

Prof. Dr. Wolfgang Löwer
Rechts- und Staatswissenschaftliche
Fakultät der Universität Bonn
Institut für Öffentliches Recht
Adenauerallc 41, 53113 Bonn

Tel. 0228/739278 - 80
Fax: 0228/733957

Thesenpapier zu LT-Drs. 12/2113
- Kommunale Telekommunikationsdienstleistungen
Anhörung vom 22.10.1997

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
12. WAHLPERIODE

ZUSCHRIFT
12/ 1506

A10 + A22

I.

Vorbemerkung

Die folgenden Thesen sind nicht bis in die Verästelungen durchgearbeitet, weil die reichlich kurzfristige Einladung dies nicht zugelassen hat. Die Begründungselemente mögen nicht vollständig sein. Die Schwachstellen des Entwurfs dürften gleichwohl zutreffend benannt sein. Diese Schwachstellen betreffen nicht die Randnutzung vorhandener Telekommunikationsanlagen für Dienstleistungen nach innen usw.; sie betreffen ausschließlich die Grundidee des Entwurfs, daß Gemeinden sich als Telekommunikationsunternehmen konkurrenzwirtschaftlich am Markt bewegen sollen.

II.

Kompetenzrechtliche Bedenken

1. Der Bund hat im Bereich des Telekommunikationsrechts die ausschließliche Gesetzgebung aus Art. 73 Nr. 7 sowie aus Art. 87f Abs. 1 und Abs. 3 GG, die der Sache nach ebenfalls ausschließliche Gesetzgebungsbefugnisse sind. Wenn es sich bei dem „Gesetz zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden“ im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen um eine Regelung innerhalb des Kompetenzthemas „Telekommunikation“ handelt, fehlt dem Land dafür die Gesetzgebungskompetenz.

Der Zugriff auf Telekommunikationsdienstleistungen zugunsten der Gemeinden könnte also nur kraft der Residualzuständigkeit des Landes für das Kommunalrecht gerechtfertigt werden. Nun ist die Abgrenzung von Kommunalrecht (und Bundes-)Wirtschaftsrecht - daher ist der Konflikt bekannt - alles andere als einfach oder in jeder Hinsicht geklärt.

2. Immerhin läßt sich soviel sagen: Kommunalverfassungsrecht gehört gewiß zur Domäne des Landesrechts. Gewiß gehört dazu auch die Berechtigung, den Modus gemeindlicher Aufgabenerfüllung als Teil der Organisationshoheit zu regeln. Um beides geht es vorliegend aber nicht. Es soll der Aufgabenbereich der Gemeinde auch dort, wo es gar nicht um eine Aufgabe der örtlichen Gemeinschaft (dazu wird noch Stellung zu nehmen sein) geht, zum Zwecke marktwirtschaftlicher Konkurrenzteilhabe erweitert werden. Durch eine landesrechtliche Regel soll der Zustand herbeigeführt werden, den das Energiewirtschaftsrecht immer schon kennt, daß nämlich 'jedermann' - ohne Rücksicht auf Rechtsform und Kapitalherkunft - Anbieter, Produzent usw. von leitungsgebundener Energie, hier: von Telekommunikationsdienstleistungen, sein kann. Diese gesetzgeberische Entscheidung im Energierecht gehört aber unzweifelhaft zum Wirtschaftsrecht und nicht zum Kommunalrecht. Insofern spricht auch hier vieles dafür, daß es um die Definition der Marktteilnehmer auf dem Sektor Telekommunikation geht. Das ist - vor allem wenn man den sogleich zu behandelnden Art. 87f GG hinzunimmt - eine Frage des (Bundes-)Telekommunikationsrechts und nicht des Kommunalrechts.

III.

Verstoß gegen Art. 87f Abs. 2 GG

1. Die Monopolkommission hält das kommunale Engagement für einen geradezu evidenten Verstoß gegen Wortlaut und „Geist“

des Art. 87f (11. Hauptgutachten Tz. 60 f.). Das Argument der Monopolkommission ist ernst zu nehmen; sie verfolgt keine eigenen Interessen; sie ist auch nicht „Bedenken-träger“, der „bedenkenlos“ beiseite geschoben werden könnte.

2. Es spricht viel dafür, daß die Position der Monopolkommission richtig ist in Ansehung des Wortlauts und des Telos einer Norm, die eine staatliche Monopolsituation aufgeben will.

a) Art. 87f Abs. 2 GG bewirkt die Privatisierung des früheren Fernmeldemonopols des Bundes mit zwei Mechanismen: durch privatwirtschaftliche Tätigkeit der Telekom und durch das Leistungsangebot anderer Privater. Nun ist in unserer hochartifizialen Rechtsformenlandschaft die Verwendung solcher Begriffe nicht restlos klärend.

Wenn die Telekom privatwirtschaftlich agieren soll, obwohl sie jedenfalls initial bei Inkrafttreten der Grundgesetzänderung noch öffentliches Unternehmen mit öffentlicher Zweckverfolgung ist (s. Art. 87f Abs. 1 GG), ist damit klargestellt, daß sie nicht verwaltungsprivatrechtlich handelt, sondern kaufmännisch, wettbewerbsorientiert in privatrechtlicher Form und mit privatrechtlichen Mitteln (Windthorst, in: Sachs, GG, 1996, Art. 87f Rn. 30). Insofern ist sie „Privater“; andere Private treten hinzu.

Die interpretatorische Frage kann also nur sein, „ob die anderen Privaten“ auch privatwirtschaftlich agierende Nicht-Private sein dürfen. Ich meine, schon vom Wortlaut her ist das ein Problem. Es hätte dann nämlich ausgereicht zu formulieren: „Dienstleistungen ... werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die ... Telekom und durch andere Anbieter erbracht.“ Das Anliegen der Privatwirtschaftlichkeit des Leistungsdargebots wäre erfüllt gewesen,

und es wäre der sozusagen energiewirtschaftrechtliche Zustand hergestellt worden: Jedermann - rechtsformunabhängig - bietet privatwirtschaftlich Telekommunikationsdienstleistungen an. Erst die Hinzufügung, daß es um „private Anbieter“ gehen soll, verschiebt den Akzent auf eine materiell-rechtliche Charakterisierung der Anbietenden. Es sollen materiell Private sein - und nicht die öffentliche Hand im Gewande des Privatrechts.

Das entspräche auch dem Willen des Bundes, die Telekommunikation materiell zu privatisieren und nur die Infrastruktursicherung durch Regulierungsmaßnahmen zu gewährleisten. Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen sind allerdings aus meiner Sicht Private, weil das private Kapital in der Gesellschaft das Unternehmen charakterisiert und nicht das öffentliche. Aber das ist ein weites Feld.

Schließlich ist auch der Bundesgesetzgeber sich offenbar nicht restlos darüber klar, wie 87f Abs. 2 GG zu verstehen ist. § 50 Abs. 4 TKG liest sich so, als ließe die Norm auch Gemeinden und andere öffentliche Hände als Telekommunikationsdienstleistungs-Unternehmen zu. Besser gesagt: Als gehe die Norm davon aus, daß es kommunale Telekommunikationsanbieter geben könnte. Aber auch da ist natürlich die Frage zu stellen, ob das Gesetz die Verfassung richtig versteht.

b) Auch aus der Sicht des Art. 87f GG als Verwaltungskompetenz wird das Problem ganz deutlich: Mit der Aufgabenzuweisung durch den Gesetzentwurf an die Gemeinden - und es geht hier um eine konstitutive Zuweisung an die Gemeinden - wird eine Verwaltungskompetenz der Gemeinden begründet, wie sich in dem Erfordernis einer öffentlichen Zweckverfolgung, an der der Entwurf aus verfassungsrechtlichen Gründen zurecht festhält, dokumentiert. Damit das Land eine solche Kompetenz konstitutiv für die Gemeinden begründen könnte, müßte es diese Kompetenz selbst für sich auch in Anspruch nehmen

können; sonst kann eine Kompetenz auch nicht übertragen werden (*nemo potest plus iuris transferre quam ipse habet*). Das hat das Bundesverfassungsgericht in gewisser Weise in seinem Rastede-Beschluß (BVerfGE 79, 127) deutlich gemacht. Die Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises wird dort als Befugnis bestimmt, sich aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, die nicht durch Gesetz bereits anderen Trägern der öffentlichen Verwaltung übertragen sind, ohne besondere Kompetenztitel anzunehmen. In der Formulierung wird deutlich, daß kommunale Aufgaben immer auch als höherstufige staatliche Aufgaben denkbar sein müssen. Sonst könnten sie nicht „durch Gesetz anderen Trägern öffentlicher Verwaltung übertragen“ werden. Daß aber die Länder jetzt nach der Fassung von Art. 87f GG nicht als Telekommunikationsdienstleister an die Stelle des Bundes treten sollen, dürfte einigermaßen evident sein. „Entstaatlichung“ als Ziel würde nicht erreicht, wenn die Länder nunmehr als Telekommunikationsdienstleister auftreten würden. Die Einsicht, daß Gemeinden nach der Landesverfassung Verwaltungsträger auf der Ortsstufe (mit eigener demokratischer Legitimation) sind muß offensichtlich immer wieder in Erinnerung gerufen werden. Andere als Verwaltungsaufgaben der Ortsstufe können den Gemeinden gar nicht übertragen werden. - Schon gar nicht, wenn das Land selbst nicht Aufgabenträger sein könnte.

IV.

Weitere verfassungsrechtliche Probleme

Der Gesetzentwurf spitzt schließlich die schon lange diskutierte Frage zu, ob die öffentliche Hand gegebenenfalls ohne kompetenzielle Berechtigung zum Wirtschaften befugt ist oder welche Voraussetzungen insofern zu verlangen sind.

1. Der Gesetzentwurf geht gleichsam einen Mittelweg:

- Er hält zurecht am Erfordernis des Gesetzesvorbehalts für

kommunale wirtschaftliche Betätigung fest. Ohne diese vorgeschlagene gesetzliche Erweiterung sind die Gemeinden sicher nicht zum Telekommunikationsengagement befugt.

- Materiell zieht der Entwurf sich auf ein „verdünntes“ Erfordernis eines öffentlichen Zwecks zurück („zentrales Infrastrukturangebot der Gemeinden“). (Vom Tatsächlichen her sind hier für mich Fragen offen. Aber das mag an meiner Uninformiertheit liegen. Sicher ist für mich nur, daß die Infrastrukturinvestitionen in den letzten Jahren begonnen haben. Ob denen ein funktionierendes Leistungsangebot entspricht, vermag ich nicht zu beurteilen. Ich sehe es jedenfalls nicht). Das zweite Argument ist das einer preislichen Marktunruhe des öffentlichen Unternehmens in einem vielleicht oligopolistischen Markt. (Von Erfahrungswerten wird dieses Erwarten an kommunale Unternehmen auch nicht unbedingt gestützt, aber darüber kann man sich auch streiten können). Die *Erforderlichkeit* für legitime wirtschaftliche Betätigung, wird jedenfalls preisgegeben.

2. Aus meiner Sicht ist an dieser Stelle verfassungsrechtlich Vorsicht geboten. Es spricht viel dafür, daß die öffentliche Hand nicht schlicht erwerbswirtschaftlich tätig sein darf. Das entspricht der ganz überwiegenden Auffassung in der Lehre; es ist auch eine an sich unbestrittene Strukturentscheidung des § 107 GO. Diese Strukturentscheidung wird verbreitet auch für verfassungsinhaltlich geboten gehalten. Schlichte Marktteilnahme mehrt nicht das gemeine Wohl, das zu verfolgen dem Staat einzig gestattet ist. Staatsagenden ohne Gemeinwohlförderungszweck kann es nicht geben.

Die vorausgesagten Gewinne rechtfertigen die Marktteilnahme selbstverständlich nicht. Wer von Gewinnen redet, müßte auch von potentiellen Verlusten reden. Es ist eine Nonsensfrage, ob man denn die Gemeinden von den lukrativen Ge-

schäftsfeldern fernhalten wolle. Wirtschaftliche Betätigung mit eingebauter Gewinngarantie gibt es nicht. Erwerbswirtschaftlichkeit führt im Erfolgsfall zwar zu einem Deckungsbeitrag für den Haushalt, fördert also so gesehen das gemeine Wohl. Das darin gleichwohl keine Rechtfertigung für wirtschaftliche Betätigung liegen kann, zeigt sich eben, wenn man statt „Gewinn aus Marktteilnahme“ „Verlust aus Marktteilnahme“ in das Gemeinwohlkalkül einbezieht. Gemeinwohlmehrung ist kein institutionalisiertes Risikogeschäft, das von kaufmännischen Geschick abhängen darf. Im Verlustfall kommt es nämlich dazu, daß Steuermittel zur Defizitdeckung herangezogen werden müssen. *Steuermittel sind aber kein privates Wagniskapital.* Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil zur regierungsamtlichen Öffentlichkeitsarbeit darauf aufmerksam gemacht, daß Steuermittel dem Staat zur Verwendung für das gemeine Wohl anvertraut sind (BVerfGE 42, 125 (143)). Staatliche Maßnahmen stehen immer in der Gefahr, daß die vom Staat intendierten Gemeinwohlziele nicht erreicht werden und daß das auch Steuermittel kostet. Allerdings liegt der Grund für solches Scheitern in den Ungewißheitsbedingungen hoheitlicher Steuerungsansprüche. Solche Ungewißheiten verpflichten dem Staat nur im allgemeinen nicht auf seine Risikoentscheidung zugunsten des angestrebten Gemeinwohlziels zu verzichten.

Bei der Marktteilnahme ist das Risiko anders geartet: Die Interaktion der Marktteilnehmer entscheidet über Erfolg und Mißerfolg, über Mehrung der Deckungsmittel für den Haushalt oder deren Verminderung. Der Staat ist hier nicht alternativlos: Für die Deckung des Haushalts steht ihm die Steuer zur Verfügung; er ist auf die Erwerbswirtschaftlichkeit nicht verwiesen. Folglich ist das Risiko der Erwerbswirtschaftlichkeit wegen der Gefährdung des Gemeinwohlsinnes der Steuer grundsätzlich zu vermeiden.

Auch die Haftungsbeschränkung tut insofern nichts zur Sache: Wenn die Haftungsbegrenzung eingreift, sind die Steuermittel bereits verwirtschaftet. Sie sind dann gerade nicht gemeinwohlfördernd sondern unzulässigerweise als Risikokapital eingesetzt worden.

V.

Keine Rechtfertigung aus Art. 78 LVerf
oder Art. 28 Abs. 2 GG

1. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ist für die Frage, ob der parlamentarische Gesetzgeber bestimmte Wirtschaftszweigen Privaten reserviert oder der Konkurrenzwirtschaft zwischen gemeindlichen und privaten Unternehmen öffnet, ohne Aussagekraft. Die Grenzen zwischen kompetenzieller Aufgabenerfüllung und grundrechtlicher Freiheit zieht der parlamentarische Gesetzgeber ohne Bindung an die Selbstverwaltungsgarantie. Sie verbietet, Verwaltungsaufgaben der Ortsstufe auf andere höherstufige Verwaltungsträger zu übertragen, äußert sich aber zu der Frage, ob etwas Gegenstand staatlicher oder privater Aufgabenerledigung sein soll, nicht (so jetzt wohl auch BGH vom 11. März 1997 KZR 2/96 RdE 1997, 197 - Vorlage an den EuGH). Die „Allzuständigkeit“ ist kein Totalitätsvorbehalt, der die Gemeinden zu allen und jeden örtlich radizierbaren Aufgabenfeldern berechtigt. Sie erstreckt sich nur auf Verwaltungsaufgaben. Die Grenzziehung zwischen Verwaltungsaufgaben zur Privatinitiative hin, ist dabei Sache des an die Selbstverwaltungsgarantie dabei nicht gebundenen Gesetzgebers.

2. Die Selbstverwaltungsgarantie erstreckt sich im Übrigen auch gar nicht auf die Telekommunikation. Sie ist keine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Das hat das Bundesverwaltungsgericht schon zu Monopolzeiten so entschieden und daran kann sich durch Privatisierung des Monopols nun auch nichts geändert haben (z.B. BVerwGE 77, 128 (132)).

Die Kommunikation und deren Ermöglichung ist kraft Tradition keine in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnde Aufgabe, so daß das sonst probate Traditionsargument entfällt. Telekommunikation war Angelegenheit des Reiches, später des Bundes - und nicht der Gemeinden. Ein gegenwärtiger Wandlungsprozeß der Aufgabe in die Selbstverwaltung der Gemeinden hinein scheidet aus, weil das Gesetz die Angelegenheit jetzt dem wettbewerblichen Leistungsdargebot zuordnet. Daß sich das Gespräch in der Gemeinde abwickelt, macht es noch nicht zu einer Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft. Gemeindliche Universalität ist nicht gemeindlicher Totalitätsanspruch. Im übrigen steht einem solchen Wandlungsprozeß auch Art. 87f Abs. 1 GG entgegen. Die Vorschrift macht deutlich, daß die örtlichen Gemeinschaft auch nicht sicherungshalber zur Gewährleistung eines angemessenen Infrastrukturangebotes die Telekommunikationsdienstleistungen in eigene Regie nehmen muß. Diese Gewährleistung ist Sache des Bundes. Dann kann sie nicht zugleich Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft sein.