

Prof. Dr. Christian Koenig, Christopher Hasenkamp und Nils H. Kolbe*

Die Postrechtsnovelle – dieses Mal aber richtig!

Trotz formal abgeschlossener Liberalisierung ist auf den Postmärkten in Deutschland die Wettbewerbsintensität hinter den Erwartungen zurückgeblieben, insbesondere bei Briefdienstleistungen. Neben Hindernissen und Wettbewerbsbeschränkungen, die verbunden sind mit der kontrovers diskutierten Frage der Mindestlöhne im Briefbereich und zuletzt der Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen, hat sich auch das PostG als unzureichend zur Förderung wirksamen Wettbewerbs erwiesen. Im Folgenden sollen daher, anknüpfend an Gramlich, N&R 2010, 213, zu denjenigen Regelungsbereichen des Postrechts, die einer Überarbeitung im Rahmen der anstehenden Novelle dringend bedürfen, Vorschläge für eine wirksame Regulierung gemacht werden.

I. Einführung

Bereits seit Januar 2008 sind die Postmärkte in Deutschland formal vollständig geöffnet. Zum 31. Dezember 2007 lief die

Exklusivlizenz (Briefmonopol) der Deutschen Post AG (DPAG) für Briefsendungen bis 50 g nach § 51 PostG endgültig aus. Die Marktöffnung stand dabei im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben zur Liberalisierung der Postmärkte in der EU durch die Postrichtlinie 97/67/EG, geändert durch die Änderungsrichtlinien 2002/39/EG und 2008/6/EG. Während es jedoch auf den Märkten für Kurier-, Express- und Paketdienstleistungen zu einer dynamischen Wettbewerbsentwicklung gekommen ist, hat sich bislang auf dem Briefmarkt kein selbsttragender Wettbewerb gebildet.¹ So kommt die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 2009 zu dem Schluss, dass die Wettbewerbsentwicklung bei Briefdienstleistungen weitgehend stagniert und dies insbesondere auf zahlreichen institutionellen und regulatorischen Hindernissen und

* Der Abhandlung liegt ein Vortrag des Verfassers Koenig beim achten Postlizenznehmerforum der Bundesnetzagentur am 9.11.2010 zugrunde.

¹ Vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2009, S. 138.

Wettbewerbsbeschränkungen beruht.² Auch ist die Frist zur Umsetzung der zweiten Poständerungsrichtlinie 2008/6/EG mittlerweile abgelaufen.³ Insgesamt machen die nachfolgenden Ausführungen den umfassenden Novellierungsbedarf deutlich, der nahezu sämtliche postregulierungsrelevanten Bereiche in ihrem Kern betrifft.

II. Reformbedarf

1. Wettbewerbseffizienter Zugang nach § 29 PostG

Neben dem Zugang zu Teilleistungen (§ 28 PostG) ist auch der zu anderen Leistungen oder Einrichtungen (§ 29 PostG) des Marktbeherrschers essentiell für den Wettbewerb.

Hier kam es in der Vergangenheit zu etlichen Problemen. So wies die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten 2009 auf die massiven Schwierigkeiten von Wettbewerbern bei Aufträgen mit großem Anteil von an Postfächer adressierten Sendungen hin. Insbesondere sei bei über eigene Postleitzahlen verfügenden Großempfängern häufig eine Angabe zum tatsächlichen Postfachstandort nicht vorhanden und würde von der DPAG auch nicht zur Verfügung gestellt. Da die Empfänger aber meist eine Zustellung ausschließlich an das Postfach wünschen, gäben einige Wettbewerber wegen des sonst unverhältnismäßig hohen Aufwandes Sendungen vollfrankiert bei der DPAG auf.

Ein transparenter und diskriminierungsfreier Zugang zur postalischen Infrastruktur ist also unentbehrlich. Der Zugangsanspruch (§ 29 PostG) darf daher nicht hinter den Vorgaben der Art. 11, 11a der Postrichtlinie zurückbleiben. Aktuell gibt Art. 11a S. 1 der Postrichtlinie den Mitgliedstaaten auf, Zugang zu Komponenten der postalischen Infrastruktur oder Diensten zu gewährleisten. Hierunter fallen „beispielsweise ein Postleitzahlensystem, Adressdatenbank[en], Hausbriefkästen,⁴ Postfächer, Information[en] über Adressänderungen, die Umleitung von Sendungen und die Rückleitung an den Absender“. Vom Wortlaut des Gesetzes ist dagegen, neben den Teilleistungen, nach § 29 PostG nur der Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungen erfasst. Zwar macht Art. 11a der Postrichtlinie die mitgliedstaatliche Zugangsgewährung von ihrer Notwendigkeit „zum Schutz der Interessen von Nutzern und/oder zur Förderung eines effektiven Wettbewerbs“ abhängig; eine solche Notwendigkeit besteht aber in Deutschland ohnehin. Das Zugangsregime des § 29 PostG ist folglich dahingehend zu ändern, dass die in § 29 PostG genannten Zugänge zu Postfachanlagen und Adressänderungen des marktbeherrschenden⁵ Unternehmens im Rahmen einer vollständigen Richtlinienumsetzung lediglich exemplarischen Charakter im Rahmen einer zu kodifizierenden, dem § 21 TKG vergleichbaren, generalisierten Zugangsverpflichtung erhalten.

2. Regulierung von Teilleistungsentgelten zum richtigen Zeitpunkt

§ 28 Abs. 2 S. 1 PostG verweist für die Regulierung der Entgelte für Teilleistungen, die in den AGB des zum Teilleistungsangebot verpflichteten Lizenznehmers enthalten sind, pauschal auf die §§ 19, 20 PostG. Dadurch wird jedoch nicht etwa eindeutig die Rechtsfolge einer Ex-ante-Entgeltregulierung für Teilleistungen ausgelöst. Vielmehr ist dies umstritten, da § 19 S. 2 PostG eine Ex-ante-Entgeltgenehmigung ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Sendungen ausschließt.

Festzustellen ist, dass es keine Teilleistungsverträge über Einlieferungen von unter 50 Sendungen gibt. Tatsächlich werden Teilleistungsentgelte daher seit dem 1. Januar 2008 gemäß § 19 S. 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 PostG nur noch einer Ex-post-Kontrolle nach § 25 PostG unterzogen, flankiert von der Vorlagepflicht für Verträge über Teilleistungen nach § 30 PostG. Eine Überprüfung führt die Bundesnetzagentur nur noch durch, wenn Tatsachen bekanntwerden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 S. 1 PostG entsprechen.⁶

Der insoweit unpräzise Gesetzeswortlaut bedarf einer Klarstellung, da dem Teilleistungszugang eine ausschlaggebende Bedeutung für die Entstehung wettbewerblicher Strukturen auf den Briefmärkten zukommt.⁷ Der Aufbau eines eigenen (flächendeckenden) Zustellnetzes stellt für potentielle Wettbewerber eine hohe, kaum zu überwindende Markteintrittsbarriere dar. Der Teilleistungszugang ermöglicht neu in den Markt eintretenden Anbietern, mit der DPAG im Bereich von Massenversendungen konkurrieren zu können. Daher gilt es insbesondere, Preis-Kosten-Scheren durch marktbeherrschende Unternehmen in Form geringer Differenzen zwischen den Preisen für Ende-zu-Ende-Dienstleistungen und den Teilleistungsentgelten (Gewährung zu geringer/diskriminierender Teilleistungsrabatte)⁸ auf jeden Fall zu vermeiden, da sonst Wettbewerber vom Markt verdrängt werden können bzw. deren Marktzutritt wirksam verhindert werden kann. Es besteht deshalb anhaltender Regulierungsbedarf, um nicht diskriminierende Netzzugangsmöglichkeiten für effiziente Marktneulinge auf jeder Wertschöpfungsstufe zu gewährleisten. Eine gesetzliche Klarstellung, etwa durch eine eigenständige Anordnung der Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht für Teilleistungen in § 28 Abs. 2 PostG, der dann de lege ferenda nur auf den Maßstab des § 20 PostG verweist, würde diesen Umständen Rechnung tragen.

3. Regulierung von (Teilleistungs-) Entgelten mit richtigem Maß

Während sich in anderen Netzindustrien die Regulierung vergleichsweise streng am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungserbringung orientiert,⁹ sieht das PostG in § 20 Abs. 2 S. 2 PostG und in § 3 Abs. 4 S. 3 PEntG vor, dass auch die Sonderkosten in Ansatz gebracht werden, die mit der Über-

2 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 57, BT-Drs. 17/286, 69, 94 Tz. 52, sowie Kommission, Bericht über die Anwendung der Postrichtlinie, KOM (2008) 884 endg., S. 5 ff.

3 Die Frist zur Umsetzung der zweiten Poständerungsrichtlinie 2008/6/EG lief nach deren Artikel 2 Absatz 1 Satz 1 zum 31.12.2010 ab.

4 Dies ist besonders bei großen Wohneinheiten in Städten mit innenliegenden Briefkastenanlagen ein Problem, da hier traditionell die Mitarbeiter der DPAG über die Schlüssel verfügen.

5 Für einzelne Bestandteile der postalischen Infrastruktur könnte darüber hinaus eine allgemeine Zugangsverpflichtung gesetzlich verankert werden. Analog der § 16, § 18 TKG, wonach auch nicht markt-mächtige Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, in begründeten Fällen zur Zusammenschaltung verpflichtet werden können, wären auch für nicht marktbeherrschende Unternehmen Zugangsverpflichtungen im PostG zu normieren. Zu denken wäre etwa an Betreiber von Postfachanlagen, da hierzu jeder Zugang haben sollte.

6 Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 126 f. Tz. 146.

7 Vgl. Kruse/Liebe, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, 2005, abrufbar unter <http://www.bdkep.de/dokumente/BIEK_Stu-die_Kruse_2005.pdf> (zuletzt abgerufen am 2.12.2010).

8 Rabatte der DPAG für Teilleistungen lagen lange nicht auf einer Höhe mit den in anderen Ländern gewährten Rabatten, vgl. Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 128 Tz. 149.

9 Vgl. etwa § 30, § 31 Abs. 1, 2 u. 3 TKG.

nahme von Versorgungslasten der Deutschen Bundespost (Altlasten), der Einhaltung der üblichen Arbeitsbedingungen oder der Erbringung des Universaldienstes verbunden sind. Hiergegen sprechen gleich mehrere Erwägungen. Zunächst geht nicht nur die Monopolkommission davon aus, dass die DPAG noch bis Ende 2007 über Monopolrenditen im reservierten Bereich verfügte, die deutlich über den Renditen vergleichbar effizienter Wettbewerber lagen.¹⁰ Eine hinreichende Kompensation für Altlasten ist damit gewährleistet.

Ferner ist davon auszugehen, dass sich bei funktionierendem Wettbewerb auch die Löhne auf einem angemessenen Niveau einpendeln. Eine gesonderte Beachtung der Arbeits- und Lohnbedingungen ist insbesondere vor dem Hintergrund, dass das aktuelle Lohnniveau der DPAG zum Teil auf Umverteilungen der Monopolrenditen zulasten der Verbraucher zurückzuführen ist, nicht im Einklang mit dem Ziel der kostengünstigen Versorgung der Bevölkerung mit Universaldienstleistungen. Zudem widerspricht die Einbeziehung der genannten zusätzlichen Ansatzposten der Regelung des Art. 12 *tit.* 1 und 2 der Postrichtlinie, in der erschwingliche Preise vorgesehen sind, die „kostenorientiert sein [müssen] und Anreize zur effizienten Erbringung einer Universaldienstleistung“ setzen.¹¹

Schließlich fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung seit der *Altmark-Trans*-Entscheidung,¹² dass die Nettomehrkosten im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstanden sind, damit sie überhaupt einen Anknüpfungspunkt für rechtmäßige staatliche Kompensationsmaßnahmen darstellen können. Zudem muss der jeweilige Leistungserbringer mit der konkreten Aufgabe „betraut“ worden sein.¹³ Eine solche „Betrauung“ mit der Universaldienstleistung besteht aber für die DPAG mit dem Wegfall der Exklusivlizenz (vgl. § 52 PostG) seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr.

Die Tatsache, dass der lizenzierte Teil des Universaldienstes seitdem freiwillig von der DPAG erbracht wird, spricht in diesem Zusammenhang vielmehr dafür, dass hierbei keine Mehrkosten entstehen oder aber diese im Vergleich beispielsweise zum Werbeeffect einer flächendeckenden Präsenz jedenfalls vernachlässigt werden können. Klar ist auch, dass eine wie in § 4 Abs. 11b UStG aktuell vorgesehene selbständig gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern abzugebende Verpflichtung keine formelle „Betrauung“ i. S. d. *Altmark-Trans*-Rechtsprechung ersetzen kann.¹⁴ Ferner stellt (sogar) das aktuelle Kompensationsregime der §§ 12 ff. PostG eine geeignete Methode zum Ausgleich möglicher Mehrkosten im Zusammenhang mit Universaldienstdefiziten dar, die zudem durch mögliche Ausschreibungen auch wettbewerbsfördernd wirkt. Eine gesonderte Berücksichtigung von Mehrkosten im Rahmen des § 20 Abs. 2 S. 2 PostG führt hingegen zu einer Umgehung dieses Regimes zugunsten des ehemaligen Monopolisten. Die Regelungen des PostG in § 20 Abs. 2 S. 2 PostG und in § 3 Abs. 4 S. 3 der PEntgV sind daher ersatzlos zu streichen, womit sie auch im Rahmen von Entgeltgenehmigungen im Preisobergrenzenverfahren („Price Cap“-Verfahren) nicht mehr berücksichtigt werden könnten.

4. Verbesserte Kontrolle individueller Großkundenrabatte

Seit dem Wegfall der Ex-ante-Regulierung für Briefsendungen mit einer Einlieferungsmenge von mehr als 50 Stück ist die DPAG flexibel in der Gestaltung ihrer Preis- und Rabattsysteme für Großversender.¹⁵ Der Bundesnetzagentur kommt die Auf-

gabe zu, im Rahmen einer Ex-post-Kontrolle zu überprüfen, ob die eingelieferte Sendungsmenge jeweils zu einer dem Rabatt entsprechenden Einsparung geführt hat. In diesem Zusammenhang werden die unzureichenden Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur offenbar: Nach § 30 PostG besteht für marktbeherrschende Anbieter zwar die Verpflichtung, Verträge über Teilleistungen sowie den Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungen innerhalb eines Monats nach Abschluss der Bundesnetzagentur vorzulegen; ein behördliches Initiativrecht zur Einsicht solcher Großversenderverträge hingegen fehlt. Eine Überprüfung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 PostG setzt gerade voraus, dass die Bundesnetzagentur Kenntnis von Tatsachen hat, die ein möglicherweise wettbewerbswidriges Verhalten des marktbeherrschenden Anbieters annehmen lassen. Dabei dürfen neben der DPAG und ihren, von den individuell vertraglich vereinbarten Sendungsmengenrabatten profitierenden Kunden, die ein großes Interesse an der Geheimhaltung der Rabattvereinbarungen haben, auch Wettbewerber der DPAG – aufgrund von Abhängigkeiten von der DPAG (etwa beim Teilleistungszugang) oder weil sie selbst auf einen Vertragsabschluss mit dem jeweiligen Großversender spekulieren – von einer Anzeige bei der Bundesnetzagentur absehen.

Preis- und Rabattsysteme können aber regelmäßig so ausgestaltet sein, dass nicht nur Skalenvorteile weitergegeben werden, sondern über die Preiskonditionen strategische Treue- und Sogeffekte¹⁶ herbeigeführt werden, welche eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben. Dies ist etwa zu bejahen, wenn zusätzlich zu dem auf die jeweilige Einlieferung gewährten Rabatt die Gesamtrabathöhe rückwirkend steigt, je größer die Einlieferungsmenge innerhalb eines bestimmten Zeitraumes insgesamt ist, oder Werbekostenzuschüsse gezahlt werden.¹⁷ Der Großversender hat dann zum Ende des maßgeblichen Zeitraumes einen Anreiz, ausschließlich bei der DPAG einzuliefern oder gar zusätzliche Sendungen aufzugeben, um rückwirkend eine höhere Rabattstufe zu erreichen (Sogeffekt).¹⁸ Besonders wettbewerbschädigend ist dies, wenn es sich um Gesamtumsatzrabatte oder solche bezogen auf mehrere Produktgruppen handelt, da der Marktbeherrscher auf diese Weise seine Macht auch auf benachbarte Märkte ausweiten kann (Hebelwirkung [„Leverage“]).

Daher sollte künftig eine Ex-ante-Genehmigungspflicht für alle Rabattmodelle eines Marktbeherrschers, die Parameter und die zugrundeliegenden Berechnungen im PostG festge-

10 Vgl. hierzu Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 93 Tz. 50 f.

11 Dass die Entgelte im Rahmen der aktuellen Preisobergrenzenregulierung („Price Cap“-Regulierung) wohl nicht diesen Anforderungen entsprechen, ergibt sich bereits mittelbar aus der Mitteilung der Bundesnetzagentur v. 15.9.2010 – Az. BK5b-10/013, S. 8, 14 u. 18 (inzi-dent).

12 EuGH, Slg. 2003, I-7747 (Urt. v. 24.7.2003 – Rs. C-280/00) – *Altmark Trans*.

13 Vgl. speziell zum Postuniversaldienst EuGH, Urt. v. 1.7.2008 – Rs. T-266/02, Rn. 70 ff. (73) – *DPAG/Kommission*, sowie hierzu EuGH, Urt. v. 2.9.2010 – Rs. C-399/08 P, Rn. 40 f.

14 Hierzu bereits *Koenig/Busch*, EWS 2010, 510, 512.

15 Die Sendungsvolumina der sog. Großversender machen ca. 85% des Marktes für Briefsendungen aus.

16 Vgl. Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 122 Tz. 131 ff.

17 So gaben nach Recherchen des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) laut Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 116 Tz. 110, rund 6% der Großgeschäfts-kunden an, Werbekostenzuschüsse von der DPAG zu erhalten.

18 Zur wettbewerbschädigenden Wirkung solcher Rabattsysteme, die zugleich den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung i. S. d. Art. 102 AEUV bedeuten, u. a. EuGH, Urt. v. 15.3.2007 – Rs. C-95/04 P – *British Airways*.

geschrieben werden. Im Rahmen dieser Genehmigung muss die Bundesnetzagentur dann auch die Möglichkeit haben, sich von den beantragenden Unternehmen, sofern dies notwendig sein sollte, Unterlagen zur Kostenstruktur (z. B. Grenzkostenkurven) vorlegen zu lassen.¹⁹

Flankierend sollte schließlich eine dem § 38 Abs. 1 TKG entsprechende Vorschrift in das PostG aufgenommen werden. Diese Norm sieht eine Notifizierungspflicht für nicht genehmigungsbedürftige Entgelte gegenüber der Bundesnetzagentur vor und ermöglicht eine wirksame regulatorische Ex-post-Entgeltkontrolle. Übertragen auf den Postbereich sollten alle individuellen Vereinbarungen mit Großversendern oder Konsolidierern sofort nach Vertragsschluss vorgelegt werden.²⁰ Auch sollte ein Einsichtnahmerecht der Wettbewerber in die der Bundesnetzagentur vorliegenden Unterlagen nebst darin enthaltener Preise, die ohnehin transparent und diskriminierungsfrei gewährt werden müssen, in das PostG aufgenommen werden, freilich unter Beachtung tatsächlicher Betriebsgeheimnisse der DPAG und ihrer Vertragspartner.

5. Stärkere besondere Missbrauchsaufsicht

Anders als im TKG fehlt es darüber hinaus an einem Gebot der Gleichbehandlung von Tochterunternehmen und Wettbewerbern bei Verträgen über den Zugang zu Teilleistungen oder Einrichtungen, wie es § 42 Abs. 2 TKG vorsieht,²¹ sowie an einem Antragsrecht Dritter zur Verfahrenseinleitung. Diese kann lediglich von Amts wegen erfolgen, während gemäß § 42 Abs. 4 S. 1 TKG Dritte Missbrauchsverfahren durch Anträge einleiten können. Die Übernahme entsprechender Vorschriften in das PostG würde das Antrags- und Legalitätsprinzip einführen und bestehenden Informationsdefiziten bzw. -asymmetrien abhelfen, dies nicht nur in Verfahren der besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 32 PostG), sondern, bezogen auf das Antragsrecht, auch im Rahmen der Entgeltüberprüfung (§ 25 Abs. 1 S. 1 PostG).

6. Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren

Das Phänomen der Preis-Kosten-Scheren und anderer Preismissbrauchsvarianten durch marktbeherrschende Unternehmen tritt in vielen Bereichen der Netzwirtschaften auf und hat deshalb in § 28 TKG eine eigene Regelung erfahren. Es wird die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vermutet, wenn zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten lediglich eine für einen effizienten Wettbewerber zur Kostendeckung inklusive angemessener Eigenkapitalverzinsung nicht ausreichende Differenz verbleibt, nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG also eine Preis-Kosten-Schere vorliegt. Nach der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zum Telekommunikationsrecht ist zudem eine Missbräuchlichkeit der Entgelte nicht dadurch ausgeschlossen, dass sowohl die Vorleistungs- als auch die Endkundenentgelte von der Bundesnetzagentur reguliert sind, insbesondere dann nicht, wenn letztere im „Price Cap“-Verfahren reguliert werden.²² Denn in solchen Fällen verfügt das marktbeherrschende Unternehmen noch über einen hinreichend großen Gestaltungsspielraum bei der Festlegung seiner Endkundenentgelte.²³

Gerade im Bereich der Briefgroßversender gibt es derzeit kaum wirksamen Wettbewerb. Die von der DPAG (hausintern wohl) gewährten Rabatte für Großversender sind nur selten offenkundig, dürften aber die Größenordnung der durch Rabatte auf den „Price Cap“-regulierten Endpreis gewährten

Teilleistungsentgelte überschreiten. Eine genügend große Marge z. B. zur Deckung der Kosten der von Konsolidierern erbrachten Vorleistungen verbleibt dann nicht mehr.²⁴ Daher ist eine dem § 28 TKG in dieser Hinsicht entsprechende Regelung in das PostG aufzunehmen, wobei am einheitlichen Kostenmaßstab des (neuen) § 20 PostG festzuhalten ist.

7. Wettbewerbsneutrale Umsatzbesteuerung

Durch die Änderung des § 4 Nr. 11b UStG, der nun auf Art. 3 Abs. 4 der Posrichtlinie verweist, wurden gleich mehrere neue Probleme bezogen auf die Wettbewerbsneutralität und die Unionsrechtmäßigkeit geschaffen.

a) Wettbewerbliche Aspekte

Derzeit ist, nach Auskunft der Bundesnetzagentur, einzig die DPAG in den Genuss der Gewährung einer Steuerbefreiung durch das Bundeszentralamt für Steuern gekommen, obgleich es mehrere Anträge hierauf gab. Dies dürfte vor allem dadurch zu erklären sein, dass das Bundesministerium der Finanzen mit Rundschreiben vom 21. Oktober 2010 die Einhaltung des Kataloges der PUDLV voraussetzt, insbesondere hinsichtlich der mindestens 12 000 stationären Einrichtungen zur Annahme von Briefen, der Verfügbarkeit von Briefkästen sowie der Voraussetzung, dass nur Unternehmen oder Zusammenschlüsse solcher von der Steuer befreit werden, die diese Leistungen ständig und flächendeckend im gesamten Bundesgebiet anbieten.²⁵ Solche Bedingungen erfüllt, bezogen auf den Briefmarkt, nur die DPAG, und hieran wird sich auch in absehbarer Zeit nichts ändern, da wohl nicht einmal alle Wettbewerber gemeinsam über ein genügend engmaschiges Briefkastennetz verfügen dürften. Zudem erscheint es volkswirtschaftlich alles andere als sinnvoll, Infrastruktureinrichtungen wie Briefkästen mehrfach vorzuhalten, und die DPAG wehrt sich auch zivilrechtlich massiv gegen Konkurrenz.²⁶ Damit perpetuiert die aktuelle Regelung des § 4 Nr. 11b UStG die bereits zuvor bestehende Privilegierung der DPAG, jedenfalls im Briefbereich.

19 Ähnliche Ex-ante-Regulierungsregime gibt es etwa in § 24 EnWG für die „Methoden zur Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang“ (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 EnWG).

20 Eine solche Vorlagepflicht besteht in gewissem Umfang bereits jetzt, da das BVerwG die Anordnung der Bundesnetzagentur zur Auskunftserteilung zu Verträgen über Teilleistungen bestätigt hat, BVerwG, NJOZ 2009, 3062 (Urt. v. 20.5.2009 – Az. 6 C 14.08) (= N&R 2009, 209).

21 Das BVerwG, NJOZ 2009, 3062, 3067 (Urt. v. 20.5.2009 – Az. 6 C 14.08) (= N&R 2009, 209, 211), hielt zwar bereits das allgemeine Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB, das sich in § 32 Abs. 1 PostG widerspiegelt, für ausreichend, um eine Diskriminierung von Wettbewerbern gegenüber verbundenen oder Tochterunternehmen auszuschließen. Eine Klarstellung sollte hier aber mögliche Streitigkeiten, wie sie dem Urteil zugrundeliegen, bereits im Voraus ausschließen.

22 Zur Qualifizierung der Margenbescheidung durch Preis-Kosten-Scheren als missbräuchlich i. S. d. Art. 102 AEUV siehe u. a. EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P, (u. a.) Rn. 31 – *Deutsche Telekom AG/Kommission*.

23 Siehe EuGH, Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P, Rn. 77 ff., 86 – *Deutsche Telekom AG/Kommission*.

24 Die DPAG gewährt in verschiedenen AGB bei Teilleistungen Rabatte auf die Standardporti, die sich u. a. nach der Menge der eingelieferten Sendungen sowie dem Ort (Briefzentrum Abgang [BZA]/Briefzentrum Eingang [BZE]) und der Vorsortierung richten. Diese geben die Konsolidierer dann abzüglich eines ihre Kosten deckenden, eine Rendite enthaltenden Anteils an ihre Kunden weiter.

25 Bundesfinanzministerium, Schreiben v. 21.10.2010 – Gz. IV D 3 – S 7167-b/10/10002, für Briefdienste insbesondere S. 6 u. 2.

26 Hierzu und zur Entwicklung im Postsektor liefert *Gramlich*, N&R 2010, 213, 219 f., eine gute Übersicht.

Dabei birgt die Umsatzsteuerbefreiung im Ende-zu-Ende-Geschäft nach wie vor einen Nachteil für die Wettbewerber i.H.v. 19% der eigenen Wertschöpfung, wenn die Abnehmer nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind.²⁷ Sie wirkt zugleich auch als Preisvorteil i.H.v. 19% der Nettovorleistungspreise gegenüber vorsteuerabzugsberechtigten Kunden, da die DPAG die hierauf anfallende Umsatzsteuer nicht ausweisen kann. Wettbewerbsverzerrungen treten hier zum einen dadurch auf, dass ein erheblicher Teil des Sendungsaufkommens im Briefmarkt von solchen Institutionen abgewickelt wird, die in § 4 UStG genannt sind, zum anderen dadurch, dass das Verhältnis umsatzsteuerpflichtiger Vorleistungen zur eigenen Wertschöpfung mindestens 1:2 (oder größer) ist, so dass rein mathematisch immer noch hauptsächlich die Wettbewerber durch die Umsatzsteuerbefreiungsregelung benachteiligt sind.

b) Unionsrechtliche Aspekte

§ 4 Nr. 11b UStG verweist nach seinem Wortlaut auf den Leistungskatalog des Art. 3 Abs. 4 der Postrichtlinie und erfasst damit Postpakete im Rahmen des Universaldienstes nur noch bis zu einem Gewicht von 10 kg.²⁸ Hieraus ergibt sich, dass der Universaldienst nach aktueller, insoweit zulässiger, nationaler Ausgestaltung in Deutschland durch PostG und PUDLV Postpakete bis 20 kg sowie Nachsendungen und solche mit Eilzustellung umfasst, eine Steuerbefreiung aber nur bis 10 kg gewährt wird und die beiden letzteren Sendungsarten ausklammert. Folgt man der Ansicht, nach welcher der EuGH mit seinem oben erwähnten Urteil²⁹ klargestellt hat, dass eine Umsatzsteuerbefreiung den Universaldienst in seiner Gesamtheit erfassen muss, ergibt sich hieraus erneut die Unionsrechtswidrigkeit der Umsatzsteuerbefreiungsvorschriften.³⁰ Mit Rücksicht auf die ohnehin schädliche Wirkung der Umsatzsteuerbefreiung für den Wettbewerb auf den Postmärkten ist daher eine Anpassung des PostG bzw. der PUDLV an eine Gewichtsobergrenze für Postpakete von 10 kg vorzunehmen.³¹ Die zusätzlichen Dienste sind aus dem Universaldienstkatalog der PUDLV zu streichen.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Umsatzsteuerbefreiung des Universaldienstes ergibt sich ebenfalls aus diesem EuGH-Urteil. Danach sollen nur solche Anbieter des Universaldienstes von der Besteuerung dieser Umsätze befreit werden, die sich zur Erbringung der Dienste „verpflichtet haben“. Maßgeblich kommt es dabei auf die Verpflichtung, nicht aber auf die tatsächliche und ggf. inhaltsgleiche Erbringung des Universaldienstes an.³² Auch bei hinreichender wettbewerblicher und tatsächlicher Erbringung des Universaldienstes darf von einer Umsatzsteuerbefreiung, mithin also von einer Verpflichtung, nicht abgesehen werden. Dies stellt der EuGH in Randnummer 31 des Urteils explizit klar: Die Begriffe des Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. a der Sechsten Umsatzsteuerrichtlinie 77/388/EWG³³ dürfen nicht so ausgelegt werden, dass sie „den Befreiungen ihre Wirkung nähme[n]“. Damit wird die Benennung (Art. 4 Abs. 2 der Postrichtlinie) oder ein ähnliches Verfahren zur Pflicht für die Mitgliedstaaten. Dieser wird auch die Bundesrepublik im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 S. 4 der Postrichtlinie nachkommen müssen, also auf nicht diskriminierende und verhältnismäßige Weise.

8. Gleichlauf von lizenziertem Bereich und Universaldienstkatalog

Im Rahmen der Neuregelung der Umsatzsteuerbefreiung sind die Anforderungen an „Betrauungsakte“, die sich aus der Alt-

mark-Trans-Rechtsprechung des EuGH ergeben, sowie die Bedingungen der Entscheidung im Fall TNT Post u. a./Vereinigtes Königreich zu beachten. Dabei bedeuten die Altmark-Trans-Kriterien des EuGH, dass eine staatliche Betrauung mit der Erbringung des Universaldienstes oder Teilen davon als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse hinsichtlich des Umfangs der ersatzfähigen Nettomehrkosten bereits im Voraus bestimmt bzw. bestimmbar sein muss. Die „Betrauung“ ist ein formeller hoheitlicher Akt, der zugleich die Verpflichtung zum Universaldienst regelt.³⁴ Dieser Logik folgt auch die Postrichtlinie, wenn sie fordert, dass ein Universaldiensteanbieter³⁵ zusätzlich nach Art. 4 der Postrichtlinie benannt sein muss, um zum Universaldienst verpflichtet werden zu können (Art. 9 Abs. 2 S. 3 der Postrichtlinie). Damit ist für den Status als Universaldiensteanbieter eine Verpflichtung (Benennung bzw. Betrauung) erforderlich. Diese wird im deutschen Postrecht klassischerweise als Lizenz bezeichnet, womit freilich über die nähere Ausgestaltung künftiger Lizenzen noch nicht viel gesagt ist.

a) Umfang der Lizenzpflicht

Nach Art. 4 Abs. 2 S. 2 der Postrichtlinie reicht es aus, nur einen Teil des Universaldienstes zu erbringen, entweder in Form einzelner Leistungen des Universaldienstkatalogs und/oder in Form „der Versorgung verschiedener Teile des Hoheitsgebietes eines“ Mitgliedstaates.³⁶

Zusätzlich ergibt sich aus Art. 7 Abs. 3, 4 und 5 i. V. m. Art. 9 Abs. 1, 2 und 3 der Postrichtlinie, dass alle Postdiensteanbieter, die zugleich Universaldiensteanbieter sind, zur Finanzierung der Beseitigung von Universaldienstdefiziten heranzuziehen sind, sofern diese nicht ausschließlich durch die Nutzer erfolgt. Zwar ist das konkret in Art. 7 Abs. 3b, 4 der Postrichtlinie genannte Verfahren nur ein Beispiel; jedoch ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit Art. 7 Abs. 5 und Art. 9 der Postrichtlinie, dass die Heranziehung nur einiger der Universaldiensteanbieter zur Universaldienstfinanzierung nicht vorgesehen ist. Dies widerspräche den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Art. 7 Abs. 5 sowie Art. 9 Abs. 3 der Postrichtlinie). Ferner erlaubt Art. 9 Abs. 1 der Postrichtlinie für nicht zum Universaldienst zählende Postdienste lediglich eine sog. Allgemeingenehmigung (Art. 2 Nr. 14 tir. 1

27 Vgl. Katalog des § 4 UStG. Gerade diese Bereiche der Geschäftswelt sowie die Verwaltung zeichnen sich aber üblicherweise durch ein hohes Sendungsaufkommen aus, so auch die Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 103 Tz. 76.

28 So auch *Paintner/Melchior*, DStR 2010, 625, 628.

29 EuGH, Urt. v. 23.4.2009 – Rs. C-357/07, Rn. 46 – *TNT Post u. a./Vereinigtes Königreich*.

30 Dies vertritt etwa die Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 109 Tz. 90.

31 Zur Bewertung der Umsatzsteuerbefreiung von Universaldienstleistungen als schädlich für den Wettbewerb siehe u.a. Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 102 ff. Tz. 74 ff., 111 f. Tz. 98 f., sowie Kommission (Fn. 2), KOM (2008) 884 endg., S. 5.

32 Vgl. EuGH, Urt. v. 23.4.2009 – Rs. C-357/07, Rn. 30, 39 u. 40 – *TNT Post u. a./Vereinigtes Königreich*.

33 Art. 132 Abs. 1 lit. a der Mehrwertsteuersystemrichtlinie 2006/112/EG ist bezogen auf Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. a der Sechsten Umsatzsteuerrichtlinie 77/388/EWG im Wesentlichen wortgleich.

34 EuGH, Urt. v. 23.4.2009 – Rs. C-357/07, Rn. 39 – *TNT Post u. a./Vereinigtes Königreich*. *Koenig/Busch*, EWS 2010, 510, 512 f., stellen hierzu fest, dass eine Selbstverpflichtung wohl nicht vom EuGH gemeint sein kann, wie bereits ein Vergleich mit der englischen Fassung des Urteils ergäbe: „who undertakes to provide all or part of the universal postal service“.

35 Nach Art. 9 Abs. 2 S. 1 der Postrichtlinie jeder öffentliche oder private Postdiensteanbieter, der sich durch die tatsächliche Erbringung von „Dienste[n], die zum Universaldienst[katalog] gehören“, auszeichnet.

36 So der eindeutige Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 S. 2 der Postrichtlinie.

der Postrichtlinie), sofern dies für die Erfüllung der Grundanforderungen (z.B. Vertraulichkeit und Datenschutz) erforderlich ist. Für Universaldiensteanbieter ermöglicht Art. 9 Abs. 2 der Postrichtlinie hingegen unter denselben Bedingungen auch das Einzelgenehmigungsverfahren (Art. 2 Nr. 14 tir. 2 der Postrichtlinie). Diese Differenzierung spiegelt sich auch in der Erweiterung der Ziele in Art. 1 tir. 1 der Postrichtlinie wider, nach der die Richtlinie nunmehr auch „gemeinsame Bedingungen für die Erbringung von Postdiensten“ enthält, also einen deutlich weiteren sachlichen Anwendungsbereich aufweist.³⁷

Insgesamt ist die bestehende deutsche Regelung zur Lizenzpflicht (§§ 5 ff. PostG) daher durch eine allgemeine Universaldiensteanbieterlizenzpflicht zu ersetzen, wobei auch die aktuellen postgesetzlichen Begrifflichkeiten der Universaldienstleistungen und -anbieter an diejenigen der Richtlinie anzupassen sind.³⁸

b) Weitere Anforderungen an die Lizenz

Die Mitgliedstaaten haben dafür zu sorgen, dass die Tarifierungsgrundsätze (Art. 12 der Postrichtlinie) und die Verpflichtung aus Art. 14 und 15 der Postrichtlinie, insbesondere auch die Anforderungen an die Kostenlegung und die Führung getrennter Konten jeweils für den Universaldienstbereich und die übrigen Dienste, eingehalten werden.

Auch begründet die Unverletzlichkeit des Brief- und Postgeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung staatliche Schutzpflichten.³⁹ Sie verlangt eine gesetzgeberische Gewährleistung des Schutzes vertraulicher Kommunikation gegen „unbefugte Kenntniserlangung durch Dritte“.⁴⁰ Die Lizenzierung von Universaldiensteanbietern muss dies im Rahmen der Prüfung von Zuverlässigkeit und Gesetzestreue (§ 6 PostG) sicherstellen. Hiermit wäre auch die unverständliche Ungleichbehandlung von Briefen (bis 1 000 g) und Paketen, also von Brief- und Postgeheimnis, beseitigt.⁴¹

Sollten die Lizenzen schließlich nur eine gewisse zeitliche Gültigkeit (beispielsweise von einem Jahr) aufweisen, wäre die Bundesnetzagentur ferner in der Lage, dem aktuellen Marktgeschehen zeitnah Rechnung zu tragen.⁴²

Künftig ist also eine Lizenz für jeden Postdiensteanbieter zu fordern, der Teile des Universaldienstes erbringt. Da aus dieser Lizenz bereits die generelle Verpflichtung zur Beseitigung im Defizitfall (aktuell §§ 12 bis 17 PostG) folgt, wären auch die Anforderungen beider EuGH-Urteile erfüllt: Die Betrauung durch Lizenzen ist keine „Selbstverpflichtung“ und durch die Pflicht, den Universaldienst zu erbringen oder zu finanzieren, besteht für die Unternehmen bereits mit Lizenzerteilung eine gewisse Belastung, die eine Umsatzsteuerbefreiung rechtfertigt.

9. Beseitigung und Finanzierung von Universaldienstdefiziten

Genügt mit der erweiterten Lizenzpflicht der Adressatenkreis den Anforderungen der Art. 7 Abs. 3, 4 und 5 i.V.m. Art. 9 Abs. 1, 2 und 3 der Postrichtlinie und stellt er damit auch eine größtmögliche Gruppe staatlich generell auf die Ziele des Art. 87f GG Verpflichteter dar, so ist das momentan vorgesehene Verfahren zur Verpflichtung im Defizitfall (§§ 13 und 14 PostG) noch immer äußerst langwierig. Daher ist es, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit, angeraten, künftig bei drohenden Universaldienstdefiziten (§ 12 Abs. 1 PostG) sofort den

geeigneten (z.B. ortsansässigen) Lizenznehmer, unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung, zu verpflichten, den Dienst befristet zu übernehmen. Die Frist sollte dabei dem Ende der zeitgleich durchzuführenden Ausschreibung ablaufen. In der Zwischenzeit beim Verpflichteten angefallene Defizite wären von allen Universaldiensteanbietern zu ersetzen (§ 16 PostG). Damit wäre sowohl eine schnelle Defizitbeseitigung als auch eine angemessene Wettbewerbsförderung gewährleistet. Es würde nicht stets der Marktbeherrscher durch Mittel der Wettbewerber entschädigt. Vielmehr hätten auch letztere die Möglichkeit, den Universaldienst zu übernehmen und Ausgleichsleistungen zu erhalten, sei es befristet oder durch einen Ausschreibungs- bzw. Losgewinn auf Dauer.

10. Wettbewerbsgerechte Lizenzerteilungsvoraussetzungen

Neben der beschriebenen Neuregelung des Lizenzierungspflichtumfangs sind auch die Voraussetzungen der Lizenzerteilung anzupassen. So ist die erforderliche Zuverlässigkeit gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 1 PostG bereits hinreichend, um möglichen Unterbietungslöhnen („Dumping“) vorzubeugen. Dagegen ist § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG vor allem mit den unrühmlichen Versuchen in Verbindung zu bringen, über das AEntG einen branchenweiten Mindestlohn einzuführen. Dies scheiterte im Januar 2010 endgültig am BVerwG, nachdem zuvor bereits das VG Berlin und das OVG Berlin-Brandenburg die Erstreckungsverordnung für unwirksam erklärt hatten.⁴³ Ohnehin ist davon auszugehen, dass sich im Wettbewerb Löhne einstellen wer-

37 Die frühere Fassung der Postrichtlinie (97/67/EG, hinsichtlich Artikel 1 nicht geändert durch Richtlinie 2002/39/EG) enthält in Artikel 1 lediglich Ziele bezogen auf den Universaldienst sowie die Schaffung unabhängiger Regulierungsbehörden und die Harmonisierung technischer Normen. Die Frage, ob die aktuelle Richtlinie mit der Änderung auch Vorgaben für die Harmonisierung derjenigen Teile der Postdienste macht, die nicht dem Universaldienst zuzurechnen sind – so wie hier vertreten –, befindet sich aktuell als Vorlagefrage beim EuGH (Mitteilung v. 29.3.2010 – Rs. C-148/10). Zwar betrifft die konkrete Vorlage nur Art. 19 Abs. 2 der Postrichtlinie und eine mögliche Gleichstellung der Nutzer und ihrer Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber Post- bzw. Universaldiensteanbietern, aber damit mittelbar auch die Frage nach der Verbindlichkeit der aktuellen Regelungen der Postrichtlinie über den Bereich des Universaldienstes hinaus.

38 Vgl. u.a. die Erwägungsgründe 9, 23, 27–29, 32–35 der Postrichtlinie. Dabei ist auch der Begriff des Postdiensteanbieters an die Postrichtlinie anzupassen. So ist der Universaldiensteanbieter nach Art. 2 Nr. 13 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 S. 1–3 der Postrichtlinie nämlich jeder den Dienst faktisch erbringende Postdiensteanbieter. Dessen Tätigkeit umfasst nach Art. 2 Nr. 1a, 1, 6 und dem Erwägungsgrund 17 der Postrichtlinie Dienste, die „im Zusammenhang mit der Abholung, dem Sortieren, dem Transport und der Zustellung von Postsendungen (also auch adressierte Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften) stehen.“ § 4 Nr. 2, 1 lit. a–c PostG hingegen schließt – unionsrechtswidrig – solche Unternehmen aus, die lediglich adressierte Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften befördern, ohne zugleich weitere Postdienstleistungen zu erbringen.

39 Vgl. Durner, in: Maunz/Dürig, GG, Loseblattsammlung, Stand: 58. Ergänzungslieferung (2010), Art. 10 Rn. 76 und 112 f. (m.w.N.).

40 BVerfG, Urt. v. 2.3.2006 – Az. 2 BvR 2099/04, Rn. 70 (zum Fernmeldegeheimnis).

41 Vgl. zum sachlichen Schutzbereich des Postgeheimnisses, der auch Postpakete erfasst, Durner (Fn. 39), Art. 10 Rn. 72 f.

42 Beispielsweise könnte die Bundesnetzagentur durch geeignete Auflagen die Verpflichtungen aus dem Weltpostverband durchsetzen und fortan selbst die Vertretung Deutschlands übernehmen. Bisher obliegt dies nämlich der DPAG, die damit auch noch ein Quasimonopol auf bestimmte Auslandsendungen hat. Die Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 84 f. Tz. 23 ff., sieht die Problematik ebenfalls, kommt aber in Textziffer 26 zu dem Ergebnis, dass, abhängig von den Resultaten der Reformbemühungen innerhalb des Weltpostvereins selbst, künftig ggf. die Mitwirkung unter allen deutschen Postdiensteanbietern ausgeschrieben werden sollte.

43 BVerwG, Urt. v. 28.1.2010 – Az. 8 C 19.09; zuvor VG Berlin, Beschl. v. 7.3.2008 – Az. 4 A 439.07, sowie OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 18.11.2008 – Az. 1 B 13.08.

den, die deutlich unterhalb des bisherigen Lohnniveaus liegen, was vor allem daran liegt, dass eine Umverteilung der Monopolrenditen nun nicht mehr möglich sein wird.⁴⁴

11. Mehr Wettbewerb bei Postzustellungsaufträgen

Gemäß § 34 S. 4 PostG bedarf das Entgelt aller zur förmlichen Zustellung verpflichteten Lizenznehmer einer Ex-ante-Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Postzustellungsaufträge i. S. v. § 33 PostG werden jedoch i. d. R. über öffentliche Ausschreibungen vergeben. Durch eine vergaberechtskonforme Ausschreibung besteht aber aufgrund des Wettbewerbs zwischen den Bietern bereits ein wirksamer Schutz vor Ausbeutungsmissbrauch. Eine Entgeltgenehmigungspflicht für alle Anbieter förmlicher Zustellungen ist damit nicht notwendig. Zudem wirkt die Ex-ante-Entgeltgenehmigung im Zusammenspiel mit § 20 Abs. 2 Nr. 3 und § 23 Abs. 2 S. 1 PostG wie eine „Meistbegünstigungs“-Regulierung, die das Ziel einer Ausschreibung potentiell konterkariert. Anbieter müssten nämlich zuschlagserhaltende, beispielsweise stark von lokalen Gegebenheiten beeinflusste (niedrige) Preise auch auf bereits bestehende Zustellungsaufträge anwenden und dabei ggf. Verluste hinnehmen. Schwierigkeiten entstehen in der Praxis auch dann, wenn die Vergabestelle festlegt, dass nur Angebote mit genehmigten Entgelten berücksichtigt werden.⁴⁵ Lediglich für marktbeherrschende Unternehmen ist daher im Bereich der Postzustellungsaufträge eine Ex-post-Entgeltkontrolle beizubehalten.⁴⁶

Im Zusammenhang mit der Vergabe von Zustellungsaufträgen bestehen zudem weitere Probleme. Den Konkurrenten würde insbesondere eine rechtswidrig⁴⁷ weiterhin von der DPAG praktizierte Teilnahme an Ausschreibungen mit umsatzsteuerfreien Entgelten schwer zu schaffen machen. Öffentliche Stellen sind nämlich regelmäßig nicht vorsteuerabzugsberechtigt und legen daher in Ausschreibungen – rechtmäßig – Bruttopreise zugrunde. Daneben erweist sich auch allgemein bei der Ausschreibung von Postdiensten die Formulierung der Anforderungen an die Dienstleister im Rahmen der Eignungs- und Zuschlagskriterien, die häufig von kleineren Wettbewerbern allenfalls als Bieterkonsortium gewährleistet werden können, als äußerst schwierig.⁴⁸ Daher sollten die Kompetenzen der Bundesnetzagentur auf die Beratung öffentlicher Auftraggeber bei der Formulierung wettbewerbsneutraler Ausschreibungsbedingungen ausgeweitet werden.

12. Saubere Gesetzestechnik

Mit Blick auf die unterschiedliche Entwicklung der verschiedenen Netzwirtschaften ist es angezeigt, jeweils alle wesentlichen Bestimmungen direkt in das entsprechende Fachgesetz aufzunehmen, da Verweisungstechniken hier regelmäßig an Grenzen stoßen müssen und zu Rechtsunsicherheit führen.⁴⁹ Dies betrifft alle Normen, die noch aus dem TKG 1996 stammen und auf die in § 44 S. 2 PostG verwiesen wird.

III. Fazit

Die bisherige Wettbewerbsentwicklung, insbesondere im Briefmarkt, zeigt, dass das PostG bislang nur ein unzureichendes Instrumentarium zur Förderung von wirksamem Wettbewerb ist. So sind die Versuche Dritter, als Ende-zu-Ende-Wettbewerber der DPAG Fuß zu fassen, weitgehend als gescheitert anzusehen.⁵⁰ Ob diesbezüglich durch Verbundkooperationen, wie sie Wettbewerber nun im Bereich der Briefdienstleistungen für Geschäftskunden eingehen, der wettbewerbliche Wind wieder auffrischt, bleibt abzuwarten. Jedenfalls ist es höchste Zeit für eine Postrechtsnovelle, die den Namen auch verdient.

- 44 Siehe Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 98 f. Tz. 61 f. Auch *Säcker*, Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, 2007, zusammenfassend S. 59 f., kommt zu dem Ergebnis, dass die Sozialklausel in dieser Form ein Fremdkörper im Regulierungsrecht ist und der Markt im Übrigen selbst zu einem ausreichenden Lohnniveau finden würde. Das Gutachten ist abrufbar unter <<http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/33800/publication%20File/2061/GutachtenId9360pdf.pdf>> (zuletzt abgerufen am 2.12.2010).
- 45 Vgl. Monopolkommission (Fn. 2), BT-Drs. 17/286, 69, 136 f. Tz. 177 ff.
- 46 Nur diese verfügen über die Mittel, eine Kampfpreisstrategie zu verfolgen, bei der Wettbewerber aus dem Markt gedrängt werden.
- 47 Jedenfalls nach der Einschätzung des Bundesfinanzministeriums (Fn. 25), S. 10, fallen die Postzustellungsaufträge mangels Zugehörigkeit zum Universaldienst nicht unter die Umsatzsteuerbefreiungsvoraussetzungen des § 4 Nr. 11b UStG.
- 48 Eine gute Übersicht hierzu liefern *Godarzi/Kapischke*, NVwZ 2009, 80.
- 49 So können laut BVerwG, Beschl. v. 31.1.2006 – Az. 6 B 78.05; Beschl. v. 28.3.2006 – Az. 6 C 13.05, Vorschriften, die vollständig neu in das TKG eingefügt wurden, nicht im Sinne einer dynamischen Verweisung im PostG interpretiert und im Postbereich angewendet werden.
- 50 Siehe auch Bundesnetzagentur, Zwölfte Marktuntersuchung „Lizenzpflichtige Postdienstleistungen“, 2009, S. 24 f., freilich bezogen auf das Briefgeschäft.