



Verband kommunaler Unternehmen e.V.

21. Oktober 1997

Mg/zN

B/04-20-060

Stellungnahme

des Verbandes kommunaler Unternehmen

zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden
und Gemeindeverbänden im Bereich der Telekommunikationsleistungen

- Drucksache 12/2113 -

Der Verband kommunaler Unternehmen begrüßt und unterstützt das zentrale Anliegen des o.g. Gesetzentwurfs, die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich der Telekommunikationsleistungen dadurch zu stärken, daß ihnen eine umfassende Teilhabe an diesem Markt ermöglicht wird. Wenn und soweit Kommunen und kommunale Unternehmen Telekommunikationsleistungen erbringen, so handelt es sich hierbei - wie im übrigen auch in der Einleitung des Gesetzentwurfs zu Recht betont wird - um ein zentrales Infrastrukturangebot der Kommunen. Insofern ist ein kommunales Engagement auf dem TK-Markt, vergleichbar der Erbringung von Leistungen im Ver- und Entsorgungsbereich, auch zum umfassenden Daseinsvorsorgeauftrag der Städte und Gemeinden zu rechnen. Ebenso wie bei diesen historisch gewachsenen, angestammten Geschäftsfeldern stehen auch bei der Telekommunikation öffentliche Zwecksetzungen in Rede. Zu nennen sind hier etwa die Aspekte Standortsicherung, Bereitstellung ortsspezifischer, bürger-naher TK-Angebote, Wirtschaftsförderung und Wettbewerbssicherung, Gewährleistung einer krisenfesten und ungestörten Versorgung der Bevölkerung sowie Arbeitsplatzsicherung.

Wenn auch vor diesem Hintergrund die grundlegende Zielrichtung der Gesetzesinitiative uneingeschränkt zu unterstützen ist, so ergeben sich aber doch einige kritische Anmerkungen gegenüber dem zur Zielerreichung beschrittenen Weg:

1. Zu Artikel 1 Nr. 1

Insoweit wird Bezug genommen auf die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Tele-



kommunikation (ATekom) im VKU.

2. Zu Art. 1 Nr. 2

In § 107 Abs. 1 sollte anstelle der Ergänzung des Satzes 1 durch eine neue Nr. 2 ein neuer Satz 2 aufgenommen werden. Dieser sollte wie folgt lauten:

"Ein dringender öffentlicher Zweck liegt insbesondere vor, wenn die Betätigung erfolgt, um Leitungsnetze, einschließlich Funkverbindungen, für Zwecke der Telekommunikation allein oder zusammen mit Dritten zu erweitern und zu betreiben und Telekommunikationsdienstleistungen allein oder zusammen mit Dritten anzubieten."

Begründung:

Was die gegenüber dem Entwurfstext veränderte Beschreibung der zulässigen Telekommunikationsaktivitäten angeht, wird Bezug genommen auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Stellungnahme der ATekom (S. 3 f.). Gleiches gilt für die dort vorgeschlagene Änderung des Absatzes 3 der Gesetzesbegründung zur Nr. 2.

Soweit zur Regelung des Bereiches Telekommunikation und Telefondienste § 107 Abs. 1 Satz 1 um eine neue Ziffer 2 ergänzt werden soll, so halten wir dies für systematisch verfehlt und im übrigen auch nicht für sachgerecht.

Durch die vorgeschlagene Begründung einer Sonderstellung für die Telekommunikation im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung wird negiert, daß für ein kommunales TK-Engagement sehr wohl bereits ein "dringender öffentlicher Zweck" im Sinne des § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 vorliegen kann. Wie nicht zuletzt auch im allgemeinen Teil der Begründung ausgeführt wird, ist dies für einen beachtlichen Teilbereich der denkbaren kommunalen TK-Aktivitäten aber sogar unumstritten. Kontrovers diskutiert wurden und werden demgegenüber lediglich die Betätigungen, die entweder darauf abzielen, ein auf die Vermarktung gegenüber Dritten angelegtes Telekommunikationsnetz aufzubauen oder aber Telefondienste und sog. Telekommunikationsmehrwertdienst anzubieten. Was diese den Anlaß für die Gesetzesinitiative ausmachenden Aktivitäten angeht, so ist nach unserem Dafürhalten aus den eingangs dargestellten Gründen heraus auch hier grundsätzlich das Erfordernis eines dringenden öffentlichen Zwecks zu bejahen. Diese Einschätzung wird, wie etwa der Aufsatz von Jürgen Büssow und Peter Schönershofen



zeigt, auch von dritter Seite geteilt (siehe Anlage zum VKU-ND 577 vom Januar 1997).

Wenn und soweit dies demgegenüber namentlich vom Innenministerium immer wieder in Abrede gestellt wird, so liegt dies darin begründet, daß man dort die geltende Ziffer 1 des § 107 Abs. 1 Satz 1 in einer Weise interpretiert, als wohne ihr ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip zugunsten der privaten Wirtschaft inne. Deutlich zum Ausdruck kommt diese Interpretation etwa auch im allgemeinen Teil der Begründung der Gesetzesinitiative, wenn es dort heißt, umfassende kommunale Aktivitäten auf dem Telekommunikationssektor seien erst dann erforderlich und damit erlaubt, "wenn das Dienstleistungsangebot der privaten Unternehmen in quantitativer und/oder qualitativer Hinsicht unzureichend wäre." Der kommunalwirtschaftlichen Betätigung wäre hiernach durch die Gemeindeordnung also lediglich eine "Lückenbüßer"-Funktion zugewiesen.

Gegen eine solche Interpretation des § 107 Abs. 1 Satz 1 sprechen jedoch zunächst bereits eindeutig die Gesetzesmaterialien. Vor der Neuordnung des Gemeindegewirtschaftsrechts im Jahr 1994 enthielt diese Norm im Sinne der üblichen Schrankentrias über die beiden heutigen Zulässigkeitskriterien hinaus noch eine gesondert ausformulierte Subsidiaritätsklausel. Ebenso wie in dem Gesetzentwurf der Fraktion der CDU zur Änderung der Gemeindeordnung vom 23.07.1997 (Drucksache: 12/2272) wurde dann auch in dem seinerzeitigen Gesetzgebungsverfahren gefordert, diese Klausel im Interesse der Normierung einer grundsätzlichen Vorrangigkeit der privaten vor der kommunalen Wirtschaftsbetätigung dahingehend zu verschärfen, daß ein wirtschaftliches Betätigungsverbot für die Kommunen bereits dann besteht, wenn der Zweck "ebenso gut und wirtschaftlich" durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Diesem Änderungsantrag ist der Landesgesetzgeber dann aber nicht nur nicht gefolgt, sondern er hat darüber hinaus vielmehr im Bewußtsein und zugleich mit der Zielsetzung einer Liberalisierung und "Kommunalisierung" des geltenden Rechts die bis dato geltende Klausel gestrichen. Insofern ist es unzulässig, dieses durch die Legislative ausdrücklich entfernte Prinzip gleichsam durch die Hintertür einer entsprechenden Auslegung des § 107 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 1 seitens der Exekutive wieder aufleben zu lassen.

Darüber hinaus erweisen sich - wie in jüngster Zeit gleich in mehreren wissenschaftlichen Gutachten nachgewiesen worden ist - gemeindegewirtschaftsrechtlich statuierte Vorrangregelungen für die private Wirtschaft als mit Art. 28 Abs. 2 GG inhaltlich nicht vereinbar. Dies gilt erst recht für Gesetzesinterpretationen, die expliziten Vorrangregelungen gleichkommen.

Mit der hier vorgeschlagenen Einfügung eines neuen Satzes 2 in § 107 Abs. 1 könnte



den vorgenannten Umständen hingegen nicht nur Rechnung getragen und das richtige und kommunalpolitisch wünschenswerte Ergebnis ebenso - nur auf kommunalverträglichere Art und Weise - erreicht werden, sondern es wäre zugleich auch sichergestellt, daß es aufgrund der Gesetzesänderung nicht zu - anderenfalls zu befürchtenden - negativen Rückschlüssen auf andere Bereiche wirtschaftlicher Betätigungen kommt.

3. Zu Art. 1 Nr. 3

Im Hinblick auf die vorgeschlagene neue Nr. 9 des § 108 Abs. 1 Satz 1 sollte zumindest deren Satz 2 entfallen.

Begründung:

Soweit Satz 1 der vorgeschlagenen Nr. 9 darauf abzielt, einem offenbar angenommenen besonderen finanziellen Risiko im Bereich der Telekommunikation Rechnung zu tragen, erscheint fraglich, ob dieser Umstand wirklich eine Sonderregelung für diesen Bereich erforderlich macht. So zeigen nämlich etwa die in der Vergangenheit verschiedentlich getätigten Netzübernahmen im Bereich der leitungsgebundenen Energieversorgung, daß auch in anderen Bereichen wirtschaftlicher Betätigung durchaus beträchtliche Investitionen getätigt werden müssen.

Ersatzlos gestrichen werden sollte aber in jedem Fall das Verbot der Bestellung von Kommunalkrediten sowie von Bürgschaften und Sicherheiten im Sinne von § 86. Zur Rechtfertigung dieses Verbots wird in der Begründung zunächst darauf verwiesen, daß kommunale Unternehmen im Telekommunikationsmarkt anders als in den herkömmlichen Bereichen der wirtschaftlichen Betätigung in den Wettbewerb mit privaten Unternehmen treten würden. Dieser Hinweis ist in dieser Pauschalität nicht belastbar. So gibt es beispielsweise seit dem Inkrafttreten des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes Wettbewerb zwischen kommunalen und privaten Unternehmen auch bei der Abfallentsorgung. Und auch im Bereich der Energieversorgung hat es - von der aktuellen Entwicklung einmal ganz abgesehen - auch in der Vergangenheit bereits durchaus Wettbewerb gegeben, wenn auch in begrenztem Umfang. Abgesehen davon wird im allgemeinen Teil der Gesetzesbegründung die wirtschaftliche Betätigung im Sinne des § 107 Abs. 1 gleichsam definiert als "ein unternehmerisches Engagement im Wettbewerb mit privaten Unternehmen."

Entscheidend gegen das in Rede stehende Verbot spricht weiter, daß hierdurch nicht



etwa die angestrebten gleichen Wettbewerbschancen hergestellt würden, sondern es sich hier vielmehr um einen weiteren Mosaikstein handelt, durch den die Aufgabenerfüllung in kommunaler Form im Ergebnis geschwächt würde. Wenn auch etwa der Kommunalkredit einen gewissen Vorteil für die öffentliche Wirtschaft darstellt, so darf doch nicht übersehen werden, daß diese aus Wettbewerbssicht auch manche Nachteile gegenüber der privaten Wirtschaft hinnehmen muß. Angefangen von den sich aus der Anbindung an einen "öffentlichen Zweck" oder der Geltung des Verwaltungsprivatrechts resultierenden Besonderheiten über manche den unternehmerischen Handlungsspielraum einengende Vorschrift des Gemeindefirtschaftsrechts bis hin zum Vergaberecht oder den Restriktionen bei außergebietlichen Betätigungen läßt sich eine Vielzahl von Sachverhalten ausmachen, die unter Wettbewerbsbedingungen die kommunalen Unternehmen gegenüber den privaten Unternehmen benachteiligen. Vor diesem Hintergrund führt die Beseitigung von Vorteilen für die öffentliche Wirtschaft bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Nachteile aber eben gerade nicht zu gleichen Wettbewerbschancen sondern zur Verfestigung eines wettbewerblichen Ungleichgewichts. Eine völlige Gleichheit der Anbieter öffentlicher bzw. privater Herkunft kann und soll im übrigen auch gar nicht hergestellt werden, da die angesprochenen Nachteile z.T. systembedingter Natur sind und insofern auch nicht einfach nivelliert werden können. Beispiel hierfür ist etwa das im Gegensatz zum Ziel der Gewinnmaximierung stehende Erfordernis eines "öffentlichen Zwecks", das die Legitimation für die öffentliche Wirtschaft darstellt.