimmten Bundeslandes fixierte kommunalrechtliche Literatur geht überwiegend davon aus, daß die zwischen einem „öffentlichen“ und einem

„dringenden öffentlichen“ Zweck bestehenden inhaltlichen Unterschiede marginal sind. Dies wird inzident deutlich bei Tettinger, der ohne jede inhaltliche Differenzierung eine beide Begriffe umfassende „Klammerumschreibung“ verwendet und von dem „*Erfordernis eines (dringenden) öffentlichen Zwecks*“ spricht¹⁷; noch deutlicher formuliert es Waechter mit den Worten: „*Zum Teil verlangen die Gesetze auch einen dringenden öffentlichen Zweck, ohne daß dies zu merklichen Änderungen in den Anforderungen geführt hätte*“¹⁸.

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß vereinzelt dem Tatbestandsmerkmal „dringend“ durchaus eine besondere Bedeutung beigemessen zu werden scheint, indem als „öffentlicher Zweck“ schon jede „*zum Nutzen der Gemeindebevölkerung anzustreben[de]*“ Betätigung angesehen wird, während dieser Zweck erst dann als „dringend“ anerkannt wird, wenn sich die Betätigung „*nach allgemeiner Anschauung als unerläßlich für eine gedehliche Existenz der Bürger in ihrer Gemeinde erweist*“¹⁹. Man hat bei dieser Betrachtung den Eindruck, daß sie sich davon leiten läßt, einen vermeintlich wesentlichen Unterschied zwischen „öffentlicher Zweck“ und „dringenden öffentlichen Zweck“ zu definieren, indem sie für das Tatbestandsmerkmal „öffentlicher Zweck“ eine von der üblichen Definition abweichende schwächere Umschreibung wählt, um das dann definitorisch erreichte Defizit über das Merkmal „dringend“ wieder aufzufüllen. Denn üblicherweise wird ein „öffentlicher Zweck“ nicht schon dann angenommen, wenn die Betätigung nur gemeinwohldienlich ist, sondern erst dann, wenn sie im Gemeinwohlinteresse *erforderlich* ist²⁰, so wie dies auch dem Wortlaut des § 107 Abs. 1 Nr. 1 GO - unabhängig von der Definition des „Zwecks“ - entspricht²¹. Berücksichtigt man aber auch beim „schlichten“ öf-

¹⁶ Gesetzesbegründung Allgemeiner Teil, S. 5

¹⁷ Peter J. Tettinger, Besonderes Verwaltungsrecht/1, 4. Aufl. 1995, Teil I, Kommunalrecht, S. 96 Rn. 155.

¹⁸ Kay Waechter, Kommunalrecht, S. 374 Rn. 604

¹⁹ So die Formulierungen von Edzard Schmidt-Jortzig, Kommunalrecht, 1982, S. 232 Rn. 688; ebenso Rolf Reinhard, Die Zulässigkeit kommunaler Wohnungsunternehmen, DÖV 1990, S. 500, 505.

²⁰ Vgl. Tettinger, a.a.O., S. 96 Rn. 155.

²¹ So deutlich Erichsen, a.a.O., S. 280.

fentlichen Zweck das Erforderlichkeitskriterium, so besteht allenfalls noch ein wenig faßbarer gradueller Unterschied zwischen einem im Gemeinwohlinteresse „erforderlichen“ und einem im Gemeinwohlinteresse „unerläßlichen“ Tätigwerden.

b) Fehlen selbst eines nur „schlichten“ öffentlichen Zwecks für eine telekommunikative Betätigung der Kommunen

Selbst wenn man aber die zuvor benannten definitorischen Unterscheidung zwischen „dringendem“ und „schlichtem“ öffentlichen Zweck inhaltlich einmal als juristisch faßbar und zutreffend unterstellt, so stellt sich logisch die Folgefrage, ob dann eine Betätigung der Kommunen im telekommunikativen Sektor zumindest von einem („schlichten“) öffentlichen Zweck getragen wäre. Hierzu ist entsprechend § 107 Abs. 1 Satz 1 GO Voraussetzung, daß der - hier nicht weiter zu definierende - öffentliche Zweck die Betätigung *erfordert*. Erforderlich ist ein gemeinwohldienliches kommunales Tätigwerden dann, *„wenn das Waren- oder Dienstleistungsangebot, also nicht etwa der erwirtschaftete Betrag, für die nach § 1 GO der Gemeinde aufzugebene Förderung des Wohls ihrer Einwohner, also zum Zweck der Daseinsvorsorge, geboten erscheint“*²². Ob ein telekommunikatives Tätigwerden insoweit „geboten“ ist, ist höchst zweifelhaft. Die Gesetzesbegründung selbst geht davon aus: *„Auch mit Blick auf die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes zum 01.01.1998 spricht nichts für eine solche Annahme“*, daß *„das Dienstleistungsangebot der privaten Unternehmen in quantitativer und/oder qualitativer Hinsicht unzureichend wäre“*²³. Damit ist aber das „Erforderlichkeitskriterium“ nicht gewahrt. Insbesondere kann auch im Hinblick auf den im privatisierten Telekommunikationsmarkt zukünftig herrschenden Konkurrenzdruck nicht unterstellt werden, daß die von privaten erfol-

²² Erichsen, a.a.O., S. 280.

²³ Gesetzesbegründung Allgemeiner Teil, S. 5.

genden telekommunikativen Angebote für die Gemeindebürger wirtschaftlich unerschwinglich seien und ein kommunales Tätigwerden insoweit erforderlich sei zur „*Bildung einer gegengewichtigen Marktmacht mit preisreduzierender Wirkung*“²⁴.

Wenn die Gesetzesbegründung insoweit aufführt, daß der von den Kommunen reklamierte Infrastrukturauftrag und die Bedeutung des Telekommunikationssektors als Standortfaktor²⁵ als öffentlicher Zweck zu akzeptieren - und damit die Erforderlichkeit implizit gegeben - sei, so verkennt dies den entscheidenden Bezugspunkt des öffentlichen Zwecks: Wie in der gerade ausgeführten Zitation von Erichsen²⁶ zutreffend ausgeführt, ist entscheidender Ansatzpunkt für ein an einem - wie auch immer hinsichtlich seiner Intensität zu definierenden - öffentlichen Zweck orientiertes kommunales Handeln „*das Wohl der Einwohner*“, so wie es § 1 Abs.1 Satz 2 GO auch ausdrücklich anordnet. Damit können aber die im kommunalen Bereich üblichen Schlagworte des „Infrastrukturauftrags“ oder des „Standortfaktors“ niemals als bloßer Selbstzweck ins Feld geführt werden; entscheidend ist vielmehr, ob eine bestimmte Infrastruktur oder ein bestimmter Standortfaktor deshalb zu schaffen ist, weil sein bisheriges Fehlen dem Wohl der Einwohner spürbar schadet. Die Tatsache, daß Standortvorteile oder eine umfassende Infrastruktur dem Image einer Kommune und damit im Ergebnis auch und gerade ihrer Prosperität nutzen, ist für sich genommen unerheblich; „*ausgeschlossen als öffentlicher Zweck ist vor allem nach übereinstimmender Meinung die Einnahmebeschaffung*“²⁷. Es ist damit zu fragen, ob ohne ein gerade kommunales Tätigwerden die telekommunikative Infrastruktur nordrhein-westfälischer Gemeinden eine dem Wohl der Bürger nicht mehr entsprechende Entwicklung nehmen würde. Dies kann aber - gerade auch im Hinblick auf die

²⁴ Dies wird als öffentlicher Zweck anerkannt von Reinhard, DÖV 1990, S. 500, 505.

²⁵ So die Gesetzesbegründung, Allgemeiner Teil, S. 5.

²⁶ Erichsen, a.a.O., S. 280.

²⁷ Waechter, a.a.O., S. 374 Rn. 604; BVerwG, BVerwGE 39. 329, 334.

der Deutschen Telekom AG durch Rechtsverordnung gemäß § 8 PTRegG zu teilbaren Pflichtleistungen, welche „im besonderen öffentlichen Interesse, vor allem aus Gründen der Daseinsvorsorge“²⁸ erbracht werden müssen - nicht angenommen werden.

Von daher mag es durchaus sein, daß eine Tätigwerden der Kommunen im Bereich der Telekommunikation ihren Standort und ihre Infrastruktur verbessert; für das Wohl ihrer Bürger ist dies aber nicht *erforderlich*. Damit wäre ein entsprechendes Tätigwerden nicht durch einen („schlichten“) öffentlichen Zweck gedeckt und damit auch durch die intendierte Gesetzesänderung nicht zu legalisieren.

2. Das Privatisierungsgebot des Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG

Während die zuvor erörterten Bedenken an der Zulässigkeit einer kommunalen Betätigung im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen auf einem Grundproblem beruhen - nämlich der verfassungsrechtlichen Verortung und inhaltlichen Prägung des Begriffs „(dringender) öffentlicher Zweck“ - welches von den Initiatoren des Gesetzentwurfs prinzipiell erkannt, wenngleich weitgehend unzutreffend gelöst worden ist, so fußen die nun abschließend zu erörternden Bedenken auf einem rechtlich erheblichen Faktum, welches im Gesetzentwurf völlig übersehen wurde: dem Vorgang der *Privatisierung* des Bereiches Post und Telekommunikation. Selbst wenn man die gesamten sub 1 benannten Bedenken außer acht läßt, so ergibt sich die Unzulässigkeit eines kommunalen Tätigwerdens gerade im Bereich der Telekommunikation aus der mit der Privatisierung eingetretenen und insbesondere in Art. 87 f GG verfassungsrechtlich verankerten Privatisierung des Postwesens und der Telekommunikation. Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt: „*Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1*

²⁸ So der Wortlaut von § 8 Abs. 1 Satz 1 PTRegG.

[d.h. Dienstleistungen im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation] *werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht*". Damit ordnet Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG verbindlich eine *materielle Privatisierung* gerade auch des Telekommunikationsbereiches an. Während eine formelle Privatisierung (= Organisationsprivatisierung) lediglich die Wahl einer privatrechtsförmigen Organisationsform für die Aufgabenerfüllung bei gleichbleibender staatlicher Verantwortlichkeit bedeutet (Bsp.: Errichtung einer „Stadtwerke-GmbH“), führt eine materielle Privatisierung (=Aufgabenprivatisierung) zu einer Verlagerung der materiellen Erfüllungsverantwortung von staatlicher in private Hand²⁹. Damit reicht es aber zur Einhaltung des Verfassungsgebotes aus Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG nicht aus, sich bei der Erfüllung telekommunikativer Aufgaben lediglich einer privaten Organisationsform zu bedienen - beispielsweise in Form einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung -, notwendig ist vielmehr, daß der für die Erfüllung der Aufgabe (Mit-)Verantwortliche Privatrechtssubjekt und nicht Träger staatlicher Verwaltung ist. „Durch diese Formulierung [daß Dienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch private Anbieter erbracht werden] wird klargestellt, daß die Dienstleistungen nicht durch den Staat selbst, auch nicht durch Einrichtungen der sog. mittelbaren Staatsverwaltung, erbracht werden dürfen“³⁰. Aus dem materiellen Privatisierungsgebot folgt damit für alle - auch mittelbare - Träger von Staatsgewalt eine negative Kompetenzschränke dahingehend, daß entsprechende Dienstleistungen künftig nicht mehr als Verwaltungsaufgabe erbracht werden dürfen; für die Erbringung

²⁹ Zur Definition der Privatisierungsbegriffe vgl. Johannes Hengstschläger, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 165, 170; Hartmut Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243, 251 ff.; jeweils m.w.N.

³⁰ Klaus Stern/Martin Bauer, Kommentierung zu Art. 87 f GG, Rn. 48, in: Klaus Stern (Hrsg.), Postrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1997; ebenso Gunnar Folke Schuppert, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Post und Telekommunikation des Deutschen Bundestages am 8. März 1994 zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes - Drucksache 12/6717, S. 27.

telekommunikativer Dienstleistungen steht staatlichen Einrichtungen kein Kompetenztitel mehr zur Verfügung³¹. Anders formuliert: Während sich die Kommunen für ihre wirtschaftliche Betätigung im Regelfall - das Vorliegen eines (dringenden) öffentlichen Zwecks stets vorausgesetzt - auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG (in Nordrhein-Westfalen in Verbindung mit Art. 78 Abs. 1 VerfNW) berufen können, ist für den Bereich der Post und Telekommunikation eine staatliche Betätigung durch das Gebot zur materiellen Privatisierung in Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG ausgeschlossen. Unter keinen Umständen ist es möglich und zulässig, die Gemeinden bei der Wahrnehmung wirtschaftlicher Betätigung in die Sphäre grundrechtsgeschützter erwerbswirtschaftlicher Betätigungsfreiheit (i.S. von Art. 12 I GG) zu entlassen; die Einräumung eines Sektors kommunaler Wirtschaftsbetätigung, bei der diese - wie andere Privatwirtschaftsunternehmen - als Teilhaber der durch Art. 12 I GG geschützten Gewerbefreiheit ausschließlich unter den Aspekten der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr durch Erbringung von Dienstleistungen agieren, ist verfassungsrechtlich ausgeschlossen.

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß derzeit der Bund noch Anteilseigner bei der Deutschen Telekom AG und Alleinaktionär der Deutsche Post AG und der Deutschen Telekom AG ist und insofern doch der Staat (in Person des Bundes) an entsprechenden Unternehmen beteiligt ist bzw. deren Aktienkapital in Gänze halte. Diese derzeitige Mischform der materiellen Teilprivatisierung der Telekom AG bzw. der momentan auf eine Organisationsprivatisierung beschränkten Privatisierung der Post AG und der Postbank AG rechtfertigt sich aus der ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Regelung des Art. 143 b GG. Diese bewußt in Abschnitt XI des Grundgesetzes („Übergangs- und Schlußbestimmungen“) eingefügte Norm besagt, daß die mit der Privatisierung

³¹ Stern/Bauer, a.a.O., Rn. 50.

eines über Jahrzehnte hinweg in staatlicher Monopolverwaltung stehenden Bereiches eintretende Pflicht zur „schonenden Überleitung“ es erlaubt bzw. gar gebietet, für eine Übergangszeit als ersten Schritt nur eine formelle Privatisierung durchzuführen, die dann - wie bei der Deutschen Telekom AG seit dem 18. November 1996 geschehen - in eine materielle Teilprivatisierung einmündet und schließlich - wie der erwähnte Art. 87 f GG, der bewußt nicht im Anschnitt der „Übergangsbestimmungen“ steht, zeigt - in einer materiellen Vollprivatisierung endet. Aus dieser nur dem Bund als ehemaligem Verwaltungsträger³² zukommenden und verfassungsrechtlich in Art. 143 b GG entsprechend begrenzten *Sonderberechtigung* zur für eine Übergangszeit zulässigen und gebotenen materiellen Aufgabenwahrnehmung kraft Aktien(allein)besitz können andere staatliche Einrichtungen keinerlei Rechte herleiten.

Gegen die dargestellte Kompetenzschränke des Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG, wonach von Verfassungen wegen telekommunikative Dienstleistungen ausschließlich als *privatwirtschaftliche Tätigkeiten* durch *private Anbieter* erbracht werden dürfen, läßt sich schließlich auch nicht einwenden, daß die nordrhein-westfälischen Kommunen durch die vorgesehene Änderung der Gemeindeordnung ja gerade wie ein privater Anbieter privatwirtschaftlich auf dem Telekommunikationssektor tätig werden wollen und sie damit die Kompetenzschränke einhielten. Die Gemeinden als die auf ihrem Gebiet grundsätzlich alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung (Art. 78 Abs. 2 VerfNW) können niemals rein privatwirtschaftlich tätig sein; ihre Tätigkeit hat stets gemeinwohldienlichen verwaltenden Charakter. Das Bundesverfassungsgericht betont insoweit die „*Bedeutung dieser Gebietskörperschaften* [Gemeinden und Kreise] *als Träger dezentralisierter öffentlicher Verwaltung*“³³ und stellt ausdrücklich

³² Vgl. Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG a.F.: „In bundeselgener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau werden geführt [...] die Bundespost [...]“

³³ BVerfGE 83, 60, 72.

klar: „Als [...] eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen sind die Gemeinden nicht anzusehen“³⁴; das Bundesverwaltungsgericht formuliert ähnlich: „Nicht nur die Kreise, sondern auch die Gemeinden [sind] Teile der mittelbaren Staatsverwaltung und damit keine vom Staat unabhängigen oder jedenfalls distanzierte[n] Einrichtungen“³⁵.

Normativ wird dies auch in den Regelungen über die Wirtschaftlichkeitsgrundsätze in § 109 GO deutlich: Hier löst Abs. 1 Satz 2 das Spannungsverhältnis zwischen der - typisch verwaltenden - Gemeinwohldienlichkeit und der - typisch privatwirtschaftlichen - Gewinnerzielungsabsicht eindeutig zugunsten der öffentlichen Zweckbindung, indem er sagt: „Unternehmen sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen, soweit dadurch die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird“.

Ist von daher kommunales Handeln stets als verwaltendes Handeln anzusehen und ist gemäß Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG eine Betätigung im Bereich des Telekommunikationswesens jedoch von privaten Anbietern als privatwirtschaftliche Tätigkeit zu erbringen, so schließt dies rechtlich ein Engagement der Kommunen in diesem Sektor aus.

Insgesamt ist daher festzuhalten, daß

- mangels innerer Schlüssigkeit der vorliegende Gesetzentwurf in seiner derzeitigen Fassung nicht einmal zur Erreichung seines eigenen Regelungszieles geeignet ist;
- die telekommunikative Betätigung von Gemeinden auch durch einen „schlichten“ öffentlichen Zweck nicht gerechtfertigt werden kann und inso-

³⁴ BVerfGE 61, 82, 103 unter Hinweis auf BVerfGE 45, 63, 79.

³⁵ BVerwGE 67, 321, 324.

fern im Hinblick auf das grundrechtsgeschützte Verhältnis von privater und staatlicher wirtschaftlicher Betätigung verfassungswidrig ist;

- ein kommunales Engagement im Bereich des Telekommunikationswesens gegen den materiellen Privatisierungsauftrag des Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG verstieße und auch insoweit verfassungswidrig wäre.

20.10.97

