

**HEUKING KÜHN LÜER HEUSSEN WOJTEK**

RECHTSANWÄLTE WIRTSCHAFTSPRÜFER STEUERBERATER

20354 HAMBURG · BLEICHENBRÜCKE 9

TELEFON (040) 35 52 800 · TELEFAX (040) 35 52 80 80 · GERICHTSKASTEN 144

E-MAIL: hamburg@heuking.de

**Rechtsfolgen der Weisung des Bundesministers  
für Wirtschaft und Technologie  
vom 27.03.2000**

Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag des Bundesverbandes  
Internationaler Express- und Kurierdienste e.V.

**(BIEK)**

## Gliederung

Einleitung und Untersuchungsauftrag	S. 4
I. Bedeutung des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000	S. 5
1. Inhalt des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000	S. 6
2. Rechtsnatur des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000	S. 6
a) Verwaltungsakt	S. 6
aa) Behörde	S. 6
bb) Öffentliches Recht	S. 7
cc) Einzelfall	S. 7
dd) Außenwirkung	S. 8
ee) Regelung	S. 10
ff) Bekanntgabe	S. 12
gg) Zwischenergebnis	S. 12
b) Weisung	S. 12
c) Zwischenergebnis	S. 13
3. Rechtliche Folgen des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000 unter dem Gesichtspunkt des Verwaltungsakts	S. 13
4. Rechtliche Folgen des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000 unter dem Gesichtspunkt der Weisung	S. 15
a) Auslegung des § 57 Abs. 2 S. 2 PostG	S. 15
aa) Sinnermittlung	S. 16
bb) Ergänzende Auslegung	S. 17
b) Bindung der Regulierungsbehörde	S. 17
5. Ergebnis	S. 18

II. Erfordernis der Entgeltgenehmigung gemäß § 19 PostG	S. 18
III. Konsequenzen eines Verstoßes gegen § 19 PostG	S. 19
1. Unwirksamkeit der Briefbeförderungsverträge gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 PostG – Anspruch auf Porto-Rückzahlung	S. 19
2. Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche der Wettbewerber	S. 21
a) § 38 PostG, § 1004 BGB	S. 21
b) § 1 UWG	S. 22
3. Entzug der Exklusivlizenz	S. 25
a) Ermächtigungsgrundlage	S. 25
aa) § 49 VwVfG	S. 25
bb) § 9 Abs. 1 PostG	S. 26
(1) Ermächtigungsgrundlage	S. 26
(2) Anwendbarkeit auf die Exklusivlizenz	S. 27
cc) Zwischenergebnis	S. 30
b) Voraussetzungen	S. 30
aa) Formelle Voraussetzungen	S. 30
bb) Materielle Voraussetzungen	S. 30
c) Rechtsfolge	S. 31
aa) Ermessensbindungen	S. 31
bb) Ergebnis	S. 33
4. Ordnungswidrigkeit	S. 33
a) Objektiver Tatbestand	S. 33
b) Subjektiver Tatbestand	S. 33
c) Rechtsfolge	S. 34
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	S. 36

## **Einleitung und Untersuchungsauftrag**

Mit Bescheid vom 03.06.1997 hatte der Bundesminister für Post und Telekommunikation unter anderem die Leistungsentgelte für den Briefdienst im Monopolbereich „befristet bis zum 31.08.2000“ genehmigt.

Mit Schreiben vom 27.03.2000 erteilte der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie dem Präsidenten der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

„die allgemeine Weisung, die Vorschrift des § 57 Abs. 2 S. 2 PostG so auszulegen, dass alle Genehmigungen, die vor dem 01. Januar 1998 erteilt worden sind, bis zum 31. Dezember 2002 wirksam sind.“

Der Minister führte in dem Schreiben aus, daß § 57 Abs. 2 S. 2 PostG mißverständlich formuliert und teleologisch in Anlehnung an die Vorschrift des § 97 Abs. 3 S. 2 TKG in dem vorgenannten Sinne auszulegen sei.

Die Weisung wurde im Bundesanzeiger vom 07.04.2000, Seite 6374, veröffentlicht, und zwar mit folgendem Wortlaut:

„Gemäß § 44 Satz 2 PostG in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Dezember 1997 (BGBl. I S. 3294) in Verbindung mit § 66 Abs. 5 des Telekommunikationsgesetzes vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120), das zuletzt durch Artikel 2 Abs. 6 des Gesetzes vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2521) geändert worden ist, wird die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post angewiesen, die Vorschrift des § 57 Abs. 2 Satz 2 PostG so auszulegen, daß alle Genehmigungen, die vor dem 01. Januar 1998 erteilt worden sind, bis zum 31. Dezember 2002 wirksam bleiben.“

Der Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK) bittet um die Erstattung eines Rechtsgutachtens zu den Rechtsfolgen der ministeriellen Weisung. Dabei soll insbesondere die Frage untersucht werden, ob die der Deutsche Post AG am 03.06.1997 durch den damaligen Bundesminister für Post und Telekommunikation erteilte Entgeltgenehmigung für das Briefporto in Folge der ministeriellen Weisung automatisch bis zum 31.12.2002 wirksam sein wird. Wenn sich ergeben sollte, daß sich diese Genehmigung trotz der ministeriellen Weisung nicht über den 01.09.2000 verlängert, soll die sich dann ergebende Rechtslage untersucht werden.

Entsprechend dem Gutachtauftrag werden zunächst die Rechtsnatur und die rechtlichen Wirkungen des ministeriellen Schreibens untersucht. Anschließend werden die sich ergebenden Konsequenzen für die Rechtsbeziehungen der Deutsche Post AG zu ihren Kunden sowie zur Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post dargestellt.

### **I. Bedeutung des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000**

In § 57 Abs. 2 S. 2 PostG heißt es: „Eine Genehmigung, die vor dem 1. Januar 1998 erteilt worden ist, bleibt bis zum Ablauf der in dem Genehmigungsbescheid bestimmten Geltungsdauer, längstens bis zum 31. Dezember 2002, wirksam.“

Die der Deutsche Post AG (im folgenden DPAG) 1997 erteilte Genehmigung für das Briefporto enthält eine Befristung bis zum 31.08.2000. Nach dem Wortlaut von § 57 Abs. 2 S. 2 PostG würde die Genehmigung ab dem 01.09.2000 keine Wirkung mehr entfalten.

Demgegenüber soll es nach dem ministeriellen Schreiben für die Geltungsdauer einer vor dem 01.01.1998 erteilten Entgeltgenehmigung nicht auf das Befristungsdatum in dem Genehmigungsbescheid ankommen.

Es stellt sich die Frage, ob das Befristungsdatum in der Genehmigung durch die ministerielle Weisung obsolet geworden ist.

### **1. Inhalt des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000**

Durch das Schreiben vom 27.03.2000 wird der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (im folgenden Regulierungsbehörde) eine bestimmte Auslegung von § 57 Abs. 2 S. 2 PostG vorgegeben. Eine direkte Bezugnahme auf die Portogenehmigung der DPAG vom 03.06.1997 enthält das Schreiben nicht.

### **2. Rechtsnatur des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000**

Das Schreiben vom 27.03.2000 könnte einen Verwaltungsakt, eine Weisung oder beides beinhalten.

#### **a) Verwaltungsakt**

Nach der Legaldefinition in § 35 S. 1 VwVfG ist ein Verwaltungsakt die hoheitliche Maßnahme einer Verwaltungsbehörde auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalls mit Außenwirkung. Ein Verwaltungsakt ist also durch folgende fünf Merkmale charakterisiert: Es muß sich um die hoheitliche Maßnahme einer *Behörde* handeln, die auf dem Gebiet des *Öffentlichen Rechts* ergeht, eine *Regelung* beinhaltet, die nur einen *Einzelfall* betrifft, und die auf *Außenwirkung* gerichtet ist. Rechtliche Existenz erlangt der Verwaltungsakt durch seine Bekanntgabe gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist, oder gegenüber demjenigen, der jedenfalls von ihm betroffen wird, § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

#### **aa) Behörde**

Gemäß § 1 Abs. 4 VwVfG ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, eine Behörde. Damit ist jede Einrichtung mit hinreichender organisatorischer

Selbständigkeit Behörde, soweit sie mit der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut ist (Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Auflage 2000, § 1 Rn. 15).

Das Schreiben vom 27.03.2000 stammt vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und erging durch den Bundesminister. Das Bundesministerium ist eine organisatorisch selbständige Stelle, die mit Verwaltungsaufgaben betraut ist. Die Maßnahme erfolgte auch im Rahmen der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben, denn es geht um den Bereich des Postwesens, der gemäß Art. 87 f Abs. 2 S. 2 GG zur bundeseigenen Verwaltung zählt. Damit stellt das Schreiben eine Maßnahme einer Behörde dar.

### **bb) Öffentliches Recht**

Die Maßnahme müßte auch dem Öffentlichen Recht zuzurechnen sein, um als Verwaltungsakt qualifiziert werden zu können. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie sich auf öffentlich-rechtliche Normen bezieht (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 35 Rn. 35).

Das Schreiben bezieht sich auf § 57 Abs. 2 S. PostG. Diese Vorschrift ist nach der Sonderrechtstheorie (dazu: Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 1 Rn. 15) eine öffentlich-rechtliche Vorschrift, weil eine staatliche Stelle im Hinblick auf das Genehmigungs-Moment Zuordnungssubjekt ist. Damit ist die Maßnahme des Bundesministers dem Öffentlichen Recht zuzuordnen.

### **cc) Einzelfall**

Des weiteren müßte die Maßnahme einen Einzelfall betreffen. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung zur Rechtsnorm, die eine unbestimmte Zahl von Fällen und eine unbestimmte Zahl von Personen betrifft und daher eine abstrakt-generelle Regelung darstellt (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 35 Rn. 86 ff.). Eine Maßnahme hat auch dann individuellen Charakter, wenn sie sich zwar nicht an eine Person, aber doch an einen individuell bestimmten oder bestimmbar Personenkreis richtet. Entscheidend ist, ob der Adressaten-

kreis zur Zeit des Erlasses der Maßnahme objektiv feststeht oder noch erweiterungsfähig ist (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 35 Rn. 86 ff.).

Das Schreiben des Bundesministers bezieht sich auf eine Rechtsnorm. Eine einzelne Person oder ein feststehender Personenkreis, auf den diese Vorschrift in der vom Minister vorgegebenen Interpretation Anwendung finden soll, ist weder in dem Schreiben selbst noch in § 57 Abs. 2 S. 2 PostG angesprochen. Dies könnte gegen den individuellen Charakter der Maßnahme sprechen.

Andererseits ergibt sich aus dem Zusammenhang mit dem ersten Satz von § 57 Abs. 2 PostG, daß es nur um Genehmigungen der DPAG geht. § 57 Abs. 2 S. 2 PostG ist deshalb nur auf ein einziges Rechtssubjekt, nämlich die DPAG, anwendbar. Der Adressat dieser Regelung ist deshalb feststehend und ausschließlich. Damit ist zugleich auch das Schreiben des Bundesministers eine Maßnahme, die einen Einzelfall betrifft, denn das Schreiben betrifft – wie ausgeführt – die Auslegung dieser Vorschrift und ist deshalb ebenfalls nur auf einen Sachverhalt, nämlich die Entgeltgenehmigungen der DPAG, anwendbar.

#### **dd) Außenwirkung**

Nur solche Regelungen sind Verwaltungsakte, die Pflichten oder Rechte für Rechtssubjekte außerhalb des verwaltungsinternen Bereichs begründen. Das ist nach der Legaldefinition nur dann der Fall, wenn die Maßnahme auf Außenwirkung *gerichtet* ist. Dies setzt voraus, daß die Maßnahme ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, Außenwirkung hervorzubringen, wenn sie also nicht nur rein tatsächlich oder mittelbar Wirkungen im Außenbereich entfalten kann (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 35 Rn. 73 ff.).

Damit scheiden solche Maßnahmen aus, die ausschließlich verwaltungsintern an eine nachgeordnete Behörde hinsichtlich deren dienstlicher Tätigkeit ergehen. Mittelbar kann eine derartige Anordnung zwar Außenwirkung entfalten, wenn nämlich die nachgeordnete Behörde durch eine solche Anordnung veranlaßt wird, gegenüber dem Bürger oder einem sonstigen außenstehenden Rechtssubjekt tätig zu werden. Außenwirkung entfaltet dann

jedoch nur die Maßnahme der nachgeordneten Behörde, nicht die vorangegangene Handlung des Vorgesetzten.

- (1) Das in Rede stehende Schreiben ist an die Regulierungsbehörde gerichtet und enthält die Vorgabe, eine bestimmte gesetzliche Vorschrift, § 57 Abs. 2 S. 2 PostG, in einer bestimmten Art und Weise auszulegen. Sie fällt insoweit in den internen Bereich der Verwaltung.

Wenn die Regulierungsbehörde nach dem 31.08.2000 bei ihrem Verwaltungshandeln die ministerielle Vorgabe beachten würde und in einen Bescheid gegenüber der DPAG einfließen lassen würde, würde die Handlung der Regulierungsbehörde Außenwirkung haben. Hinsichtlich des ministeriellen Schreibens würde es indes bei der internen, lediglich mittelbar nach außen wirkenden Bedeutung bleiben.

- (2) Die Bedeutung des ministeriellen Schreibens ist indes nicht auf die – interne – Handlungsmaßgabe gegenüber der Regulierungsbehörde begrenzt. Der Bundesminister hat seine Mitteilung an die Regulierungsbehörde vielmehr gegenüber der Öffentlichkeit kommuniziert, und zwar dahingehend, daß aufgrund der Mitteilung das Porto über den 31.08.2000 hinaus auf seinen jetzigen Stand von DM 1,10 - sinngemäß - „eingefroren“ werde und es eines neuen Entgeltgenehmigungsantrags seitens der DPAG mit anschließender Prüfung durch die Regulierungsbehörde deshalb nicht bedürfe.

Aus Sicht der DPAG als der Adressatin dieser Erklärung stellt sich dies als eine Verlängerung der ihr 1997 erteilten Entgeltgenehmigung bis zum 31.12.2000 dar. Zwar liest sich der Wortlaut der Mitteilung so, als solle lediglich die gesetzliche Regelung des § 57 Abs. 2 S. 2 PostG dahingehend interpretiert werden, daß die vor dem 01.01.1998 erteilten Genehmigungen, also auch die Portogenehmigungen zugunsten der DPAG aus dem Jahre 1997, bis zum 31.12.2002 Geltung beanspruchen. Gemeint ist die Erklärung indes ersichtlich anders, und entsprechend wurde sie in der Öffentlichkeit - einschließlich der DPAG - aufgenommen: Die zum 31.08.2000

auslaufende Entgeltgenehmigung sollte bis zum Ende der Exklusivlizenz im Jahr 2002 verlängert werden.

Danach liegt in der Mitteilung des Bundesministers über die Anweisung an die ihm untergeordnete Regulierungsbehörde hinaus eine nach außen, nämlich an die DPAG gerichtete Maßnahme zur Verlängerung ihrer Entgeltgenehmigung bis zum 31.12.2002.

Damit hat die Mitteilung des Bundesministers Außenwirkung erlangt.

Nichts anderes würde im übrigen gelten, wenn man die Erklärung des Bundesministers strikt nach ihrem Wortlaut interpretieren würde. Denn in diesem Fall läge in dem gegenüber der DPAG kommunizierten Schreiben die Erklärung, daß die Genehmigung aus dem Jahr 1997 bis zum 31.12.2002 fortgelte und es daher zum 01.09.2000 keiner erneuten Entgeltgenehmigung bedürfe. Auch bei dieser Sichtweise steht die Außenwirkung der ministeriellen Mitteilung außer Frage, da diese sich unmittelbar an die DPAG richtet.

#### ee) **Regelung**

Der Regelungsgehalt des gegenüber der DPAG kommunizierten Schreibens liegt in der Verlängerung ihrer Entgeltgenehmigung aus dem Jahre 1997 bis zum 31.12.2002.

Will man dem Schreiben dagegen die Bedeutung einer *Verlängerung* der Entgeltgenehmigung absprechen, so liegt der Regelungscharakter der Erklärung dann jedenfalls in der gegenüber der DPAG verbindlichen *Feststellung*, daß bei einer an Sinn und Zweck des § 57 Abs. 2 S. 2 PostG orientierten Auslegung der Norm die bis zum 31.08.2000 befristete Genehmigung kraft Gesetzes bis zum 31.12.2002 fortgilt.

Bei dieser Betrachtungsweise liegt in der gegenüber der DPAG kommunizierten Mitteilung ein sogenannter feststellender Verwaltungsakt.

Die Möglichkeit, rechtliche Feststellungen mittels eines Verwaltungsakts zu treffen, ist in ständiger Rechtsprechung anerkannt (BVerwGE 34, 353 ff.; BVerwGE 72, 265 ff.; BVerwG NVwZ 1991, 267 f.; BVerwG NVwZ-RR 1992, 192; VGH Baden-Württemberg DÖV 1982, 703 f.; VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 513 f.; siehe auch Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 35 Rn. 51 f.). Die für die Qualifizierung als Verwaltungsakt erforderliche Regelungswirkung liegt bei feststellenden Verwaltungsakten regelmäßig darin, daß mit ihnen in einer rechtlich ungewissen Situation die Sach- und Rechtslage durch eine verbindliche Feststellung geklärt werden soll (so etwa VGH Baden-Württemberg DÖV 1982, 703 f.).

Exakt dies war auch die Intention der Mitteilung des Bundesministers. Mit ihr sollte zur Beendigung der öffentlichen Diskussion um Portoerhöhungen oder –senkungen in der Öffentlichkeit bzw. im Verhältnis zwischen der DPAG und der Regulierungsbehörde klargestellt werden, daß es bis zum Auslaufen der Exklusivlizenz der DPAG bei der Genehmigung des Portos in Höhe von DM 1,10 bleibt.

Die verbindliche Feststellung einer – vermeintlich – bestehenden Rechtslage durch eine Behörde war auch in den oben zitierten Entscheidungen Gegenstand der Überprüfung. So wurde beispielsweise in der Entscheidung BVerwG NVwZ 1991, 267 f. über einen Verwaltungsakt befunden, mit dem die zuständige Behörde die Genehmigungsbedürftigkeit einer Vermittlungs- und Nachweistätigkeit nach Maßgabe der Gewerbeordnung festgestellt hatte. Im Beschluß des VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 513 f. stellte das Gericht mit Verwaltungsakt fest, daß eine ausländerrechtliche Aufenthaltserlaubnis kraft Gesetzes erloschen war. Und der Entscheidung BVerwG NVwZ-RR 1992, 192 lag der Sachverhalt zugrunde, daß eine Behörde mit Verwaltungsakt festgestellt hatte, daß die Klägerin für den Betrieb einer Einrichtung einer spezifischen Erlaubnis bedurfte.

Auch in dem hier zu beurteilenden Sachverhalt geht es – wenn man in der ministeriellen Erklärung nicht selbst schon eine Verlängerung der Entgeltgenehmigung sieht – um eine verbindliche Feststellung über die (Nicht-)Genehmigungsbedürftigkeit eines bestimmten Handelns, nämlich der Geltendmachung eines bestimmten Entgelts durch die DPAG.

**ff) Bekanntgabe**

Die vorbezeichnete Regelung gegenüber der DPAG ist dieser auch im Sinne des § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG bekanntgegeben und der darin liegende Verwaltungsakt somit rechtlich existent geworden.

Zur Bekanntgabe gemäß § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG genügt es, daß der betreffende Verwaltungsakt mit dem Willen der erlassenden Behörde an den Adressaten gerichtet wird, ihm die Kenntnisnahme zu ermöglichen (Obermayer/Liebetanz, VwVfG, 3. Auflage 1999, § 41 Rn. 4). Eine bestimmte Art der Bekanntgabe schreibt das Gesetz nicht vor (Obermayer/Liebetanz, a.a.O., § 41 Rn. 10).

Indem der Bundesminister das Schreiben gegenüber der DPAG kommuniziert hat, hat er dieser seine Regelung bekanntgegeben.

**gg) Zwischenergebnis**

Damit liegt in dem gegenüber der DPAG kommunizierten Schreiben ein Verwaltungsakt, sei es in Gestalt einer Verlängerung der ihr 1997 erteilten Entgeltgenehmigungen, sei es in der Feststellung, daß es bis zum 31.12.2002 keiner weiteren Entgeltgenehmigungen bedürfe.

**b) Weisung**

Bei dem Schreiben könnte es sich zudem um eine innerdienstliche Weisung handeln.

Weisungen sind Regelungen im verwaltungsinternen Bereich ohne unmittelbare Außenwirkung (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 35 Rn. 88). Das Schreiben vom 27.03.2000 hat Regelungscharakter, weil eine bestimmte Auslegung einer Vorschrift, § 57 Abs. 2 S. 2 PostG, vorgegeben wird. Die Maßnahme ist an den Präsidenten der Regulierungsbehörde

gerichtet und betrifft die dienstlichen Aufgaben der Regulierungsbehörde. Anders als bei einer Anordnung, die den Amtswalter als selbständige Rechtsperson in persönlicher Hinsicht betrifft, ist hier der Präsident der Regulierungsbehörde als Teil der Verwaltungsorganisation und damit in amtlicher Hinsicht angesprochen. Die Anordnung betrifft deshalb den verwaltungsinternen Bereich. Sie ist folglich als innerdienstliche Weisung zu qualifizieren.

Diese Bewertung deckt sich mit der eigenen Sichtweise des Bundesministers, der die Anordnung als allgemeine Weisung im Sinne des § 44 S. 2 PostG i. V. m. § 66 Abs. 5 TKG ausgewiesen hat.

Da die innerdienstliche Weisung nur den internen Bereich der Verwaltung betrifft, kommt eine Bindung der Gerichte und anderer Staatsorgane an die Weisung von vornherein nicht in Betracht.

### **c) Zwischenergebnis**

Das ministerielle Schreiben vom 27.03.2000 stellt somit zum einen, nämlich soweit es nach außen kommuniziert wurde, einen an die DPAG gerichteten Verwaltungsakt dar, zum anderen ist es – im Verhältnis zur Regulierungsbehörde – eine innerdienstliche Weisung.

### **3. Rechtliche Folgen des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000 unter dem Gesichtspunkt des Verwaltungsakts**

Die Mitteilung in Gestalt des Verwaltungsakts erfolgte durch den Bundesminister für Wirtschaft und Technologie (BMWT). Der BMWT könnte als Nachfolger im Ressort des früheren Postministeriums für eine Abänderung oder Verlängerung der von diesem erlassenen Bescheide zuständig sein.

Sachlich zuständig für den Erlaß von Verwaltungsakten auf dem Gebiet der Entgeltgenehmigungen ist seit dem Erlaß des PostG jedoch ausschließlich die Regulierungsbehörde, § 19 PostG. Dem Bundesminister steht zwar grundsätzlich die Befugnis zu, der Regulierungsbehörde allgemeine Weisungen zu erteilen, § 44 Satz 2 PostG i.V.m. § 66 Abs. 5 TKG. Diese Befugnis beinhaltet jedoch nicht eine eigene Entscheidungskompetenz gegenüber Dritten. Im Zuständigkeitsbereich der Regulierungsbehörde ist das Bundesministerium daran gehindert, durch eigene Entscheidungen nach außen tätig zu werden (vgl. hierzu Beck'scher PostG-Kommentar/Badura, 1. Auflage 2000, § 44 Rn. 61).

Da der Bundesminister unter keinem denkbaren Gesichtspunkt für den betreffenden Verwaltungsakt zuständig bzw. zu seinem Erlaß befugt sein kann, leidet der Verwaltungsakt offensichtlich an einem besonders schwerwiegenden Fehler und ist damit gemäß § 44 Abs. 1 VwVfG nichtig.

Damit entfaltet das Schreiben weder unter dem Gesichtspunkt einer Verlängerung der Entgeltgenehmigung noch unter dem Gesichtspunkt einer Feststellung, daß es einer weiteren Entgeltgenehmigung nicht bedürfe, rechtliche Wirkungen.

Unter Verweis auf die Nichtigkeit kann der Verwaltungsakt im Wege der Anfechtungsklage von den Wettbewerbern der DPAG angegriffen werden. Die Nichtigkeit steht dem nicht entgegen, da auch nichtige Verwaltungsakte angefochten werden können (Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 43 Rn. 48).

Wollte man annehmen, daß der Zuständigkeitsfehler nicht das in § 44 Abs. 1 VwVfG vorausgesetzte Maß an Schwere und Evidenz erreicht, so wäre der Verwaltungsakt jedenfalls rechtswidrig und deshalb anfechtbar.

#### **4. Rechtliche Folgen des ministeriellen Schreibens vom 27.03.2000 unter dem Gesichtspunkt der Weisung**

Die der DPAG vor dem 01.01.1998 erteilte Portogenehmigung enthält eine Befristung auf den 31.08.2000. Fraglich ist, ob sich die ministerielle Weisung auf diese Befristung auswirkt.

Eine unmittelbare Auswirkung scheidet aus, weil die Befristung in dem Genehmigungsbescheid vom 06.03.1997 nur durch Verwaltungsakt der zuständigen Behörde, also der Regulierungsbehörde, geändert werden könnte (vgl. oben).

In Betracht kommt aber eine mittelbare Beeinflussung der Genehmigungsbefristung über § 57 Abs. 2 S. 2 PostG dahingehend, daß die Regulierungsbehörde nach Ablauf des 31.08.2000 keine Maßnahmen gegen die Deutsche Post AG ergreift, ihr insbesondere nicht gemäß § 23 Abs. 3 PostG die Durchführung von Verträgen mit den dann gegebenenfalls nicht mehr genehmigten Porti untersagt.

Das setzt zum einen voraus, daß die vom Minister angeordnete Auslegung der Vorschrift zutreffend ist, weil dann die Entgeltgenehmigung der DPAG bis zum 31.12.2002 wirksam bliebe. Zum anderen müßte die Weisung die Regulierungsbehörde binden. Die Frage der Bindungswirkung stellt sich auch und gerade dann, wenn die Auslegung des Ministers falsch ist.

##### **a) Auslegung des § 57 Abs. 2 S. 2 PostG**

Bei der Auslegung eines Gesetzes ist zwischen der Sinnermittlung und - im Falle der Lückenhaftigkeit - einer Ergänzung des Gesetzes zu unterscheiden (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, 59. Auflage 2000, Einl Rn. 35 ff.).

## aa) Sinnermittlung

Bei der Sinnermittlung geht es darum, den rechtlich maßgebenden Sinn des Gesetzes festzustellen. Dabei ist vom Wortlaut der Norm auszugehen. Wenn der Wortlaut des Gesetzes nicht aus sich selbst heraus verständlich ist, muß eine Interpretation dessen, was gemeint ist, nachfolgen (Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einl Rn. 35).

§ 57 Abs. 2 S. 2 PostG bestimmt nach seinem Wortlaut, daß die in § 57 Abs. 2 S. 1 PostG bezeichneten Genehmigungen bis zum Ablauf der im Genehmigungsbescheid bestimmten Geltungsdauer, längstens bis zum 31.12.2002, wirksam bleiben. Für die Geltungsdauer einer vor dem 01.01.1998 erteilten Portogenehmigung kommt es also in erster Linie auf das im Genehmigungsbescheid bestimmte Befristungsdatum an. Erst in zweiter Linie, wenn nämlich in dem Bescheid keine Befristung enthalten ist oder die Befristung nach dem 31.12.2002 endet, wirkt sich der zweite Satzteil aus. In diesen Fällen bleibt die Genehmigung bis zum 31.12.2002 wirksam. Nur bis zu diesem Datum kann eine Genehmigung „längstens“, wie das Gesetz sagt, wirksam sein.

Es sind also drei Fallgruppen zu unterscheiden:

- a) Genehmigungen ohne Befristung,
- b) Genehmigungen mit einer im Genehmigungsbescheid bestimmten und vor dem 31.12.2002 endenden Genehmigungsdauer,
- c) Genehmigungen, die im Genehmigungsbescheid auf ein Datum nach dem 31.12.2002 befristet sind.

Für alle drei Fallgruppen ergibt sich die Dauer der Wirksamkeit der Genehmigung eindeutig aus § 57 Abs. 2 S. 2 PostG. Die unter a) und c) genannten Genehmigungen sind bis zum 31.12.2002 wirksam. Die unter b) genannten Genehmigungen gelten bis zu dem im Bescheid genannten Datum. Der Wortlaut der Vorschrift ist damit eindeutig und unmißverständlich. Es bedarf daher keiner weitergehenden Auslegung zur Sinnermittlung.

## **bb) Ergänzende Auslegung**

Eine ergänzende Auslegung ist dann erforderlich, wenn das Gesetz unvollständig ist, also eine Lücke enthält. Das ist aber nur dann der Fall, wenn das Gesetz eine Bestimmung vermissen läßt, die es nach dem Zweck der Regelung des Gesetzgebers enthalten sollte, wenn der Regelungsmangel also „planwidrig“ ist (BGHZ 65, 300, 302).

Der Zweck der Übergangsvorschrift in § 57 Abs. 2 PostG besteht darin, die Geltungsdauer der nach dem Vorläufergesetz erteilten Portogenehmigungen festzulegen. Wie sich oben gezeigt hat, enthält der Wortlaut der Vorschrift für alle drei denkbaren Fallgestaltungen eine klare Regelung zur Geltungsdauer der Genehmigung. Anhaltspunkte für eine ausfüllungsbedürftige Lücke gibt es nicht. Damit ist die Vorschrift einer ergänzenden Auslegung nicht zugänglich.

Auf die Erläuterung des Ministers in seinem Schreiben kommt es nicht mehr an. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß der Gesetzgeber in der Vorschrift etwas anderes *gemeint* haben könnte, als die Vorschrift tatsächlich regelt.

## **b) Bindung der Regulierungsbehörde**

Die Regulierungsbehörde ist an allgemeine Weisungen des Bundesministers gebunden (vgl. Beck'scher TKG-Kommentar/Geppert, a.a.O., § 66 Rn. 18). Fraglich ist indes, ob die Weisungsgebundenheit uneingeschränkt gilt. Für Weisungen des Ministers gegenüber dem Bundeskartellamt, welches statusrechtlich mit der Regulierungsbehörde vergleichbar ist (vgl. Beck'scher TKG-Kommentar/Geppert, a.a.O., § 66 Rn. 13), wird angenommen, daß ihnen Grenzen durch das Gesetz und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gezogen werden (Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar, 2. Auflage 1992, § 49 Rn. 1). Das Bundeskartellamt dürfe nicht zu gesetzwidrigem oder pflichtwidrigem Verhalten bewogen werden. Daraus könnte zu folgern sein, daß die Behörde an eine erkennbar gesetzwidrige Weisung nicht gebunden ist.

Letztlich kann die Frage im Ergebnis dahinstehen. Denn die Regulierungsbehörde hat bereits zu erkennen gegeben, daß sie sich an die Weisung des Bundesministers halten wird.

## **5. Ergebnis**

Die der DPAG erteilte Portogenehmigung ist bis zum 31.08.2000 befristet. Gemäß § 57 Abs. 2 S. 2 PostG bleibt die Genehmigung bis zu diesem Tag wirksam. Durch die Weisung des Ministers wird die Genehmigung weder unmittelbar verlängert, noch ergibt sich eine Verlängerung über § 57 Abs. 2 S. 2 PostG, weil diese Vorschrift der vom Minister vorgegebenen Auslegung nicht zugänglich ist. Dessen Interpretation von § 57 Abs. 2 S. 2 PostG widerspricht dem Wortlaut. Sie ergibt sich auch nicht bei einer ergänzenden Auslegung der Vorschrift, weil keine Veranlassung und damit auch keine Berechtigung für eine ergänzende Auslegung der Vorschrift besteht.

## **II. Erfordernis der Entgeltgenehmigung gemäß § 19 PostG**

Es stellt sich die Frage, ob nach Ablauf des Befristungsdatums im Genehmigungsbescheid eine neue Genehmigung erforderlich ist. In § 19 PostG ist geregelt, daß Entgelte, die ein Lizenznehmer auf dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde bedürfen, sofern der Lizenznehmer auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist.

Die hier in Rede stehende Portogenehmigung der DPAG bezieht sich auf den Briefdienst. In diesem Bereich verfügt die DPAG für die Beförderung von Briefen unter 200 g zu einem Einzelpreis bis DM 5,50 über eine Exklusivlizenz gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 PostG. Briefe unter 200 g machen rund 80 % des gesamten Briefmarktes aus (Den Bereich bis 100 g hat die Bundesregierung auf etwa 86 % des gesamten Briefmarktes geschätzt; vgl. BT-Drs. 13/7774, S. 33). Auf diesem Markt ist die DPAG deshalb marktbeherrschend. Die Beförderung von Briefen ist auch eine lizenzpflichtige Postdienstleistung, soweit das Einzelgewicht nicht mehr als 1000 g beträgt (§ 5 Abs. 1 PostG). Damit liegen die Voraus-

setzungen aus § 19 Satz 1 PostG vor. Die DPAG bedarf für das Briefporto einer Genehmigung.

Mit Auslaufen der befristeten Portogenehmigung vom 03.06.1997 wird daher ab dem 01.09.2000 ein Verstoß gegen das Genehmigungserfordernis aus § 19 PostG vorliegen, sofern die DPAG nicht zuvor eine neue Genehmigung von der Regulierungsbehörde erhält.

### **III. Konsequenzen eines Verstoßes gegen § 19 PostG**

Zu prüfen ist nunmehr, welche Konsequenzen sich aus dem voraussichtlichen Gesetzesverstoß ergeben.

#### **1. Unwirksamkeit der Briefbeförderungsverträge gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 PostG – Anspruch auf Porto-Rückzahlung**

Die Briefbeförderungsverträge, die nach dem 01.09.2000 geschlossen werden, sind gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 PostG unwirksam.

Die Postkunden könnten daher einen Anspruch gegen die DPAG auf Erstattung des von ihnen gezahlten Portos haben. Als Anspruchsgrundlage kommt § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB in Betracht.

Voraussetzung ist danach, daß die DPAG etwas ohne Rechtsgrund erlangt hat, wobei die Bereicherung auf einer Leistung des Postkunden beruhen muß. Leistung ist jede zweckgerichtete Vermögensvermehrung (Palandt/Thomas, a.a.O., § 812 Rn. 3). Die Leistung des Kunden liegt hier in der Entrichtung des Entgelts durch Verwendung einer Briefmarke oder eines Freistemplers. Aufgrund dieser Leistung hat die DPAG den Portobetrag erlangt.

Rechtsgrund für diese Leistung sollte eigentlich der Beförderungsvertrag zwischen der DPAG und dem Postkunden sein. Wegen § 23 Abs. 2 S. 2 PostG ist dieser Beförderungsvertrag aber unwirksam. Der Beförderungsvertrag bildet deshalb keinen Rechtsgrund für die Leistung.

Es liegt daher eine ungerechtfertigte Bereicherung der DPAG vor. Der erlangte Vermögensvorteil ist grundsätzlich gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB i.V.m. § 818 BGB an den Postkunden herauszugeben.

Allerdings hat in diesem Fall auch die DPAG eine Leistung gegenüber dem Postkunden erbracht, nämlich die Beförderung seiner Briefsendung mit der Folge, daß auch insoweit eine Bereicherungsherausgabe zu erfolgen hätte. Da der Beförderungserfolg als solcher nicht zurückgewährt werden kann, hätte der Kunde grundsätzlich den Wert der Leistung zu erstatten, § 818 Abs. 2 BGB.

Eine Berücksichtigung der beim Postkunden eingetretenen Bereicherung würde indes dann nicht erfolgen, wenn der DPAG bei der Erbringung ihrer Beförderungsleistung ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot zur Last fallen würde. Für diesen Fall sieht § 817 Satz 2 BGB vor, daß eine Rückforderung der erbrachten Leistung ausgeschlossen ist. Vorausgesetzt hierfür ist grundsätzlich, daß der Leistende positive Kenntnis von dem Gesetzesverstoß hat. Nach der Rechtsprechung genügt es aber, wenn er leichtfertig vor dem Verbot seines Handelns die Augen verschließt (BGH NJW 1989, 3217, 3218).

Da sich die fehlgehende Auslegung von § 57 Abs. 2 S. 2 PostG seitens des Bundesministers geradezu aufdrängt und die DPAG als Inhaberin der Exklusivlizenz mit den Einzelheiten des Verfahrens bestens vertraut ist, ist davon auszugehen, daß die DPAG ab dem 01.09.2000 wissentlich gegen die Entgeltgenehmigungsvorschriften verstößt und damit bewußt auf der Grundlage unwirksamer Verträge mit den Kunden tätig wird. Das Vorhandensein dieses Bewußtseins wird im übrigen durch die Tatsache indiziert, daß die DPAG vor der Mitteilung des Ministers beabsichtigt hatte, im Hinblick auf das Auslaufen ihrer Entgeltgenehmigung zum 31.08.2000 einen neuen Entgeltgenehmigungsantrag zu

stellen. Dies machte nur vor dem Hintergrund Sinn, daß die DPAG von einer Entgeltgenehmigungsbedürftigkeit ab diesem Zeitpunkt ausging.

Im Anwendungsbereich von § 817 BGB hat der Anspruchsteller die Voraussetzungen des Rückforderungsanspruchs darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Der Anspruchsgegner hätte darzulegen und zu beweisen, daß die Voraussetzungen eines Ausschlusses gemäß § 817 S. 2 BGB erfüllt sind (vgl. Palandt/Thomas, a.a.O., § 817, Rn. 26). Diese liegen hier schon deswegen nicht vor, weil dem Kunden kein Verstoß gegen die Genehmigungsvorschriften des PostG zur Last fällt.

Da es sich um zivilrechtliche Streitigkeiten handelt, sind die Zivilgerichte für Zahlungsklagen der Postkunden zuständig.

## **2. Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche der Wettbewerber**

Befördert die DPAG ab dem 01.09.2000 ohne Entgeltgenehmigung Briefe, so macht sie sich möglicherweise gegenüber ihren Wettbewerbern schadensersatz- und unterlassungspflichtig. Im einzelnen:

### **a) § 38 PostG, § 1004 BGB**

Die DPAG könnte ihren Wettbewerbern gemäß § 38 PostG schadensersatzpflichtig sein. Zudem könnten den Wettbewerbern Unterlassungsansprüche gegen die DPAG aus § 38 PostG in Verbindung mit § 1004 BGB zustehen.

Dies würde voraussetzen, daß der vorsätzliche Verstoß gegen das in § 23 PostG normierte Verbot, nicht genehmigte Entgelte zu verlangen, den Schutz der Wettbewerber bezweckt.

Insoweit wird die Auffassung vertreten, die Entgeltgenehmigungsvorschriften des PostG bezweckten lediglich den Schutz eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Postwesen als Institution, nicht jedoch den Schutz einzelner Wettbewerber (so Beck'scher PostG-

Kommentar/Stern, a.a.O., § 38 Rn. 15). Die einschlägigen Regelungen des PostG lassen eine solche Differenzierung jedoch nicht erkennen. Gegen sie spricht beispielsweise die Regelung in § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG, wonach genehmigungsbedürftige Entgelte keine Abschlüge enthalten dürfen, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in mißbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Hier wird nicht auf die Wettbewerbssituation insgesamt abgestellt, sondern auf die betroffenen Unternehmen.

Bei den Entgeltgenehmigungsvorschriften handelt es sich folglich um Schutzgesetze im Sinne des § 38 PostG. Die DPAG und ihre Vorstandsmitglieder haben den Wettbewerbern die aus den Gesetzesverletzungen entstandenen Schäden zu ersetzen. Unternehmensvertreter und vertretenes Unternehmen haften als Gesamtschuldner (Beck'scher PostG-Kommentar/Stern, a.a.O., § 38 Rn. 6).

Ein unter dem Gesichtspunkt des § 38 PostG relevanter Schaden kann darin gesehen werden, daß die unzulässige Briefbeförderung durch die DPAG zu Einnahmeverlusten bei den Wettbewerbern führt. Beim Unterbleiben regelwidriger Briefbeförderungen durch die DPAG würden nämlich unzweifelhaft Wettbewerber mit solchen Beförderungen beauftragt, welche die DPAG dann nicht durchführen darf.

Außer Schadensersatz können die Wettbewerber gemäß § 38 PostG in Verbindung mit § 1004 BGB Unterlassung der gesetzwidrigen Briefbeförderungen verlangen (vgl. hierzu Beck'scher PostG-Kommentar/Stern, a.a.O., § 38 Rn. 3).

## **b) § 1 UWG**

Darüber hinaus könnten den Wettbewerbern Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gemäß § 1 UWG wegen wettbewerbswidrigen Handelns zustehen.

Solche Ansprüche setzen voraus, daß die Verstöße der DPAG gegen die Entgeltgenehmigungsvorschriften des PostG „zu Zwecken des Wettbewerbes“ erfolgen. Dies ist hier

fraglich, soweit die DPAG auf der Grundlage ihrer Exklusivlizenz tätig wird. Denn in diesem Segment steht die DPAG nicht in unmittelbarer Konkurrenz mit anderen Postdienstleistern.

§ 1 UWG setzt jedoch nicht voraus, daß die beanstandeten Handlungen im Rahmen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses mit einem oder mehreren bestimmten Gewerbetreibenden begangen werden. Die Norm schützt neben einzelnen Wettbewerbern auch die übrigen Marktbeteiligten, insbesondere die Verbraucher, und letztlich den gesamten wettbewerblichen Marktprozeß, mit anderen Worten: den Wettbewerb als solchen (Baumbach/Hefermehl, 21. Auflage 1999, Einl Rn. 219, 247; § 1 Rn 2). Daher findet § 1 UWG auch auf Markthandlungen eines Monopolunternehmens Anwendung (Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl Rn. 247).

Verlangt die DPAG im Segment der Exklusivlizenz Entgelte, die nicht genehmigt sind, so werden die Belange der Verbraucher unmittelbar beeinträchtigt. Zugleich können auch die Belange der Wettbewerber im Briefmarkt betroffen sein, selbst soweit diese nicht im eigentlichen Exklusivbereich tätig sind. Denn die Preisgestaltung durch den Marktbeherrscher im größten Teil des Briefmarktes (1-199 g) bleibt naturgemäß nicht ohne Auswirkung auf angrenzende Gewichtsstufen (ab 200 g), die ebenfalls Teil des Briefmarktes sind. Die Entgeltenehmigungsvorschriften des PostG zeigen diese enge Verknüpfung, z. B. in der Regelung des § 20 PostG, wonach zum Schutz der Belange des Wettbewerbs und der Verbraucher genehmigungsbedürftige Entgelte an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung orientiert sein müssen und die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen nicht mißbräuchlich beeinträchtigen dürfen.

Nach der Zweckrichtung von § 1 UWG ist die Norm folglich auch insoweit anwendbar, als die DPAG im Segment ihrer Exklusivlizenz tätig wird.

Ein Sittenverstoß im Sinne des § 1 UWG könnte im Rechtsbruch durch die DPAG gesehen werden. Der Verstoß gegen wettbewerbsbezogene Vorschriften ist in jedem Falle sittenwidrig, wenn die verletzten Rechtsnormen dem Schutz besonders wichtiger Gemein-

schaftsgüter und Interessen dienen, wie zum Beispiel der Volksgesundheit (BGHZ 22, 167, 180 f. – Arzneimittelverordnung -), der Rechtspflege (BGHZ 48, 12, 17 – Rechtsberatungsgesetz -) oder des Wettbewerbs als Institution (BGH GRUR 1978, 445, 446 – 4 zum Preis von 3 -). In diesen Fällen kommt es nicht darauf an, ob der Wettbewerber durch den Gesetzesverstoß einen ungerechtfertigten wettbewerblichen Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern erlangt (Baumbach/Hefermehl, a.a.O., Einl Rn. 118 am Ende und vorstehende BGH-Urteile). Vielmehr ergibt sich dann bereits aus dem Schutzzweck der verletzten Norm die Sittenwidrigkeit der Wettbewerbshandlung (BGH NJW 1956, 749, 750; BGH GRUR 1973, 655, 657 – Möbelauszeichnung -; 78, 445, 446 – 4 zum Preis von 3 -).

Eine derartige wettbewerbsbezogene Vorschrift ist § 19 PostG. Schutzzwecke des § 19 PostG sind der Wettbewerb auf dem Postmarkt und die Gewährleistung angemessener Preise. In § 19 PostG wirken sich die vom Gesetzgeber mit dem Postgesetz verfolgten Ziele (vgl. § 1 PostG) aus. In der Begründung zum Gesetzesentwurf (BT-Drs. 13/7774, S. 24) wird der Schutzzweck ausdrücklich angesprochen. Die Entgeltregulierung dient als zentrale Regulierungsvorschrift dazu, den dominanten Anbieter daran zu hindern, die Nachfrager auf Teilmärkten mit niedriger Nachfrageelastizität durch hohe Preise auszu-beuten, um auf anderen Teilmärkten durch systematische Preisunterbietung Wettbewerb zu beeinträchtigen. Der Schutzzweck von § 19 PostG ist also einmal auf den Wettbewerb als Institution und auch auf individuelle Mitbewerber und zum anderen auf den Schutz des Verbrauchers vor zu hohen Preisen gerichtet.

Das Verbot, nicht genehmigte Entgelte zu verlangen, beruht demnach auf wertbezogenen Vorschriften im Sinne der zitierten Rechtsprechung. Ein Verstoß gegen § 19 PostG ist deshalb ohne Hinzutreten weiterer Momente wettbewerbswidrig und damit sittenwidrig im Sinne von § 1 UWG.

Die DPAG kann nicht einwenden, sie habe auf die Weitergeltung ihrer Genehmigung vertraut (s.o.). Ebensowenig entlastet es die DPAG, wenn die Regulierungsbehörde kein Widerrufsverfahren einleitet. Denn auf das fehlende Einschreiten der Aufsichtsbehörde

kann sich der unlautere Wettbewerber nicht berufen (BGHZ 48, 12, 17 – Rechtsberatungsgesetz -).

Die Wettbewerber der DPAG können daher von dieser Schadensersatz und Unterlassung verlangen. Hinsichtlich des zu ersetzenden Schadens kann auf die vorstehenden Ausführungen zu § 38 PostG verwiesen werden.

Zuständig für Klagen der Wettbewerber sind die Zivilgerichte.

### **3. Entzug der Exklusivlizenz**

Zu prüfen ist, ob der Gesetzesverstoß die Regulierungsbehörde berechtigt, der DPAG die Exklusivlizenz zu entziehen. Dabei würde es sich um eine belastende Maßnahme handeln, die einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfte.

#### **a) Ermächtigungsgrundlage**

##### **aa) § 49 VwVfG**

Als Ermächtigungsgrundlage kommt zunächst § 49 VwVfG in Betracht.

Gemäß § 49 VwVfG kann ein rechtmäßiger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden. Auf diese Vorschrift könnte ein Entzug der Exklusivlizenz dann gestützt werden, wenn die Exklusivlizenz ein Verwaltungsakt wäre.

Dies ist indes nicht der Fall. Die Exklusivlizenz ist in § 51 Abs. 1 S. 1 PostG festgeschrieben, also in einem formellen Gesetz. Verwaltungsaktsqualität kann der Regelung daher von vornherein nicht zukommen.

§ 49 VwVfG scheidet damit als Ermächtigungsgrundlage für einen Entzug aus.

**bb) § 9 Abs. 1 PostG**

Ermächtigungsgrundlage könnte jedoch § 9 Abs. 1 PostG sein.

Gemäß § 9 Abs. 1 PostG kann eine Lizenz durch die Regulierungsbehörde über die in § 49 VwVfG genannten Gründe hinaus auch ganz oder teilweise dann widerrufen werden, wenn der Lizenznehmer seinen Verpflichtungen nach dem PostG nicht nachkommt.

Zunächst ist zu untersuchen, ob diese Vorschrift eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage oder nur einen *Widerrufsgrund* und damit eine Voraussetzung für einen ansonsten auf § 49 VwVfG zu stützenden Widerruf darstellt.

Für letzteres spricht, daß das Verwaltungsverfahrensgesetz einen umfassenden Anwendungsbereich hat und ohne weiteres auch im Rahmen des PostG gilt. Eine zusätzliche Ermächtigungsgrundlage erscheint deshalb nicht erforderlich. Dies schließt es jedoch nicht aus, daß das Verwaltungsverfahren jedenfalls teilweise spezialgesetzlich geregelt ist. So enthalten auch andere Fachgesetze spezielle Regelungen zum Verwaltungsverfahren.

**(1) Ermächtigungsgrundlage**

Es ist deshalb anhand einer Auslegung zu ermitteln, ob § 9 PostG eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage darstellt.

Bei der Auslegung ist zunächst vom Wortlaut der Vorschrift auszugehen. § 9 Abs. 1 PostG formuliert: „Eine Lizenz kann (.....) widerrufen werden, wenn (....)“. Damit normiert die Vorschrift als Rechtsfolge den Widerruf einer Lizenz. Somit spricht der Wortlaut der Vorschrift dafür, daß eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage vorliegt (a.A. im Ergebnis, aber ohne Begründung, Beck'scher PostG-Kommentar/Badura, a.a.O., § 9 Rn. 4).

Bei der Auslegung sind desweiteren die Gesetzesmaterialien heranzuziehen. In der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung wird erläutert, daß § 9 PostG die Regelung des § 49 VwVfG „ergänzt“. Der Widerrufsgrund des § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG werde insoweit erweitert, als eine Pflichtverletzung des Lizenznehmers immer auch eine Gefährdung des öffentlichen Interesses begründe (BT-Drs. 13/7774, Seite 21). Dieser Begründung läßt sich jedoch nicht entnehmen, ob die in § 9 PostG enthaltene Ergänzung nur einen zusätzlichen Widerrufsgrund oder auch zugleich eine zusätzliche Ermächtigungsgrundlage schafft.

Der Bundesrat schlug in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf vor, § 9 PostG so zu fassen, daß auch Verstöße gegen das Postgeheimnis, Datenschutz- oder Strafvorschriften zum Widerruf der Lizenz berechtigten. Zur Begründung führte der Bundesrat an, daß darin eine notwendige Ergänzung liege, die der gleichartigen Regelung in § 15 TKG nachgebildet sei (BT-Drs. 13/7774, Seite 36). Dem Bundesrat ging es bei dem Änderungsvorschlag also um eine Ergänzung der zum Widerruf berechtigenden Gründe. Da er sich ausdrücklich auf die Parallelvorschrift im TKG bezog, kann davon ausgegangen werden, daß er § 9 PostG in derselben Weise verstand wie § 15 TKG. Für die letztgenannte Vorschrift ist anerkannt, daß sie eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage darstellt (Beck'scher TKG-Kommentar/Kerkhoff, 1. Auflage 1997, § 15 Rn. 1). Da die Bundesregierung diesem Verständnis der Norm nicht widersprochen hat (BT-Drs. 13/7774, Seite 47), kann davon ausgegangen werden, daß sie entsprechend dem Wortlaut in § 9 PostG eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage normieren wollte.

Damit ergibt sich, daß der Entzug einer Lizenz auf § 9 PostG gestützt werden kann, weil die Regelung eine Ermächtigungsgrundlage darstellt.

## **(2) Anwendbarkeit auf die Exklusivlizenz**

§ 9 Abs. 1 PostG kommt nur dann für einen vollständigen oder teilweisen Entzug der Exklusivlizenz in Betracht, wenn die Vorschrift auch auf die Exklusivlizenz anwendbar ist,

oder anders formuliert: Wenn die Exklusivlizenz eine Lizenz im Sinne von § 9 Abs. 1 PostG ist.

Dagegen könnte sprechen, daß die in § 51 Abs. 1 S. 1 PostG normierte Exklusivlizenz kein Verwaltungsakt ist (vgl. oben) und der Ausdruck „Widerruf“ herkömmlicherweise nur die Beseitigung eines Verwaltungsakts meint.

Zudem bezieht sich die Regelung in § 9 PostG ausdrücklich auf § 49 VwVfG, der ausschließlich die Aufhebung von Verwaltungsakten, nicht also auch von sonstigen Maßnahmen geschweige denn gesetzlichen Regelungen beinhaltet.

§ 9 PostG steht auch in unmittelbarer Folge zu den Regelungen der §§ 6 ff. PostG, die die Erteilung von Lizenzen bzw. die Zustimmung zu ihrer Übertragung durch die Regulierungsbehörde regeln.

Weiter gegen eine Erstreckung des Anwendungsbereichs von § 9 PostG auf die in § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG normierte Exklusivlizenz könnte sprechen, daß die Regulierungsbehörde mittels eines Verwaltungsakts eine gesetzliche Regelung aufheben könnte und damit möglicherweise in die Gesetzgebungskompetenz des Bundestags bzw. die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur Nichtigerklärung von Gesetzen eingreifen würde.

Dieses letztere Argument gilt allerdings nicht, wenn – wie hier – der Gesetzgeber selbst eine entsprechende Ermächtigung zugunsten der Regulierungsbehörde vorgesehen hat.

Zudem findet sich die Regelung des § 9 PostG auch im Anschluß an die am Beginn von Abschnitt 2 des PostG stehende Regelung des § 5 PostG über den lizenzierten Bereich. Danach erfordert jegliche gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1000 g beträgt, eine Lizenz (s.o.). Daß es sich auch bei der Exklusivlizenz der DPAG um eine Lizenz im Sinne von § 5 Abs. 1 PostG handelt, ist offensichtlich. Dann spricht aber auch einiges dafür, daß auch diese Lizenz von § 9 PostG erfaßt sein soll.

Für die Ermächtigung zum Widerruf der Exklusivlizenz im Fall der Verletzung von Lizenzbedingungen spricht auch die Systematik des Gesetzes, die von einer Sicherstellung der Grundversorgung durch die staatlichen Behörden ausgeht (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 PostG i.V.m. §19 PostG). Wäre nämlich der Regulierungsbehörde der Weg einer Aufhebung der Exklusivlizenz bei Nichteinhaltung der Genehmigungsvoraussetzungen versperrt, und könnte die Regulierungsbehörde in diesem Falle lediglich die Durchführung von Beförderungsverträgen zum Entgelt von DM 1,10 untersagen, § 23 Abs. 3 PostG, so wäre die Grundversorgung gefährdet. Da nämlich in diesem Falle die Exklusivlizenz fortbestünde und lediglich nicht ausgeübt werden dürfte, dürfte kein Postdienstleister in Deutschland im Segment der Briefsendungen mit einem Einzelgewicht von weniger als 200 g und einem Einzelpreis bis zu DM 5,50 pro Sendung Briefbeförderungen durchführen. Damit wäre jegliche Grundversorgung mit Postdienstleistungen, deren Gewährleistung Artikel 87 f GG dem Bund auferlegt, durch das Einschreiten der Regulierungsbehörde unmöglich gemacht. Dies kann der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht gewollt haben.

Für diese Interpretation spricht im übrigen, daß § 9 PostG der Regulierungsbehörde eine nachträgliche Kontrolle ermöglichen soll. Wenn die Regulierungsbehörde einen Gesetzesverstoß feststellt, kann sie die Befugnis entziehen, bestimmte Postdienstleistungen zu erbringen. Anlaß zu einer nachträglichen Kontrolle besteht gegenüber jedem Lizenznehmer. Wegen der marktbeherrschenden Stellung, die die Exklusivlizenz vermittelt, sind die nachträglichen Kontrollmechanismen in Bezug auf die Exklusivlizenz in besonderem Maße unverzichtbar.

Nach Sinn und Zweck der Regelung muß § 9 PostG daher dahingehend ausgelegt werden, daß die Regulierungsbehörde ermächtigt sein soll, unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes der DPAG die Exklusivlizenz zu entziehen. In diesem Falle wären andere Postdienstleister berechtigt, auch im bislang exklusiv der DPAG zugewiesenen Segment Briefbeförderungen durchzuführen, nach Maßgabe von § 5 Abs. 1 PostG allerdings nur mit einer entsprechenden Lizenz der Regulierungsbehörde.

**cc) Zwischenergebnis**

Damit ergibt sich, daß ein teilweiser oder vollständiger Entzug der Exklusivlizenz auf § 9 PostG als Ermächtigungsgrundlage gestützt werden kann.

**b) Voraussetzungen**

Ein vollständiger oder teilweiser Entzug der Exklusivlizenz kommt in Betracht, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen von § 9 PostG erfüllt sind.

**aa) Formelle Voraussetzungen**

Zuständig für den Entzug ist die Regulierungsbehörde. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 9 Abs. 1 PostG. Im Hinblick auf das einzuhaltende Verfahren regelt § 9 Abs. 2 PostG die Pflicht, den Lizenznehmer vor dem Widerruf unter Fristsetzung aufzufordern, seinen Verpflichtungen nachzukommen.

Die zu beachtenden Formvorschriften ergeben sich aus entsprechender Anwendung der §§ 37, 39, 41 VwVfG.

**bb) Materielle Voraussetzungen**

Materielle Voraussetzung eines Widerrufs ist ein Verstoß des Lizenznehmers gegen das Postgesetz.

Wie oben dargestellt wurde, wird die DPAG ab 01.09.2000 voraussichtlich nicht über die erforderliche Entgeltgenehmigung verfügen und damit gegen § 19 PostG verstoßen. Die Widerrufsvoraussetzung des § 9 Abs. 1 PostG ist deshalb erfüllt.

### **c) Rechtsfolge**

Der Widerruf der Lizenz steht im Ermessen der Regulierungsbehörde. Dabei erstreckt sich das Ermessen sowohl auf das „ob“ des Widerrufs als auch auf den Umfang des Widerrufs. Es ist daher zu prüfen, ob Umstände vorliegen, die das Ermessen der Regulierungsbehörde begrenzen.

#### **aa) Ermessensbindungen**

Gemäß § 40 VwVfG ist das Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und sind die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten. Vorliegend kommt insbesondere eine Begrenzung des Ermessens durch den Zweck der Vorschrift und aus den europarechtlichen Vorgaben in Betracht.

Die Widerrufsmöglichkeit soll sicherstellen, daß die gesetzlichen Vorschriften von den Lizenznehmern eingehalten werden und damit letztlich der Gesetzeszweck verwirklicht wird. Die Genehmigungsbedürftigkeit von Entgelten ist eine der zentralen Regulierungsmechanismen des Gesetzes (BT-Drs. 13/7774, Seite 24). Dementsprechend besteht eine zentrale Aufgabe der Regulierungsbehörde in der Preisregulierung (BT-Drs. 13/7774, Seite 18). Durch die ex-ante-Tarifgenehmigung soll verhindert werden, daß ein dominanter Anbieter die Nachfrager durch hohe Preise ausbeutet oder durch Quersubventionierung Wettbewerber benachteiligt. Dementsprechend erstreckt sich die Preisregulierung auch nur auf marktbeherrschende Unternehmen (BT-Drs. 13/7774, Seite 24).

Durch die Exklusivlizenz ist die DPAG auf dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen der dominante Anbieter. Damit ist die Preisregulierung für die Dauer der Exklusivlizenz das unverzichtbare Gegengewicht zur Vormachtstellung der DPAG. Als Gegengewicht zu den Exklusivrechten ist die ex-ante-Preisregulierung deshalb für die Dauer der Exklusivlizenz ein unverzichtbares Regulierungsinstrument. Wird dieses Regulierungsinstrument außer Kraft gesetzt, indem die erforderliche Tarifgenehmigung nicht eingeholt wird, entfällt letztlich die Rechtfertigung für die Exklusivrechte. Damit ist der Verstoß

gegen § 19 PostG besonders schwerwiegend. Er betrifft das grundlegende Abhängigkeitsverhältnis zwischen Marktbeherrschung aufgrund von Exklusivrechten einerseits und der Kontrolle und Verhinderung eines Mißbrauchs der besonderen Marktmacht andererseits. Wenn der Kontrollmechanismus unterlaufen wird, muß die Begrenzung der Marktmacht und die Verhinderung eines Mißbrauches dieser Macht auf andere Weise sichergestellt werden. Dies ist nur durch die Beseitigung der Exklusivität, das heißt durch den Widerruf der Exklusivrechte möglich.

Die Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Angesichts dessen, daß bei einer bloßen Untersagung der Entgeltpraxis der DPAG und der Durchführung entsprechender Verträge Briefbeförderungen im Segment der Exklusivlizenz vollständig blockiert wären (s.o.), ist der Widerruf der Exklusivlizenz der DPAG ein angemessenes Mittel zur Sanktionierung des gesetzwidrigen Verhaltens der DPAG.

Damit ergibt sich aus dem Gesetzeszweck eine Ermessensbindung, die nur *eine* Entscheidung zuläßt, nämlich den teilweisen Widerruf der Exklusivlizenz in der Weise, daß die Exklusivrechte widerrufen werden.

Dieses Ergebnis wird durch die EU-Postrichtlinie (Richtlinie 97/67/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 15.12.1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität) bestätigt. Zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen sollen danach die Tarife im Universaldienst kostenorientiert sein (Erwägungsgrund 26). Zu diesem Zweck besteht eine Pflicht zur getrennten Rechnungsführung zwischen reservierten und nichtreservierten Diensten. Es soll vermieden werden, daß durch Quersubventionen vom reservierten zum nichtreservierten Bereich der Wettbewerb in letzterem beeinträchtigt wird (Erwägungsgrund 28). Aus diesem Grund sind in Art. 12 der Richtlinie die Tarifierungsgrundsätze, insbesondere die Kostenorientierung der Preise festgeschrieben. Art. 12 der Postdiensterrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, daß die Tarife für Universaldienstleistungen bestimmten Grundsätzen entsprechen. Die Umset-

zung dieser Verpflichtung erfolgte durch die Einführung einer ex-ante-Preisgenehmigungspflicht (Beck'scher PostG-Kommentar/Badura, a.a.O., vor § 19 Rn. 34). Damit ergibt sich auch aus der EU-Postrichtlinie die wechselseitige Abhängigkeit zwischen Tarifgenehmigung und reserviertem Bereich bzw. der Exklusivlizenz. Wird das Genehmigungserfordernis unterlaufen, muß auf andere Weise sichergestellt werden, daß sich keine Wettbewerbsverzerrungen ergeben. Dies kann nur durch die Aufhebung der Reservierung, also der Exklusivrechte erfolgen.

### **bb) Ergebnis**

Damit ergibt sich, daß sowohl der Gesetzeszweck als auch europarechtliche Vorgaben ermessensbegrenzend wirken und nur eine Entscheidung rechtmäßig wäre. Es liegt eine Ermessensreduzierung auf Null vor: Die Exklusivlizenz ist teilweise derart zu widerrufen, daß die Exklusivrechte entzogen werden.

## **4. Ordnungswidrigkeit**

In dem Verstoß gegen § 19 PostG könnte im übrigen eine Ordnungswidrigkeit liegen.

Gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 PostG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig ohne Genehmigung nach § 19 PostG ein Entgelt erhebt. Als Täter kommen die Mitglieder des Vorstands der DPAG in Betracht.

### **a) Objektiver Tatbestand**

Der objektive Tatbestand der Vorschrift ist erfüllt, denn – wie oben dargestellt – ab dem 01.09.2000 wird nicht die nach § 19 PostG erforderliche Genehmigung vorliegen.

### **b) Subjektiver Tatbestand**

Der Gesetzesverstoß müßte schuldhaft erfolgen.

In Betracht kommt eine vorsätzliche Begehung. Diese setzt das Wissen um die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen und – als voluntatives Element – mindestens deren billige Inkaufnahme voraus. Eine besondere Absicht ist nicht erforderlich.

Dem Vorstand der DPAG ist bekannt, daß die Portogenehmigung bis zum 31.08.2000 befristet ist, denn die Befristung ist in dem Genehmigungsbescheid aus dem Jahr 1997 ausdrücklich genannt. Wenn die DPAG trotz der fehlenden Genehmigung ab 01.09.2000 die Dienstleistungen anbietet und erbringt, ist auch das voluntative Element des Vorsatzes grundsätzlich erfüllt.

Fraglich ist allein, ob der Vorsatz nicht aufgrund der ministeriellen Weisung entfällt. Wenn die Vertreter der DPAG glauben, daß die der DPAG erteilte Genehmigung durch die ministerielle Weisung verlängert wurde, würde es bereits am Wissenselement des Vorsatzes fehlen. Die Weisung ist jedoch - auch in der gegenüber der DPAG kommunizierten Form - ersichtlich nicht geeignet, die objektive Rechtslage zu ändern. Es ist davon auszugehen, daß die Vertreter der DPAG sich dessen bewußt sind, auch wenn sie die ministerielle Mitteilung als Genehmigung betrachtet wissen wollen.

Folglich können sich die Verantwortlichen bei der DPAG nicht darauf berufen, sie seien von einer Verlängerung der Genehmigung aufgrund der ministeriellen Weisung ausgegangen. Entsprechendes gilt, wenn man in der ministeriellen Mitteilung eine Feststellung der Fortgeltung der Entgeltgenehmigung der DPAG sieht.

### **c) Rechtsfolge**

Die Ordnungswidrigkeit kann gemäß § 49 Abs. 2 PostG mit einer Geldbuße bis zu 1 Mio. DM geahndet werden. Der wirtschaftliche Vorteil, den die DPAG aus der Ordnungswidrigkeit ziehen wird, dürfte diesen Betrag jedoch deutlich übersteigen. In solchen Fällen kann gemäß § 17 Abs. 4 OWiG das gesetzliche Höchstmaß der Geldbuße überschritten werden.

Nach dieser Regelung soll die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat. Dieser wirtschaftliche Vorteil gibt im Regelfall die untere Grenze der Geldbuße vor. Dabei bleibt das in § 49 Abs. 2 PostG angeordnete Höchstmaß der Geldbuße außer Betracht, § 17 Abs. 4 Satz 2 OWiG.

Bei der Berechnung des Vorteils sind außer dem Gewinn auch solche Vorteile zu erfassen, die nicht in Geld bestehen. Hier kann insbesondere eine Verbesserung der Marktposition durch das Zurückdrängen von Wettbewerbern in Ansatz kommen (s. hierzu insgesamt Beck'scher PostG-Kommentar/Sedemund, a.a.O., § 49 Rn. 73 ff.).

#### **IV. Zusammenfassung der Ergebnisse**

Das ministerielle Schreiben vom 27.03.2000 hat eine Doppelnatur: Soweit es nach außen kommuniziert wurde, stellt es einen Verwaltungsakt gegenüber der DPAG dar, wonach deren vor dem 01.01.1998 erlangte Portogenehmigungen bis zum 31.12.2002 verlängert werden oder jedenfalls festgestellt wird, daß es einer Verlängerung dieser Portogenehmigungen bis zum Ende des Jahres 2002 nicht bedarf. Zum anderen, nämlich soweit sich das Schreiben an die Regulierungsbehörde richtet, stellt es eine innerdienstliche Weisung dar.

Als Verwaltungsakt ist das ministerielle Schreiben von den Wettbewerbern der DPAG im Wege der Anfechtungsklage angreifbar. Der Bundesminister war für den Erlass des Verwaltungsakts nicht zuständig. Folge ist die Nichtigkeit oder jedenfalls Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts. Der Verwaltungsakt ist damit anfechtbar und durch ein Verwaltungsgericht aufzuheben.

Die durch die Weisung vorgegebene Auslegung von § 57 Abs. 2 Satz 2 PostG, wonach sämtliche vor dem 01.01.1998 erteilten Portogenehmigungen der DPAG bis zum 31.12.2002 wirksam sein sollen, ist offenkundig gesetzeswidrig. Daran ist die Verwaltung nicht gebunden, auch wenn sie tatsächlich gewillt ist, der Weisung Folge zu leisten.

Ab dem 01.09.2000 sind alle Beförderungsverträge im Lizenzbereich unwirksam mit der Folge, daß die Entgelte in voller Höhe zurückzuzahlen sind.

Zudem stehen den Wettbewerbern der DPAG gegebenenfalls Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gegen die DPAG zu.

Die Regulierungsbehörde muß der DPAG gemäß § 9 PostG die Exklusivlizenz entziehen. In diesem Fall steht das gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG ausschließlich der DPAG zugewiesene Segment der Beförderung von Briefsendungen mit einem Einzelgewicht unter

200 Gramm und zu einem Einzelpreis von bis zu DM 5,50 je Sendung dem Wettbewerb offen, der hierfür entsprechenden Lizenzen einholen kann.

Ab dem 01.09.2000 begeht die DPAG eine Ordnungswidrigkeit, soweit sie Briefe befördert. Die Ordnungswidrigkeit ist mit Geldbußen bis 1 Million DM im Einzelfall belegt. Darüber hinaus kann die DPAG verpflichtet werden, den Wert des wirtschaftlichen Vorteils an die Staatskasse abzuführen.

Hamburg, den 8. Mai 2000

gez. Brach