

**Rechtsgutachten zur weiteren Privatisierung und  
Deregulierung des deutschen Postwesens,  
insbesondere zur verfassungsrechtlichen  
Begrenzung der Exklusivlizenz im Sinne des  
§ 51 Postgesetz**

**- Erstattet im Auftrag des Bundesverbandes Interna-  
tionaler Express- und Kurierdienste e.V.  
(BIEK) -**

**von**

**Professor Dr. Rupert Scholz**

**Januar 2001**

- I. **Problemstellung: Perpetuierung des sektoralen Teilmonopols im Bereich der Briefbeförderung im Lichte von Privatisierung und Liberalisierung des Postwesens in Deutschland**
  1. **Gesetzliche und politische Rahmenbedingungen und Determinanten der gegenwärtigen Marktsituation im Postsektor**
    - a. **Europarechtliche Regulierungsstruktur im Sinne wettbewerbsorientierter Privatisierungs- und Liberalisierungspolitik**
    - b. **Nationalrechtlicher Gesetzesrahmen in Deutschland im grundgesetzlichen Kontext**
  2. **Gegenwärtige wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Situation auf dem deutschen Postmarkt**
  3. **Europapolitische Signalsetzung für konsequente Fortführung der Entmonopolisierung pro Futuro**
  4. **Perpetuierung des sektoralen Teilmonopols als Verfassungsfrage**
  
- II. **Privatisierung des Postwesens – Der grundlegende Ordnungsrahmen**
  1. **Die Postreform von 1994**
  2. **Verfassungsrechtliche Entwicklungsstufen**
  3. **Privatisierung und Staatsziel Infrastruktur**
  4. **Hoheitliche Regulierungskompetenz des Bundes**
  5. **Schonender Reformübergang**

6. **Temporäre Beibehaltung von Monopolrechten**
- III. **Die gesetzliche Exklusivlizenz der DPAG gemäß § 51 I 1 PostG**
    1. **Gesetzgebungsverfahren**
    2. **Wirtschaftliche Bedeutung**
- IV. **Zur realen Wettbewerbssituation auf dem Markt der Briefdienstleistung in Deutschland**
    1. **Kritik an Monopolstruktur und Marktverhalten durch nationale Stellen**
      - a. **Sondergutachten der Monopolkommission**
      - b. **Unterrichtung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post**
    2. **Lizenzierungspolitik und Wettbewerbsrechtliche Klageverfahren**
      - a. **Marktbeherrschung der DPAG trotz Lizenzvergabe an sonstige Anbieter**
      - b. **Situation bei wettbewerbsrechtlichen Klageverfahren und Regulierungsbedarf**
    3. **Wettbewerbsrechtliche Einschätzungen durch die EU-Kommission**
    4. **Marktbeherrschende Wettbewerbsposition**
- V. **Verlängerung der Exklusivlizenz als Verstoß gegen das Ordnungsmodell der Art. 87 f, 143 b GG**

- VI. Verlängerte Exklusivlizenz als Grundrechtsverstoß**
- 1. Privatwirtschaftliche und wettbewerbliche Grundoption gemäß Art. 87 f, 143 b GG**
  - 2. Grundrechtliche Gewährleistungsdeterminanten**
  - 3. Zur Lehre vom Verwaltungsmonopol**
    - a. Allgemeines**
    - b. Zur Monopol-Rechtsprechung des BVerfG**
  - 4. Monopolisierung als tatbestandlicher Grundrechtseingriff**
    - a. Grundrechtsrelevante Spielarten des Verwaltungsmonopols**
    - b. Exklusivlizenz als Monopoltatbestand**
  - 5. Verstoß gegen die Berufs- und Gewerbe-freiheit gemäß Art. 12 I GG**
    - a. Maßstabsqualität des Art. 12 I GG**
    - b. Reale Beschränkung der freien Berufswahl**
    - c. Verletzung des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes**
  - 6. Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG**
  - 7. Verstoß gegen die allgemeine Wirtschaftsfreiheit**

8. **Verstoß gegen Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit**
    - a. **Verstoß gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit**
    - b. **Verstoß gegen das Grundrecht der Wettbewerbsgleichheit**
  9. **Zusammenfassung**
- VII. Europarechtliche Initiative für weitere Liberalisierungsschritte nach 2003 als**
1. **Sanktionierung des Missbrauchs von Quersubventionierung**
  2. **Senkung der Grenzen für reservierte Universaldienstleistungen (Monopole)**
- VIII. Gesamtergebnis: Verlängerung des Monopols zugunsten der DPAG verfassungswidrig**

## **I. Problemstellung: Perpetuierung des sektoralen Teilmonopols im Bereich der Briefbeförderung im Lichte von Privatisierung und Liberalisierung in Deutschland**

### **1. Gesetzliche Rahmenbedingungen und Determinanten der gegenwärtigen Marktsituation im Postsektor**

Die europäische und nationale Regulierungsrichtung sieht sich seit den Jahren 1992 und 1994 nachdrücklich auf das Ende monopolistischer Marktstrukturen und auf eine liberalisierende Deregulierungsbewegung hin ausgerichtet. Dies ist seither durch Richtlinien der EU sowie durch Verfassungsänderungen und einfachgesetzliche Maßnahmen des bundesdeutschen Gesetzgebers geschehen.

#### **a. Europarechtliche Regulierungsstruktur im Sinne wettbewerbsorientierter Privatisierungs- und Liberalisierungspolitik**

Ausgehend von den Grundsätzen der europäischen Wettbewerbsfreiheit und der offenen Marktwirtschaft, wie sie in Art. 3a - alt- EGV (heute Art. 3 EGV) und entsprechenden Detailvorschriften im der damaligen Fassung des EG-Vertrages zum Ausdruck kamen (Art. 48 ff., 89, 90, 95 EGV - alt - heute Art. 39 ff., 85, 86, 90 EGV), hat der Europäische Rat schon in einer EntschlieÙung vom 7. Februar 1994 über die Entwicklung der Postdienste in der Gemeinschaft

ABl. C 48 vom 16.2.1994, S. 3, zu den ersten Ansätzen siehe bereits: Grünbuch der EU-Kommission vom 11.6.1992 „Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste“.

seine Grundsätze im Sinne einer Ent-Monopolisierung und Ent-Staatlichung definiert. Darin sieht sich das Grundprinzip der Förderung einer stufenweisen und kontrollierten Liberalisierung der Postmarktes unter Sicherstellung einer dauerhaft garantierten Bereitstellung des Universaldienstes als das Hauptziel der Gemeinschaftspolitik im Bereich der Postdienste beschrieben. Die europäische Umsetzung

dieser Grundsätze ist sodann durch die Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität

ABl. L 15 vom 21.1.1998, S. 14

erfolgt („Postrichtlinie“).

Mit der Postrichtlinie wurde ein harmonisierter europäischer Rechtsrahmen für den Postsektor geschaffen, der grundsätzlich einen Universaldienst garantiert, zugleich aber auch einen Zeitplan für Entscheidungen über eine weitere Öffnung des Marktes für den Wettbewerb vorgegeben hat. Nach Art. 7 der Richtlinie 97/67/EG war vorgesehen, dass die Kommission nach einer Überprüfung des Postsektors Vorschläge für eine weitere Liberalisierung dieses Marktes vorlegen muss.

Die wichtigsten Hauptbestandteile der Postrichtlinie bestanden demzufolge in:

- Mindestmerkmalen „des Universaldienstes, Qualitätsnormen für grenzüberschreitende Dienste, Tarifgrundsätze sowie Grundprinzipien der Rechnungslegung“;
- gemeinsamen „Höchstgrenzen“ für Dienste, die ein Mitgliedstaat für seine(n) Anbieter von Universaldiensten reservieren kann, soweit dies erforderlich ist, um die Aufrechterhaltung des Universaldienstes sicherzustellen (Gewicht bis zu 350 g);
- Bedingungen für Genehmigung/Lizenzierung von nichtreservierten Diensten und Trennung von Regulierungs- und Betriebsfunktionen auf dem Postsektor.

Die Umsetzung dieser Postrichtlinie erfolgte insgesamt zwar fristgerecht bis Februar 1999 in den Mitgliedstaaten und war auch inhaltlich weitgehend unproblematisch.

Zu einzelnen Beschwerden über den Rechtsstatus der Regulierungsbehörden und die Erweiterung der inländischen Postmonopole auf Mehrwertdienste siehe ABl. C 39 vom 6.2.1998, S.2,

Der durch die Postrichtlinie bezweckte Modernisierungs- und Liberalisierungsprozeß verlief in Bezug auf die Marktöffnung jedoch nicht in allen Mitgliedstaaten gleich. So haben acht Mitgliedstaaten in einzelnen Segmenten die Vorgaben der Postrichtlinie übertroffen und sind darüber hinausgegangen:

- in Schweden, Finnland und England gibt es überhaupt kein Postmonopol mehr; Lizenzen werden grundsätzlich an jeden Lizenzbewerber vergeben:
  - in England wurde durch gesetzliche Regelung vom 28. Juli 2000 das bis dahin bestehende Monopol zugunsten der British Post Office abgeschafft und zugleich ein durch Lizenzen zu regelnder Bereich für Sendungen bis zu 350 g oder 1 Pfund Sterling eingeführt.
- in Deutschland, den Niederlanden, Spanien, Italien und Dänemark liegt der für Sektormonopole reservierte Bereich unterhalb der in der Richtlinie genannten Höchstgrenze von 350 g bzw. wurde er ganz abgeschafft:
  - in Deutschland liegt die Grenze derzeit bei 200 g für normale Sendungen und bei 50 g für Direktwerbung;
  - in den Niederlanden besteht für die Infopost (Massensendungen) kein Monopol und für die sonstige Briefpost gilt eine Gewichtsgrenze von 100 g (oder dreifaches Porto);
  - in Spanien fallen Ortspost und Direktwerbung nicht unter das Monopol;
  - in Italien fällt Direktwerbung ebenfalls nicht unter das Monopol.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft; A Review of Postal Laws in Leading Postal Reform Jurisdictions, Price Waterhouse Coopers LLP, August 2000, S. 3, 25.

## **b. Nationalrechtlicher Gesetzesrahmen in Deutschland im grundgesetzlichen Kontext**

Korrespondierend zu diesem europapolitischen Prozess trat der Liberalisierungsprozess in Deutschland mit der Postreform II im Jahre 1994 in die entscheidende Phase, indem die Sicherung einer infrastrukturellen Grundversorgung im Postsektor Verfassungsrang (Art. 87 f GG) erhalten hat; danach gewährleistet der Bund flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen im Bereich des Postwesens (Infrastruktursicherungsauftrag). Der neue Art. 143 b GG eröffnete als Übergangsbestimmung zudem die Möglichkeit zur Verlängerung des Postmonopols "für eine Übergangszeit". Gleichzeitig wurde die Geltung des PostG – und des dort geregelten Briefmonopols – bis zum 31.12. 1997 begrenzt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte die grundsätzliche Privatisierung des Postwesens, die prinzipielle Entstaatlichung dieses Bereichs; das Feld der Postdienstleistungen soll dem privatwirtschaftlichen Wettbewerb erschlossen werden.

Die Kernvorschrift der das Postwesen betreffenden Bestimmungen des Grundgesetzes ist danach Art. 87 f GG, der durch Gesetz vom 30. August 1994

BGBl. I S. 2245; ferner BT-Drucks. 12/6717; 12/7269; 12/8060; 12/8108; BR-Drucks. 114/94; 676/94; siehe im Folgenden unter II.

in das Grundgesetz aufgenommen worden ist. Als methodischer Ansatz bundesdeutscher Liberalisierungspolitik sieht sich das Prinzip des Art. 87 f dargestellt, wonach im Bereich des Postwesens (und der Telekommunikation) die nachgefragten Dienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht werden. Das Postwesen soll dem freien Wettbewerb zwischen privaten Anbietern überantwortet bzw. überlassen werden.

Vgl. nur: Badura in: Bonner Kommentar, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 23 (1997); Stern/Bauer, in: Stern, Postrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1997, Art. 87 f Rdnr. 13 ff, 55 ff.

Zugleich wurde durch den neuen Art. 87 f GG aber auch die Fortführung der bis dato geltenden aufgabenrechtli-

chen Gemeinwohlvorsorge im Post- und Telekommunikationssektor abgesichert, indem die ursprünglich unmittelbare Erfüllungsverpflichtung durch das Staatsunternehmen Deutsche Post sich in eine neue Gewährleistungsverpflichtung (Infrastruktursicherungsauftrag) für den Bund umgewandelt sah. Intention war die Sicherstellung einer postalischen Grundversorgung, die im Rahmen von Entstaatlichung, Privatisierung und Liberalisierung des Postbereichs eine Unterversorgung verhindert; dies entspricht den europarechtlichen Vorgaben für eine Universaldienstgewährleistung.

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 76; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 8; Herdegen, in: PostG-Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rdnr. 36

Mit dem Postgesetz vom 1. Januar 1998 wurden die Zielvorgaben des grundgesetzlichen Infrastruktursicherungsauftrages und der Option zur Monopoleinrichtung für eine Übergangszeit sowie der Europäischen Postrichtlinie in nationales Recht umgesetzt. Danach wurden die Märkte für Postdienstleistungen sukzessive dem Wettbewerb geöffnet. Die wesentlichen Regelungen des Postgesetzes umfassen seither

- die befristete Erteilung einer Exklusivlizenz an die DPAG (DPAG),
- die Möglichkeiten des Marktzutritts für Wettbewerber
- sowie die Sicherstellung eines Universaldienstes
- die materielle und formelle Aufsichtsfunktion über Lizenzerteilung und -überwachung sowie Preis- und Rechteaübung für die geschaffene Regulierungsbehörde.

Nach den Übergangsbestimmungen des Postgesetzes (§§ 51 ff. PostG) hat die DPAG bis zum Ende des Jahres 2002 das Recht behalten, bestimmte Postdienstleistungen als alleiniger Anbieter zu erbringen. Diese Exklusivlizenz bezieht sich auf

- Briefsendungen und adressierte Kataloge mit einem Einzelgewicht bis 200 Gramm und einem Einzelpreis bis 5,50 DM,

- Infopost bis 50 Gramm und einer Mindestzahl von 50 Stück.

Die bis zum Ende des Jahres 2002 der DPAG damit eingeräumte Exklusivlizenz hat sich dabei schon aus damaliger Sicht als außerordentlich großzügig, wenn nicht überdimensioniert erwiesen. So hat schon der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages bei der Beschlußfassung über den neuen Art. 143 b II GG die dort genannte Übergangszeit auch im Zusammenhang mit der vorgesehenen Befristung der Geltungsdauer des PostG auf den 31.12.1997 gesehen bzw. den 31.12. 1997 als ausreichenden Endzeitpunkt erkannt.

Vgl. BT-Drucks. 12/8108, S. 7

Dieses Datum konnte folgerichtig nur so verstanden werden, daß der Gesetzgeber nur bis zu diesem Zeitpunkt überhaupt als befugt zu erkennen war, Ausschließlichkeitsrechte zu gewähren, und diese spätestens mit Ablauf des 31.12.1997 enden müssen. Daneben besteht freilich noch eine andere Auslegungsmöglichkeit, derzufolge auch über den Ablauf des 31.12.1997 hinaus ausschließliche Rechte verliehen werden können; dies aber jedenfalls nur dann, wenn die rechtstatsächlichen Gegebenheiten es als unabdingbar erscheinen lassen, der DPAG weiterhin Sonderrechte zu gewähren, um einen möglichst reibungslosen Übergang vom bisherigen Monopolzustand zur freien wettbewerblichen Marktgestaltung zu ermöglichen.

Vgl. Knauth/Husch, ArchPT 97, 5(10)

Nach hiesiger Auffassung spricht indessen alles dafür, dass das Datum des 31.12.1997 auch als abschließendes Datum für die Verlängerung von Exklusivrechtlichen zu verstehen ist bzw. seinerzeit zu verstehen war. Wenn man jedoch der gegenteiligen Auffassung bzw. der zweiten Auslegungsvariante folgen will, so ist doch auch nach dieser Auffassung definitiv festzuhalten, dass eine Überschreitung des Datums vom 31.12.1997 nur unter allerstrengsten Anforderungen statthaft sein durfte und dass jedenfalls „ab dem 1.1.1998 ein neuer Regulierungsrah-

men“ maßgebend werden muß, „der verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt und im Einklang mit den ordnungspolitischen Grundsätzen der sozialen Marktwirtschaft steht“.

Vgl. Knauth/Busch, ArchPT 97,11

Der umfassende Monopolbereich wurde der DPAG zugestanden, um ihren Pensionsverpflichtungen gegenüber den Beamten der früheren Deutschen Bundespost nachkommen zu können.

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/7774, S. 50; siehe im Folgenden unter III.

Auch im Hinblick auf die Erfüllung dieser Pflichten der DPAG ging der Gesetzgeber seinerzeit ganz eindeutig davon aus, dass es jedenfalls keiner Übergangsregelung bzw. Exklusivlizenzierung der DPAG bis zum 31.12.2002 bedürfte. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 16 Postneuordnungsg vom 14.9.1994 (BGBl. I S. 2325), demzufolge „die Ausgaben der Unterstützungskassen für die Jahre 1995 bis 1999 durch Zuwendungen der Aktiengesellschaften an ihre jeweilige Unterstützungskasse zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen gedeckt werden“ (Abs. 1 S. 1). Dies macht deutlich, dass der Gesetzgeber jedenfalls bzw. spätestens bis zum Ende des Jahres 1999 davon ausging und ausgehen durfte, dass es keiner entsprechenden Begünstigung der DPAG im Lichte ihrer Pensionsverpflichtungen mehr bedürfen würde. Wenn der Gesetzgeber gemäß §§ 51 ff PostG dennoch eine Exklusivlizenzierung zugunsten der DPAG bis zum 31.12.2002 verfügte, so erscheint dies schon aus damaliger Sicht kaum schlüssig begründet, muss dies jedenfalls als widersprüchlich und damit systemwidrig bewertet werden. Dies namentlich auch deshalb, weil zugleich darauf hingewiesen wurde, dass „eine auf Dauer angelegte, den Grundsätzen der sozialen Marktwirtschaft widersprechende ordnungspolitische Sonderstellung der DPAG weder rechtlich noch ökonomisch vertretbar“ erscheint.

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/7774, Teil A: Zielsetzung (S. 1).

In deutlicher Abgrenzung zu anderen politischen Intentionen hat die Bundesregierung im Jahr 1997 die Auffassung vertreten, dass eine „auf Dauer aufrechterhaltene Exklusivlizenz, wie sie vom Bundesrat gefordert wird, ... im Hinblick auf die in Art. 12 des Grundgesetzes gewährleistete Berufsfreiheit verfassungsrechtlich nicht zulässig (ist).“

Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/7774, Zu Nr. 48 (§ 50 Satz 1)

Im Konkordanz zu den europäischen Vorgaben durch die Postrichtlinie bietet das Postgesetz schließlich darüber hinaus außerdem die Möglichkeit, eine Universaldienstverpflichtung festzulegen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass bestimmte lizenzpflichtige Postdienstleistungen, die allgemein als unverzichtbar angesehen werden, flächendeckend in einer bestimmten Qualität und zu einem erschwinglichen Preis erbracht werden. Eine Rechtsverordnung spezifiziert Inhalt und Umfang der Universaldienstleistungen.

Post-Universaldienstleistungsverordnung vom 30.9. 1999, BT-Drucks. 14/1696; am 21. Dezember 1999 im Bundesgesetzblatt verkündet, BGBl. I S. 2418.

Diese Post-Universaldienstleistungs-Verordnung (PUDLV) ist rückwirkend zum 1. Januar 1998 in Kraft getreten. Mit ihr werden Inhalt und Umfang der Universaldienstleistungen im Postbereich einschließlich ihrer Mindestqualitätsmerkmale (u. a. Anzahl der stationären Einrichtungen und Brieflaufzeiten) und des so genannten erschwinglichen Preises festgelegt

## **2. Gegenwärtige wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Situation auf dem deutschen Postmarkt**

Die durch die europapolitische Liberalisierungsentwicklung und die nationale Ent-Monopolisierungspolitik intendierte marktwirtschaftliche Öffnung im Sinne von Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit sieht sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt an einer weiteren entscheidenden Wegmarke angekommen. Sowohl auf nationaler wie euro-

papolitser Ebene wurden zuletzt Evaluationen, Bilanzierungen und Gesetzesfolgenanalysen vorgenommen, die in den gesetzgeberischen Maßnahmen aus den Jahren 1994 und 1998 bereits vorgesehen waren und die die Realisierung der gesetzgeberischen Intentionen zur Liberalisierung und Ent-Monopolisierung überprüfen. Ergebnis dieser Überprüfungen und Analysen ist – jedenfalls auf europäischer Ebene - die Einleitung weiterer Liberalisierungsschritte.

Vgl. bes. in: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft; im Einzelnen: Staatliche Beihilfen, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Absatz 2 EG-Vertrag zur Beihilfemaßnahme C 61/99 (ex NN 153/96) - Staatlich Beihilfe an die DPAG, ABI. EG C 306 vom 23. Oktober 1999, S. 25.; Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321; Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - Bericht nach § 81 I Telekommunikationsgesetz und nach § 47 I Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321 - dazu auch die wenig aufschlussreiche Stellungnahme der BReg in BT-Drucks. 14/4064; siehe im Folgenden unter IV.

Auf nationaler Ebene haben diese Überprüfungen ergeben, dass nach Einschätzung etwa der Monopolkommission für den Zeitpunkt Ende 1999 in keiner Weise der Zustand eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Bereich der Briefbeförderung in Deutschland besteht.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171

Die der DPAG aufgrund der grundgesetzlichen Ermächtigung durch das Postgesetz eingeräumte Exklusivlizenz sieht sich zunehmend als wettbewerbsspolitischer Sperrriegel, der - zugunsten der DPAG - eine nur annähernd

gleichwertige Teilnahme anderer Wettbewerber an der Markttätigkeit im Bereich der Postdienste und damit eine marktwirtschaftliche Liberalisierung auf der Grundlage gleicher Wettbewerbsbedingungen unmöglich macht. Die Monopolkommission recurriert in ihrer Stellungnahme auf Untersuchungen der Regulierungsbehörde aus dem Jahre 1999 über die Marktverhältnisse im Bereich der Briefbeförderung. Danach wurde für die mit der DPAG konkurrierenden Anbieter ein Marktanteil - gemessen am gesamten Briefumsatz der DPAG - von lediglich 0,28 % errechnet.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171

Zugleich bestehen zunehmende Erkenntnisse, dass die DPAG neben dem Ausbau ihres Monopols bei der Briefbeförderung die dort erzielten Monopolgewinne wiederum missbräuchlich für die Quersubventionierung des Paketdienstes verwendet. Die Monopolkommission kommt insgesamt zu dem Ergebnis, dass ein funktionsfähiger Wettbewerb sich erst dann entwickeln kann, wenn die Übergangsbestimmungen des Postgesetzes mit der befristeten Monopolstellung für die DPAG im Ende 2002 auslaufen.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171, 172

Auch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post schätzt das sektorale Monopol aus ordnungspolitischen und gewerberechtlichen Gründen als problematische Privilegierung und einen Fremdkörper innerhalb der bundesdeutschen Rechtsordnung ein; sie hält daher die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz über den bisher vorgesehenen Zeitpunkt hinaus für nicht erforderlich.

Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - Bericht nach § 81 I Telekommunikationsgesetz und nach § 47 I Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 127

Die Regulierungsbehörde hat sich zuletzt noch einmal öffentlich für eine Vorreiterrolle Deutschlands bei der Libera-

lisierung des europäischen Postmarktes ausgesprochen und dazu dringend die Festschreibung des Endzeitpunktes der noch vorhandenen staatlichen Monopole gefordert. Daher sind aus der Sicht der Behörde die Verlängerung des Briefmonopols in Deutschland abzulehnen und sogar ein deutscher Alleingang im europäischen Kontext notwendig.

Handelsblatt vom 31.8.2000, S. 1, 14

Die Wettbewerbsbehörde der Europäischen Kommission hat im August 2000 ein förmliches Missbrauchsverfahren gemäß Art. 82 EGV gegen die DPAG eingeleitet, in dem überprüft werden soll, wie die Preisbildung und Preispolitik im Bereich der Paketdienstleistungen und des Briefportos erfolgten. Anlass des Verfahrens sind konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die DPAG zum einen im Paketdienst unter den eigenen Gestehungskosten Dienstleistungen anbietet und zum anderen im monopolisierten Briefbeförderungsbereich ein europäisches Spitzenniveau innehat; beide Tatbestände legen für die Wettbewerbsbehörde den Verdacht auf unternehmensinterne Quersubventionen nahe.

Siehe IP/00/919, vom 8.8.2000, Kommission eröffnet förmliches Verfahren gegen die DPAG wegen missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung und Quersubventionierung von in- und ausländischen Unternehmenskäufen; siehe auch: Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln aus dem Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste (98/ C 39/02, in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 39/2 vom 6.2.1998); siehe dazu auch die weiteren Expansionsbewegungen durch den Unternehmenskauf bei dem Expressdienstleister DHL International, Handelsblatt v. 18.9.00, S. 15.

Dieser Verfahrenseröffnung waren bereits zwei weitere Verfahrenseröffnungen durch die Kommission wegen Quersubventionierung und wegen Störung des internationalen Postverkehrs vorausgegangen.

Siehe IP/99/530 und IP/00/562

### **3. Europapolitische Signalsetzung für konsequente Fortführung der Entmonopolisierung pro Futuro**

Die Europäische Union hat zuletzt zudem entschieden, den Weg zum Abbau bisher zugelassener „reservierter Bereiche“ im Postdienst (Monopole) kontinuierlich vom Jahr 2003 an weiterzuführen. Zunächst hatte der Europäische Rat im März 2000 beschlossen, die Liberalisierung im Bereich der Postdienste weiter zu beschleunigen, um einen voll funktionierenden Markt für Postdienste zu schaffen.

Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Lissabon), 23./24.März 2000, S. 7.

Ergebnis dieses Auftrages durch den Rat ist ein Richtlinien-vorschlag der Kommission, der - wie in Art. 7 der „Postrichtlinie“ von 1997 vorgesehen - durch entsprechende Änderung der „Postrichtlinie“ schrittweise die Liberalisierung des Postsektors weitertreibt.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, siehe im Folgenden unter VI.

Durch den Richtlinien-Vorschlag soll die Postrichtlinie geändert werden, um die Richtung und einen Zeitplan für die weitere Öffnung des Postsektors im Sinne eines schrittweisen Prozesses der Marktöffnung in zwei weiteren Phasen vorzugeben. Die nächste Phase soll am 1. Januar 2003 beginnen und die allgemeine Senkung der bestehenden Gewichts- und Preisgrenzen beinhalten. Die Höchstgrenzen der (alten) Postrichtlinie für Monopolbereiche, die die Mitgliedstaaten ihren Anbietern von Universaldienstleistungen reservieren können, soll in der ersten Phase demnach für normale Inlandsbriefsendungen und Direktwerbung von derzeit 350 g auf 50 g abgesenkt werden. Eine weitere Phase soll am 1. Januar 2007 beginnen und eine weitere Verringerung der bestehenden Monopole für Anbieter von Universaldienstleistungen vorsehen.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, S. 32

Aufgrund der unterschiedlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten ist es aber nicht zu einer Verabschiedung dieser Richtlinie gekommen.

Die Europäische Kommission hat darüber hinaus zuletzt festgestellt und attestiert, dass „einige Anbieter von Universaldiensten ferner die Vorteile ihres nationalen Netzes und ihrer Bekanntheit auf dem Markt genutzt (haben), um ihre Aktivitäten auf Nebenmärkte des eigentlichen Postsektors auszudehnen, z. B. Mehrwertdienste für elektronische Post ... , Finanzdienstleistungen und die Verwaltung von Poststellen. ... Die Zunahme der kommerziellen Tätigkeiten einiger Anbieter von Universaldiensten in Verbindung mit nach wie vor vorhandenen umfangreichen nationalen Monopolen haben dazu geführt, dass die Unsicherheit bezüglich der Einhaltung der Wettbewerbsregeln größer wurde; es gab unter anderem auch Bedenken wegen angeblicher Quersubventionen vom reservierten zum nichtreservierten Bereich.“

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, S. 7, 9

#### **4. Perpetuierung des sektoralen Teilmonopols als Verfassungsfrage**

In diesem europäischen wie nationalen verfassungsrechtlichen, wettbewerbsrechtlichen und wirtschaftspolitischen Kontext stellt sich die Frage, inwieweit eine Verlängerung des sektoralen Monopols der DPAG für den Bereich der Briefbeförderung bei Briefsendungen bis 200 g und bei der Infopost bis 50 g über das Jahr 2002 hinaus zulässig ist. Angesichts der geäußerten Bestrebungen auf der politischen Ebene, den Exklusivbereich über diesen Zeitpunkt hinaus zu verlängern

Siehe dazu im: Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 172

sollen diese Fragestellungen insbesondere aus verfassungsrechtlicher Sicht untersucht werden. Dies wird sich grundsätzlich mit der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Art. 87 f II 1 GG befassen, der vorsieht, dass Postdienstleistungen nicht nur von der DPAG, sondern auch von anderen privaten Anbietern erbracht werden. Weiterhin wird die inhaltliche Bestimmung des Art. 143 b II 1 des GG zu untersuchen sein, der den Gesetzgeber ermächtigt, der DPAG noch einmal ein Ausschließlichkeitsrecht einzuräumen, allerdings ausdrücklich bestimmt, dass dies nur für eine Übergangszeit gelten darf. Dieser verfassungsrechtliche Gewährleistungsrahmen für eine flächendeckende Universalversorgung mit Postdienstleistungen wird sich sodann mit den grundrechtlichen Gewährleistungen vor allem aus Art. 12 und 14 sowie Art. 3 GG zu messen haben und in eine angemessene Konkordanz zu bringen sein.

## **II. Privatisierung des Postwesens – Der grundgesetzliche Ordnungsrahmen**

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Postwesens finden sich schwerpunktmäßig in Art. 87 f GG. Weitere den Sachbereich Post betreffende Verfassungsbestimmungen sind in Art. 73 Nr. 7 GG (ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes über das Postwesen), in Art. 80 II GG (Erlass von Rechtsverordnungen über Grundsätze und Gebühren für die Benutzung der Einrichtungen des Postwesens) sowie in der Übergangsbestimmung des Art. 143 b GG enthalten.

### **1. Die Postreform von 1994**

Mittelpunkt und eigentlicher Kern der das Postwesen betreffenden Bestimmungen des Grundgesetzes ist Art. 87 f GG. Die anderen dem Sachbereich Post zugehörigen Grundgesetzbestimmungen haben eher flankierenden Charakter. Art. 87 f GG wurde durch Gesetz vom 30. August 1994

BGBI. I S. 2245

in das Grundgesetz aufgenommen. Zugleich wurde die Übergangsbestimmung des Art. 143 b GG eingefügt. Die seinerzeitige Verfassungsänderung umfaßte ferner eine formal-terminologische Anpassung des Art. 73 Nr. 7 GG (der Ausdruck „Fernmeldewesen“ wurde durch „Telekommunikation“ ersetzt), mit einer entsprechenden Neuformulierung des Art. 80 II GG sowie - als Folgeänderung des neuen Art 87 f GG - eine inhaltliche Anpassung des Art 87 I 1 a. F. GG (Streichung des Wortes „Bundespost“).

Zur Entstehungsgeschichte vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f. Rdnr. 23 ff.; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. I Rdnr. 1 ff.; Materialien dazu: BT-Drucks. 12/6717; 12/7269; 12/8060; 12/8108; BR-Drucks. 114/94; 676/94; Prot. der Anhörung im BT-Rechtsausschuß vom 8. März 1994 (Prot. Nr. 117); zur Postreform II siehe näher R. Scholz/Aulehner, Archiv PT 1993, S. 221 ff.; Stern, DVBl. 1997, S. 309 ff.; Gramlich, NJW 1998, S. 866 ff.

Herzstück des Art. 87 f GG ist die in II 1 enthaltene Aussage, dass die im Bereich des Postwesens (und der Telekommunikation) nachgefragten Dienstleistungen „als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter“ erbracht werden. Dass Dienstleistungen im Bereich des Postwesens nurmehr als „privatwirtschaftliche“ Tätigkeiten angeboten und durchgeführt werden, ist das zentrale Datum des Art. 87 f GG.

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 1 – dort auch Kritik, dass die zentrale Privatisierungsaussage des II 1 nicht auch redaktionell an die Spitze der neuen Verfassungsbestimmung gerückt sei; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 20.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte die grundsätzliche Privatisierung des Postwesens, die prinzipielle

Entstaatlichung dieses Bereichs. Das Feld der Postdienstleistungen soll dem privatwirtschaftlichen Wettbewerb erschlossen werden; Art. 87 f II 1 GG will dazu den Weg freimachen.

Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 2 f., 32 ff.; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 3, 22 ff.; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 14; Herdegen, in: PostG-Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rdnr. 5 f., 23 f., 47 ff.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat es dabei nicht bei einer bloß formellen Privatisierung (Organisationsprivatisierung) belassen wollen.

Zur formellen Privatisierung vg. nur R. Scholz/Aulehner, Archiv PT 1993, S. 103, 111 f.; dies., Archiv PT 1993, S. 221, 239.

Die Privatisierung im Postbereich sollte sich nicht darauf beschränken, bei der Erfüllung einer auch weiterhin in den Händen der Verwaltung verbleibenden Aufgabe eine juristische Person des Privatrechts – GmbH, AG – zwischen zu schalten, die in den Formen des Privatrechts handelt. Ein entsprechendes Rechtssubjekt würde bei seiner Tätigkeit nicht in Konkurrenz mit anderen privaten Anbietern stehen, würde es doch der Sache nach weiterhin Verwaltungstätigkeit ausüben, bei der es keinen eigentlichen „Markt“ und entsprechend dann auch keine marktwirtschaftliche Konkurrenz gäbe.

Vgl. Hengstschläger, in: VVDStRL 54 (1995), S. 165, 170; Osterloh, ebda., S. 204, 210, 215 f.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte mehr, nämlich konsequente Privatisierung nicht nur in organisatorischer, sondern auch in materieller Hinsicht. Angebot und Durchführung von Postdienstleistungen sollen nicht weiterhin in staatlicher Obhut - wenn auch in privatrechtlicher Organisationsform - verharren, sondern voll und ganz in den Bereich privater Freiheit und marktwirtschaftlicher Konkurrenz überführt werden. Das Postwesen soll dem freien Wettbewerb zwischen privaten Anbietern überant-

wortet bzw. überlassen werden. Privatisierung im Sinne des Art. 87 f II 1 GG (in Verbindung mit Art. 143 b I 1 GG) bedeutet nicht nur Organisationsprivatisierung, rechtstechnisch geht es hier um Aufgabenprivatisierung.

Vgl. nur: Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 23; Stern/Bauer, in: Stern, Postrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1997, Art. 87 f Rdnr. 13 ff, 55 ff.

Von materieller Privatisierung bzw. Aufgabenprivatisierung wird dann gesprochen, wenn nicht nur die Handlungsform auf privatrechtliche Prinzipien bzw. Maximen ausgerichtet wird, sondern die Aufgabe als solche ihren Staatscharakter verliert und dem Wettbewerb privater Anbieter am Markt überantwortet wird. Strukturbestimmendes Prinzip dieser Form von Privatisierung ist die Erbringung der Leistung unter marktwirtschaftlichen Wettbewerbsbedingungen.

Vgl. wiederum Hengstschläger, a.a.O.; Osterloh, a.a.O.; zu den verschiedenen Formen der Privatisierung R. Scholz/Aulehner, Archiv PT 1993, S. 221, 238 f.; vgl. auch Schuppert, DÖV 1995, S. 761, 767; Kämmerer, JZ 1996, S. 1042 ff.

Dass Postdienstleistungen nunmehr und ausschließlich als privatwirtschaftliche Tätigkeiten angeboten und erbracht werden müssen, ist nicht bloß verfassungspolitische Feststellung; sondern eine alle staatliche Gewalt bindende Verpflichtung. Die privatwirtschaftliche Leistungserbringung im Wettbewerb ist verfassungsverbindliche Zielvorgabe, die den zuständigen Staatsorganen keinen Gestaltungsspielraum läßt.

Vgl. nur Stern, DVBl. 1997, S. 309, 311; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 20; vgl. auch schon Kämmerer, JZ 1996, S. 1042, 1046

Negativ gewendet heißt das zugleich: Jede weitere (oder auch erneute) Durchführung von Postdienstleistungen als Verwaltungsaufgabe - sei es in öffentlichrechtlicher, sei es

in privatrechtlicher Organisationsform – wäre verfassungsrechtlich unzulässig.

Vgl. nur Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/7269, S. 4

Das Privatisierungsgebot des Art. 87 f II 1 GG erweist sich in einer gleichsam spiegelbildlichen Dimension als negative Kompetenzschranke, seine Kehrseite ist nicht nur ein politisches, sondern unmittelbar rechtsverbindliches staatliches Handlungsverbot. Zugleich ist die verfassungsrechtliche Privatwirtschaftlichkeits-garantie des Art. 87 f II 1 GG auch verfassungsunmittelbare Sperre gegen jede (einfach-gesetzliche) Form einer Zurück-Verstaatlichung des Postbereichs durch Änderung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen.

Zu Art. 87 f II 1 als Verbot einer Re-Verstaatlichung auf Bundes- und Landesebene vgl. nur Stern, DVBl. 1997, S. 309, 311; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 22

## **2. Verfassungsrechtliche Entwicklungsstufen**

Die zentrale Aussage des Art. 87 f II 1 GG, dass Dienstleistungen auf dem Gebiet des Postwesens als „privatwirtschaftliche Tätigkeit“ angeboten bzw. durchgeführt werden müssen – und darin eingeschlossen die Aussage, dass es verfassungsrechtlich auch nicht hinreicht, sie als Staatsaufgabe in der Form des Privatrechts zu erledigen -, bedeutet einen grundsätzlichen Bruch mit einer langen Tradition.

Bisher ging es stets um eine – wie im einzelnen auch immer geartete – „verwaltungsmäßige“ Form der Erbringung von Dienstleistungen auf dem Gebiet des Postwesens. Die Post war – in welcher Form auch immer – Verwaltungszweig. So der grundgesetzliche Regelungszustand bis zur Verfassungsänderung von 1994: Art. 87 I 1 a. F. GG ordnete die Bundespost noch der bundeseigenen Verwaltung zu; die Postaufgabe stellte sich als Gegenstand der unmittelbaren Bundesverwaltung dar, die im staatlichen Regime eines Verwaltungsmonopols wahrgenommen wurde.

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f. Rdnr. 18; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 2; v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 1

Auch die Vorläufer-Bestimmungen zu Art. 87 f I 1 a. F. GG in der Weimarer Reichsverfassung und in der Reichsverfassung von 1871 sind Beleg für die Tradition der besonderen Staatsnähe des Postwesens. Unter der Reichsverfassung von 1871 sah sich das Postwesen als "einheitliche Staatsverkehrs-Anstalt" eingerichtet und verwaltet; das Postwesen war Teil der sog. „Reichsverwaltungen“. Unter der Weimarer Verfassung von 1919 (Art. 88) wurde die „Deutsche Reichspost“ als (weitgehend verselbständigtes) Sondervermögen vom Reichspostminister unter Mitwirkung eines Verwaltungsrats verwaltet (Reichspost-Finanzgesetz vom 18. März 1924); trotz dieser aus (allein) finanzpolitischen Erwägungen vorgenommenen Verselbständigung blieb die Verwaltung der Post (weiter) „reichseigene Verwaltung“.

Überblick über die Entwicklung der verfassungsrechtlichen Ordnung des Postwesens seit der Zeit der Reichsgründung etwa bei Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 15 ff.; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f Anm. II Rdnr. 1; Herdegen, in: PostG-Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rdnr. 1.

### **3. Privatisierung und Staatsziel Infrastruktur**

Die Verfassungsänderung von 1994 bricht mit der spezifischen Staatsnähe, die das Postwesen seit der Zeit der Reichsgründung von 1871 ausgezeichnet hat. Dem bisherigen Verständnis der Post als originärer „Verwaltungszweig“ wird die Grundlage entzogen. Postdienstleistungen können und dürfen nicht länger in „verwaltungsmäßiger“ Form erbracht werden. Der Postsektor wird nicht nur organisatorisch, sondern auch materiell aus dem staatlichen Aufgabenbereich herausgelöst und für den Wettbewerb, damit aber für Privatanbieter geöffnet. Doch die daraus resultierende Kommerzialisierung dieses Bereichs wird

zugleich - gleichsam in einem Gegenschritt - auch wieder (und weiter) erheblich gebändigt, dies vor allem im Interesse infrastruktureller Belange. Das Postwesen ist zwar nicht länger staatsgelenkt, in staatlicher (Vollzugs-) Verantwortung erbrachte „Daseinsvorsorge“. Das heißt aber nicht, dass sich von Verfassungs wegen der Staat ganz aus diesem Bereich zurückziehen hätte, dass ihn dieser Bereich nichts mehr angehe, dass er ihn sich selbst überlassen könnte.

Das Postwesen ist zwar nicht länger Staatswirtschaft, sondern nunmehr (nur noch) Privatwirtschaft. Art. 87 f GG beläßt es aber nicht dabei, den Bereich der Post dem Wettbewerb in den Händen von privaten Anbietern zu öffnen; zugleich wird der Bund auf die Sicherung bestimmter Infrastrukturleistungen verpflichtet. Der Bund hat zwar nicht länger die Vollzugsverantwortung für den Bereich des Postwesens; er behält für diesen Bereich aber eine Gewährleistungsverantwortung. Staatliche Aufgabe bleibt die Sorge für das Fortdauern gewisser leistungsbezogener Gegebenheiten, nämlich die Verantwortung für „flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“. Diese gemäß Art. 87 f I GG zu gewährleistende Infrastruktur ist und bleibt „hoheitliche“ Aufgabe, sie muss durch Bundesgesetz konkretisiert werden.

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 71; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 8; ferner auch Stern, DVBl. 1997, S. 309, 312

Der in Art. 87 f I GG niedergelegte sog. Infrastruktursicherungsauftrag nimmt auf die verfassungsrechtliche Kernforderung nach Privatisierung des Postsektors Bezug bzw. leitet sich daraus ab. Das Wettbewerbsmodell steht im Vordergrund, es bildet die Basis; das Gebot der infrastrukturellen Sicherung baut darauf auf bzw. rundet es ab.

Dass rechtssystematisch nicht der Infrastruktursicherungsauftrag, sondern der Verfassungsbefehl zur Privatisierung des Postsektors an die Spitze des Art. 87 f GG gehört hätte, ist bereits gesagt worden; vgl. auch Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 3.

Gemäß europäischem Sprachgebrauch sieht sich der staatliche Auftrag der Infrastruktursicherung auch als Universaldienstgewährleistung bezeichnet.

Vgl. zum ganzen Windthorst, Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation. Eine verfassungsrechtliche und rechtvergleichende Untersuchung, 1996.

Der Sache nach geht es – in Adaption eines rundfunkverfassungsrechtlichen Begriffs – um die Sicherstellung einer postalischen Grundversorgung. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte verhindern, dass es bei aller Entstaatlichung, Privatisierung und Liberalisierung des Postbereichs zu einer Unterversorgung kommt, weil der verfassungsintendierte marktwirtschaftliche Wettbewerb zwischen privaten Anbietern nicht bzw. noch nicht funktioniert oder sich auf gewinnträchtige Marktsegmente beschränkt. Vermieden werden soll vor allem eine Unterversorgung bestimmter Gebiete, deren postalische Bedienung kommerziell nicht lohnt; postalische Basisversorgung darf es nicht nur in Ballungsräumen geben, sondern muß sich auch in dünn besiedelten Gebieten und strukturschwachen Regionen finden.

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 76; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f, Rdnr. 8; Herdegen, in: PostG-Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rdnr. 36.

Art. 87 f I GG postuliert keinen unverbindlichen Programmsatz, kein bloßes Politikziel; der Verfassungsauftrag zur Infrastruktursicherung ist verfassungsunmittelbare Rechtspflicht (in Form einer Staatszielbestimmung).

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 80; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 26 f.; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 14; ferner Rollmann, ArchivPT 1994, S. 193, 194; Stern, DVBl. 1997, S. 309, 313 f.; vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/7269, S. 5.

Der Sache nach geht es um eine modifizierte Fortführung bzw. Fortwirkung der bis zur Verfassungsänderung von 1994 für die Bundespost aus Art. 87 I 1 a. F. GG deduzierten aufgabenrechtlichen Gemeinwohlvorsorge in einem prinzipiell veränderten, nämlich jetzt voll privatisierten und deregulierten, am marktwirtschaftlichen Wettbewerb orientierten Umfeld. Die ursprünglich unmittelbare Erfüllungsverpflichtung hat sich – nach Maßgabe des neuen Verfassungsrahmens – in eine Gewährleistungsverpflichtung umgewandelt bzw. sieht sich jetzt darauf reduziert; aus der ursprünglichen staatlichen Vollzugsverantwortung ist eine bloße staatliche Überwachungsverantwortung geworden. Der Gewährleistungsauftrag selbst stellt sich dar als konkrete Ausprägung des allgemeineren Sozialstaatsgedankens, als sozialstaatlich gebotene und legitimierte Folgenverantwortung des Bundes nach der Entlassung der bisher hoheitlichen Aufgabe der Postversorgung in den freien Markt: Die Kunden sollen vor besonders nachteiligen Konsequenzen einer prinzipiellen Kommerzialisierung des Postsektors geschützt werden.

Zum sozialstaatlichen Impetus der Gewährleistungsgarantie vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 73, 79; Herdegen, in: PostG-Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rdnr. 28.

Auch die vormalige staatliche Organisation bzw. Regie des Postbereichs fand ihre eigentliche Legitimation seit jeher im Prinzip der sozialstaatlichen Daseinsvorsorge.

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 21

Die Privatwirtschaftlichkeitsgarantie des Art. 87 f II 1 GG hindert allerdings den Bund, den Handlungsauftrag zur Gewährleistung einer flächendeckenden postalischen Grundversorgung durch eigene Dienstleistungen zu erfüllen. Eine (auch nur teilweise) Re-Verstaatlichung des Postsektors gleichsam durch die Hintertür, nämlich über die Universaldienstgewährleistung, wäre unzulässig. Jede weitere oder erneute „verwaltungsmäßige“ Erbringung von Postdienstleistungen ist von Verfassungs wegen definitiv ausgeschlossen. Das verfassungsrechtliche Gebot der

Privatwirtschaftlichkeit kann nicht über das Staatsziel der Infrastrukturgewährleistung ausgehebelt oder auch nur relativiert werden. Der Staat hat auf dem Feld der Postdienstleistungen nichts mehr zu suchen, jedenfalls nicht als Anbieter. Die Leistungserbringung als solche bleibt ihm, zu welchem Zweck und in welcher Form auch immer, von Verfassungen wegen verschlossen.

Vgl. schon Begründung zum Regierungsentwurf , BT-Drucks. 12/7269, S. 4 f.; vgl. auch Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 97; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 15

#### **4. Hoheitliche Regulierungskompetenz des Bundes**

Der Staat darf nicht länger am Wettbewerb auf dem Feld postalischer Dienstleistungen teilnehmen. Er kann hier nicht länger als Anbieter auftreten – schon gar nicht als alleiniger Anbieter, aber auch nicht neben anderen. Was ihm verbleibt, ist die Möglichkeit zu regulativen Eingriffen in die privatwirtschaftliche Leistungserbringung, einmal zur Gewährleistung der postalischen Grundversorgung, dann aber auch zur Herstellung und Förderung des Wettbewerbs. Die entsprechend in Art. 87 f II 2 GG garantierte hoheitliche Regulierungskompetenz des Bundes ist mit der vorbeschriebenen Aufgabe zur infrastrukturellen Sicherung sachlich eng verknüpft.

Dem Bund wächst eine Art Schutz- und Förderpflicht zu, die auf die Entwicklung eines offenen Wettbewerbs auf dem Markt der Postdienstleistungen zielt. Damit aber soll der Markt zugleich auch so strukturiert werden, dass der Kundenwunsch nach angemessenen und ausreichenden Postdienstleistungen in marktwirtschaftlichen Bahnen erfüllt bzw. befriedigt wird. Die Öffnung des Postsektors für den Wettbewerb und dessen nachhaltige Absicherung ist wesentliche Regulierungsaufgabe nach Art. 87 f II 2 GG. Regulierungsverwaltung tritt an die Stelle herkömmlicher Leistungsverwaltung.

Vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 f Rdnr. 35, 88; Windthorst, in: Sachs, GG, Art. 87 f Rdnr. 25, 31; Badura in: Bonner Kommentar zum GG, Art. 87 f, Anm. II Rdnr. 3, 13 ff.; Herdegen, in:

PostG-Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rdnr. 48 ff.

Der Staat tritt nicht mehr selbst auf dem Postmarkt an, ihm bleibt nur noch dessen Regulierung. Der Regulierungsauftrag hat eine doppelte Anknüpfung: einmal das Privatisierungsgebot des Art. 87 f II 1 GG, sodann der Infrastrukturgewährleistungsauftrag des Art. 87 f I GG. Der Sache nach geht es darum - in den Worten der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum Postgesetz vom 22. Dezember 1997 - „durch Regulierung im Bereich des Postwesens die Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass der Übergang von einem heute noch weitgehend monopolisierten Postmarkt in einen Wettbewerbsmarkt möglichst reibungslos gelingt“.

BT-Drucks. 13/7774, S. 19

Der doppelte Regulierungszweck findet einfachrechtlichen Niederschlag im doppelten Gesetzeszweck, wie er in § 1 des Postgesetzes formuliert wird: „durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“. Die Regulierungsmaßnahmen sollen einmal den Wettbewerb fördern (was über die bloße Sicherung eines schon bestehenden Wettbewerbs hinausgeht); durch staatliche Regulierung soll zum anderen die postalische Grundversorgung gewährleistet werden.

Dass § 1 PostG zunächst die Förderung des Wettbewerbs und erst dann die Infrastruktursicherung als Regulierungszweck benennt, ist keine „semantische Zufälligkeit“ (Herdegen), sondern gewollt bzw. Nachvollzug der grundgesetzlichen Logik, wie sie sich aus dem Privatisierungsmodell des Art. 87 f GG ergibt. Herzstück dieser ganz auf Entstaatlichung des Postsektors ausgerichteten Konzeption des Grundgesetzes ist die Erbringung von postalischen Dienstleistungen im Wettbewerb. Das Wettbewerbsprinzip genießt Priorität; staatliche Regulierung zur infrastrukturellen Sicherung knüpft daran an bzw. baut darauf auf. Staatliche Regulierung ist unterstützende bzw. flankierende Maßnahme. Konkret heißt das, dass gesetzliche wie administrative Regulierungsmaßnahmen so weit wie nur

möglich dem marktwirtschaftlichen Leistungsangebot und der unternehmensautonomen Dispositionsfreiheit Raum geben müssen. Die Entwicklung und dann auch Fortentwicklung nachfrageorientierter Konzepte für die Erbringung von Postdienstleistungen liegen zunächst und vorrangig in der Hand des privaten Anbieters, sie sind keine vorrangige Sache der Regulierungsbehörde.

Vgl. nur Herdegen, PostG-Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rdnr. 23 f.; § 1 Rdnr. 15; Badura, ebda., § 2 Rdnr. 28

### **5. Schonender Reformübergang**

Der Bruch mit der staatswirtschaftlichen Verfassungstradition im Postbereich erfolgt nicht abrupt. Privatisierung und Liberalisierung des Postmarktes vollziehen sich schrittweise. Das Grundgesetz sorgt für einen gleitenden Übergang. Die verfassungsrechtlichen Übergangsregelungen finden sich in Art. 143 b GG.

Die Verfassungsänderung von 1994 traf auf eine „Bundespost“, die nach Maßgabe der seinerzeitigen Verfassungsrechtslage in bundeseigener Verwaltung zu führen war. Im Rahmen dieser Verfassungsmaßgabe hatte die sog. Postreform I die Deutsche Bundespost als staatliches Sondervermögen ausgestaltet, das sich in die Gliederungen Postdienst, Postbank, Telekom aufteilte; diese Teilsondervermögen wurden als „öffentliche Unternehmen“ betrieben. Voraussetzung bzw. Konsequenz des Privatisierungsbefehls des Art. 87 f II 1 GG war, dass die Bundespost nicht länger in staatlicher Hand – und sei es auch nur als Sondervermögen – bleiben konnte. Das seinerzeitige Sondervermögen Deutsche Bundespost musste also in private Hand überführt werden. Art. 143 b I 1 GG beauftragt den Bundesgesetzgeber, die für eine solche – bereits im Privatisierungsbefehl des Art. 87 f II 1 GG angelegte – Umwandlung des staatlichen Sondervermögens in privatrechtliche Unternehmen erforderlichen näheren Rechtsgrundlagen zu schaffen.

Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/7269 S. 5; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 143 b Rdnr. 1; Herdegen, in: PostG-

Kommentar, Verfassungsrechtliche Grundlagen,  
Rdnr. 7

Der verfassungsunmittelbare Auftrag zur Organisationsprivatisierung wurde für den Postsektor mit der Umwandlung des öffentlichen Unternehmens Deutsche Bundespost Postdienst in die Aktiengesellschaft „Deutsche Post“ erfüllt.

§ 1 Abs.1 PostUmwG, BGBl. 1994 I, S. 2339

Die verfassungsgebotebene Umwandlung des staatlichen Sondervermögens Deutsche Bundespost in private Unternehmen warf vor allem auch personalrechtliche Fragen auf, waren bei der ehemaligen Deutschen Bundespost doch in weitem Umfang Bundesbeamte tätig. Die entsprechende Übergangsregelung befindet sich in Art. 143 b III GG. Hiernach konnten die Beamten der Deutschen Bundespost unter Beibehaltung ihres Status als Bundesbeamte bei den jetzt in privatrechtlicher Rechtsform geführten Nachfolgeunternehmen weiterbeschäftigt werden. Der Bund leiht sie auf Dauer an die Nachfolgeunternehmen „seiner“ Bundespost aus. Zugleich werden die privatrechtlichen Nachfolgeunternehmen ermächtigt, die dem Dienstherrn Bund verbliebenen Befugnisse gegenüber den jetzt ihnen angehörenden Beamten auszuüben (Beleihungsmodell).

Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/7269, S. 5; Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 143 b Rdnr. 26

Für die gutachtliche Fragestellung hat wesentliche Bedeutung die Übergangsbestimmung in Art. 143 b II GG. Sie muss hier näher beleuchtet werden.

An sich hätte der Privatisierungsbefehl des Art. 87 f II 1 GG verlangt, dass mit dem verfassungsrechtlich vorgegebenen Übergang von der Staatswirtschaft in die Privatwirtschaftlichkeit, d.h. also mit der Entlassung aus der öffentlichen Hand in den marktwirtschaftlichen Wettbewerb und in die marktwirtschaftliche Konkurrenz, der (privatisierte) Nachfolger der "öffentlichen" Bundespost seine bisherigen Ausschlussrechte zur Gänze verliert und unter gleichen

marktwirtschaftlichen Bedingungen Postdienst anzubieten und zu erbringen hätte wie die anderen (neuen) Konkurrenten auch.

Das hätte jedenfalls in der Logik einer konsequenten Umsetzung des Privatisierungsgebots bzw. der Privatwirtschaftlichkeitsgarantie des Art. 87 f II 1 GG gelegen. Doch der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte den Systemwechsel von der Staatswirtschaftlichkeit zur marktwirtschaftlichen Privatwirtschaftlichkeit nicht so konsequent betreiben. Der Systemwechsel sollte nicht zu abrupt eintreten. Der Übergang in den Markt und die marktwirtschaftliche Konkurrenz sollte und soll nicht schlagartig, sondern schrittweise erfolgen.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat deshalb in Art. 143 b II 1 GG den Bundesgesetzgeber ermächtigt, die vormaligen ausschließlichen Rechte des Bundes zugunsten der Bundespost für eine Übergangszeit in ihrer sachlichen Substanz zu perpetuieren, indem sie (auch) der jetzt privaten DPAG (bzw. der Deutschen Telekom AG) verliehen werden (können). Diese (begrenzte) Ermächtigung zur Fortführung von vormaligen Monopolrechten war im ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Grundgesetzes im Rahmen bzw. als Voraussetzung der Postreform II noch nicht enthalten.

Vgl. BT-Drucks. 12/7269

Die Übergangsregelung des Art. 143 b II 1 GG geht auf einen entsprechenden Vorschlag des Bundesrates zurück.

Vgl. BT-Drucks. 12/7269, S. 9

Der Bundesrat wies darauf hin, dass die Überführung der Postdienstleistungen in die Privatwirtschaftlichkeit so verstanden werden könne, dass ab dem Inkrafttreten der Grundgesetzänderung von Verfassungs wegen im ganzen Bereich des Postwesens Wettbewerb herrschen müsse. Dann aber sei es zweifelhaft, „ob durch einfaches Recht vorgesehen werden kann, dass auf Nachfolgeunternehmen der Bundespost – wenn auch nur für einen begrenzten Zeitraum – deren bisherige Monopole übertragen werden dürfen“. Der Bundesrat regte deshalb an, im weiteren

Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu prüfen, „ob nicht jedenfalls aus Gründen der Klarstellung eine entsprechende Übergangsregelung in das Grundgesetz aufgenommen werden sollte, die eine solche Übertragung zulässt“.

Vgl. BT-Drucks. 12/7269, S. 9; vgl. auch Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 143 b Rdnr. 15; Herdegen, in: PostG-Kommentar, § 51 Rdnr. 3

Im verfassungsändernden Gesetzgebungsverfahren wurde die Anregung des Bundesrates aufgegriffen und dann in die bzw. mit der Ermächtigung des Art. 143 b II 1 GG umgesetzt.

Vgl. vor allem Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/8108, S. 7

## **6. Temporäre Beibehaltung von Monopolrechten**

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des deutschen Postwesens haben also Doppelnatur. Zum einen handelt es sich um Dauerregelungen. Um Dauerrecht geht es bei der Regelungsschicht des Art. 87 f GG. Die Verfassung legt fest, wie der Postsektor in Zukunft aussehen soll: Entstaatlichung der Postdienstleistungen, Wahrnehmung des Postdienstes in marktwirtschaftlichem Wettbewerb bzw. in marktwirtschaftlicher Konkurrenz, staatliche Gewährleistung der postalischen Grundversorgung, Liberalisierung, Deregulierung.

Das Dauerrecht des Art. 87 f GG steht jedoch nicht allein; es sieht sich flankiert durch das Übergangsrecht gemäß Art. 143 b GG. Art. 87 f GG trifft Dauerregelungen für den (neuen) Zustand grundsätzlicher Privatwirtschaftlichkeit im Postbereich. Art. 143 b GG enthält demgegenüber – wie vorstehend dargelegt - ein Bündel von Übergangsvorschriften: die Anordnung der Umwandlung des Sondervermögens deutsche Bundespost in privatrechtliche Unternehmen, eine spezifische Ordnung der personalrechtlichen Situation, sodann materielle Übergangsbestimmungen für einen begrenzten Zeitraum. Das materielle Übergangsrecht betrifft – neben dem Kapitaleinfluß des Bundes – namentlich die vorübergehende Beibehaltung von

Monopolrechten. Dass es sich hierbei um bloßes Übergangsrecht handelt, ergibt sich zum einen unmittelbar aus der sachlichen Regelung - dass es sich hier nämlich nur um vorläufige Monopole handeln darf -, zum andern zeigt sich der Übergangscharakter auch am redaktionellen Standort dieser Regelung, die nicht in Art. 87 f GG selbst getroffen wird, sondern im XI. Abschnitt des Grundgesetzes.

Zum Übergangscharakter des Art. 143 b GG vgl. nur Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 143 b Rdnr. 5

Das Nebeneinander der beiden Regelungsschichten bedingt bzw. befördert – allerdings nur auf Zeit, nicht auf Dauer - eine gleichsam „duale Ordnung“ im Bereich des Postwesens. Auf der einen Seite steht die Anordnung privatwirtschaftlicher Erbringung von Postdienstleistungen durch verschiedene Anbieter im marktwirtschaftlichen Wettbewerb, zugleich und daneben erlaubt das Grundgesetz das (nur vorübergehende) Fortbestehen ausschließlicher Beförderungsrechte der DPAG. Das Privatisierungsmodell, wie es in Art. 87 f GG grundgelegt ist, duldet an sich und der inneren Systemgerechtigkeit nach keine ordnungspolitische Sonderrolle der DPAG; Art. 143 b II GG lässt eine solche ordnungspolitische Sonderrolle nur für eine Übergangszeit zu.

Vgl. schon oben I. 1. b.

Zwei Marktsegmente stoßen aufeinander: Ein Marktteil, der bereits voll und ganz für privatwirtschaftlichen Wettbewerb bzw. für privatwirtschaftliche Konkurrenz geöffnet ist, und daneben ein Marktteil, in dem die DPAG das alleinige Recht besitzt, postalische Beförderungsdienstleistungen anzubieten. Endgültig angestrebte Wettbewerbsordnung und Übergangsregime mit vorläufigen Monopolrechten verbinden sich zu einem „gestuften Liberalisierungskonzept“.

Vgl. nur v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 26 ff.; Herdegen, in: PostG-Kommentar, § 51 Rdnr. 1

Die neue Postordnung ist also (noch) nicht aus einem Guss. Sie folgt unterschiedlichen (und zum Teil gegenläufigen) ordnungspolitischen Leitvorstellungen: Keine volle, sondern nur begrenzte Wettbewerbsöffnung; die Möglichkeit der Fortführung von Vorbehaltsbereichen, aber nicht auf Dauer, sondern zeitlich limitiert; Koexistenz und Konkurrenz von reserviertem und privatwirtschaftlichem Wettbewerb geöffneten Marktsegmenten; auf's Ganze eine nur schrittweise Umsetzung des verfassungsintendierten Ziels der vollen Privatisierung und vollen Liberalisierung des Postmarktes. Zu Recht sieht sich deshalb der gegenwärtige Zustand des Postwesens als „rechtliches Transitorium“ gekennzeichnet.

Vgl. nur v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. V, 29; siehe auch schon Gramlich, NJW 1998, S. 866 ff.

Bei allem verfassungsrechtlich zugelassenen Dualismus von reservierten und wettbewerbs-offenen Marktsegmenten darf eins nicht aus dem Blick geraten: Art. 143 b II 1 GG enthält keinen Freibrief zum Aufbau neuer bzw. zum beliebigen Ausbau bestehender Monopole. Die verfassungsrechtliche Ermächtigung entbindet den einfachen Gesetzgeber nicht von der sachlichen Begründung, wenn und soweit er vormalige ausschließliche Rechte des Bundes zugunsten der Bundespost in ihrer Sachsubstanz fortführen will, indem er sie der DPAG verleiht. Der einfache Gesetzgeber kann den Bereich der „ausschließlichen Rechte“ nicht beliebig regeln, er hat hier nicht verfassungsfreie Hand. Ziel ist und bleibt ein Zustand des Postwesens nach Maßgabe des Privatisierungsmodells, wie es in Art. 87 f GG vorgegeben ist (und zwar verbindlich vorgegeben ist): volle Privatisierung und volle Wettbewerbsgleichheit, d.h. aber auch: Monopolablösung im Bereich der Postdienste.

Die marktwirtschaftliche Öffnung und damit Liberalisierung des Postwesens kann nicht über Art. 143 b II 1 GG konterkariert oder auch nur verzögert werden. Auf Vollzug von Privatisierung und Liberalisierung des Postmarktes muss sich alles legislatorische Handeln ausrichten. Dass die

Marköffnung nicht abrupt, sondern behutsam, also schrittweise erfolgen soll, hindert nichts an der fortbestehenden Verbindlichkeit des grundsätzlichen Privatisierungs- und Liberalisierungsbefehls. Von daher und auf Dauer gesehen – also im Blick auf den eigentlich verfassungsrechtlich intendierten Zustand des Postwesens - sind gesetzliche Exklusivlizenzen bzw. Monopole nur „Auslaufmodelle“.

anders aber v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 29.

Natürlich ist die Exklusivlizenz nicht eo ipso oder grundsätzlich verfassungswidrig; denn die Verfassung läßt die Möglichkeit reservierter Beförderungsbereiche ausdrücklich zu, aber doch nur als Zwischenschritt und Übergangerscheinung, nicht als „Zukunftsmodell“ bzw. Dauerzustand.

Näher dazu und zum Folgenden unter V.

Im Blick auf den verfassungsrechtlich gewollten „Normalzustand“ eines voll privatisierten und liberalisierten Postmarktes können (vorläufige) Monopole nur Ausnahmecharakter haben; der Sache nach handelt es sich bei der Beibehaltung reservierter Sektoren um eine „Anomalie“, eine Systemwidrigkeit im Hinblick auf das Verfassungsziel der wettbewerblich-marktwirtschaftlichen Öffnung des Postwesens für private Anbieter,

anders aber v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 21

die allein als Übergangerscheinung tragbar ist.

Die Bedeutung der ausdrücklichen Ermächtigung zum Beibehalt bisheriger Ausschließlichkeitsrechte für eine Übergangszeit liegt im grundrechtlichen Bereich. Durch die Ermächtigung des Art. 143 b II 1 GG sehen sich grundrechtliche Ansprüche von privaten Wettbewerbern eingeschränkt, die sich aus der marktwirtschaftlichen Öffnung des Postbereichs für private Leistungserbringer in Verbindung mit Art. 12 I, 14 I GG erschließen.

Ausführlich dazu unten VI.

Einfachrechtliche Monopole sollten – so die Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers - gegenüber grundrechtlichen Ansprüchen privater Anbieter, die auf volle Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit gerichtet sind, geschützt bzw. abgesichert werden; ausgeschlossen werden sollten grundrechtlich begründete Geltungszweifel an einer einfach-gesetzlichen Fortführung vormaliger ausschließlicher Rechte des Bundes zugunsten der Bundespost durch entsprechende Verleihung an die DPAG.

Vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/7269, S. 9; vgl. auch Abgeordneter Dr. Stadler, BT-Plenarprotokoll, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 17787 f.; Herdegen, PostG-Kommentar, § 51 Rdnr.3, S. 21 f., 64 f; siehe auch Gramlich, NJW 1998, S. 866, 867, 869.

Grundrechtlichen Geltungsansprüchen, wie sie sich namentlich aus Art. 12 I/ 14 I GG herleiten lassen, sollte bereits und unmittelbar auf der Ebene des Verfassungsrechts begegnet werden; sie sollten durch die Ermächtigung des Art. 143 b II 1 GG für eine Übergangszeit grundgesetzlich „eingehegt“, gleichsam und der Sache nach „neutralisiert“ werden,

vgl. nochmals v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 65; ferner Stern/Bauer, in: ders., (Hrsg.), Postrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1997, Art. 143 b GG Rdnr. 60 (verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranke); Gramlich, NJW 1998, S. 866, 869.

aber eben nicht auf Dauer, sondern nur „übergangsweise, temporär,“ nicht weiter als „unbedingt nötig“,

Gramlich, NJW 1998, 866, 867.

Ein unbefristetes Monopol hätte sich nicht mit dem Privatisierungs- und Liberalisierungsbefehl des Art. 87 f GG zu-

sammenfügen lassen. Schon das vorübergehende Monopol ist im Umfeld von Marktöffnung und Wettbewerb, von Grundrechtsansprüchen aus Art. 12 I / Art. 14 I GG „Fremdkörper“, die – im Blick auf die grundrechtliche Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit der potentiell in den Markt eintretenden „anderen privaten Anbieter“ – begründungsbedürftige Ausnahme, jedenfalls nicht selbstverständlich und nicht Normalität. Im Horizont des Art. 87 f GG haben nicht diejenigen sich besonders zu rechtfertigen, die das Postmonopol aufheben wollen; es ist vielmehr umgekehrt: diejenigen müssen eine besondere Begründung finden, die das Monopol – und sei es auch nur in Teilbereichen – fort dauern lassen wollen.

Vgl. nochmals Abgeordneter Dr. Stadler, BT-Plenarprotokolle, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 17788

Monopole passen „eigentlich“ nicht in die Wettbewerbsordnung, wie sie Art. 87 f für den Postbereich vorgibt bzw. anordnet. Art. 143 b II 1 GG billigt sie als Übergangserscheinung. Das Grundgesetz selbst bestimmt nur, dass die Monopolrechte vorübergehender Natur sein müssen – mit der spiegelbildlichen Aussage, dass Dauermonopole im Postbereich von vornherein unzulässig sind - es läßt sich aber nicht über den konkreten Zeitraum aus, es setzt selbst keine etwa jahresmäßige Grenze. Insofern besteht gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum. Allerdings ist dieser Gestaltungsspielraum nicht beliebig, sondern eingegrenzt und eingehegt. Zum einen durch die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 87 f II 1 GG, den Postbereich zu privatisieren und für den marktwirtschaftlichen Wettbewerb (durch Beseitigung gesetzlicher Monopole) zu öffnen, zum andern durch Grundrechtspositionen der potentiell in den Markt eintretenden „anderen privaten Anbieter“.

Siehe dazu weiter unten bei V. und VI.

### **III. Die gesetzliche Exklusivlizenz der DPAG gemäß § 51 I 1 PostG**

Die in Art. 143 b II 1 GG aufgeführte Ermächtigung an den Bundesgesetzgeber, die seinerzeitigen ausschließlichen Rechte des Bundes zugunsten der Bundespost in ihrer

sachlichen Substanz fortzuführen – wenn auch nur für eine Übergangszeit -, indem sie der DPAG verliehen werden, findet ihre einfachrechtliche Konkretisierung in § 51 I 1 PostG. Hiernach steht der DPAG das „ausschließliche Recht zu, Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht weniger als 200 g und deren Einzelpreis bis zum 5-fachen des am 31. Dezember 1997 geltenden Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt, gewerbsmäßig zu befördern (gesetzliche Exklusivlizenz)“. Das Monopolrecht ist bis zum 31. Dezember 2002 befristet, ab 1. Januar 2003 also volle Marktöffnung vorgesehen.

### **1. Gesetzgebungsverfahren**

Dass überhaupt vormalige „ausschließliche Rechte“ im neuen Postmarkt fort dauern sollten, wurde in der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung mit der Erwägung gerechtfertigt, dass ein „abrupter Systemwechsel“ vermieden und statt dessen ein „stufenweiser Übergang“ vom Monopol zum Wettbewerb im Postsektor ermöglicht werden sollte. Es sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Postbereich seit 1989 mehrfach „gravierenden Wandlungen“ unterworfen wurde. Aus einer Verwaltung mit zum Teil hoheitlichen Aufgaben sei in nur 5 Jahren eine Aktiengesellschaft geworden, die sich in erster Linie an betriebswirtschaftlichen Maßgaben zu orientieren hatte. Hieraus ergäben sich „tiefgreifende Strukturbrüche“ sowohl für das Unternehmen wie auch für dessen Mitarbeiter, aber auch für die Öffentlichkeit.

BT-Drucks. 13/7774, S. 33

In der abschließenden parlamentarischen Beratung des Postgesetzes wurden als Rechtfertigung für die Exklusivlizenz folgende drei Gründe genannt: Sie diene dazu, der DPAG den Transfer vom Monopolisten zum Markt zu gewähren, die Altlasten (Pensionen) zu tragen sowie die Zukunftsinvestitionen, die in den neuen Bundesländern getätigt werden, zu finanzieren.

Vgl. Abgeordneter Dr. Meister, BT-Plenarprotokolle, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 177792

Die Absicht der Bundesregierung und der Regierungsfractionen waren eindeutig: Die Exklusivlizenz sollte der Bewältigung des Strukturwandels dienen, sie sollte Versorgungs- und Übergangslasten tragen.

Der Bundesrat wollte die Funktionsgrundlage der Exklusivlizenz ausweiten: Sie sollte nicht nur zur Finanzierung der besonderen finanziellen und sozialen Verpflichtungen der DPAG dienen, sondern auch zur „Quersubventionierung“ der (wirtschaftlich unrentablen) Universaldienstbereiche.

Vgl. BT-Drucks. 13/7774, S. 44

Die Regierungsfractionen im Bundestag erteilten einer solchen Zweckerweiterung der Exklusivlizenz eine deutliche Absage: „Exklusivlizenz und Grundversorgung haben nichts miteinander zu tun“.

Abgeordneter Dr. Meister (CDU/CSU), BT-Plenarprotokolle, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 17792

Die gegenständliche Ausdehnung des reservierten Bereichs war im Gesetzgebungsverfahren lange umstritten. Nach der ursprünglichen Auffassung der Bundesregierung sollte der reservierte Bereich eher klein gehalten und damit die Öffnung des Postmarktes entsprechend weit getrieben werden. Das Monopol sollte sich im wesentlichen auf Briefsendungen von unter 100 g beziehen. Die Bundesregierung führte dazu aus, dass damit die Exklusivlizenz etwa 86 % des Briefbeförderungsmarktes umfasse, was eine ausreichende Grundlage zur Bewältigung des anstehenden Strukturwandels bieten müsste.

Vgl. BT-Drucks. 13/7774, S. 33

Der Bundesrat begrüßte zwar die „Öffnung des Postmarktes für den Wettbewerb“, wollte dann aber – auch unter dem Gesichtspunkt, dass aus seiner Sicht die Exklusivlizenz nicht nur zur Finanzierung der besonderen finanziellen und sozialen Verpflichtungen der DPAG dienen sollte, sondern auch zur Sicherstellung der Finanzierung des Universaldienstes – eine doch deutliche Ausdehnung

des Anwendungsbereichs der Exklusivlizenz. Insbesondere sollten auch die adressierten Massensendungen (Infopost) sowie die adressierten Kataloge innerhalb der Gewichtsgrenze von 100 g einbezogen werden.

BT-Drucks. 13/7774, S. 43 f.

In ihrer Gegenäußerung lehnte die Bundesregierung die vorgenannten Forderungen des Bundesrates ab. Insbesondere sei eine Erstreckung der Exklusivlizenz für Briefsendungen unter 100 g auch auf inhaltsgleiche Massensendungen (Infopost) nicht erforderlich; die bisherigen Liberalisierungsschritte bei den Massensendungen hätten gezeigt, dass die DPAG als der am Markt fest etablierte Anbieter sich im Wettbewerb mit neuen Anbietern gut zu behaupten vermöge. Die Ausdehnung der Exklusivlizenz auf adressierte Kataloge würde das Monopol über den herkömmlichen Umfang hinaus ausdehnen.

BT-Drucks. 13/7774, S. 49 f.

Im Vermittlungsausschuß wurde der dann Gesetz gewordene Kompromiß gefunden, wonach die Exklusivlizenz Briefsendungen und adressierte Kataloge bis zu einem Gewicht von 200 g und einem Einzelpreis von unter 5, 50 DM umfaßt. Auch die Infopost fällt grundsätzlich unter die Exklusivlizenz, Ausnahmen finden sich in § 51 I 2 Nr. 1.

Vgl. Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. 13/9420, S. 4 (Nr. 14 - § 50 - ); zum Gesetzgebungsverfahren: Pfeffermann, in: PostG-Kommentar, Einführung, S. 25 ff.; Herdegen, ebda., § 51 Rdnr. 36 ff.; Gramlich, NJW 1998, S. 866 ff.

Die Exklusivlizenz der DPAG ist zeitlich befristet; sie läuft mit dem 31. Dezember 2002 aus. Art. 143 b II 1 GG trifft keine nähere Definition der Übergangszeit, für die Monopolrechte verliehen werden können. In der Begründung zum Regierungsentwurf heißt es denn auch, dass die Vorschrift dem Gesetzgeber hinsichtlich der Geltungsdauer der Monopolrechte einen Ermessensspielraum einräume.

BT-Drucks. 13/7774, S. 33

Andererseits ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte des Art. 143 b II 1 GG, dass dem Verfassungsgesetzgeber – jedenfalls soweit es den Bundestag und dessen für Verfassungsfragen federführenden Rechtsausschuß betrifft – eine derart lange Befristung wie die vom 31.12.2002 zumindest fern lag. Das Datum des 31.12.2002 ist im Ergebnis Produkt einer Kompromißentscheidung, die allerdings und wiederum nicht ohne jeden Bezug zur vorausgehenden Entstehungsgeschichte gesehen und gedeutet werden kann. Unbestreitbar ist, dass dem Gesetzgeber ein gewisser Ermessensspielraum in der Befristungsfrage durch Art. 143 b II 1 GG eingeräumt wurde; andererseits ist aber ebenso klar, dass dieser Ermessensspielraum nicht etwa Beliebigkeit in der Befristungsfrage und erst recht nicht Legitimation für verkappte Dauerregelungen vermitteln wollte bzw. vermitteln konnte.

Vgl. oben I. 1. b.

Der Bundesrat hatte seinerzeit die zeitliche Begrenzung der Exklusivlizenz auf Ende 2002 abgelehnt. Es sei nicht absehbar, wie lange und in welchem Umfang die Exklusivlizenz zur Sicherung des Universaldienstes und zur Finanzierung der besonderen Lasten der DPAG erforderlich sei. Umfang und vor allem auch zeitliche Dimensionierung der Exklusivlizenz seien vielmehr „im Rahmen einer regelmäßigen Überprüfung des reservierten Bereiches zu bestimmen“. Dabei bedürften Entscheidungen zum reservierten Bereich grundsätzlich der Zustimmung des Bundesrates.

BT-Drucks. 13/7774, S. 43 f.

Die Bundesregierung lehnte in ihrer Gegenäußerung den Vorschlag, die Exklusivlizenz ohne feste zeitliche Begrenzung einzuführen, kategorisch ab. Eine auf Dauer aufrecht erhaltene Exklusivlizenz sei im Hinblick auf die in Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit verfassungsrechtlich nicht zulässig. Die Bundesregierung berief sich ferner auf Art. 87 f II 1 GG, der vorsehe, dass Postdienstleistungen eben nicht nur von der DPAG, sondern auch von anderen privaten Anbietern erbracht werden. Auch die Ermächti-

gung des Art. 143 b II 1 GG lasse ein Ausschließlichkeitsrecht ausdrücklich nur für eine Übergangszeit zu. Ohne Endtermin für das Postmonopol würden im übrigen die für eine Marktbetätigung unerlässliche Planungssicherheit beeinträchtigt und infolge dessen Investitionstätigkeit und Beschäftigungsentwicklung negativ beeinflusst.

BT-Drucks. 13/7774, S. 50

Diese Gesichtspunkte kehren von Seiten der Regierungsfractionen in der abschließenden parlamentarischen Beratung des Postgesetzes wieder: Dass eine Entscheidung des Gesetzgebers für ein unbefristetes Monopol der DPAG verfassungswidrig wäre; dass schon die Verleihung der Exklusivlizenz bis zum Jahre 2002 eine recht weitgehende Abweichung von der grundgesetzlichen Festlegung auf Wettbewerb darstelle; dass auch aus Gründen der Planungssicherheit für die potentiellen Wettbewerber jetzt schon definitiv ein Endzeitpunkt für die Exklusivlizenz festgelegt werden müsse; dass die 5-Jahres-Übergangsfrist gerade noch mit den Vorgaben der Verfassung vereinbar sei.

Vgl. Abgeordneter Dr. Stadler, BT-Plenarprotokolle, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 17788

Im Vermittlungsverfahren blieb es bei der 5-Jahres-Befristung der Exklusivlizenz. Zugleich – und damit in gewisser Relativierung des eigentlich endgültigen und abschließenden Schlußtermins in § 51 I 1 PostG –

vgl. dazu noch unten V.

wurde aber auch auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses in das Postgesetz die jetzt in § 47 I 2 befindliche Regelung aufgenommen, wonach die Regulierungsbehörde in ihrem periodischen Tätigkeitsbericht auch zu der Frage Stellung nehmen muss, ob und ggf. bis zu welchem Zeitpunkt die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz nach § 51 über den dort genannten Zeitpunkt hinaus erforderlich sei.

Vgl. Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. 13/9420, S. 3 (Nr. 13 - § 46 a - )

Dabei ist sehr sorgfältig zu unterscheiden, ob eine eventuelle Verlängerung der Exklusivlizenz aus Gründen der Sicherung des Universaldienstes oder aus Gründen der Finanzierung der besonderen Altlasten der DPAG erforderlich ist. In der Diskussion, so namentlich beim Bundesrat, sind diese unterschiedlichen Aspekte leider nicht immer mit der notwendigen Sorgfalt voneinander getrennt bzw. unterschieden worden. Einer solchen sorgfältigen Unterscheidung bedarf es indessen deshalb, weil Art. 143 b II GG zumindest vorrangig nur auf die besonderen Altlasten der DPAG als Rechtfertigungsgrund abstellt. Die Sicherung der Universaldienste ist dagegen (dauerhafte) Verfassungsaufgabe gemäß Art. 87 f I GG. Dieser Zusammenhang darf nicht in einseitiger Betrachtung der DPAG und ihrer Rechtsstellung aufgelöst oder außer Acht gelassen werden. Dies geschähe indessen dann, wenn man etwa auf der Grundlage bestimmter oder potentieller Defizite im Bereich der Universaldienste der DPAG eine (verlängerte) Exklusivlizenz einräumte, ohne dabei die Beiträge der privaten Wettbewerber der DPAG zu den Universaldiensten mit zu bewerten. Denn insoweit besteht gleichberechtigter Wettbewerb zwischen der DPAG einerseits und den über 700 Lizenznehmern andererseits. Dieser Wettbewerb ist wiederum das Ziel des Art. 87 f GG; und dieser Wettbewerb ist in Verbindung mit dem Infrastrukturauftrag Sicherung der Universaldienste vorrangiges Verfassungsziel gegenüber der Übergangsregelung des Art. 143 b II 1 GG. Folgerichtig kann sich die Ermächtigung des Art. 143 b II 1 GG nicht in der Form gegen jene privatwirtschaftlichen Wettbewerber der DPAG richten, indem der letzteren aus Gründen der Universaldienstesicherung Exklusivrechte eingeräumt werden, die wiederum dem privatwirtschaftlichen Wettbewerb bzw. die auf diesen gegründete Rechtsstellung jener über 700 Lizenznehmer beeinträchtigt. Mit anderen Worten: Die Regelung des Art. 143 b II GG begründet zwar zugunsten der DPAG einen befristeten Konkurrenzschutz im Verhältnis zu den privatwirtschaftlichen Wettbewerbern; dieser Konkurrenzschutz bedarf aber seinerseits bzw. zumindest vorrangig der

Rechtfertigung durch die bezeichneten Altlasten, die der DPAG obliegen; Konkurrenzschutz dagegen ausschließlich aus Gründen der Sicherung der Universaldienste kann und darf nicht ohne entsprechende Bewertung und Rücksichtnahme auf die privatwirtschaftlichen Wettbewerber der DPAG verfügt werden. Denn diese nehmen ja - i.u. konstitutiv ! - an der Erfüllung der Universaldienstleistung mit teil; sie sind hier ebenso berechtigt und pflichtig wie die DPAG. Nur dies entspricht der Grundratio der Bestimmungen des Art. 87 f GG einerseits und des Art. 143 b II GG andererseits.

## **2. Wirtschaftliche Bedeutung**

Auf dem deutschen Postmarkt wurden im Jahr 1998 Umsätze von rund 42 Mrd. DM erzielt.

Ausführlich dazu und zum Folgenden noch unter IV.  
2. a.

Rund 2/3 des gesamten deutschen Postmarkts befinden sich in der Hand der DPAG. Deren Gesamtumsatz lag 1998 bei rund 28 Mrd. DM. Der Großteil des Gesamtumsatzes der DPAG enthält auch das traditionelle Kerngeschäft, die Briefbeförderung. Die DPAG erzielte nach eigenen Angaben in ihrem Unternehmensbereich Briefkommunikation ein Umsatzplus von 4 % gegenüber dem Vorjahr (1997). Im Bereich der inhaltsgleichen Briefsendungen zeigt sich das größte Wachstum. Der Markt für Werbesendungen verzeichnet überdurchschnittliche (zeitweise sogar zweistellige) Zuwachsraten. Die Absatzmenge der DPAG in dem entsprechenden Angebotssegment (Infopost, Infobrief und nichtadressierte Postsendungen, sog. Postwurfsendungen) wird für 1998 mit rund 9,5 Mrd DM angegeben. Im Bereich des traditionellen Briefs beläuft sich die Absatzmenge auf rund 9,2 Mrd. DM Sendungen.

Vgl. Sondergutachten der Monopolkommission, gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 170; Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - Bericht nach § 81 I Telekommunikationsgesetz und nach § 47 I Post-

gesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 116, 128; dazu Stellungnahme der BReg in BT-Drucks. 14/4064.

Der gemäß § 51 I PostG lizenzierte Bereich wies 1998 ein Umsatzvolumen von 19 Mrd DM auf. Davon entfielen 14 Mrd. DM auf die der DPAG reservierten Postdienstleistung. In dem wettbewerbs-offenen Angebotssegment, das ein Umsatzvolumen von 5 Mrd. DM umschloss, konnten die konkurrierenden Anbieter rund 54 Mio. DM erwirtschaften. Ihr Marktanteil – gemessen am Gesamtumsatz – betrug somit 0,28 %. Anders ausgedrückt: Die DPAG hält im lizenzierten Bereich trotz Öffnung bestimmter Bereiche für den Wettbewerb derzeit einen Marktanteil von über 99 %. Der gesamte Umsatz aller anderen Lizenznehmer lag im Jahre 1998 bei etwa 7 % des Umsatzzuwachses der DPAG.

Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - Bericht nach § 81 I Telekommunikationsgesetz und nach § 47 I Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 116, 128; Sondergutachten der Monopolkommission, gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171

#### **IV. Zur realen Wettbewerbssituation auf dem Markt der Briefdienstleistung in Deutschland**

Die wettbewerbspolitischen Analysen zuständiger nationaler wie internationaler Einrichtungen zur Überwachung und Regulierung der Postmärkte zeichnen das Bild einer dominierenden und marktverdrängenden Unternehmenspolitik durch die DPAG, die mit Hilfe ihres sektoralen Monopols sowohl den Briefbeförderungsdienst fast vollständig besetzt und zudem durch Quersubventionierung den Paketdienstbereich in ähnlicher Weise zu monopolisieren versucht. Die Aufhebung des Beförderungsmonopols für Briefsendungen erfolgte zwar formal durch das Postgesetz, faktisch befindet sich der Briefmarkt aber nach wie vor größtenteils im Monopol; wettbewerbliche Ansätze sind lediglich in Randgebieten, wie etwa bei den höherwertigen Dienstleistungen, zu verzeichnen.

- 1. Kritik an Monopolstruktur und Marktverhalten durch nationale Stellen**
  - a. Sondergutachten der Monopolkommission**

In einem Sondergutachten der Monopolkommission hat diese Ende 1999 die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Bereich der Briefbeförderung in Deutschland bezweifelt: „Obschon eine hohe Anzahl von Lizenzen vergeben wurde, hält die DPAG einen Marktanteil von über 99 %. Die Konkurrenten sind zum überwiegenden Teil kleine und mittlere Unternehmen, die sich auf die innerörtliche oder regionale Verteilung beschränken. Keines dieser Unternehmen ist in der Lage, bundesweit flächendeckend in Konkurrenz zu dem ehemaligen Monopolisten zu treten.“

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171; dazu Stellungnahme der BReg in BT-Drucks. 14/4064.

Die Exklusivlizenz wirkt sich als wettbewerbspolitischer Sperrriegel zugunsten der DPAG aus, der eine nur annähernd gleichwertige Teilnahme anderer Wettbewerber an der Markttätigkeit im Bereich der Postdienste und damit eine marktwirtschaftliche Liberalisierung auf der Grundlage gleicher Wettbewerbsbedingungen verhindert. Die Monopolkommission rekurriert in ihrer Stellungnahme auf Untersuchungen der Regulierungsbehörde aus dem Jahre 1999 über die Marktverhältnisse im Bereich der Briefbeförderung. Danach wurde für die mit der DPAG konkurrierenden Anbieter ein Marktanteil - gemessen am Gesamtumsatz - von 0,28 % errechnet.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171

Da das Exklusivmonopol den weitaus größten Marktsektor abdeckt und zugunsten der DPAG abschottet, sind konkurrierende Anbieter nicht in der Lage, die notwendigen Beförderungsmengen zu erreichen, um entsprechende Versorgungs- und Vertriebsnetze wirtschaftlich rentabel einzurichten; somit wird bereits der investive Aufbau von Versorgungs- und Vertriebsnetzen durch andere Lizenznehmer verhindert.

Die marktwirtschaftliche Auswirkung der Exklusivlizenz hat einen solch gravierenden Umfang erreicht, dass andere potentielle Lizenznehmer gar keine Möglichkeit erhalten,

die für eine Marktteilnahme außerhalb des von der Exklusivlizenz geschützten Bereiches notwendigen Versorgungsnetze in Konkurrenz zur Infrastruktur der DPAG aufzubauen. Das sektorale Exklusivmonopol wirkt invasiv-monopolisierend in den zwar rechtlich freien, aber ökonomisch-faktisch ebenfalls monopolisierten Wettbewerbsbereich innerhalb der Briefbeförderung hinein: „Durch das Postgesetz wurde das Beförderungsmonopol für Briefsendungen zwar formal aufgehoben, faktisch jedoch befindet sich der Briefmarkt nach wie vor größtenteils im Monopol.“

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171

Darüber hinaus bestehen Erkenntnisse, dass die DPAG neben dem Ausbau ihres Monopols bei der Briefbeförderung die dort erzielten Monopolgewinne wiederum missbräuchlich für die Quersubventionierung des Paketdienstes verwendet. Bereits die Monopolkommission hat dies angedeutet, indem sie bei der DPAG im Bereich des Paketdienstes eine Preisbildung attestiert, die unterhalb der Kostendeckung liegt und dies in Bezug setzt zu den hohen Einnahmen, die das Unternehmen aus den monopolisierten Briefbeförderungsbereichen zieht: „Aus wettbewerblicher Sicht besonders bedenklich ist ihre Möglichkeit zur Quersubventionierung wettbewerblicher Aktivitäten mit Gewinnen aus dem Exklusivbereich“.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 171, 172

Die Monopolkommission beruft sich dabei zudem auf ein Gutachten des Bundeskartellamtes im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie, wonach die Monopolgewinne mittels Quersubventionen die Wettbewerbsbereiche beeinflussen und eine Wettbewerbsverzerrung zulasten der übrigen Wettbewerber im Paketdienstleistungsbereich herbeiführen.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 170

Die Monopolkommission kommt insgesamt zu der nachdrücklichen Feststellung, dass ein „funktionsfähiger Wettbewerb ... sich frühestens dann entwickeln (kann), wenn die Übergangsbestimmungen des Postgesetzes – wie im Gesetzestext ausdrücklich vorgesehen – auslaufen. Danach soll die Exklusivlizenz der DPAG ab dem Jahr 2003 vollständig entfallen. Derzeitigen Bestrebungen auf der politischen Ebene, den Exklusivbereich über diesen Zeitpunkt hinaus zu verlängern, ist entgegenzutreten. Der Zweck des Postgesetzes, den Wettbewerb zu fördern, kann nur durch eine uneingeschränkte Marktöffnung erreicht werden.“

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 172

#### **b. Unterrichtung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post**

Schließlich hat sich auch und gerade die für die kontrollierende und steuernde Überwachung einschließlich der wettbewerbspolitischen Regulierung des marktbeherrschenden Unternehmens DPAG zuständige Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post eindeutig dazu bekannt, dass das sektorale Monopol aus ordnungspolitischen und gewerberechtlichen Gründen eine problematische Privilegierung einer Aktiengesellschaft gegenüber über anderen Anbietern darstellt und einen Fremdkörper innerhalb der bundesdeutschen Rechtsordnung bildet. Dies veranlasst die Regulierungsbehörde zu dem Hinweis, dass sie „aus heutiger Sicht die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz über den 31. Dezember 2002 hinaus für nicht erforderlich“ hält.

Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - Bericht nach § 81 I Telekommunikationsgesetz und nach § 47 I Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 128.

Die Regulierungsbehörde hält das sektorale Monopol nicht zuletzt aus ordnungspolitischen Gründen für einen Fremdkörper in der grundgesetzlichen Wirtschaftsordnung, der durch die einschlägigen Vorschriften (Art. 87 f, 143 b GG) nur in bedingtem und befristetem Modus akzeptiert werden kann

Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post - Bericht nach § 81 I Telekommunikationsgesetz und nach § 47 I Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 128.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auch die Einschätzung einer nicht-behördlichen Einrichtung erwähnt, die sich in dem Gutachten des SPD-Bundestagsabgeordneten Prof. Dr. Uwe Jens niederschlägt und aus wettbewerbspolitischen Aspekten das pünktliche Auslaufen der Exklusivlizenz postuliert, da der im Postgesetz festgeschriebene Universaldienst eine flächendeckende Versorgung auch ohne Monopole garantieren. Die weitere Liberalisierung des DPAGmarktes muss nach dieser Expertise unabhängig von den Zeitvorstellungen der europäischen Instanzen in Deutschland vorangebracht werden und bereits im Jahr 2003 zum Ende des sektoralen Monopols für die DPAG führen.

Zur Wettbewerbssituation des Postmarktes in Deutschland nach Privatisierung und Regulierung, Prof. Dr. Uwe Jens, Institut für Internationale Marktentwicklung und Innovationsberatung, S. 23, 27 f.

## **2. Lizenzierungspolitik und Wettbewerbsrechtliche Klageverfahren**

Aus Wettbewerbsstruktur- und Marktanalysen ergibt sich im Postdienstleistungsmarkt eine Situation, nach der auf diesem regulierten Markt zwar eine quantitativ hohe Zahl von Lizenzen an andere Unternehmen vergeben wurden, gleichwohl die DPAG den Markt gemessen an den Umsatzanteilen nahezu flächendeckend beherrscht. Zugleich betreibt die DPAG eine Vielzahl von wettbewerbsrechtlichen Klageverfahren gegen die Regulierungsbehörde, mit denen sie gegen diese Lizenzerteilungen gerichtlich vorgeht.

### **a. Marktbeherrschung der DPAG trotz Lizenzvergabe an sonstige Anbieter**

Nach den geltenden Regulierungsvorschriften ist für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht bis 1 000 g eine Lizenzerteilung nach § 5

PostG durch die Regulierungsbehörde grundsätzlich erforderlich. Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post ist als sektorspezifische Aufsichtsbehörde für die Anwendung des Gesetzes zuständig. Neben der DPAG, die aufgrund ihrer umfassenden Exklusivlizenz bis Ende des Jahres 2002 den größten Teil der Briefsendungen befördert, können Wettbewerber per Lizenz tätig werden. Daraus folgt: Solange die DPAG über ihre Exklusivlizenz verfügt, können die privaten Anbieter nur in eingeschränktem Umfang Postdienstleistungen anbieten, da nur eine kleiner Teil für Lizenzvergaben offen steht. So hat etwa 1998 die Regulierungsbehörde:

- 228 Lizenzen zur Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht über 200 g oder einem Preis unterhalb von 5,50 DM vergeben,
- 279 Lizenznehmern sogenannte höherwertige Dienstleistungen (Kriterien der Höherwertigkeit: taggleiche Zustellung, Umlenkbarkeit der Sendungen, Abholung und Zustellung, Haftungsregelungen, Größe des Zustellgebietes, nachträgliche Abrechnung) gestattet,
- 189 Lizenzen für Infopost (inhaltsgleiche Briefsendungen) erteilt,
- beim Dokumentenaustauschdienst 76 Lizenzen vergeben
- bei 287 bzw. 283 Lizenznehmern die Einlieferung bei den Annahmestellen der DPAG und die Abholung aus Postfachanlagen (in Teillizenzen) zugelassen.
- zum Zeitpunkt 1. Oktober 1999 haben insgesamt 562 Unternehmen Lizenzen erhalten
- bis zum 30.6.2000 wurden 735 einzelne Lizenzen erteilt.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 170, 171; Halbjahresbericht 2000, Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 67.

Die Marktverhältnisse ergeben nach den Daten der Monopolkommission für Postdienstleistungen in 1998 Gesamtumsätze von etwa 42 Mrd. DM. Auf den lizenzierten Bereich der Briefbeförderung entfällt ein Umsatzvolumen von ca. 19 Mrd. DM; davon erreichte die DPAG in den für sie

monopolisierten Dienstleistungen 14 Mrd. DM. In dem monopolfreien Wettbewerbsegment der Postdienste ergibt sich für 1998 ein Umsatzvolumen von 5 Mrd. DM; wovon die konkurrierenden Anbieter insgesamt 54 Mio. DM verzeichneten. Das entspricht einem Marktanteil am Gesamtumsatz von folglich 0,28 %; dieser Marktanteil stieg im ersten Quartal 1999 auf 0,62 %.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 170, 171.

Aus neuesten Marktentwicklungsanalysen- und Prognosen ergibt sich für die Jahre 1998 bis 2000 folgende Bilanz für den Briefmarkt:

	1998	1999	2000
<i>Gesamtumsatz</i>	19,2 Mrd.	19,6 Mrd.	20,2 Mrd.
<i>Marktanteil DPAG</i>	99,2 %	98,7 %	98,0 %
<i>Marktanteil sonst. Lizenznehmer</i>	0,8 %	1,3 %	2,0 %

Halbjahresbericht 2000, Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 57; Handelsblatt v. 28.8.2000, S. 13; siehe auch Geschäftsbericht der DPAG, 1999, S. 14 ff., 25 ff., 44 ff.

Nach den Analysen der Monopolkommission und Regulierungsbehörde wird die gesamte Marktentwicklung im Postbereich durch das Marktverhalten der DPAG geprägt. Deren Gesamtumsatz belief sich 1999 auf ca. 43,7 Mrd. DM (1998 noch 28,7 Mrd. DM); dabei besteht das Kerngeschäft der Briefbeförderung einerseits mit 19,3 Mrd. DM und andererseits auch als umsatzexpansivster Bereich mit einem Umsatzplus von 2,9 % als Schwerpunkt ausgewiesen. Der dazu gehörige Bereich der inhaltsgleichen Briefsendungen (Infopost, Infobrief und nicht adressierte Postsendungen) hatte etwa 1998 bei der DPAG eine Absatz-

menge von rund 9,5 Mrd. Sendungen (Brief 9,2 Mrd. Sendungen).

Der deutsche Postmarkt umfasst in 1999 ein Umsatzgesamtvolumen von ca. 43 Mrd. DM. Nach neuesten Erkenntnissen der Regulierungsbehörde erzielte die DPAG davon nahezu 67 %.

Das restliche Drittel teilen sich eine Vielzahl von Anbietern, insbesondere Kurier-, Express- und Paketdienste; Halbjahresbericht 2000, Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 57.

Der Umsatz im lizenzierten Bereich (Beförderung von Briefsendungen bis 1000 g) betrug 1999 rund 19,6 Mrd. DM. Die DPAG hält hier trotz Öffnung bestimmter Bereiche für den Wettbewerb einen Marktanteil von knapp 99%. Bei der Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen liegt der Marktanteil der DPAG auch 1999 bei über 95 %, obwohl dieser Bereich bereits seit längerem teilweise für den Wettbewerb geöffnet ist

Seit 1995 für Sendungen über 250 Gramm, seit 1996 für Sendungen über 100 Gramm und seit 1998 für Sendungen über 50 Gramm; Halbjahresbericht 2000, Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 57.

Basis dieses Umsatzvolumen ist nicht zuletzt das Preisniveau für Briefsendungen, welches im monopolisierten Bereich für die DPAG eine feste Einnahmegröße bildet. Am 30. Juni 2000 bestand in diesem Zusammenhang für die im Bereich der befristeten gesetzlichen Exklusivlizenz wesentlichen Dienstleistungen der DPAG folgende Preisstruktur:

- Postkarte: 1,00 DM
- Standardbrief bis 20 g: 1,10 DM
- Kompaktbrief bis 50 g: 2,20 DM
- Großbrief bis 200 g: 3,00 DM
- Maxibrief bis 200 g: 4,40 DM

Daraus ergibt sich ein im internationalen Maßstab vergleichbares Preisniveau 2000: 1,58 DM.

Halbjahresbericht 2000, Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 61 f.

Bei einem Vergleich dieses Preisniveaus der DPAG durch die Regulierungsbehörde mit den EU-Ländern sowie mit Norwegen, Schweiz sowie mit USA, Kanada, Australien, Neuseeland und Japan nimmt das Preisniveau in Deutschland den zweiten Platz ein. Nur das Preisniveau in Italien liegt mit 1,70 DM noch höher als das in Deutschland.

Halbjahresbericht 2000, Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 63.

Hingegen verzeichnet der Unternehmensbereich „Paket/Express/Logistik“ der DPAG weiterhin Defizite. Aus den Marktanalysen der Monopolkommission ergeben sich deutliche Hinweise darauf, dass die DPAG ihre Leistungen in diesem Bereich zu nicht kostendeckenden Preisen anbietet.

Die Monopolkommission beruft sich dabei auf Ergebnisse eines Gutachtens zur Preissetzung der DPAG im Frachtbereich, welches das Bundeskartellamt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie erstellt hat. Danach weist dieser Unternehmensbereich eine starke Kostenunterdeckung auf. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 170.

Eine solche Quersubventionierung wettbewerblicher Aktivitäten durch Monopolgewinne beeinträchtigt die privaten Paketdienste und stellt nach Auffassung der Monopolkommission - im übrigen aber auch nach der Einschätzung der Europäischen Kommission (vgl. unten IV.2.b.) - insoweit eine Wettbewerbsverzerrung dar.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 17; zum wettbewerbsrechtlichen Vorgehen der EU-Kommission vgl. unten 2.

**b. Situation bei wettbewerbsrechtlichen Klageverfahren und Regulierungsbedarf**

Die mit Hilfe der grundgesetzlichen Rahmenvorschriften und der einfachgesetzlichen Ausführungsregelungen gegebene Option zur Vergabe von Lizenzen innerhalb des monopolfreien Bereiches des Postmarktes (im wesentlichen: Briefe über 200 g bei normalen Briefsendungen, über 50 g bei Direktwerbung) hat wie beschrieben zu einer relativ gesehen hohen Zahl von Lizenznahmen geführt. Die Lizenzierungsverfahren der Regulierungsbehörde zum Zwecke der Öffnung des Postmarktes vom Monopolmarkt hin zum lizenzierten Wettbewerbsmarkt haben zu dem Ergebnis geführt, dass zum 1. Oktober 1999 insgesamt 562 Unternehmen Lizenzen erhalten haben bzw. bis zum 30.6.2000 735 einzelne Lizenzen erteilt wurden.

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 170, 171; Halbjahresbericht 2000, Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 67.

Die DPAG greift die von der Regulierungsbehörde vergebenen Lizenzen mit dem Vorwurf gerichtlich an, dass die Regulierungsbehörde zu Unrecht Lizenzen für qualitativ höherwertige Dienstleistungen (D-Lizenz) erteilt. Sie beschreitet zum einen den verwaltungsgerichtlich zulässigen Weg der Anfechtungsklage gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde und geht zum anderen zivilgerichtlich gegen die lizenzierten Wettbewerber vor, die solche Dienstleistungen anbieten (Unterlassungsklage). Derzeit sind in diesem Zusammenhang ca. 420 anhängige Klagen der DPAG gegen die Regulierungsbehörde zu verzeichnen.

Marktbeobachtungsdaten der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation, S. 71 - Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln bis zum 30.06.2000

Zugleich geht die DPAG gegen die Wettbewerber mit UWG-Klagen auf zivilrechtlichem Wege vor. Die Monopolkommission weist in ihrem Sondergutachten deutlich darauf hin, dass durch diese Praxis die wettbewerbsrechtliche und -politische Marktsituation im Postbereich zugunsten der DPAG beeinflusst wird: „Die bereits in den Markt eingetretenen Unternehmen sind dadurch erheblich verunsichert. Potenziellen Anbietern höherwertiger Postdienstleistungen mag der Markteintritt angesichts der unsicheren Rechtslage und der Vielzahl an Klagen zu riskant erscheinen.“

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 172.

Die Lizenzierungspraxis durch die Regulierungsbehörde führt also zu einer zwar quantitativ beachtlichen Zahl von Lizenzvergaben, die jedoch alle durch die Rechtsmittel seitens der DPAG unter den Vorbehalt der Rechtsgültigkeit gestellt werden. Sie erreicht jedoch keineswegs eine qualitative durchgreifende Marktverteilung wie sie unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten wünschenswert wäre. Beide Effekte signalisieren den einerseits unfertigen Zustand des Postdienstmarktes unter Wettbewerbs- und Liberalisierungsgesichtspunkten und weisen gleichzeitig der Regulierungsbehörde eine wettbewerbsrechtliche wie wettbewerbspolitische Wächterfunktion zu.

Angesichts der wettbewerbspolitischen Situation ist der Regulierungsbedarf für den Markt der Postdienstleistungen, wie er durch den gesetzlichen Auftrag des § 71 PostG der Regulierungsbehörde zugewiesen ist - auch im Licht aller Liberalisierungs- und Deregulierungsforderungen -, weiterhin als hoch einzuschätzen; jedenfalls solange noch monopolistische Strukturen den Markt in der beschriebenen Weise prägen. Hier ist der Monopolkommission nur zuzustimmen: „Bis zur Aufhebung der Exklusivlizenz ist die Regulierung in ihrem derzeitigen Umfang aufrechtzuerhalten. Die Einräumung eines derart weitrei-

chenden Monopolbereichs zieht folgerichtig eine strikte Regulierung des marktbeherrschenden Unternehmens nach sich.“

Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, BT-Drucks. 14/2321, S. 172.

In diesem Kontext ist auch die zuletzt ergangene förmliche Beanstandung der Regulierungsbehörde gegenüber der DPAG wegen Missbrauchs bei der Rabattpraxis zu sehen. In einem Beschlusskammerverfahren nach § 46 i.V.m. § 32 PostG hat die Regulierungsbehörde im Rahmen ihrer Missbrauchsaufsicht der DPAG als marktbeherrschendem Unternehmen die Rabattpraxis bei dem Versand von Katalogen gegenüber entsprechenden Großunternehmen untersagt bzw. angewiesen, nur noch die allgemeinen Preislisten anzuwenden. Die DPAG hatte durch Treuerabatte die entsprechenden Unternehmen an sich gebunden und daran gehindert Teile des Katalogversandaufkommens an andere Anbieter zu vergeben; mit dieser Praxis hat die DPAG andere Wettbewerber in ihren Marktchancen beeinträchtigt.

Siehe Meldung in FAZ, vom 18.8.2000, S. 13; bisher nicht durch die Regulierungsbehörde veröffentlicht.

### **3. Wettbewerbsrechtliche Einschätzungen durch die EU-Kommission**

Ebenfalls im Sinne wettbewerbsrechtlicher Maßstäbe haben die Wettbewerbsbehörden der Europäischen Kommission im August 2000 ein förmliches Missbrauchsverfahren gemäß Art. 82 EGV gegen die DPAG eingeleitet. In dem Verfahren wird überprüft, wie die Preisbildung und Preispolitik im Bereich der Paketdienstleistungen und des Briefportos sich vollzieht, die im Ergebnis dazu führt, dass in Deutschland die Briefbeförderung sich innerhalb der europäischen Spitzengruppe bewegen, wohingegen im Bereich des Paketdienstes die Post AG mit Dumpingpreisen unterhalb der Selbstkostenmarge operiert.

Siehe IP/00/919, vom 8.8.2000, Kommission eröffnet förmliches Verfahren gegen die DPAG wegen

missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung; siehe auch: Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln aus dem Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste (98/ C 39/02, in Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften C 39/2 vom 6.2.1998).

Dieser Verfahrenseröffnung waren bereits zwei weitere Verfahrenseröffnungen durch die Kommission vorausgegangen:

- seit Juli 1999 läuft ein förmliches Beihilfeverfahren nach Art. 88 EGV gegen die DPAG, bei dem die Quersubventionierung von in- und ausländischer Unternehmenskäufen mit Hilfe der Einnahmen aus den Monopol im Briefbeförderungsbereich sowie bereits damals die Verwendung dieser Einnahmen zum Verlustausgleich im Paketdienst Gegenstand der Prüfung sind.

Siehe IP/99/530

- im Mai 2000 wurde bereits das wettbewerbsrechtliche Missbrauchsverfahren gemäß Art. 82 EGV gegen die DPAG wegen Störung des internationalen Postverkehrs eingeleitet; darin wird dem Unternehmen vorgeworfen, durch häufiges und systematisches Aufhalten eingehender grenzüberschreitender Post, die Erhebung eines Zuschlages und Verzögerungen bei der Zustellung solcher Sendungen gegen die Wettbewerbsregeln der EU zu verstoßen

Siehe IP/00/562

Bei dem Verfahren vom Juli 1999 hat die Kommission im Rahmen ihrer Wächterfunktion bei der Beihilfenaufsicht gemäß Art. 88 EGV das Vorgehen und die Marktpraxis der DPAG moniert. In dem förmlichen Prüfverfahren nach Art. 88 II EGV hat die EU-Kommission die Auffassung vertreten, dass diejenigen Einnahmen des Exklusivbereichs (Monopolbereichs) der DPAG als staatliche Beihilfe einzu-

stufen sind, welche die Kosten der Universaldienstverpflichtung übersteigen.

Staatliche Beihilfen, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Absatz 2 EG-Vertrag zur Beihilfemaßnahme C 61/99 (ex NN 153/96) - Staatlich Beihilfe an die DPAG, ABI. EG C 306 vom 23. Oktober 1999, S. 25.

Aufgrund ihres gesetzlichen Monopols und der staatlichen Festlegung von Briefmarkenpreisen verfügt die DPAG nach der Analyse der EU-Kommission über eine sichere Einnahmequelle. Diese Einnahmen sollen nach Auffassung der EU-Kommission zur Finanzierung des Universaldienstes dienen. Nach den vorgelegten Daten steht für die EU-Kommission aber fest, dass die im reservierten (monopolistischen) Bereich erwirtschafteten Erträge höher als die Universaldienstkosten sind. Dies ist nach der Rechtsauffassung der EU-Kommission eine staatliche Beihilfe, die weder von der Postrichtlinie noch vom EG-Vertrag abgedeckt ist.

Staatliche Beihilfen, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Absatz 2 EG-Vertrag zur Beihilfemaßnahme C 61/99 (ex NN 153/96) - Staatlich Beihilfe an die DPAG, ABI. EG C 306 vom 23. Oktober 1999, S. 25.

Auch bezüglich des Erwerbs der Postbank AG durch die DPAG hat die EU-Kommission beihilferechtliche Schritte i.S.d. Art 88 EGV unternommen und insbesondere die Bundesregierung zu einer Stellungnahme aufgefordert. Moniert wird dabei die Bezahlung der Transaktion durch Verrechnung mit Forderungen seitens der DPAG an den Staat, welche aus den Bilanzen der DPAG jedoch nicht ersichtlich sind. Auch die Tatsache ist von der EU-Kommission gerügt worden, dass das in der Post-Unterstützungskasse vorhandene Defizit staatlich gedeckt wird, ohne eine mögliche Defizitdeckung durch die DPAG selbst (beispielsweise durch den Verkauf von Grundbesitz) zu prüfen. Schließlich hat die EU-Kommission daran Anstoß genommen, dass die DPAG von zahlreichen staatlicherseits gewährten Ausnahmeregelungen (z. B. Freistellung vom Nachtfahrverbot und vom Güterkraftver-

kehrsgesetz) zum Nachteil anderer Wettbewerbsteilnehmer profitiert.

Staatliche Beihilfen, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Art. 88 Absatz 2 EG-Vertrag zur Beihilfemaßnahme C 61/99 (ex NN 153/96) - Staatlich Beihilfe an die DPAG, ABI. EG C 306 vom 23. Oktober 1999, S. 25.

Zuletzt hat die EU-Kommission darüber hinaus festgestellt und attestiert, dass „einige Anbieter von Universaldiensten ferner die Vorteile ihres nationalen Netzes und ihrer Bekanntheit auf dem Markt genutzt (haben), um ihre Aktivitäten auf Nebenmärkte des eigentlichen Postsektors auszuweiten, z. B. Mehrwertdienste für elektronische Post ... , Finanzdienstleistungen und die Verwaltung von Poststellen. ... Die Zunahme der kommerziellen Tätigkeiten einiger Anbieter von Universaldiensten in Verbindung mit nach wie vor vorhandenen umfangreichen nationalen Monopolen haben dazu geführt, dass die Unsicherheit bezüglich der Einhaltung der Wettbewerbsregeln größer wurde; es gab unter anderem auch Bedenken wegen angeblicher Quersubventionen vom reservierten zum nichtreservierten Bereich.“

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, S. 7, 9

Diese Sachverhaltsschilderungen treffen zweifellos auf die Marktsituation, wie sie für den deutschen Postmarkt beschrieben worden sind, zu. Die DPAG nutzt ihre Monopolstellung im Briefmarkt, um sich durch Quersubventionen und Vorteile bei den Versorgungs- und Vertriebsnetzen eine monopolähnliche Stellung auch in anderen Marktsegmenten zu erhalten.

#### **4. Marktbeherrschende Wettbewerbsposition**

In der Gesamtschau der wettbewerbsrechtlichen Situationen Deutschland ist daher zu resümieren, dass die DPAG die Wettbewerbsvorteile, die sie im Vergleich zu ihren Konkurrenten auf dem nationalen Markt innehat, zu einem

maßgeblichen Anteil auf dem ihr zustehenden Monopolbereich basieren. Hinzu kommen wettbewerbliche Marktvorteile der DPAG wie die umfassende Infrastruktur, ein hoher marktspezifischer wie gesamter Bekanntheitsgrad, jahrzehntelange Erfahrungen und Verflechtungen mit in- und ausländischen Postunternehmen. Bilanziert man zudem die große Finanzkraft, die der DPAG aus diesen Wettbewerbsprivilegien erwächst, so muss der DPAG eine absolut marktbeherrschende Stellung attestiert werden. Aus wettbewerbspolitischer wie wettbewerbsrechtlicher Sicht ist besonders die Möglichkeit zur Quersubventionierung wettbewerblicher Aktivitäten der DPAG mit Gewinnen aus dem Exklusivbereich anzumerken.

#### **V. Verlängerung der Exklusivlizenz als Verstoß gegen das Ordnungsmodell des Art. 87 f, 143 b GG**

§ 51 1 PostG läßt die „Übergangszeit“ für die Exklusivlizenz nicht offen, sondern befristet sie bis zum 31. Dezember 2002. § 51 PostG ist eine Norm des einfachen Gesetzesrechts. Gleichwohl liegt es nicht im freien politischen Belieben bzw. Ermessen der einfachen Parlamentsmehrheit, in Abänderung dieser Vorschrift den Schlußtermin der Exklusivlizenz hinauszuschieben. Der einfache Gesetzgeber hat nicht verfassungsfreie Hand in der Frage, ob der in § 51 PostG genannte Endpunkt der Exklusivlizenz gehalten oder verlängert wird.

Eine Verlängerung der Exklusivlizenz stieße nicht erst – wie dargelegt wird – auf grundrechtliche Barrieren, ihr stünde bereits objektiv-rechtliches Verfassungsrecht entgegen. Die Verlängerung der Exklusivlizenz hätte keinen Bestand vor dem Ordnungsplan, wie ihn Art. 87 f GG in Verbindung mit Art. 143 b GG für den Postbereich vorgibt. Sie verstieße gegen das in Art. 87 f II 1 GG enthaltene Verfassungsgebot zur Voll-Privatisierung und Voll-Liberalisierung des Bereichs postalischer Dienstleistungen. Die postalischen Dienstleistungen sollen und müssen privatwirtschaftlich erbracht werden; zugleich soll diese privatwirtschaftliche Erbringung der Dienstleistungen nicht in einer Hand liegen, sondern in vielen (miteinander konkurrierenden) Händen. Grundentscheidung des Art. 87 f II

1 GG ist, daß der Postsektor dem privatwirtschaftlichen Wettbewerb zugänglich gemacht wird.

Die prinzipielle Öffnung des Postbereichs ist nicht nur politisches Ziel, sondern unmittelbar verbindliches und damit Politik und Gesetzgebung bindendes Verfassungsrecht. Die in Art. 87 f GG niedergelegte ordnungspolitische Vorgabe ist die endgültige Absage an die bisherige Maßgabe der Staatswirtschaftlichkeit, der Übergang zur grundsätzlichen Privatwirtschaftlichkeit des Postbereichs, der Paradigmenwechsel von der Staatsregie und vom Monopol zur grundsätzlichen Freiheit des kommerziellen Wirtschaftens, damit aber die Herstellung voller Wettbewerbsfreiheit und entsprechender Wettbewerbsgleichheit auf diesem Markt. Die Nachfrage nach postalischen Dienstleistungen muß im freien und chancengleichen Wettbewerb abgedeckt werden: das ist Verfassungsintention und Verfassungsprogramm.

Die privatwirtschaftliche Leistungserbringung im Wettbewerb (und nicht länger durch den Staat und auch nicht durch ein privates Monopol) ist das entscheidende Strukturprinzip der Ordnungspolitik, wie es die Verfassung für den Postbereich nicht nur etwa erlaubt oder duldet, sondern als verbindliche Maxime vorschreibt und damit der Politik, insbesondere dem einfachen Gesetzgeber, befiehlt. Der Ordnungsplan, den die Verfassung für den Postbereich vorsieht und vorgibt, steht unter der Maxime: von der Staatswirtschaftlichkeit zur Privatwirtschaftlichkeit, vom Monopol zum Wettbewerb. Verfassungsintendiert ist die marktwirtschaftliche Konkurrenzsituation, die Erbringung postalischer Dienstleistungen im Wettbewerb der Nachfolgeunternehmen des öffentlichen Sondervermögens Deutsche Bundespost und „anderen privaten Anbietern“.

vgl. dazu schon oben unter II.

In dieses Ordnungsmodell einer prinzipiellen Marktöffnung fügt sich die Exklusivlizenz nur schwerlich ein. Sie verbindet ja gerade die verfassungsintendierte Marktposition der „anderen Anbieter“. Sie ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlich gewollten Soll-Zustandes ein Fremdkörper, eine Systemwidrigkeit, denn „eigentliches“ Ord-

nungsprinzip ist ja gerade die Monopolablösung. Wenn Art. 143 b GG die Fortführung bestimmter Monopolsituationen gleichwohl zulässt, dann zu Recht und konsequent nur für eine begrenzte Übergangszeit, also in engen Grenzen, nicht für lange Zeit und schon gar nicht auf Dauer; als ordnungspolitische „Zwischenlösung“, um allzu abrupte Systembrüche zu vermeiden, um „sanften“ Strukturwandel zu ermöglichen.

auch dazu schon oben V.

Der einfache Gesetzgeber gewinnt aus der Ermächtigung des Art. 143 b II 1 GG keinen Freibrief, die Übergangszeit für Exklusivlizenzen beliebig auszudehnen, aus bloßen Übergangs-Monopolen durch die Hintertür doch Dauer-Monopole zu schaffen. Eine Verlängerung der Exklusivlizenz des § 51 I 1 PostG verträge sich nicht mit dem verfassungsverbindlichen Gebot einer umfassenden Marktöffnung mit voller Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit der anderen privaten Anbieter. Diese „anderen privaten Anbieter“ dürfen nicht außen vor bleiben, sie müssen so schnell als möglich auf den Markt kommen (können); das will die Verfassung, das gibt sie vor. Dem Bund erwächst aus Art. 87 f GG eine Schutz- und Förderungspflicht zur Entwicklung (und dann auch zur Sicherung) einer entsprechend offenen Wettbewerbssituation im Postsektor. Dieser Schutz- und Förderungspflicht würde die Aufrechterhaltung reservierter Marktsegmente über den in § 51 Abs. I 2 PostG genannten Zeitraum hinaus widersprechen, die Verstetigung der Monopolsituation würde das Verfassungsgebot zur Herstellung und Sicherung voller Wettbewerbsfreiheit wie Wettbewerbsgleichheit im Postbereich konterkarieren; sie würde einen Marktzustand verfestigen, der dem verfassungsintendierten Ordnungsplan diametral widerspräche.

Gemäß Art. 87 f II 1 GG hat der Bundesgesetzgeber dafür Sorge zu tragen, dass den dort genannten „anderen privaten Anbietern“ die Chance des Marktzutritts eröffnet wird; es ist nicht seine Aufgabe, ihnen den Marktzutritt (weiter) zu verwehren. Die Verfassung zielt auf Beseitigung von Monopolen im Postbereich, nicht auf deren Verfestigung. Systemgerecht im Kontext des Art. 87 f II 1 GG ist allein die Marktöffnung ab 1. Januar 2003, die Fort-

schreibung reservierter Marktsegmente hingegen wäre definitiv systemwidrig, ein Bruch mit den in Art 87 f GG vorgegebenen Ordnungsmaximen, quasi deren Konterkarikatur, genau das Gegenteil von dem, was von Verfassungen wegen gewollt ist und soll-Zustand des Postbereichs sein soll. Das Verfassungsgebot des Art. 87 f II 1 GG zielt auf Öffnung für Wettbewerb, nicht auf dessen (weitere) Verhinderung. Der Staat muß alles tun, um Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit im Postbereich herzustellen; Wettbewerb ist der verfassungsrechtlich gewollte Normalzustand, das Monopol die begründungsbedürftige Ausnahme für eine Übergangszeit. Schon die jetzige Befristung der Exklusivlizenz ist sehr weitgehend und damit - im Sinne des in Art 87 f GG aufgestellten Ordnungsplans – verfassungsrechtlich fragwürdig, jedenfalls an der Grenze verfassungsrechtlich veträglich.

Vgl. schon Abgeordneter Dr. Stadler, BT-Plenarprotokoll, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 17788; Herdegen, PostG-Kommentar, § 51 Rdnr.3, S. 21 f., 64 f; siehe auch Gramlich, NJW 1998, S. 866, 868

Ein verfassungsrechtlich tragfähiger Grund für eine Verlängerung der Monopolsituation ist auch gar nicht in Sicht. Die DPAG hat nach eigener Einschätzung laut Geschäftsbericht 1998 die Sanierung des Unternehmens endgültig abgeschlossen; nach allgemeiner Einschätzung des Marktgeschehens hat sie den Umstrukturierungsprozeß von einem staatlichen Unternehmen in ein Unternehmen privaten Rechts erfolgreich bewältigt.

Ein Zitat aus dem Geschäftsbericht 1998 mag dies belegen: „Die wirtschaftlichen Kennzahlen des Konzerns Deutsche Post haben mit dem Jahresabschluß 1998 neue Spitzenwerte erreicht. Das Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit betrug im Berichtsjahr 1.276 Mio. DM und lag damit um 68 % über dem Vorjahresergebnis von 758 Mio. DM. Der Umsatz stieg um fast 4 % auf 28,7 Mrd. DM.“

Entsprechend heißt es im Geschäftsbericht 1999: „Der Konzernabschluß 1999 ...weist erneut verbesserte Kennzahlen aus. Der Umsatz stieg – nicht zuletzt Dank der er-

folgreichen Akquisitionspolitik – um 52,5 % auf 22.4 Mrd. Euro, und der im Ausland erzielte Umsatzanteil stieg von 2,1 % im Jahr 1998 auf 21,6 %. Der Konzerngewinn überschritt erstmals die 1 – Mrd-Euro-Grenze und konnte um 20,2 % auf gut 1,1 Mrd Euro gesteigert werden.“ Wie erfolgreich und stabil die Wirtschaftslage der DPAG inzwischen ist, belegt zuletzt der Verkaufsprospekt, mit dem die DPAG ihren Gang zur Börse eröffnet hat. Zusammenfassend resümiert dieser: „Insgesamt setzt die Deutsche Post World Net ihren Weg zu einem integrierten Brief-, Express-, Logistik- und Finanzdienstleistungskonzern erfolgreich fort“.

Vgl. Verkaufsprospekt, S. X-1; siehe im übrigen ebenda im einzelnen S. 30 ff, 48 ff, 118 ff, 236 ff

Die DPAG hält auf dem Markt für Briefdienstleistungen einen Marktanteil von über 99 %. Entsprechend heißt es deshalb im Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 III TKG und § 44 PostG, dass im Bereich der Briefbeförderung von einem funktionsfähigen Wettbewerb derzeit keine Rede sein könne. Um einen wirksamen Wettbewerb in Gang zu setzen, bedürfe es großflächiger Versorgungsnetze in Konkurrenz zur Infrastruktur der DPAG. Die Errichtung solcher großflächiger Versorgungsnetze sei bislang aber nicht möglich; der Markt biete keine hinreichenden Amortisationsaussichten, um die entsprechenden Investitionen tätigen zu können. Angesichts des weitreichenden Umfangs der Exklusivlizenz seien die konkurrierenden Anbieter nicht in der Lage, die für die Errichtung derartiger Netze notwendigen Beförderungsmengen zu erreichen. Auf's Ganze gesehen befinde sich der Briefmarkt nach wie vor größtenteils im Monopol; wettbewerbliche Ansätze seien allenfalls in Randgebieten zu verzeichnen.

BT-Drucks. 14/2321, S. 171 f.

Die Monopolkommission kommt zu dem Ergebnis, daß ein funktionsfähiger Wettbewerb sich frühestens dann entwickeln könne, wenn die Übergangsbestimmungen des Postgesetzes ausliefen. Eine Verlängerung der Exklusivlizenz jedenfalls sei wettbewerbspolitisch verfehlt: „Der Zweck des Postgesetzes, den Wettbewerb zu fördern, kann nur

durch eine uneingeschränkte Marktöffnung erreicht werden“.

BT-Drucks. 14/2321, S. 172

Zum gleichen Ergebnis kommt die Regulierungsbehörde in ihrem Tätigkeitsbericht 1998/1999. Aus derzeitiger Sicht sei eine Aufrechterhaltung der Exklusivlizenz für den 31. Dezember 2002 hinaus „nicht erforderlich“; die DPAG habe sich gut im Wettbewerbsmarkt positioniert; bei einem Marktanteil von über 99 % im Briefkerngeschäft seien keine Gründe erkennbar, die eine Beendigung der ausschließlichen Rechte ab 1. Januar 2003 in Frage stellen könnten; auch ohne eine weitere Verlängerung des Briefbeförderungsmonopols könne der DPAG eine gesicherte Zukunft vorausgesagt werden.

BT-Drucks. 14/2321, S. 128

Die Einschätzung der Regulierungsbehörde, dass es keinen vernünftigen Grund gebe, den Zeitraum für das Brief-Monopol zu verlängern,

vgl. jetzt auch den Präsidenten der Regulierungsbehörde, Klaus-Dieter Scheurle, Der Tagesspiegel vom 29.5.2000, S. 17

ist im vorliegenden Kontext von besonderer, nämlich unmittelbar rechtserheblicher Bedeutung. Wie bereits dargelegt

siehe oben III. 4.

war im Verfahren der Postgesetzgebung zwischen Bundesregierung und Bundestag einerseits sowie Bundesrat andererseits streitig geblieben, ob die Exklusivlizenz mit einer festen zeitlichen Begrenzung oder aber mit offenem Zeitrahmen eingeführt werden sollte.

vgl. BT-Drucks. 13/7774, S. 33, 43 f. 50

Im Vermittlungsverfahren war es dann zwar auf der einen Seite bei der Befristung des Brief-Monopols bis Ende 2002 geblieben; dieser Schlusstermin wurde jedoch in gewisser

Weise relativiert durch die jetzt in § 47 I 2 getroffene Regelung, wonach die Regulierungsbehörde in ihrem periodischen Tätigkeitsbericht gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften auch zu der Frage Stellung nehmen muß, ob und ggf. bis zu welchem Zeitpunkt die Exklusivlizenz nach § 51 PostG über das dort genannte Datum hinaus beibehalten werden solle.

Vgl. Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drucks. 13/9420, S. 3 (Nr. 19 - §§ 46 a -)

Die „Revisionsklausel“

v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 28

hält in gewisser Weise den in § 51 I 1 PostG bestimmten Schlusstermin für das Brief-Monopol im Vagen. Die Exklusivlizenz findet auf der einen Seite – nämlich in § 51 I PostG – eine feste zeitliche Begrenzung, gemäß § 47 I 2 PostG erscheint die Feststellung des Endes der Exklusivlizenz auf den 31. Dezember 2002 dann doch wieder nicht endgültig und abschließend. Auf's Ganze gesehen ist § 47 I 2 PostG eine innere Systemwidrigkeit im postgesetzlichen Ordnungsmodell; die ursprüngliche ordnungspolitische Konzeption – vorübergehende Monopolsituation mit engem und vor allem auch festen Zeitrahmen – wird verwässert und aufgeweicht.

Die gesetzliche Befristung der Exklusivlizenz – wie seinerzeit von der Bundesregierung und von der Regierungskoalition im Bundestag gewollt – bleibt zwar; diese strenge Befristung wird zugleich aber auch wieder „korrigiert“ durch eine Quasi-Öffnungsklausel, wie sie seinerzeit der Bundesrat vorgeschlagen hatte. Jedenfalls bleibt der Eindruck einer gewissen inneren Widersprüchlichkeit; beide Bestimmungen – strenge Befristung einerseits, Revisionsklausel andererseits – harmonieren nicht miteinander, sind nicht aufeinander abgestimmt, gehen ordnungspolitisch in unterschiedliche Richtungen, wirken asymmetrisch und ohne innere Balance; sie sind typischer (partei-)politischer Kompromiss.

Das Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander muß hier aber nicht weiter geklärt werden. Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang nur, dass die Regulierungsbehörde die Frage, „ob und ggf. bis zu welchem Zeitpunkt die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz nach § 51 über den dort genannten Zeitpunkt hinaus erforderlich ist“, dahin beantwortet hat, dass eine Verlängerung der Exklusivlizenz nicht nur nicht erforderlich, sondern unter Wettbewerbsgesichtspunkten sogar schädlich sei. Damit ist zugleich klargestellt, dass der Bundesgesetzgeber jedenfalls aus postgesetzimmanenten Gründen keine rechtliche Handhabe hätte, die Exklusivlizenz des § 51 I 1 PostG über den 31. Dezember 2002 hinaus zu verlängern.

Das Postgesetz selbst sieht eine Abweichung von der in § 51 I 1 PostG genannten Frist ausschließlich und allein dann vor, wenn die Regulierungsbehörde eine solche Fristverlängerung für erforderlich hielte. Da nun aber die Regulierungsbehörde eine entsprechende Erforderlichkeit ausgeschlossen hat, fände der Bundesgesetzgeber jedenfalls im Postgesetz selbst keinen Anhaltspunkt für eine Verlängerung des Brief-Monopols über das Jahr 2002 hinaus. Das Postgesetz selbst läßt - jenseits aller verfassungsrechtlichen Erwägungen - eine Verlängerung der Exklusivlizenz allenfalls aufgrund einer entsprechenden Einschätzung der Regulierungsbehörde zu (die insoweit - nach der Gesetzeslogik - auch keiner Weisungsbefugnis seitens der Bundesregierung unterliegt). Diese tatbestandliche Voraussetzung ist vorliegend indes nicht gegeben. Eine Verlängerung der Fristbestimmung in § 51 I 1 PostG, zumal ohne (und gegen) die Einschätzung der Regulierungsbehörde gemäß § 47 I 2 PostG, verstieße gegen die Ordnungsmaximen, die Art 87 f GG i. V. m. Art 143 b GG für den Postbereich vorgibt. Eine verlängerte Exklusivlizenz wäre schon unter objektiv-rechtlichen Gesichtspunkten, nämlich als Verstoß gegen Art 87 f GG i. V. m. Art 143 b GG verfassungswidrig.

Eine Verlängerung des reservierten Bereichs über das Jahr 2002 hinaus ließe sich vor Art. 87 f, 143 b GG auch nicht als mögliches Instrument zur Quersubventionierung von unrentablen Universaldienstleistungen rechtfertigen.

In diese Richtung aber Herdegen, in: PostG-Kommentar, § 51 Rdnr. 19 ff.; auch v. Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwesens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 44 ff.

Der Gesetzgeber hat insoweit eine eindeutige Entscheidung getroffen: Grundversorgung (Universaldienst) und Exklusivlizenz betreffen unterschiedliche Themen, sie haben nichts miteinander zu tun.

So ausdrücklich Abgeordneter Dr. Meister, BT-Plenarprotokoll, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 09.10.1997, S. 17792

Gesetzestext und Entstehungsgeschichte lassen keinen Zweifel: Die Exklusivlizenz sollte allein der Finanzierung temporärer Belastungen aus dem Strukturwandel dienen; sie sollte deshalb (was Gegenstand und Frist betrifft) eng ausfallen; mit der Erledigung der entsprechenden Versorgungs- und Übergangslasten sollte sie wieder wegfallen; zur (zeitweisen oder gar dauerhaften) Finanzierung von unrentablen Universaldienstleistungen sollte sie jedenfalls nicht dienen. Der Finanzierung von Defiziten aus Grundversorgungspflichten dient ein eigenes (und auch keineswegs von vornherein nur für eine Übergangszeit eingerichtetes) Ausgleichssystem (§§ 11 ff. PostG). Dieses Ausgleichssystem mit seinen Ausgleichsleistungen gemäß § 15 PostG und den Ausgleichsabgaben gemäß § 16 PostG und das Monopol des § 51 PostG dürfen nicht einfach „durcheinandergewürfelt“ werden.

So nochmals Abgeordneter Dr. Meister, BT-Plenarprotokolle, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 19.10.1997, S. 17792

Die je unterschiedlichen Finanzierungszwecke lassen sich nicht beliebig gegeneinander austauschen; das verbietet schon das einfache PostG, das verbietet aber auch die Verfassung. Die Exklusivlizenz kann nicht – willkürlich – „umgewidmet“ werden in ein Instrument zur Finanzierung von Defiziten durch Grundversorgungslasten. Entsprechende Mehrkosten sollen und dürfen nicht – so die eindeutige Aussage des verfassungsausführenden Gesetz-

gebers – durch das bzw. aus dem Monopol finanziert werden; ihre Finanzierung erfolgt (ausschließlich) durch die Ausgleichsleistungen gemäß § 15 PostG. Diese gesetzgeberische Entscheidung lässt sich nicht einfach im Nachhinein unterlaufen bzw. ignorieren und ausblenden. Die Aufrechterhaltung des Universaldienstes bietet kein verfassungsrechtlich tragfähiges Argument für eine Verlängerung des Monopols gemäß § 51 I 1 PostG.

Vgl. entsprechend auch Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post – Bericht nach § 81 I TKG und nach § 47 I PostG, BT-Drucks. 14/2321, S. 128

Die Überlegung, die Exklusivlizenz in ein Instrument zur Quersubventionierung unrentabler Universaldienstleistungen umzuwidmen und dann beizubehalten, macht noch einmal auf die Gefahr (und das entsprechende verfassungsrechtliche Risiko) aufmerksam, die einer jeden Diskussion um eine Verlängerung der in § 51 I 1 PostG gesetzten Frist innewohnt: Dass sich das Monopol verfestigt und verstetigt; dass es mit der Auswechslung oder Ausweitung der ursprünglichen Funktionszuweisung bzw. des ursprünglichen Finanzierungszwecks nicht mehr als bloße Übergangserscheinung wahrgenommen wird, die es im Ordnungsrahmen der Art. 87 f., 143 b GG schnellstens zu beseitigen gilt, sondern als „Dauerlösung“ Gewöhnung und Akzeptanz gewinnt. Die Umwandlung in ein Dauermonopol aber verstieße gegen Artikel 143 b II 1 GG, wäre also definitiv verfassungswidrig. Dies gilt entsprechend auch unter dem Aspekt des sukzessiven Monopols, d.h. einer Monopolisierung, die in (zunächst kleinen) Schritten erfolgt und damit faktisch den Zustand eines Dauermonopols anstrebt oder erreichen würde. Eben dieser Tatbestand droht im hiesigen Zusammenhang jedoch eindeutig, wenn die Befristung des § 51 PostG erneut verlängert werden würde.

Zur Verfassungswidrigkeit einer solchen sukzessiven Re-Monopolisierung vgl. ausführlich unten unter VI. 4. b

## **VI. Verlängerte Exklusivlizenz als Grundrechtsverstoß**

### **1. Privatwirtschaftliche und wettbewerbliche Grundoption gemäß Art. 87 f, 143 b GG**

Gemäß Art. 87 f II GG werden Dienstleistungen im Sinne des Art. 87 f I GG „als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost vorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht“ (S. 1). Nach Art. 143 b II I GG „können die vor der Umwandlung bestehenden ausschließlichen Rechte des Bundes durch Bundesgesetz für eine Übergangszeit den aus der Deutschen Bundespost Postdienst und der Deutschen Bundespost Telekom hervorgegangenen Unternehmen verliehen werden“. Dies bedeutet, wie gezeigt, dass postalische Dienstleistungen jetzt nicht mehr dem Staat bzw. seinem Monopolunternehmen Post als öffentlich-rechtliche Staatsaufgaben vorbehalten sind. Es handelt sich vielmehr um allgemeine privatwirtschaftliche Dienstleistungen, die ebenso von privatwirtschaftlichen Aufgabenträgern wie von den privatrechtlichen Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost wahrgenommen werden können und für die der Grundsatz der allgemeinen Wettbewerbsfreiheit gilt.

### **2. Grundrechtliche Gewährleistungsdeterminanten**

Das Verständnis dieser Dienstleistungen als „privatwirtschaftlich“ bedeutet zugleich, dass für deren verfassungsrechtliche Position die allgemeinen wirtschaftlichen Grundfreiheiten gemäß Art. 12 I/Art. 14 GG bzw. hilfsweise aus Art. 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit) maßgebend sind.

Vgl. dazu m. w. Nachw. R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art.12 Rdnr. 79, 135 ff

Das GG kennt zwar textmäßig kein Grundrecht der „allgemeinen Wirtschaftsfreiheit“. Nach ganz unbestrittener Verfassungsinterpretation folgt die grundrechtliche Garantie dieser „allgemeinen Wirtschaftsfreiheit“ aber aus dem Grundrechtskatalog des GG unmittelbar, wobei lediglich über deren systematische Verortung gestritten wird. Nach verbreiteter Auffassung soll die „allgemeine Wirtschafts-

freiheit“ Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG sein. Nach anderer und auch hier vertretener Auffassung sind dagegen die Spezialgrundrechte aus Art. 12 I GG (Gewerbefreiheit) und aus Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. Recht am Unternehmen als Bestandteil der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie) maßgebend.

Vgl. näher R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rdnr. 79, 135 ff

Inhaltlich ergeben sich aus dieser grundrechtssystematischen Differenzierung indessen keine substantiellen gewährleistungsmäßigen Unterschiede. Zweite grundrechtliche Gewährleistungskomponente ist die der Wettbewerbsfreiheit sowie der Wettbewerbsgleichheit. Das GG schützt die allgemeine Wettbewerbsfreiheit zwar ausdrücklich ebenfalls nicht. Indessen ist ebenso unbestritten, dass auch die allgemeine Wettbewerbsfreiheit entweder aus dem Gewährleistungszusammenhang der Art. 12 I/14 I GG oder aus dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG folgt.

Vgl. näher R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Art. 12 Rdnr. 79 f, 136

Nach hiesiger Auffassung sind wiederum die Grundrechte aus Art. 12 I/Art. 14 I GG deshalb als maßgebend zu erkennen, weil sie gegenüber dem Hauptfreiheitsrecht des Art. 2 I GG prioritären, weil spezielleren Rang besitzen.

Vgl. näher R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rdnr. 79 f, 136

Dieses Grundrecht der allgemeinen Wettbewerbsfreiheit verbindet sich gemäß Art. 3 I GG mit dem Grundsatz der Wettbewerbsgleichheit, d.h. der Gewähr prinzipieller Chancengleichheit im Rahmen des Wettbewerbs für alle am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmen bzw. Grundrechtssubjekte.

Vgl. näher R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rdnr. 137 m.w.Nachw.

Hinzu kommt schließlich die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, die jedenfalls ruinöse Eingriffe des Staates in das private Recht am Unternehmen (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) verbietet, beispielsweise und namentlich durch monopolisierende Hoheitsakte.

Vgl. näher z.B. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rdnr. 95 ff, 232 ff

Die Grundaussage des Art.87 f II GG, derzufolge postalische Dienstleistungen in „privatwirtschaftlicher“ Form zu erbringen sind, verbindet sich demgemäß mit den allgemeinen wirtschaftlichen Freiheits-, Wettbewerbs- und Gleichheitsgarantien. Jeder, der postalische Dienstleistungen erbringt, verfügt über den prinzipiellen Grundrechtsschutz gemäß Art. 12 I/14 I GG in Verbindung mit Art.3 I GG, hilfsweise aus Art.2 I GG wiederum in Verbindung mit Art.3 I GG. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG allerdings nicht für solche postalischen Unternehmen, die sich nach ihrer rechtlichen Trägerschaft als öffentliche Unternehmen darstellen. Für solche Unternehmen hat das BVerfG den entsprechenden Grundrechtsschutz ausdrücklich ausgeschlossen.

Vgl. näher BVerfGE 61, 82 (103 f); 75, 192 (195 ff); BVerfG, NJW 90, 1783; BVerfG, NJW 95, 582 f; Badura, Bonner Kommentar, Art. 87 f Rdnr. 25; a.A. gerade für die DPAG Stern/Bauer, in: Stern (Hrsg.), Postrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1997, Art. 87 f GG Rdnr. 53

Dies ist deshalb von Bedeutung, weil die DPAG sich nach wie vor im aktienmäßigen Mehrheitsbesitz des Bundes befindet, ungeachtet ihrer privatrechtlichen Struktur also in diesem Sinne ein öffentliches Unternehmen darstellt. Anderes gilt erst von dem Zeitpunkt an, in dem die DPAG über weitere Börsengänge zum auch organisatorisch voll privatisierten Unternehmen wird bzw. geworden ist.

### **3. Zur Lehre vom Verwaltungsmonopol**

#### **a. Allgemeines**

Bis zur Postreform II bestimmte das GG, dass die „Bundespost“, d.h. das Post- und Fernmeldewesen im Sinne

des Art. 73 Nr. 7 a.F. GG in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt wird (Art. 87 I 1 a.F. GG).

Zum Folgenden auch schon oben II. 1.

Dies bedeutete, dass für den Bereich des Post- und Fernmeldewesens ein ausschließlicher Funktionsvorbehalt zugunsten des Staates bestand, der organisatorisch in ein entsprechendes Verwaltungsmonopol eingemündet ist. Kraft Verfassung und verfassungsausführenden einfachen Gesetzesrechts waren alle postalischen und fernmelde-mäßigen Dienstleistungen öffentlich-rechtliche Staatsaufgabe, private Wettbewerber oder Funktionsträger waren schon kraft Verfassungsrechts bzw. kraft verfassungsrechtlichen Kompetenzentscheids von solchen wirtschaftlichen Dienstleistungen ausgeschlossen. Mit anderen Worten: Insoweit bestand schon kraft Verfassungsrechts ein verbindliches Verwaltungsmonopol. Denn unter einem Verwaltungsmonopol versteht man die entsprechende Ausschließlichkeit, mit der eine bestimmte Funktion staatlichen Aufgabenträgern kraft öffentlichen Rechts vorbehalten wird – unter korrespondierendem Ausschluß aller Privaten.

Zu Begriff und Wesen des Verwaltungsmonopols vgl. bes. Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 1 ff, 111 ff; Langer, Monopole als Handlungsinstrumente der öffentlichen Hand, 1998, S. 119 ff.; siehe auch R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rdnr. 210 ff, 234, 247 f, 401 ff, 406 ff; ders., Der Architekt 1978, 19 ff

Dieses postalische Verwaltungsmonopol ist mit der Postreform II jedoch gemäß Art. 87 f II, 143 b II GG entfallen. Daran ändert auch die Ermächtigung des Art. 143 b II 1 GG nichts, derzufolge durch Bundesgesetz (PostG) den Nachfolgeunternehmen des ursprünglichen Verwaltungsmonopols Deutsche Bundespost „für eine Übergangszeit“ die entsprechenden „ausschließlichen Rechte des Bundes“ vorbehalten bzw. „verliehen“ werden können. Gemäß §§ 51 ff PostG hat der Bundesgesetzgeber von dieser Ermächtigung des Art. 143 b II 1 GG zwar Gebrauch gemacht.

Dies ändert indessen nichts daran, dass das ursprüngliche Verwaltungsmonopol entfallen ist. Die der DPAG heute durch das PostG „verliehenen“ Sonderrechte begründen zwar ein entsprechendes Teilmonopol. Dieses Teilmonopol stellt aber kein Verwaltungsmonopol im klassischen Sinne dar. Denn das Wesen des Verwaltungsmonopols besteht gerade darin, dass bestimmte Funktionsbereiche einem öffentlich-rechtlichem Aufgabenträger in entsprechender Ausschließlichkeit vorbehalten sind, wobei sich diese Ausschließlichkeit wiederum auf eine entsprechend öffentlich-rechtliche (staatliche) Kompetenzvorgabe gründet. Eine solche Kompetenzvorgabe findet sich in Art. 143 b II 1 GG jedoch nicht. Ebenso ausdrücklich wie bewußt spricht Art. 143 b II 1 GG lediglich von der „Verleihung“ bestimmter „ausschließlicher Rechte“ und nicht vom „Fortbestand“ der ursprünglichen verwaltungsmonopolistischen Staatszuständigkeiten.

Mit anderen Worten: Auch die gemäß Art. 143 b II 1 GG i.V.m. §§ 51 ff. PostG der DPAG vorbehaltenen Rechte stellen in ihrer juristischen Qualität nichts anderes als „privatwirtschaftliche“ Funktionsbereiche im Sinne des Art. 87 f II GG dar, wobei der Unterschied lediglich darin besteht, dass der DPAG vorbehaltene Funktionssektor im Rahmen dieser „privatwirtschaftlichen“ Funktionen bei dem öffentlichen Unternehmen DPAG kraft entsprechender hoheitlicher Verleihung konzentriert wird.

Dieser Tatbestand unterscheidet sich aber grundlegend von dem des Verwaltungsmonopols, das auf der Monopolisierung einer bestimmten Funktion als Staatskompetenz basiert, während es hier um eine prinzipiell jedermann eröffnete „privatwirtschaftliche“ Betätigung geht, die ihrerseits ihren prinzipiellen rechtlichen Standort im Bereich der vorgenannten wirtschaftlichen Grundfreiheiten findet. Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass die entsprechende „Verleihung“ gemäß Art. 143 b II 1 GG in Verbindung mit §§ 51 ff PostG eine tatsächliche Teil-Monopolisierung zugunsten der DPAG begründet hat. Insoweit handelt es sich aber um ein privatrechtliches Monopol kraft staatlicher Verleihung und nicht um ein Verwaltungsmonopol kraft staatlich-ausschließlicher Zuständigkeit. Diese Unterscheidung ist deshalb von Bedeutung, weil sich hiernach

der prinzipielle Grundrechtsschutz Privater gegenüber solchen staatlichen (Teil-)Monopolisierungen bestimmt.

**b. Zur Monopol-Rechtsprechung des BVerfG**

In seiner Rechtsprechung zum Verwaltungsmonopol hat das BVerfG hierzu sehr klare Unterscheidungskriterien herausgearbeitet.

Vgl. BVerfGE 21, 245 (249 ff); 21, 261 (266 ff); 31, 314 (328 ff); 37, 314 (322); 41, 205 (217 ff); 46, 120 (136 ff); siehe entsprechend auch z.B. die Rspr. des BVerwG: BVerwGE 3, 21 (23); 17, 306 (308 ff); 39, 159 (168 f); 39, 329 (330 ff); 62, 224 (230); 67, 110 (114); 96, 302 (307 f); 97, 79 (84); BVerwG, VerwRspr. 17, 357 ff; BVerwG, DÖV 70, 823 (824 f); BVerwG, NJW 78, 1539 f; BVerwG, BayVBl. 81, 601 f; BVerwG, NJW 95, 2938; BVerwG, NJW 96, 1608; siehe zum Ganzen weiterhin R. Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Art.12 Rdnr. 210 ff, 234, 247 f, 401 ff, 406 ff

Soweit ein Verwaltungsmonopol kraft staatlicher Kompetenz besteht oder begründet wird, sind von privater Seite demgegenüber nur sehr beschränkt grundrechtliche Freiheitsgewährleistungen mobilisierbar. Denn da es sich um staatliche Zuständigkeiten handelt, geht es nicht um privatwirtschaftliche oder gewerbliche Funktionsbereiche, für die die wirtschaftlichen Grundfreiheiten tatbestandlich einschlägig wären bzw. gewährleistungsmäßig Schutzwirkungen entfalten können.

Vgl. BVerfGE 31, 328 ff; 37, 322; 41, 218 ff

Andererseits hat das BVerfG auch festgehalten, dass der staatliche Gesetzgeber Verwaltungsmonopole nicht beliebig begründen darf. Die entscheidende Frage nach der jeweiligen Staatskompetenz ist vielmehr von verfassungsrechtlicher Qualität. Nur wenn und soweit von Verfassungen wegen ein entsprechender kompetenzieller Staatsvorbehalt besteht, scheidet die tatbestandliche Anwendbarkeit und Maßstäblichkeit der Grundrechte aus.

In seinen Entscheidungen zum staatlichen Arbeitsvermittlungsmopol hat das BVerfG demgemäß sehr klar aus-

gesprochen, dass das staatliche Arbeitsvermittlungsmopol am Grundrecht des Art.12 I GG deshalb zu messen ist, weil es sich bei der Arbeitsvermittlung prinzipiell um eine wirtschaftliche Betätigung handelt, die allein aufgrund einfachen Gesetzesrechts dem Vorbehalt des staatlichen Arbeitsvermittlungsmopols, also dem eines Verwaltungsmonopols, zugeführt worden ist. Im Verhältnis zu privaten Arbeitsvermittlern bedeutet dies, dass diese sich gegenüber dem staatlichen Arbeitsvermittlungsmopol zumindest grundsätzlich auf das Grundrecht aus Art. 12 I GG berufen können, weil es sich insoweit um eine objektive Zulassungsvoraussetzung der freien Berufswahl im Sinne der durch das Apotheken-Urteil

Vgl. BVerfGE 7, 377 ff

begründeten Rechtsprechung des BVerfG handelt.

Vgl. BVerfGE 21, 249 ff

Das allgemeine Arbeitsvermittlungsmopol hat das BVerfG zwar für verfassungsmäßig erklärt, weil die Arbeitsvermittlung in staatlicher Zuständigkeit von einem entsprechend überragend wichtigen Gemeinschaftsgut gerechtfertigt werde.

Vgl. BVerfGE 21, 251 ff

Für den Bereich des ebenfalls seinerzeit gesetzlich begründeten Arbeitsvermittlungsmopols für Arbeitnehmer-Überlassungsverträge hat das BVerfG jedoch in dem Sinne gegenteilig entschieden, dass insoweit nicht von einem entsprechend überragend wichtigen Gemeinschaftsgut gesprochen werden könne, also die entsprechende Einschränkung der freien Berufswahl nicht zu rechtfertigen sei.

BVerfGE 21, 266 ff

Ist insoweit bei entsprechenden Verwaltungsmonopolen gerade aus der Sicht des Art.12 I GG zu differenzieren, so gilt anderes nur für den Fall, dass ein Verwaltungsmonopol bereits von Verfassungs wegen vorgegeben ist. Dies hat das BVerfG vor allem in seinen Entscheidungen zu

privaten Fachhochschulen und zu öffentlich-rechtlichen Gebäudeversicherungsmonopolen festgehalten. Im ersten Falle ging es darum, dass nach Landesverfassungsrecht eine entsprechende Staatszuständigkeit für Fachhochschulen festgeschrieben war, der gegenüber – im Zusammenhang mit der prinzipiellen Kulturhoheit der Länder – das Grundrecht der Privatschulfreiheit aus Art. 7 IV 1 GG schon tatbestandlich nicht geltend gemacht werden könne.

BVerfGE 37, 322

Im Falle der Gebäudeversicherungsmonopole erwies sich die kompetenzrechtliche Aussage des Art. 74 Ziff. 11 a.F. GG als maßgebend, derzufolge der Bereich des öffentlich-rechtlichen Versicherungswesens nicht in der einfachgesetzlichen Kompetenzhoheit des Bundes stand – mit der Folge, dass wiederum landesrechtliche vom BVerfG saktionierte (Art. 70 ff GG) Kompetenzvorbehalte als insoweit vorrangig zu erkennen waren.

BVerfGE 41, 218 ff

In seiner Entscheidung zur Verordnung über das öffentliche Direktrufnetz zur Übertragung digitaler Nachrichten vom 24.6.1974 hat das BVerfG wiederum auf der Grundlage der verfassungsrechtlich damals noch bestehenden ausschließlichen Zuständigkeit des Staates gemäß Art. 73 Nr. 7 a.F. GG, 87 I a.F. GG dahingehend entschieden, dass wiederum der entsprechende Kompetenzvorbehalt zugunsten der Deutschen Bundespost wirksam sei.

Da es sich andererseits aber in diesem letzteren Falle um eine Regelung handelte, die nicht „gezielt“ die Berufsfreiheit konkurrierender Privater betraf, hat das BVerfG dennoch und mit Recht auf die prinzipielle Anwendbarkeit des Art. 12 I GG geschlossen und das entsprechende Verwaltungsmonopol der Deutschen Bundespost (dennoch) der verfassungsrechtlichen Kontrolle anhand des Art. 12 I GG mit der Maßgabe unterstellt, dass die entsprechende Regelung als Ausgestaltung der Berufsausübungsfreiheit dem Grundrecht des Art. 12 I GG Stand zu halten habe – eine Fragestellung, die das BVerfG seinerzeit bejaht hat.

Vgl. BVerfGE 46, 137 ff

Wenn man so will, so kann man im Falle der verfassungsrechtlich bzw. verfassungskompetenziell vorgesehenen Verwaltungsmonopole von solchen genuiner Art sprechen (genuine Verwaltungsmonopole kraft verfassungsrechtlichen Kompetenzvorbehalts). In Unterscheidung hiervon wären alle die Verwaltungsmonopole, die ohne entsprechenden verfassungsrechtlichen Kompetenzvorbehalt vom einfachen Gesetzgeber errichtet werden, als nicht-genuine Verwaltungsmonopole zu begreifen, die – folgerichtig – wie jede andere einfach-gesetzliche Regelung auch der Kontrolle auf ihre Verfassungsmäßigkeit, also namentlich im Hinblick auf ihre Grundrechtskonformität, unterstehen.

Bei alledem spielt schließlich und drittens der Faktor der weiteren tatsächlichen Entwicklung eine besondere, wiederum auch vom BVerfG anerkannte Rolle. Dies offenbart sich an seiner Rechtsprechung zum Rundfunkmonopol. Gründete sich das staatliche Rundfunkmonopol nach Maßgabe des ersten Fernsehurteils noch und ausschließlich auf die reale Situation des Frequenzmangels, der die Zulassung privater Rundfunkveranstalter neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunkmonopol noch nicht zuließ,

Vgl. BVerfGE 12, 205 (262); siehe auch BVerfGE 31, 314 (328 ff); 57, 295 (322)

so wurde dieser tatsächliche Mangel bekanntlich in der Folgezeit überwunden - mit der richtigen, vom BVerfG entsprechend gezogenen Konsequenz, dass das öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol keine Ausschließlichkeit mehr beanspruchen darf, das Rundfunksystem der Bundesrepublik Deutschland vielmehr als ein duales und damit wettbewerbliches System zu verfassen ist, in dem den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zwar eine Bestands- und Entwicklungsgarantie einzuräumen ist, andererseits aber ein (gleichrangiges) Existenzrecht für die privaten Rundfunkveranstalter zu gewähren ist.

Vgl. BVerfGE 57, 318 ff; 59, 231 (257); 73, 118 (153 ff); 83, 238 (296 ff); 89, 144 (152 ff); 90, 60 (89 ff); 97, 228 (268)

Dieses öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol gründete sich nach der Rechtsprechung des BVerfG allerdings nicht auf eine entsprechende staatliche Kompetenz. Dem stand das Grundrecht der Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 I 2 GG eindeutig entgegen. Aus diesem Grunde beschränkte sich das öffentlich-rechtliche Rundfunkmonopol nach der Rechtsprechung des BVerfG auch auf die lediglich monopolisierende Wirkung „nach außen“, bei kompensatorischer Freiheits- und Pluralitätsgewährleistung „nach innen“ (Unabhängigkeit der Rundfunkanstalten; pluralistische Zusammensetzung der Rundfunkgremien).

BVerfGE 12, 262

Der Geltungsanspruch des Individualgrundrechts aus Art. 5 I 2 GG sah sich folgerichtig nur solange suspendiert, wie der entsprechende Frequenzmangel, also die entsprechend technologisch bedingten Grenzen der freiheitlichen Grundrechtsausübung, andauerte. Nachdem dieser Zustand jedoch durch die weitere technologische Entwicklung überwunden war, lebte folgerichtig das Grundrecht der individuellen Grundrechtsfreiheit auch ausübungsmäßig wieder auf; private Rundfunkveranstalter waren konsequent – über das heute geltende sog. duale System – zuzulassen und wettbewerblich mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gleichzustellen.

Vor der Postreform II stellte sich das Postmonopol als ein Verwaltungsmonopol unmittelbar verfassungsrechtlich garantierter Art dar (arg. Art. 73 Nr. 7 a.F., 87 I a.F. GG). Mit der Postreform II bzw. mit den neuen Regelungen des Art. 87 f II, 143 b GG ist dieser kompetenzielle Staatsvorbehalt für das Postwesen jedoch aufgegeben worden. Bereits oben

Vgl. unter II.1.

wurde darauf hingewiesen, dass sich diese Neuregelungen nicht als positive, sondern als negative Kompetenzbestimmungen darstellen, womit sie – zumindest mittelbar – auch grundrechtliche Qualität erhalten haben.

Denn die Grundrechte werden mit Recht auch als negative Kompetenzbestimmungen verstanden, weil ihre frei-

heitsgewährleistende Qualität gerade in der Negation staatlicher Zuständigkeiten besteht. In diesem Sinne versteht sich vor allem die Regelung des Art. 87 f II GG mit ihrer Festlegung der postalischen Dienstleistungen als „privatwirtschaftlich“ als eine unmittelbar freiheitsrechtliche Gewährleistung, die ergänzend und unterstützend neben die allgemeinen Wirtschaftsfreiheitsrechte aus Art. 12 I, 14 I bzw. 2 I GG tritt. Dass diese Gewährleistung bzw. negative Kompetenzregelung des Art. 87 f II GG durch die Übergangsbestimmung des Art. 143 b II 1 GG dahingehend modifiziert wird, dass für eine Übergangszeit der DPAG Ausschließlichkeitsrechte eingeräumt werden können, ändert hieran nichts.

Denn obwohl die Einräumung solcher Rechte teilmonopolisierende Wirkung hat, ändert dies, wie gezeigt, doch nichts daran, dass die entsprechenden „Rechte“ nicht originär-staatskompetenzieller, sondern „privatwirtschaftlicher“ Qualität sind. Dies bedeutet wiederum, dass auch die entsprechende „Verleihung“ solcher Rechte gemäß Art. 143 b II 1 GG i.V.m. §§ 51 ff PostG nicht von der Art eines verfassungsrechtlich-kompetenzrechtlichen (genuinen) Verwaltungsmonopols ist, sich vielmehr auf der Ebene der einfachen Gesetzgebung bewegt und damit nach Maßgabe der vorstehend nachgezeichneten Rechtsprechung des BVerfG in vollem Umfange an die Grundrechte namentlich aus Art. 12 I GG gebunden ist.

In diese Richtung auch schon Gegenäußerung der BReg, BT-Drucks. 13/7774, S. 50; Abgeordneter Dr. Stadler, BT-Plenarprotokoll, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 17787 f.; Herdegen, in PostG-Kommentar, § 51 Rdnr. 3; Gramlich, NJW 1998, S. 866, 867

#### **4. Monopolisierung als tatbestandlicher Grundrechtseingriff**

##### **a. Grundrechtsrelevante Spielarten des Verwaltungsmonopols**

Die Monopolisierung bzw. die Errichtung oder Zulassung von Monopolen gehört im weiteren Sinne des Wortes zu den prinzipiell ebenso statthaften wie üblichen Instrumen-

tarien staatlicher Wirtschaftslenkung. Im einzelnen ist hierbei allerdings in mehrfacher Hinsicht zu unterscheiden.

Vgl. dazu näher z.B. Langer, Monopole als Handlungsinstrumente der öffentlichen Hand, 1998, S. 119 ff.

Soweit es um Verwaltungsmonopole geht, ist, wie gezeigt, zwischen solcher genuiner und nicht-genuiner Art zu differenzieren. Des weiteren ist zwischen Voll- und (sektoralen) Teilmonopolen zu unterscheiden. Ebenso ist zwischen rechtlichen und faktischen Monopolen zu unterscheiden. In zeitlicher Hinsicht ist zwischen Dauermonopolen und Zeitmonopolen (befristete oder Übergangsmonopole) zu unterscheiden.

Hinsichtlich der Monopolträgerschaft ist zwischen staats-eigenen Monopolen (Verwaltungsmonopole im eigentlichen Sinne) und nicht-staatseigenen, aber staatlich intendierten oder gesetzlich errichteten Monopolen in privater Trägerschaft zu unterscheiden. Zwischen den beiden letzteren Monopolformen steht schließlich die Form des sukzessiven Monopols, d.h. desjenigen Monopols, das schrittweise dadurch entsteht, dass immer mehr bestimmte Funktionen kraft Gesetzes (rechtliches Monopol) oder auch faktisch (faktisches Monopol) in ausschließlich-staatliche Regie- oder Funktionsträgerschaft überführt werden.

Vgl. dazu R. Scholz, Sieg-Festschrift, 1976, S. 507 (521 ff)

Gerade solche sukzessiven Monopole sehen sich allerdings rechtlich noch wenig im einzelnen aufgeheilt, weil es bei ihnen darum geht, die jeweilige Ausschließung oder Verdrängung privater Funktionsträger auch in den entsprechenden Funktionssegmenten im einzelnen zu erkennen und grundrechtlichen Kontrollparametern zu unterwerfen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind alle Formen der vorgenannten Monopole oder Monopolbildungen an den Grundrechten, namentlich an dem aus Art. 12 I GG, zu messen.

Vgl. bes. BVerfGE 21, 245 (249 ff); 21, 261 (266 ff); 31, 314 (328 ff); 37, 314 (322); 41, 205 (217 ff); 46, 120 (136 ff)

Eine Ausnahme gilt nur für genuine Verwaltungsmonopole, d.h. in den Fällen, in denen ein verfassungsrechtlicher Kompetenzvorbehalt zugunsten des Staates besteht.

Vgl. BVerfGE 37, 322; 41, 218 ff

#### **b. Exklusivlizenz als Monopolatbestand**

Auf der Grundlage der vorstehenden Unterscheidungen läßt sich nunmehr auch der Regelungsgehalt der Art. 87 f, 143 b II GG i.V.m. §§ 51 ff PostG qualifizieren. Hiernach ist zunächst und erneut festzuhalten, dass es sich bei den Zuständigkeiten der DPAG gemäß Art. 143 b II 1 GG, §§ 51 ff PostG nicht um ein genuines Verwaltungsmonopol bzw. genuines Teil-Verwaltungsmonopol handelt, da kein verfassungsrechtlicher Kompetenzvorbehalt zugunsten der genannten postalischen Dienstleistungen mehr besteht.

Des weiteren handelt es sich auch nicht um ein nicht-genuines (sektorales) Teil-Verwaltungsmonopol, weil die entsprechenden Funktionsrechte der DPAG auf einer entsprechenden „Verleihung“ beruhen und weil die DPAG inzwischen ein organisationsrechtlich privatisiertes öffentliches Unternehmen darstellt, das im Sinne des Art. 87 f II GG „privatwirtschaftliche“ Leistungen erbringt und mit dieser Maßgabe am allgemeinen wirtschaftsfreiheitlichen Wettbewerb teilnimmt. Insoweit handelt es sich bei den der DPAG kraft Gesetzes „verliehenen“ Sonderrechten um ein staatlicherseits intendiertes Teilmonopol in privater Trägerschaft.

Da die entsprechende „Verleihung“ gemäß Art. 143 b II GG des weiteren nur „für eine Übergangszeit“ erfolgen darf, handelt es sich des weiteren um ein befristetes bzw. zeitlich begrenztes Monopol, also nicht um ein Dauermonopol. Die Errichtung eines Dauermonopols verstieße gegen Art. 143 b II 1 GG, wäre also verfassungswidrig. Dies gilt auch unter dem Aspekt des sukzessiven Monopols, d.h. einer Monopolisierung, die schrittweise erfolgte und

damit faktisch den Zustand eines Dauermonopols anstrebte oder erreichen würde. Eben dieser Tatbestand droht im hiesigen Zusammenhang jedoch eindeutig, wenn die Befristung des § 51 PostG erneut verlängert werden würde (sukzessive Re-Monopolisierung).

Vgl. schon oben unter V.

Schon aus der Sicht des 143 b II 1 GG wäre insoweit von einem verfassungswidrigen Tatbestand auszugehen. Insgesamt handelt es sich hier also um ein staatlich-intendiertes (nicht-staatseigenes) Teil- und Zeitmonopol, das im Falle einer Verlängerung der „Übergangszeit“ jedoch in ein sukzessives Dauer- und Vollmonopol – zumindest als faktisches Monopol – umzuschlagen droht – ein Tatbestand wiederum, der schon mit Art. 143 b II 1 GG nicht zu vereinbaren wäre.

Wie bereits oben (III.1.) gezeigt, betrug der Anteil der privaten Anbieter – gemessen am Gesamtumsatz der DPAG im lizenzierten Bereich – lediglich 0,28 %.

Die DPAG hält im lizenzierten Bereich trotz Öffnung bestimmter Bereiche für den Wettbewerb derzeit einen Marktanteil von über 99 %. Der gesamte Umsatz aller anderen Lizenznehmer lag im Jahr 1998 bei lediglich etwa 7 % des Umsatzzuwachses der DPAG. Schon dies macht deutlich, dass das, was sich nach § 51 PostG als ein – wenigstens formell – bloßes (sektorales) Teilmonopol darstellt, in Wahrheit und zumindest sukzessiv als ein Vollmonopol darstellt.

Dies ergibt sich nicht nur aus den genannten Umsatzzahlen, sondern dies ergibt sich auch aus den wettbewerblichen Auswirkungen, die zur systematischen Verdrängung der privaten Wettbewerber führten. Dieser Effekt verstärkt sich noch im Lichte der bereits dargestellten Quersubventionierungstatbestände innerhalb der DPAG, die über diese - wettbewerblich nicht lauterer - Praktiken ihren tatsächlichen Wettbewerbsvorteil in einer Weise ausnutzt, die faktisch wiederum zur Marktverdrängung der anderen Wettbewerber und damit zur weiteren (faktischen) Gesamtmonopolisierung führt.

Dies alles droht sich zu einem Dauerzustand zu verfestigen, wenn die Exklusivlizenz des § 51 PostG über den 31.12.2002 hinaus verlängert werden sollte. In diesem Falle wäre definitiv davon auszugehen, dass sich die realteilmonopolistische Position der DPAG zu einer sukzessiv- und faktisch-vollmonopolistischen Struktur (zurück-)entwickelte – ein Tatbestand wiederum, der, wie gezeigt, mit Art. 87 f und Art. 143 b GG nicht zu vereinbaren ist und der unmittelbar zum grundrechtlichen Gewährleistungstatbestand namentlich des Art. 12 I GG führt.

## **5. Verstoß gegen die Berufs- und Gewerbefreiheit gemäß Art. 12 I GG**

### **a. Maßstabsqualität des Art. 12 I GG**

Der wichtigste grundrechtliche Kontrollmaßstab liegt im Recht der Berufs- und Gewerbefreiheit gemäß Art. 12 I GG. Dieses Grundrecht setzt allen Monopolisierungen verfassungsrechtliche Grenzen, wobei im einzelnen danach zu differenzieren ist, ob die Errichtung oder Intendierung eines Monopols durch den Gesetzgeber die freie Berufswahl oder die freie Berufsausübung tangiert. Nach den Grundsätzen, die das BVerfG im Apotheken-Urteil

BVerfGE 7, 377 ff

aufgestellt hat, „kann die Freiheit der Berufsausübung beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen“.

„Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muss der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt“. „Wird in die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufs eingegriffen, so ist zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu unterscheiden: für die subjektiven Voraussetzungen ... gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinn, dass sie zu dem

angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen.

An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulässigkeitsvoraussetzungen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen können“. Im einzelnen gilt hiernach die sog. „Stufentheorie“, derzufolge Einschränkungen des Grundrechts aus Art.12 I GG auf der jeweils mildesten „Stufe“ vorgenommen werden müssen; Maßstab bei alledem ist der allgemeine rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Grundrecht des Art.12 I GG schützt den Privaten bei alledem nicht nur vor „gezielten“ Eingriffen in seine Berufs- oder Gewerbefreiheit, sondern schützt auch vor „nicht-gezielten“, also rein faktischen Beschränkungen, sofern diese wirkungsmäßig den Charakter eines entsprechenden Grundrechtseingriffs besitzen.

Vgl. BVerfGE 13, 181 (185 f); 21, 73 (85); 22, 380 (384); 41, 251 (262); 46, 120 (137 ff); 47, 109 (116); 61, 291 (308)

Schließlich ist vor allem darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG Maßnahmen, die allein aus konkurrenzschützenden Gründen erfolgen, mit Art.12 I GG nicht zu vereinbaren sind.

Vgl. BVerfGE 7, 377 (408); 11, 168 (188 f); 97, 12 (31)

Zwischen den Beschränkungen der „bloßen“ Berufsausübung und Beschränkungen der Berufswahl bestehen im übrigen – gerade im Lichte faktischer Beeinträchtigungen – durchaus fließende Übergänge, d.h. ein sich äußerlich nur als Beschränkung der freien Berufsausübung darstellender Eingriff kann durchaus die Qualität eines Eingriffs in die freie Berufswahl erreichen, sofern seine entsprechende Eingriffsintensität tatsächlich so beschaffen ist, dass der jeweils betroffene Grundrechtsträger nicht nur in seiner freien Berufsausübung, sondern wirkungsmäßig auch in seiner freien Berufswahl betroffen ist. In solchen Fällen

sind an die Verfassungsmäßigkeit eines entsprechenden Eingriffs die verschärften Voraussetzungen einer Beschränkung der freien Berufswahl anzulegen, verbleibt es also nicht bei den geringeren Anforderungen einer bloßen Beschränkung der freien Berufsausübung.

Vgl. BVerfGE 11, 30 (44 f); 12, 144 (148 f)

#### **b. Reale Beschränkung der freien Berufswahl**

Die hiesige Konstellation der „Verleihung“ bestimmter Sonderrechte „für eine Übergangszeit“ an die DPAG gemäß Art. 143 b II 1 GG i.V.m. §§ 51 ff PostG weist zunächst und äußerlich oder formal auf die (bloße) Dimension einer Berufsausübungsregelung hin. Denn die postalischen Dienstleistungen werden nicht in ihrer Gänze staatlicherseits zugunsten der DPAG monopolisiert; es geht „lediglich“ um bestimmte Teilfunktionen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG bedeutet dies, dass es sich in solchen Fällen zumindest grundsätzlich nur um eine Beschränkung der Berufsausübung handelt. Andererseits hat sich gezeigt, dass die „Verleihung“ dieser Sonderrechte der DPAG einen derart evidenten Wettbewerbsvorteil verschafft, dass die privaten Wettbewerber der DPAG zur Gänze zur Aufgabe ihres Gewerbes gezwungen werden können. Dies gilt ebenso auf der Grundlage der Qualität der „verliehenen“ Sonderrechte und deren wettbewerblicher Bedeutung als auch im Lichte der hier zur Überprüfung stehenden Verlängerung dieser Sonderrechte – mit der Tendenz zum sukzessiven Voll-Monopol bzw. zum sukzessiven Dauer-Monopol.

Beide Tatbestände offenbaren, dass es sich tatsächlich nicht nur um eine Beschränkung der freien Berufsausübung, sondern – „wirkungsmäßig“ – um eine Beschränkung der freien Berufswahl durch objektive Zulassungsvoraussetzung handelt – mit der Folge, dass es gemäß der Rechtsprechung des BVerfG rechtfertigungshalber der „Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ bedarf. Dieses „Gemeinschaftsgut“ könnte lediglich in der Verpflichtung des Bundes gemäß Art. 87 f I GG liegen, „im Bereich des Postwesens ... flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“

zu gewährleisten. Dieser Gewährleistungs- bzw. Infrastrukturauftrag, nach herrschender Meinung auf eine entsprechend gesicherte „Grundversorgung“ im Bereich postalischer Dienstleistungen ausgerichtet,

Vgl. dazu oben II. 3.

rechtfertigt gemäß Art. 87 f II i.V.m. Art. 143 b II 1 GG aber nicht ein entsprechendes Monopol zugunsten des Staates bzw. der DPAG kraft staatlicher Intendierung, weil die verfassungsrechtliche Gewährleistungsentscheidung eine andere Regelungs- und Garantiemethode gewählt hat: nämlich die der staatlichen Regulierung über die Regulierungsbehörde gemäß §§ 44 ff. PostG. Mit anderen Worten, der Infrastrukturauftrag des Art. 87 f I1 GG darf gerade nicht über das wirtschaftslenkende Instrument der Monopolisierung realisiert werden; er ist vielmehr mit den Mitteln der staatlichen Regulierung bzw. der Staatsaufsicht durch die genannte Regulierungsbehörde im Verhältnis zu sämtlichen privatwirtschaftlichen Wettbewerbern durchzusetzen und damit rechtlich zu gewährleisten.

Vgl. auch dazu schon oben unter II. 3.

Folgerichtig ergibt sich aus Art. 87 f 1 GG kein entsprechendes „Gemeinschaftsgut“ im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 12 I GG. Das Gleiche würde im übrigen für den Fall gelten, dass es sich tatsächlich nur um eine Beschränkung der freien Berufsausübung handeln würde, denn auch dann dürfte sich der Gesetzgeber nicht auf eine „vernünftige Erwägung des Gemeinwohls“ im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG berufen, weil erneut der in seiner instrumental-wirtschaftslenkenden Bedeutung maßgebende Funktionsvorbehalt des Art. 87 f 1 GG mit der Folge Wirksamkeit erlangen würde, dass die staatliche Regulierungsbehörde für die entsprechende „Grundversorgung“ bzw. Infrastruktursicherung zu sorgen hätte.

Auch aus der Sicht der bloßen Berufsausübungsbeschränkung gäbe es also keine Rechtfertigung, um einen Tatbestand der weiteren bzw. verlängerten Monopolisierung in Gestalt einer verlängerten „Verleihung“ der ge-

nannten Sonderrechte zugunsten der DPAG zu rechtfertigen.

Das Gleiche gilt aus der Sicht des Art. 143 b II 2 GG. Diese Bestimmung strebt bekanntlich die volle, also auch aufgabenmäßig wirksame Privatisierung der DPAG an. Aus diesem Grunde wird der Bund berechtigt, „die Kapitalmehrheit am Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost Postdienst frühestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes aufzugeben“.

Auf der Grundlage dessen hat der Bund bekanntlich das Unternehmen an die Börse gebracht, was nichts anderes bedeutet, als dass die DPAG als heute noch öffentliches Unternehmen des Bundes voll in privatrechtliche und privatwirtschaftliche Hand gegeben werden soll. Mit dieser Zielsetzung verbinden sich, wie ebenso bekannt ist, die Bestrebungen des Bundes, die DPAG möglichst rasch und wirksam „börsenfähig“ zu machen, sie also in den auch wirtschaftlich entsprechend attraktiven Stand zu versetzen.

Dass bei dieser Bestrebung eine verlängerte „Verleihung“ von Sonderrechten gemäß Art. 143 b II 1 GG i.V.m. §§ 51 ff PostG eine faktisch außerordentlich wichtige Rolle spielt, liegt auf der Hand und wird von politischer Seite kaum bestritten. Je länger die DPAG über die entsprechenden Sonderrechte verfügen kann, umso stärker wird ihr wirtschaftlicher Status; umso attraktiver wird die DPAG für den geplanten weiteren Börsengang. Dieses im wesentlichen fiskalische Interesse des Bundes ist jedoch nicht geeignet, eine Beschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I GG zu rechtfertigen. Denn rein fiskalische Interessen stellen weder ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ noch eine „vernünftige Erwägung des Gemeinwohls“ im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung des BVerfG dar.

Anderes gilt nur, wenn es sich um ein verfassungsmäßiges Finanzmonopol handelte (vgl. BVerfGE 14, 105 (113) ), was hier aber gerade nicht der Fall ist.

In Wahrheit geht es insoweit nur und lediglich, zumindest auswirkungsmäßig, darum, die DPAG im Verhältnis zu ihren Konkurrenten zu begünstigen und aus diesem Privileg eine wirtschaftlich-fiskalisch bessere Position für die geplante volle Privatisierung der DPAG aufzubauen. Aus grundrechtlicher Sicht bedeutet dies indessen nichts anderes, als dass hier im Verhältnis zu den privaten Wettbewerbern gesetzgeberisch Maßnahmen eines bloßen Konkurrenzschutzes getroffen werden, die ihrerseits nach der Rechtsprechung des BVerfG mit Art. 12 I GG nicht zu vereinbaren sind.

Art. 143 b II 1 GG erlaubt zwar die auch konkurrenzschützend wirksame „Verleihung“ der dort genannten Sonderrechte an die DPAG „für eine Übergangszeit“. Diese verfassungsrechtliche Entscheidung besteht verfassungssystematisch durchaus neben der Grundrechtsgewährleistung des Art. 12 I GG, kann also aus der Sicht des Art. 12 I GG nicht ihrerseits verfassungsrechtlich in Frage gestellt werden.

Vgl. auch Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 143 b, Rdnr. 20.

Von dieser Ermächtigung hat der Bundesgesetzgeber aber mit der Regelung des § 51 PostG Gebrauch gemacht, in dem er der DPAG bis zum 31.12.2002 ein entsprechendes Verleihungsprivileg verschafft hat.

Eine Verlängerung dieses Verleihungsprivilegs würde sich in Wahrheit als eine ausschließliche Maßnahme des bloßen Konkurrenzschutzes zugunsten der DPAG darstellen, läge also schon nicht mehr, wie bereits dargelegt, im Auftrag des Art. 143 b II 1 GG begründet. Insoweit erwiese sich das Grundrecht des Art. 12 I GG als ausschließlich maßgebend - mit der Konsequenz der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit.

Vgl. auch schon Gegenäußerung der BReg, BT-Drucks. 13/7774, S. 50; Gramlich, NJW 1998, S. 866, 867; zum Ganzen auch schon Herdegen, in PostG-Kommentar, § 51 Rdnr. 3; Danwitz, Alternative Zustelldienste und Liberalisierung des Postwe-

sens, Recht-Technik-Wirtschaft, Bd. 78, 1999, S. 63 ff.

### **c. Verletzung des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes**

Verstärkend tritt zugunsten der privaten Wettbewerber der Tatbestand des allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes hinzu. Die privaten Wettbewerber konnten sich auf der Grundlage der gesetzgeberischen Entscheidung vom 22. Dezember 1997 gemäß § 51 PostG darauf verlassen, dass die entsprechende „Übergangszeit“ am 31.12.2002 enden würde, dass also zu diesem Zeitpunkt die DPAG über keine Sonderrechte mehr verfügen würde, der volle privatwirtschaftliche Wettbewerb, wie er der Grundregel des Art. 87 f I GG entspricht, also eröffnet würde.

Dazu, dass ohne gesetzlich festgelegten Endtermin die „für eine Marktbetätigung unerlässliche Planungssicherheit“ beeinträchtigt würde, vgl. Geäußerung der BReg, BT-Drucks. 13/7774, S. 50; Abgeordneter Dr. Stadler, BT-Plenarprotokoll, 13. Wahlperiode, 197. Sitzung vom 9.10.1997, S. 17787 f.

Auch dieser Tatbestand ist aus der Sicht des Art. 12 I GG verfassungsrechtlich mit zu berücksichtigen. Gerade im Lichte des die gesamte Schrankensystematik des Art. 12 I GG nach der Rechtsprechung des BVerfG steuernden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist auch dieser Vertrauensstatbestand mit zu berücksichtigen, mit in die grundrechtliche Abwägung einzustellen. Und dies bedeutet wiederum, dass auch insoweit eine Verlängerung der "Verleihung" von Sonderrechten an die DPAG unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig wäre.

Zum rechtsstaatlich prinzipiell gebotenen, den Grundrechtsschutz insoweit auch verstärkenden Vertrauensschutz vgl. z.B. BVerfGE 30, 292 (403); 50, 244 (250); 55, 185 (203); 59, 128 (152); 63, 215 (233); Zum Vertrauensschutz gerade in wirtschaftsfreiheitlicher Hinsicht siehe bes. BVerfGE 36, 281 (293); 45, 142 (168); 53, 257 (294); 58, 81 (120 f); 58, 300 (349 ff); 71, 1(11 f); 75, 78 (105)

Dieses Ergebnis entspricht unmittelbar der neuesten Rechtsprechung des BVerfG zum rechtsstaatlichen Vertrauensschutz in den Fällen der Aufhebung von gesetzlichen Übergangsfristen. In seiner diesbezüglichen Entscheidung vom 15.3.2000 hat das BVerfG ausgeführt: „Enttäuscht der Gesetzgeber das Vertrauen in den Fortbestand einer befristeten Übergangsvorschrift, die er aus Vertrauensschutzgründen erlassen hat, indem er sie vor Ablauf der ursprünglich vorgesehenen Frist zu Lasten der Berechtigten beseitigt, so ist dies jedenfalls unter dem Aspekt des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes nur unter besonderen Anforderungen möglich.“

In solchen Fällen „hat der Gesetzgeber einen besonderen Vertrauensbestand geschaffen. Um eine solche (sc. Regelung) vorzeitig aufzuheben. Genügt es nicht, dass sich die für den Erlass der Übergangsregelung ursprünglich maßgeblichen Umstände geändert haben. Es müssen darüber hinaus - vorausgesetzt, das Interesse der Betroffenen auf einen Fortbestand der Regelung ist schutzwürdig und hat hinreichendes Gewicht – schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter zu erwarten sein, falls die geltende Übergangsregelung bestehen bleibt.“

BVerfG, NJW 2000, 2730 (2733)

Dieser Sachverhalt entspricht der hiesigen Problemlage in vollem Umfang. Denn auch hier geht es darum, dass eine befristete Regelung, nämlich die des § 51 PostG, das berechtigte Vertrauen der privaten Wettbewerber der DPAG darauf begründet hat, dass die teil-monopolistische Privilegierung der DPAG zum 31.12.2002 entfallen würde. Wenn diese Frist jetzt über den 31.12.2002 hinaus verlängert werden soll, so beeinträchtigt dies den entsprechenden Vertrauensschutz der privaten Wettbewerber. Rechtfertigungsgründe im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung des BVerfG bestehen nicht, namentlich sind keine „wichtigen Gemeinschaftsgüter“ gegeben, für die „schwere Nachteile zu erwarten“ wären, sofern die entsprechende (geplante) Verlängerung der genannten Frist nicht erfolgen würde.

Mit der Bezugnahme auf das Erfordernis „schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter“ nimmt das BVerfG im Übrigen unmittelbar Bezug auf seine einschlägige Rechtsprechung zum Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art 12 I GG. Wie bereits gezeigt, sind solche „schweren Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter“ im Sinne der genannten Rechtsprechung im hiesigen Falle jedoch nicht gegeben. Folgerichtig erweist sich das vorstehende Ergebnis auch aus der Sicht der neuesten Rechtsprechung des BVerfG zum Vertrauensschutz bei befristeten Regelungen als unabweisbar.

#### **6. Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG**

Weiterer grundrechtlicher Maßstab ist die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, die auch das Recht am Unternehmen bzw. das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schützt.

Vgl. z.B. BVerfGE 1, 264 (27 f); 13, 225 (229); 45, 272 (296); 50, 290 (340); 58, 81 (112)

Art. 14 GG schützt zwar nicht „das Vermögen“ und damit auch nicht möglichst günstige Erwerbs- oder Wettbewerbschancen.

Vgl. BVerfGE 4, 7 (17); 45, 142 (173); 58, 300 (345); 68, 193 (223); 81, 208 (227 f)

Wenn staatliche Wettbewerbsbeschränkungen aber dazu führen, dass ein privates Unternehmen in seiner Existenz gefährdet wird, greift dies in den Kern des verfassungsrechtlich geschützten Vermögensrechts „Eigentum“ ein – mit der Konsequenz, dass solche Eingriffe enteignungsähnlich und damit verfassungswidrigen Charakter erreichen.

Vgl. zusammenfassend und näher z.B. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rdnr. 95 ff, 232

Diese Voraussetzungen wären bei einer Verlängerung der Exklusivlizenz gemäß § 51 PostG über den 31.12. 2002 eindeutig erfüllt. Denn damit träte, wie gezeigt, eine (sukzessive) Re- und Vollmonopolisierung der postalischen

Dienstleistungen zugunsten der DPAG – zumindest faktisch – ein, die privaten Wettbewerber bzw. die Lizenznehmer sähen sich tatsächlich vom Markt voll verdrängt. Ein Großteil dieser Lizenznehmer sähe sich zur Aufgabe ihres Gewerbebetriebes gezwungen.

Im Falle einer Verlängerung der Exklusivlizenz über den 31.12.2002 hinaus müsste davon ausgegangen werden, dass Unternehmen, die im Hinblick auf die erwartete Marktöffnung investiert und sich ggf. sogar verschuldet haben, in Existenznot geraten und gezwungen sein können, ihren Gewerbebetrieb aufzugeben. Damit ist eindeutig festzuhalten, dass eine Verlängerung der Exklusivlizenz über den 31.12.2002 hinaus zugunsten der DPAG auch eine Verletzung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG bedeuten würde.

#### **7. Verstoß gegen die allgemeine Wirtschaftsfreiheit**

Mit den vorstehenden Feststellungen zu Art. 12 und zu Art. 14 GG deckt sich die Maßstabsqualität des Grundrechts der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit gemäß Art. 12 I / Art. 14 I GG bzw. gemäß Art. 2 I GG. Folgerichtig bedarf es insoweit keiner weiteren Ausführungen. Auch insoweit ist aber festzuhalten, dass im Falle einer Verlängerung der Exklusivlizenz über den 31.12.2002 hinaus auch die allgemeine Wirtschaftsfreiheit gemäß Art. 12 I / Art. 14 I GG bzw. gemäß Art. 2 I GG in verfassungswidriger Weise verletzt würde.

#### **8. Verstoß gegen Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit**

##### **a. Verstoß gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit**

Der gleiche Verfassungsverstoß ist im Verhältnis zum Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit gemäß Art. 12 I / Art. 14 I GG bzw. gemäß Art. 2 I GG zu konstatieren. Der tatbestandliche Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit durch die „Verleihung“ von Sonderrechten (Exklusivlizenz) an den Wettbewerber DPAG ist eindeutig. Andererseits trägt die Rechtfertigung der Privilegierung der DPAG im Wettbewerb gemäß Art. 143 b II 1 GG i.V.m. §§ 51 ff PostG nur

für die entsprechende „Übergangszeit“, d.h. nur bis zum 31.12.2002.

Eine Verlängerung dieser „Übergangszeit“ über den 31.12.2002 hinaus würde sich, wie bereits gezeigt, als nicht mehr verfassungskonform, namentlich als nicht mehr verhältnismäßig erweisen, weshalb auch insoweit ein Verstoß gegen das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit in der Person der privaten Wettbewerber festzustellen ist.

#### **b. Verstoß gegen das Grundrecht der Wettbewerbsgleichheit**

Das Gleiche gilt schließlich für das Grundrecht der Wettbewerbsgleichheit gemäß Art. 12 I/ Art.14 I bzw. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 3 I GG. Das Grundrecht der Wettbewerbsgleichheit gewährleistet die Gleichbehandlung aller Konkurrenten im Wettbewerb bzw. deren wettbewerbliche Chancengleichheit. Diese dürfen vom staatlichen Gesetzgeber nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden, indem dem einen Wettbewerber - hier also der DPAG - sachlich nicht zu rechtfertigende Vorteile im Wettbewerb eingeräumt werden. Für eine „Übergangszeit“ im Sinne des Art. 143 b II 1 GG i.V.m. § 51 PostG, d.h. bis zum 31.12.2002, mag eine solche Ungleichbehandlung von Verfassungs wegen noch zu rechtfertigen gewesen sein, nicht aber über diesen Zeitpunkt hinaus.

Würde der Gesetzgeber also jetzt der DPAG eine Verlängerung der Exklusivlizenz über die Ermächtigung des § 51 PostG gewähren, würde er gegen das Grundrecht der wettbewerblchen Chancengleichheit, also gegen Art.12 I/Art. 14 I GG bzw. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 3 I GG in verfassungswidriger Weise verstoßen. Denn eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Verlängerung der Exklusivlizenz der DPAG sieht sich aus ebenso wettbewerblchen wie aus sonstigen (infrastrukturellen) Gründen nicht gerechtfertigt.

### **9. Zusammenfassung**

Insgesamt ergibt sich hiernach, dass eine Verlängerung der Exklusivlizenz zugunsten der DPAG gemäß § 51 PostG über den 31.12.2002 hinaus gegen die Grundrechte aus Art. 12 I, 14 I, 12 I/14 I bzw. 2 I GG (allgemeine Wirtschaftsfreiheit und Wettbewerbsfreiheit) sowie gegen

Art. 12 I/14 I GG bzw. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 3 I GG (Wettbewerbsgleichheit) verstoßen würde. Neben dem Verfassungsverstoß gegen Art. 87 f, 143 b GG träte damit ein massiver und mehrfacher Grundrechtsverstoß.

## **VII. Europarechtliche Initiative für weitere Liberalisierungsschritte nach 2003 als politisches Signal zur Reduzierung der verbliebenen nationalen Monopole**

### **1. Senkung der Grenzen für reservierte Universaldienstleistungen (Monopole)**

Der Europäische Rat hat im März 2000 beschlossen, die Liberalisierung im Bereich der Postdienste weiter zu beschleunigen, um einen voll funktionierenden Markt für Postdienste zu schaffen.

Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Lissabon), 23./24.März 2000, S. 7.

Aufgrund dieses Auftrages durch den Rat hat zuletzt die Kommission einen Richtlinienvorschlag verabschiedet, der - wie in Art. 7 der „Postrichtlinie“ von 1997 vorgesehen - durch entsprechende Änderung der „Postrichtlinie“ schrittweise die Liberalisierung des Postsektors weitertreibt.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, S. 11

Obleich der Richtlinienvorschlag (zunächst) gescheitert ist (vgl. oben I. 3.), bleibt selbstverständlich der Beschluß des Europäischen Rates vom März 2000 weiterhin wirksam, der eine Beschleunigung der Liberalisierung im Bereich der Postdienste vorsieht.

Diese grundsätzliche Zielsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts, schrittweise zu weiteren Marktöffnungen und entsprechend zum Abbau von Sonderrechten zu gelangen, bedingt naturgemäß ein differenziertes Vorge-

hen innerhalb der einzelnen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Es geht mit anderen Worten nicht darum, das gesamte „Postwesen“ in sämtlichen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zu einem ganz bestimmten und gemeinsamen Zeitpunkt zu öffnen; es muß vielmehr – je nach Entwicklungsstand – differenziert von Mitgliedsstaat zu Mitgliedsstaat vorgegangen werden. Dabei sind naturgemäß auch die jeweiligen nationalen Rechtsgrundlagen, im Falle der Bundesrepublik Deutschland also die Regelungen der Art. 87 f, 143 b II GG, maßgebend mit zu berücksichtigen. Für die Situation in Deutschland bedeutet dies, dass nicht nur das Auslaufen der der DPAG gewährten Exklusivlizenz zum 31.1.2002, sondern auch die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit einer Verlängerung dieser Exklusivlizenzierung über den 31.12.2002 hinaus auch aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts mit zu berücksichtigen sind. Mit anderen Worten: Die Grundzielsetzung weiterer Marktöffnungen, wie sie das europäische Gemeinschaftsrecht vorsieht, wird unmittelbar ergänzt und konkretisiert durch die vorgenannten nationalen Rechtsgegebenheiten. Dieser Bewertung kann auch nicht unter Berufung auf weniger fortgeschrittene Liberalisierungen oder Liberalisierungsmöglichkeiten in anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union widersprochen werden. Es geht namentlich nicht an, etwa darauf hinzuweisen, dass in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union, beispielsweise in Frankreich, noch keine so rasche und so weitgehende Liberalisierung des Postwesens wie in Deutschland möglich ist und (auch) aus diesem Grunde der DPAG keine vergleichbaren wettbewerblichen Möglichkeiten auf dem französischen Markt eröffnet sind, wie dies umgekehrt für französische Postunternehmen auf dem deutschen (liberalisierten) Markt ermöglicht wird bzw. würde. Solche unterschiedlichen wettbewerblichen Gegebenheiten sind gerade für Übergangszeiten der hiesigen Art typisch und geben folgerichtig keine Handhabe zur Negation entsprechender Liberalisierungsmaßnahmen insgesamt. Sie geben ebenso wenig Anlaß für eine Politik, die die Liberalisierung des Postwesens versuchte, in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union zu einem einheitlichen Termin durchzusetzen. Denn die Konsequenz dessen wäre eine massive Verzögerung und letztendlich sogar das Scheitern einer wirksamen Liberalisierungspolitik insgesamt, d.h. einer

Politik, die wiederum auch und namentlich innerhalb der Bundesrepublik Deutschland verfassungsrechtlich vorge-schrieben ist. Es ist zweifelhaft, ob etwas anderes gelten würde, wenn aufgrund der unterschiedlichen Tempi bei der Liberalisierung des Postwesens in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union Wettbewerbsverzerrungen ent-stehen würden. Das häufig gehörte Argument, die DPAG sei im Falle einer Liberalisierung in Deutschland einem einseitigen Wettbewerb ausgesetzt, gilt gleichermaßen für alle deutschen Postdienstleister, kann also schon deshalb eine Fortdauer des Monopols der DPAG in Deutschland nicht begründen oder rechtfertigen. Letztlich kann diese Frage aber dahingestellt bleiben. Denn die DPAG hat sich inzwischen längst zu einem weltweit operierenden Brief-, Express-, Logistik- und Finanzdienstleistungsunternehmen entwickelt,

vgl. näher Verkaufsprospekt der DPAG zum Börsengang

das seine substitutiven Wettbewerbsmöglichkeiten längst nicht mehr bzw. nur im Briefbereich und Bereich des Ge-meinsamen Marktes der Europäischen Union sucht und findet, sondern das längst in globalen Markt- und Wettbe-werbsdimensionen (erfolgreich) operiert. Im übrigen obläge es den zuständigen Wettbewerbs- bzw. Kartellaufsich-ten im nationalen wie im europäischen Bereich, im Falle entsprechender Wettbewerbsverfälschungen für deren Korrektur oder Entzerrung zu sorgen. Die nötigen Instru-mentarien hierfür sind ebenso nach dem Recht der Euro-päischen Union wie nach nationalem Kartellrecht (GWB) gegeben. Kein wettbewerbskonformes Regelungsmittel stellte dagegen eine Verlängerung von Monopolpositionen bzw. monopolisierenden Exklusivlizenzen dar, da diese wiederum nur die DPAG begünstigten, während die ande-ren (nationalen) Wettbewerber – erneut – wettbewerblich benachteiligt und, wie gezeigt, bei entsprechender Verän-gerung auch existenziell bedroht würden.

## **2. Sanktionierung des Missbrauchs von Quersub-ventionierung**

Darüber hinaus enthält der Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommission eine Verschärfung und Sanktionierung des

Missbrauches durch Quersubventionierung. Zur Begründung wird angeführt, dass Anbieter von Universaldienstleistungen, insbesondere durch Akquisitionen und Allianzen, auch in wettbewerbsorientierte bzw. -offene Tätigkeitsfelder vordringen. Die EU-Kommission nimmt dabei Bezug auf Beschwerden, die in den letzten Jahren gegenüber bestimmten Betreibern gegeben hat; die EU-Wettbewerbsbehörden hat - solchen Beschwerden folgend - wie beschrieben gegenüber der DPAG ein förmliches Beihilfeverfahren eingeleitet.

IP/99/530

Daher sieht die EU-Kommission nun in dem Richtlinien-Entwurf vor, dass die getrennte Kontenführung für reservierte und nicht-reservierte Dienste streng beizubehalten ist und zur besseren Kontrolle bei den Universaldienstleistern eine Aufstellung derjenigen Zusatzkosten vorzunehmen ist, die sich aus der zwingenden Bereitstellung des Universaldienstes ergeben.

Die EU-Kommission betont dabei nochmals, dass Anbieter von Universaldienstleistungen die dem Wettbewerb unterliegenden Postdienste kostendeckend erbringen müssen; liberalisierte Dienste außerhalb des Bereichs der Universaldienste dürfen daher nicht mit Einnahmen aus dem reservierten Bereich quersubventioniert werden: „Eine Quersubventionierung liberalisierter Dienste, die im Rahmen der Universaldienstpflichten zu erbringen sind, ist nur zulässig, wenn sie unverzichtbar ist, um die Zusatzkosten des Universaldienstes zu decken. Eine solche, der Bekanntmachung über die Postdienste entsprechende Bestimmung in der Richtlinie kann dazu beitragen, Befürchtungen im Zusammenhang mit dem künftigen Wettbewerb zu entkräften, die in jüngster Zeit in mehreren Beschwerden an die Kommission vorgebracht worden sind.“

Die Kommission schlägt daher vor, den Artikel 12 der alten Postrichtlinie entsprechend zu ergänzen; zugleich wird eine verschärfte Sanktionierung vorgesehen, indem die nationalen Regulierungsbehörden dazu verpflichtet werden, entsprechende Vorschriften zu erlassen und die Kommission von diesen Maßnahmen in Kenntnis zu setzen.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, S.22, 24

Nach diesen Plänen der EU-Kommission müssen die nationalen Regulierungsbehörden also zukünftig Vorschriften erlassen, die gewährleisten, dass die Anbieter von Universaldienstleistungen im Bereich der Universaldienste keine Quersubventionierung mit Gewinnen aus dem reservierten Bereich vornehmen. (Eine Ausnahme wird nur zugelassen, wenn eine solche Quersubventionierung unverzichtbar ist, um spezifische Universaldienstverpflichtungen zu erfüllen, die in dem dem Wettbewerb unterliegenden Bereich erbracht werden müssen.)

#### **VIII. Gesamtergebnis: Verlängerung des Monopols zugunsten der DPAG verfassungswidrig**

1. Die europapolitische und nationale Regulierungsrichtung ist seit 1992 bzw. 1994 nachdrücklich auf das Ende monopolistischer Marktstrukturen und auf eine liberalisierende Deregulierungsbewegung ausgerichtet. Dies ist seither durch die Post-Richtlinie der EU sowie durch die Verfassungsänderungen bei Art. 87 f und 143 b GG sowie durch das diese Verfassungsbestimmungen ausführende bzw. konkretisierende Postgesetz und die Post-Universaldienstleistungsverordnung des bundesdeutschen Gesetzgebers geschehen.

Mit der EU-Postrichtlinie wurde ein harmonisierter europäischer Rechtsrahmen für den Postsektor geschaffen, der reservierte Bereiche für monopolistisch gesicherte Marktteilnehmer (Universaldienstleister) zuließ, der zugleich aber auch einen Zeitplan für eine weitere Öffnung des Marktes für den Wettbewerb vorgegeben hat. Als Höchstgrenzen für reservierte Bereiche zugunsten von Anbietern von Universaldiensten ist durch die EU bisher im wesentlichen ein Gewicht bis zu 350 g angesetzt worden. In Deutschland liegt die (einfachrechtliche) Grenze

derzeit bei 200 g für normale Sendungen und bei 50 g für Direktwerbung.

**2.** Gemäß Art. 87 f GG gewährleistet der Bund flächendeckend angemessene und ausreichende Grundversorgung mit Dienstleistungen im Bereich des Postwesens (Infrastruktursicherungsauftrag). Das Privatisierungsmodell des Art. 87 f GG ist auf Entstaatlichung und Deregulierung des Postsektors angelegt; nach dem Ordnungsplan des Grundgesetzes geht die Erbringung von postalischen Dienstleistungen jetzt nur noch im Wettbewerb vonstatten. Die Privatwirtschaftlichkeitsgarantie des Art. 87 f II 1 GG hindert den Staat, den Handlungsauftrag zur Gewährleistung einer flächendeckenden postalischen Grundversorgung durch eigene Dienstleistungen zu erfüllen. Jegliche Rückverstaatlichung des Postsektors etwa über die Universaldienstgewährleistung wäre unzulässig.

Art. 143 b GG eröffnet als Übergangsbestimmung die Möglichkeit zur Verlängerung des Postmonopols "für eine Übergangszeit". Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat den Systemwechsel von der Staatswirtschaftlichkeit zur marktwirtschaftlichen Privatwirtschaftlichkeit nicht in einem einzigen Akt, sondern schrittweise vollziehen wollen. Deshalb eröffnet Art. 143 b II 1 GG die Möglichkeit, die ehemaligen Rechte der Bundespost für eine Übergangszeit der Sache nach zu erhalten, indem sie teilweise der durch die Privatisierung der Bundespost geschaffenen DPAG neu verliehen werden können (gestufte Liberalisierung). Das materielle Übergangsrecht betrifft insbesondere die vorübergehende Beibehaltung von Monopolrechten (vorläufige Monopole).

**3.** Die marktwirtschaftliche Liberalisierung des Postwesens, wie sie in Art. 87 f GG festgelegt und durch europäische Rechtsvorgaben angelegt ist, kann nicht über Art. 143 b II 1 GG konterkariert werden. Auf den Vollzug der Privatisierung und Liberalisierung des Postmarktes hat sich alles legislatorische Handeln hin auszurichten. Die gestufte Marktöffnung ändert nichts an der fortbestehenden Verbindlichkeit des grundsätzlichen Privatisierungs- und Liberalisierungsbefehls des Art. 87 f GG. Die Möglichkeit reservierter Beförderungsbereiche ist nur als Zwischenschritt und Übergangserscheinung, nicht als „Zu-

kunftsmodell“ bzw. Dauerzustand gestattet. Im Blick auf den verfassungsrechtlich gewollten „Normalzustand“ eines voll privatisierten und liberalisierten Postmarktes können (vorläufige) Monopole nur Ausnahmecharakter haben. Die Beibehaltung reservierter Sektoren stellt eine „Anomalie“ dar, eine Systemwidrigkeit im Hinblick auf das Verfassungsziel der vollen wettbewerblich-marktwirtschaftlichen Öffnung des Postwesens für private Anbieter.

Das Nebeneinander der beiden Regelungsschichten bedingt bzw. befördert – allerdings nur auf Zeit, nicht auf Dauer - eine gleichsam „duale Ordnung“ im Bereich des Postwesens. Auf der einen Seite steht die Anordnung privatwirtschaftlicher Erbringung von Postdienstleistungen durch verschiedene Anbieter im marktwirtschaftlichen Wettbewerb, zugleich und daneben erlaubt das Grundgesetz das (nur vorübergehende) Fortbestehen ausschließlicher Beförderungsrechte der DPAG. Das Privatisierungsmodell, wie es in Art. 87 f GG grundgelegt ist, duldet an sich und der inneren Systemgerechtigkeit nach keine ordnungspolitische Sonderrolle der DPAG; Art. 143 b II GG lässt eine solche ordnungspolitische Sonderrolle ausschließlich für eine bemessene Übergangszeit zu, die auf den 31.12. 2002 limitiert ist.

**4.** Art. 143 b II 1 GG enthält keinen Freibrief zum Aufbau neuer bzw. zum beliebigen Ausbau bestehender Monopole. Die verfassungsrechtliche Ermächtigung entbindet den einfachen Gesetzgeber nicht von der sachlichen Begründung, wenn und soweit er vormalige ausschließliche Rechte des Bundes zugunsten der Bundespost in ihrer Sachsubstanz fortführen will, indem er sie der DPAG verleiht. Der einfache Gesetzgeber kann den Bereich der „ausschließlichen Rechte“ nicht beliebig regeln, er hat hier nicht verfassungsfreie Hand. Ziel ist und bleibt ein Zustand des Postwesens nach Maßgabe des Privatisierungsmodells, wie es in Art. 87 f GG vorgegeben ist (und zwar verbindlich vorgegeben ist): volle Privatisierung und volle Wettbewerbsgleichheit, d.h. aber auch: Monopolablösung (nicht: Monopolfestschreibung) im Bereich der Postdienste. Dass die Marköffnung nicht abrupt, sondern behutsam, also schrittweise erfolgen soll, hindert nichts an der fortbestehenden Verbindlichkeit des grundsätzlichen Privatisierungs- und Liberalisierungsbefehls. Von daher und

auf Dauer gesehen – also im Blick auf den eigentlich verfassungsrechtlich intendierten Zustand des Postwesens - können gesetzliche Exklusivlizenzen bzw. Monopole nur „Auslaufmodelle“ sein.

**5.** Monopole passen nicht in die Wettbewerbsordnung, wie sie Art. 87 f GG für den Postbereich vorgibt bzw. anordnet. Art. 143 b II 1 GG billigt sie als Übergangserscheinung. Das Grundgesetz selbst bestimmt nur, dass die Monopolrechte vorübergehender Natur sein müssen - mit der spiegelbildlichen Aussage, dass Dauermonopole im Postbereich von vornherein unzulässig sind -; es lässt sich aber nicht über den konkreten Zeitraum aus, es setzt selbst keine etwa jahresmäßige Grenze. Insoweit besteht gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum. Allerdings ist dieser Gestaltungsspielraum nicht beliebig, sondern eingegrenzt und eingehegt. Zum einen durch die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 87 f II 1 GG, den Postbereich zu privatisieren und für den marktwirtschaftlichen Wettbewerb (durch Beseitigung gesetzlicher Monopole) zu öffnen, zum andern durch Grundrechtspositionen der potentiell in den Markt eintretenden „anderen privaten Anbieter“.

**6.** Die wettbewerbspolitischen Analysen zuständiger nationaler wie internationaler Einrichtungen zur Überwachung und Regulierung der Postmärkte (Monopolkommission, Regulierungsbehörde, EU-Wettbewerbsbehörden) zeichnen das Bild einer dominierenden und marktverdrängenden Unternehmenspolitik durch die DPAG, die mit Hilfe ihres sektoralen Monopols sowohl den Briefbeförderungsdienst fast vollständig besetzt und zudem durch Quersubventionierung den Paketdienstbereich in ähnlicher Weise zu monopolisieren versucht. Die Aufhebung des Beförderungsmonopols für Briefsendungen erfolgte zwar formal durch das Postgesetz, faktisch befindet sich der Briefmarkt aber nach wie vor größtenteils im Monopol; wettbewerbliche Ansätze sind lediglich in Randgebieten, wie etwa bei den höherwertigen Dienstleistungen, zu verzeichnen. Die Exklusivlizenz wirkt sich als wettbewerbspolitischer Sperrriegel zugunsten der DPAG aus, der eine nur annähernd gleichwertige Teilnahme anderer Wettbewerber an der Markttätigkeit im Bereich der Postdienste und damit eine marktwirtschaftliche Liberalisierung auf der Grundlage gleicher Wettbewerbsbedingungen verhindert.

Die marktwirtschaftliche Auswirkung der Exklusivlizenz hat einen solch gravierenden Umfang erreicht, dass andere potentielle Lizenznehmer gar keine Möglichkeit erhalten, die für eine Marktteilnahme außerhalb des von der Exklusivlizenz geschützten Bereiches notwendigen Versorgungsnetze in Konkurrenz zur Infrastruktur der DPAG aufzubauen. Das sektorale Exklusivmonopol wirkt invasiv-monopolisierend in den zwar rechtlich freien, aber ökonomisch-faktisch ebenfalls monopolisierten Wettbewerbsbereich innerhalb der Briefbeförderung hinein. Darüber hinaus bestehen Erkenntnisse, dass die DPAG neben dem Ausbau ihres Monopols bei der Briefbeförderung die dort erzielten Monopolgewinne wiederum missbräuchlich für die Quersubventionierung des Paketdienstes verwendet: die Monopolgewinne beeinflussen mittels Quersubventionen die Wettbewerbsbereiche und führen im Ergebnis eine Wettbewerbsverzerrung zulasten der übrigen Wettbewerber im Paketdienstleistungsbereich herbei. Eine solche Quersubventionierung wettbewerblicher Aktivitäten durch Monopolgewinne beeinträchtigt die privaten Paketdienste und stellt nach Auffassung der Monopolkommission insoweit eine Wettbewerbsverzerrung dar.

Die Monopolkommission kommt insgesamt zu der nachdrücklichen Feststellung, dass ein „funktionsfähiger Wettbewerb ... sich frühestens dann entwickeln (kann), wenn die Übergangsbestimmungen des Postgesetzes - wie im Gesetzestext ausdrücklich vorgesehen - auslaufen.“ Derzeitigen Bestrebungen auf der politischen Ebene, den Exklusivbereich über diesen Zeitpunkt hinaus zu verlängern, tritt die Monopolkommission entgegen. Auch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post hat sich eindeutig dazu bekannt, dass das sektorale Monopol aus ordnungspolitischen und gewerberechtlichen Gründen eine problematische Privilegierung einer Aktiengesellschaft gegenüber anderen Anbietern darstellt und einen Fremdkörper innerhalb der bundesdeutschen Rechtsordnung bildet. Die Regulierungsbehörde hält die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz über den 31. Dezember 2002 hinaus für nicht erforderlich.

7. Aus Wettbewerbsstruktur- und Marktanalysen ergibt sich im Postdienstleistungsmarkt eine Situation, nach der

auf diesem regulierten Markt zwar eine quantitativ hohe Zahl von Lizenzen an andere Unternehmen vergeben wurden, gleichwohl die DPAG den Markt gemessen an den Umsatzanteilen nahezu flächendeckend beherrscht. Zugleich betreibt die DPAG eine Vielzahl von wettbewerbsrechtlichen Klageverfahren gegen die Regulierungsbehörde, mit denen sie gegen diese Lizenzerteilungen gerichtlich vorgeht.

Die vergebenen Lizenzen stehen weitgehend durch die Rechtsmittel seitens der DPAG unter den Vorbehalt der Rechtsgültigkeit und führen zugleich keineswegs zu einer qualitativen durchgreifenden Marktverteilung, wie sie unter wettbewerbsspolitischen (und verfassungsrechtlichen) Gesichtspunkten wünschenswert bzw. geboten wäre. Beide Effekte signalisieren den einerseits unfertigen Zustand des Postdienstmarktes unter Wettbewerbs- und Liberalisierungsgesichtspunkten und verlangen - auch im Licht aller Liberalisierungs- und Deregulierungsforderungen - weiterhin einen hohen Regulierungsbedarf. Die Monopolkommission führt aus: „Bis zur Aufhebung der Exklusivlizenz ist die Regulierung in ihrem derzeitigen Umfang aufrechtzuerhalten. Die Einräumung eines derart weitreichenden Monopolbereichs zieht folgerichtig eine strikte Regulierung des marktbeherrschenden Unternehmens nach sich.“

**8.** Ebenfalls im Sinne wettbewerbsrechtlicher Maßstäbe haben die Wettbewerbsbehörden der Europäischen Kommission ein förmliche Missbrauchsverfahren gemäß Art. 82 EGV gegen die DPAG eingeleitet, in dem überprüft werden soll, wie die Preisbildung und Preispolitik im Bereich der Paketdienstleistungen und des Briefportos sich vollzieht. Seit Juli 1999 läuft ein förmliches Beihilfeverfahren nach Art. 88 EGV gegen die DPAG, bei dem die Quersubventionierung von in- und ausländischer Unternehmenskäufen mit Hilfe der Einnahmen aus den Monopol im Briefbeförderungsbereich sowie die Verwendung dieser Einnahmen zum Verlustausgleich im Paketdienst Gegenstand der Prüfung sind. Im Mai 2000 wurde ein wettbewerbsrechtliches Missbrauchsverfahren wegen Störung des internationalen Postverkehrs eingeleitet; darin wird dem Unternehmen vorgeworfen, durch häufiges und systematisches Aufhalten eingehender grenzüberschreitender Post, die Erhebung eines Zuschlages und Verzögerungen

rungen bei der Zustellung solcher Sendungen gegen die Wettbewerbsregeln der EU zu verstoßen.

Dabei hat die Kommission das Vorgehen und die Marktpraxis der DPAG moniert, wonach diejenigen Einnahmen des Exklusivbereichs (Monopolbereichs) der DPAG als staatliche Beihilfe einzustufen sind, welche die Kosten der Universaldienstverpflichtung übersteigen. Aufgrund ihres gesetzlichen Monopols und der staatlichen Festlegung von Briefmarkenpreisen verfügt die DPAG nach der Analyse der EU-Kommission über eine sichere Einnahmequelle. Diese Einnahmen sollen nach Auffassung der EU-Kommission zur Finanzierung des Universaldienstes dienen. Nach den vorgelegten Daten steht für die EU-Kommission aber auch fest, dass die im reservierten (monopolistischen) Bereich erwirtschafteten Erträge höher als die Universaldienstkosten sind. Dies ist nach der Rechtsauffassung der EU-Kommission eine staatliche Beihilfe, die weder von der Postrichtlinie noch vom EG-Vertrag abgedeckt ist.

**9.** Der einfache Gesetzgeber gewinnt aus der Ermächtigung des Art. 143 b II 1 G nicht einen Freibrief, die Übergangszeit für Exklusivlizenzen beliebig auszudehnen, aus bloßen Übergangs-Monopolen durch die Hintertür doch quasi – Dauer – Monopole zu schaffen. Eine Verlängerung der Exklusivlizenz des § 51 I 1 PostG verträge sich nicht mit dem verfassungsverbindlichen Gebot einer umfassenden Marktöffnung mit voller Wettbewerbsfreiheit und Wettbewerbsgleichheit. Dem Bund erwächst aus Art. 87 f GG eine Schutz- und Förderungspflicht zur Entwicklung (und dann auch zur Sicherung) einer offenen Wettbewerbssituation im Postsektor. Dieser Schutz- und Förderungspflicht würde die Aufrechterhaltung reservierter Marktsegmente über den in § 51 Abs. I 2 PostG genannten Zeitraum hinaus widersprechen, die Verstetigung der Monopolsituation würde das Verfassungsgebot zur Herstellung und Sicherung voller Wettbewerbsfreiheit wie Wettbewerbsgleichheit im Postbereich konterkarieren.

Das Postgesetz sieht eine Abweichung von der in § 51 I 1 PostG genannten Frist ausschließlich und allein dann vor, wenn die Regulierungsbehörde eine solche Fristverlängerung für erforderlich hielte. Da nun aber die Regulierungs-

behörde eine entsprechende Erforderlichkeit nicht nur nicht befürwortet, sondern definitiv ausgeschlossen hat, fände der Bundesgesetzgeber jedenfalls im Postgesetz selbst keinen Anhaltspunkt für eine Verlängerung des Brief-Monopols über das Jahr 2002 hinaus. Das Postgesetz selbst läßt - jenseits aller verfassungsrechtlichen Erwägungen – eine Verlängerung der Exklusivlizenz allenfalls aufgrund einer entsprechenden Einschätzung der Regulierungsbehörde zu (die insoweit – nach der Gesetzeslogik – auch keiner Weisungsbefugnis seitens der Bundesregierung unterliegt). Diese tatbestandliche Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben.

**10.** Das GG kennt zwar textmäßig kein Grundrecht der „allgemeinen Wirtschaftsfreiheit“. Nach ganz unbestrittener Verfassungsinterpretation folgt die grundrechtliche Garantie dieser „allgemeinen Wirtschaftsfreiheit“ aber aus dem Grundrechtskatalog des GG unmittelbar, wobei lediglich über deren systematische Verortung gestritten wird. Nach verbreiteter Auffassung soll die „allgemeine Wirtschaftsfreiheit“ Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 I GG sein. Dagegen sind die Spezialgrundrechte aus Art. 12 I GG (Gewerbefreiheit) und aus Art. 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bzw. Recht am Unternehmen als Bestandteil der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie) maßgebend. Die Grundaussage des Art. 87 f II GG, derzufolge postalische Dienstleistungen in „privatwirtschaftlicher“ Form zu erbringen sind, verbindet sich demgemäß mit den allgemeinen wirtschaftlichen Freiheits-, Wettbewerbs- und Gleichheitsgarantien. Jeder, der postalische Dienstleistungen erbringt, verfügt über den prinzipiellen Grundrechtsschutz gemäß Art. 12 I/14 I GG in Verbindung mit Art. 3 I GG, hilfsweise aus Art. 2 I GG wiederum in Verbindung mit Art. 3 I GG. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG allerdings nicht für solche postalischen Unternehmen, die sich nach ihrer rechtlichen Trägerschaft als öffentliche Unternehmen darstellen. Für solche Unternehmen hat das BVerfG den entsprechenden Grundrechtsschutz ausdrücklich ausgeschlossen.

Vor der Postreform II stellte sich das Postmonopol als ein Verwaltungsmonopol unmittelbar verfassungsrechtlich garantierter Art dar (arg. Art. 73 Nr. 7 a.F., 87 I a.F. GG). Mit

der Postreform II bzw. mit den neuen Regelungen des Art. 87 f II, 143 b GG ist dieser kompetenzielle Staatsvorbehalt für das Postwesen jedoch aufgegeben worden. Diese Neuregelungen stellen sich nicht als positive, sondern als negative Kompetenzbestimmungen dar, womit sie – zumindest mittelbar – auch grundrechtliche Qualität erhalten haben. Denn die Grundrechte werden auch als negative Kompetenzbestimmungen verstanden, weil ihre freiheitsgewährleistende Qualität gerade in der Negation staatlicher Zuständigkeiten besteht. In diesem Sinne versteht sich vor allem die Regelung des Art. 87 f II GG mit ihrer Festlegung der postalischen Dienstleistungen als „privatwirtschaftlich“ als eine unmittelbar freiheitsrechtliche Gewährleistung, die ergänzend und unterstützend neben die allgemeinen Wirtschaftsfreiheitsrechte aus Art. 12 I, 14 I bzw. 2 I GG tritt. Dass diese Gewährleistung bzw. negative Kompetenzregelung des Art. 87 f II GG durch die Übergangsbestimmung des Art. 143 b II 1 GG dahingehend modifiziert wird, dass für eine Übergangszeit der DPAG Ausschließlichkeitsrechte eingeräumt werden können, ändert hieran nichts.

Denn obwohl die Einräumung solcher Rechte teilmonopolisierende Wirkung hat, ändert dies doch nichts daran, dass die entsprechenden „Rechte“ nicht originärstaatskompetenzieller, sondern „privatwirtschaftlicher“ Qualität sind. Dies bedeutet wiederum, dass auch die entsprechende „Verleihung“ solcher Rechte gemäß Art. 143 b II 1 GG i.V.m. §§ 51 ff PostG nicht von der Art eines verfassungsrechtlich-kompetenzrechtlichen (genuinen) Verwaltungsmonopols ist, sich vielmehr auf der Ebene der einfachen Gesetzgebung bewegt und damit nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerfG in vollem Umfange an die Grundrechte namentlich aus Art. 12 I GG gebunden ist.

**11.** Auf dieser Grundlage lässt sich der Regelungsgehalt der Art. 87 f, 143 b II GG i.V.m. §§ 51 ff PostG wie folgt qualifizieren: Hiernach ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei den Zuständigkeiten der DPAG gemäß Art. 143 b II 1 GG, §§ 51 ff PostG nicht um ein genuines Verwaltungsmonopol bzw. genuines Teil-Verwaltungsmonopol handelt, da kein verfassungsrechtli-

cher Kompetenzvorbehalt zugunsten der genannten postalischen Dienstleistungen mehr besteht.

Des weiteren handelt es sich auch nicht um ein nicht-genuines (sektorales) Teil-Verwaltungsmonopol, weil die Funktionsrechte der DPAG auf einer entsprechenden „Verleihung“ beruhen und weil die DPAG inzwischen ein organisationsrechtlich privatisiertes öffentliches Unternehmen darstellt, das im Sinne des Art. 87 f II GG „privatwirtschaftliche“ Leistungen erbringt und mit dieser Maßgabe am allgemeinen wirtschaftsfreiheitlichen Wettbewerb teilnimmt. Insoweit handelt es sich bei den der DPAG kraft Gesetzes „verliehenen“ Sonderrechten um ein staatlicherseits intendiertes Teilmonopol in privater Trägerschaft.

Da die entsprechende „Verleihung“ gemäß Art. 143 b II GG nur „für eine Übergangszeit“ erfolgen darf, handelt es sich um ein befristetes bzw. zeitlich begrenztes Monopol, also nicht um ein Dauermonopol. Die Errichtung eines Dauermonopols verstieße gegen Art. 143 b II 1 GG, wäre also verfassungswidrig. Dies gilt auch unter dem Aspekt des sukzessiven Monopols, d.h. einer Monopolisierung, die schrittweise erfolgte und damit faktisch den Zustand eines Dauermonopols anstrebte oder erreichen würde. Eben dieser Tatbestand droht im hiesigen Zusammenhang jedoch eindeutig, wenn die Befristung des § 51 PostG erneut verlängert werden würde (sukzessive Re-Monopolisierung).

Schon aus der Sicht des 143 b II 1 GG wäre insoweit von einem verfassungswidrigen Tatbestand auszugehen. Insgesamt handelt es sich hier also um ein staatlich-intendiertes (nicht-staatseigenes) Teil- und Zeitmonopol, das im Falle einer Verlängerung der „Übergangszeit“ jedoch in ein sukzessives Dauer- und Vollmonopol – zumindest als faktisches Monopol – umzuschlagen droht – ein Tatbestand wiederum, der schon mit Art. 143 b II 1 GG nicht zu vereinbaren wäre. Dies alles droht sich zu einem Dauerzustand zu verfestigen, wenn die Exklusivlizenz des § 51 PostG über den 31.12.2002 hinaus verlängert werden sollte. In diesem Falle wäre definitiv davon auszugehen, dass sich die real-teilmonopolistische Position der DPAG zu einer sukzessiv- und faktisch-vollmonopolistischen Struktur (zurück-)entwickelte – ein

Tatbestand, der mit Art. 87 f und Art. 143 b GG nicht zu vereinbaren ist und der unmittelbar zum grundrechtlichen Gewährleistungstatbestand namentlich des Art. 12 I GG führt.

**12.** Bei einer verlängerten „Verleihung“ von Sonderrechten gemäß Art. 143 b II 1 GG i.V.m. §§ 51 ff PostG an die DPAG wird die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG unzulässig verletzt. Je länger die DPAG über die entsprechenden Sonderrechte verfügen kann, umso stärker wird ihr wirtschaftlicher Status; umso attraktiver wird die DPAG für weitere geplante Börsengänge. Dieses im wesentlichen im fiskalischen Interesse des Bundes begründete Motiv ist jedoch nicht geeignet, eine Beschränkung des Grundrechts der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 I GG zu rechtfertigen. Denn rein fiskalische Interessen stellen weder ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ noch eine „vernünftige Erwägung des Gemeinwohls“ im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG dar.

Dabei geht es darum, die DPAG im Verhältnis zu ihren Konkurrenten zu begünstigen und aus diesem Privileg eine wirtschaftlich-fiskalisch bessere Position für die geplante volle Privatisierung der DPAG aufzubauen. Aus grundrechtlicher Sicht bedeutet dies indessen nichts anderes, als dass hier im Verhältnis zu den privaten Wettbewerbern gesetzgeberisch Maßnahmen eines bloßen Konkurrenzschutzes getroffen werden, die ihrerseits nach der Rechtsprechung des BVerfG mit Art. 12 I GG nicht zu vereinbaren sind.

Art. 143 b II 1 GG erlaubt zwar die auch konkurrenzschützend wirksame „Verleihung“ der dort genannten Sonderrechte an die DPAG „für eine Übergangszeit“. Diese verfassungsrechtliche Entscheidung besteht verfassungssystematisch durchaus neben der Grundrechtsgewährleistung des Art. 12 I GG, kann also aus der Sicht des Art. 12 I GG nicht ihrerseits verfassungsrechtlich in Frage gestellt werden. Von dieser Ermächtigung hat der Bundesgesetzgeber aber mit der Regelung des § 51 PostG (erschöpfend) Gebrauch gemacht, in dem er der DPAG bis zum 31.12.2002 ein entsprechendes Verleihungsprivileg verschafft hat.

Eine Verlängerung dieses Verleihungsprivilegs würde sich in Wahrheit als eine ausschließliche Maßnahme des bloßen Konkurrenzschutzes zugunsten der DPAG darstellen, läge also schon nicht mehr im Auftrag des Art. 143 b II 1 GG begründet. Insoweit erweise sich das Grundrecht des Art. 12 I GG als ausschließlich maßgebend – mit der Konsequenz der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit.

**13.** Staatliche Wettbewerbsbeschränkungen, die dazu führen, dass ein privates Unternehmen in seiner Existenz gefährdet wird, greifen in den Kern des verfassungsrechtlich geschützten Vermögensrechts „Eigentum“ ein – mit der Konsequenz, dass solche Eingriffe enteignungsgleichen und damit verfassungswidrigen Charakter erreichen. Diese Voraussetzungen wären bei einer Verlängerung der Exklusivlizenz gemäß § 51 PostG über den 31.12. 2002 eindeutig erfüllt. Denn damit träte eine (sukzessive) Re- und Vollmonopolisierung der postalischen Dienstleistungen zugunsten der DPAG - zumindest faktisch - ein; die privaten Wettbewerber bzw. die Lizenznehmer sähen sich tatsächlich vom Markt voll verdrängt. Viele Lizenznehmer, die im Hinblick auf den gesetzlich vorgesehenen Wegfall der Exklusivlizenz investiert haben, wären in ihrer Existenz gefährdet und sogar zur Aufgabe ihres Gewerbebetriebes gezwungen. Eine Verlängerung der Exklusivlizenz über den 31.12.2002 hinaus zugunsten der DPAG würde also auch eine Verletzung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG bedeuten.

Eine Verlängerung der Exklusivlizenz über den 31.12.2002 hinaus würde zudem auch die allgemeine Wirtschaftsfreiheit gemäß Art. 12 I/Art. 14 I GG bzw. gemäß Art. 2 I GG in verfassungswidriger Weise verletzen.

Der gleiche Verfassungsverstoß ist im Verhältnis zum Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit gemäß Art. 12 I/Art. 14 I GG bzw. gemäß Art. 2 I GG zu konstatieren. Der tatbestandliche Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit durch die „Verleihung“ von Sonderrechten (Exklusivlizenz) an den Wettbewerber DPAG ist nur für die entsprechende „Übergangszeit“, d.h. allenfalls bis zum 31.12.2002 zu rechtfertigen.

Das Gleiche gilt ebenfalls für das Grundrecht der Wettbewerbsgleichheit gemäß Art. 12 I/ Art.14 I bzw. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 3 I GG. Die wettbewerbliche Chancengleichheit von Wettbewerbern darf vom staatlichen Gesetzgeber nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden. Würde der Gesetzgeber der DPAG eine Verlängerung der Exklusivlizenz über die Ermächtigung des § 51 PostG gewähren, würde er gegen das Grundrecht der wettbewerblichen Chancengleichheit, also gegen Art.12 I/Art. 14 I GG bzw. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 3 I GG in verfassungswidriger Weise verstoßen. Denn eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Verlängerung der Exklusivlizenz der DPAG ergibt sich ebenso wenig aus wettbewerblichen wie aus sonstigen (infrastrukturellen) Gründen.