

Einleitung

Die Beförderung von Postsendungen durch Postdienstleistungsunternehmen unterliegt nach der Liberalisierung des Postsektors der Europäischen Union zur Sicherstellung der Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs und eines postalischen Universaldienstes einer staatlichen Regulierung auf Grundlage einschlägiger gesetzlicher Regelungen.¹ Insoweit diese Leistungen durch öffentliche Auftraggeber beschafft werden, gelten für sie grundsätzlich auch die Vorschriften zur Durchführung von öffentlichen Ausschreibungen. Öffentliche Auftraggeber haben diese (Dienst-)Leistungen also regelmäßig nach Durchführung von Ausschreibungsverfahren im Wettbewerb zu beschaffen.

In der Bundesrepublik Deutschland werden (auch) Postdienstleistungen durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen reguliert.² Die Regulierung des Postwesens ist eine hoheitliche Aufgabe des Bundes. Ziele der Regulierung sind unter anderem die Sicherstellung eines chancenreichen und funktionsfähigen Wettbewerbs sowie die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (§§ 1, 2 Abs. 1 PostG).

Die Abwicklung des Postverkehrs auch für öffentliche Auftraggeber durch Unternehmen der Privatwirtschaft unterliegt somit einer staatlichen Regulierung und muss unter Berücksichtigung der einschlägigen vergaberechtlichen Regelungen über die Durchführung von öffentlichen Ausschreibungen stattfinden.

Spätestens seit dem vollständigen Wegfall der Postmonopole innerhalb der Europäischen Union mit Ablauf des Jahres 2012 hat dieser Sektor eine ganz erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für neue Marktteilnehmer, also Wettbewerber der ehemaligen staatlichen Postunternehmen erlangt.³

Tatsächlich haben sich die europäischen Postmärkte bis heute nicht erheblich entwickelt. Ein umfassender Wettbewerb ist nicht festzustellen. Die nationalen Märkte der Mitgliedstaaten werden nach wie vor von den ehemaligen Staatsbetrieben beherrscht. Auch im 12. Jahr der vollständigen Öffnung des bundesdeutschen Postsektors wird der inländische Markt von dem Konzern Deutsche Post AG geprägt.⁴ Nach den Feststellungen der Bundesnetzagentur und der Monopolkommission haben in der Bundesrepublik Deutschland etwa 600 tätige lizenzierte Wettbewerbsunternehmen⁵

¹ Zu dem Begriff Postdienstleistungen vgl. § 4 Nr. 1 PostG; zu dem Begriff des postalischen Universaldienstes vgl. §§ 11 ff. PostG und die Regelungen der Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV).

² Nach der Diktion der Regelungen des Postgesetzes „die Regulierungsbehörde“, § 50 PostG; fortan: Bundesnetzagentur oder „BNetzA“.

³ Vgl. dazu für einen Marktüberblick: Monopolkommission beim Bundeskartellamt, Sondergutachten 79, BT-Drs. 19/169, S. 117 ff.; für die Marktverhältnisse im Postsektor innerhalb der Europäischen Union vgl. Monopolkommission, a.a.O., S. 147 ff.

⁴ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., S. 122.

⁵ Vgl. zu der Anzahl der aktiven Wettbewerbsunternehmen: *Gramlich*, N&R 2017, S. 280; die Bundesnetzagentur berichtet in ihrem „Tätigkeitsbericht Post 2016/2017“ von 531 im Jahre 2016 aktiven Unternehmen, da nicht alle Lizenzinhaber tätig seien, vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/2017, abrufbar unter <www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2017/TB_Post20162017.pdf?__blob=publicationFile&v=1> (zuletzt abgerufen am 10.3.2019).

der Deutsche Post AG im Markt für die Erbringung von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen (§ 5 PostG) bislang nur einen Marktanteil von etwa 15 %.⁶

Öffentliche Auftraggeber⁷ stellen eine große Kundengruppe der Postdienstleistungsunternehmen dar. Die Aufträge der öffentlichen Hand haben einen ganz erheblichen Umfang und betreffen den gesamten Postverkehr der staatlichen Einrichtungen und sonstigen öffentlichen Auftraggeber. Sendungen dieser Auftraggeber nehmen einen außerordentlich großen Teil des verarbeiteten Postvolumens von Postdienstleistungsunternehmen ein. Die Übernahme des Postverkehrs für die öffentliche Hand hat daher für Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens eine sehr große wirtschaftliche und damit zugleich eine erhebliche wettbewerbsstärkende und -fördernde Bedeutung. Diese umfangreichen und umsatzstarken Aufträge sichern und entwickeln den Wettbewerb in dem regulierten Sektor.

Die Freigabe der Postmärkte führt bei einer Auftragserteilung durch öffentliche Auftraggeber im Sinne der vergaberechtlichen Regelungen (§ 99 GWB) grundsätzlich zu der Verpflichtung, bei der Vergabe und Ausschreibung dieser - dann öffentlichen - Postdienstleistungsaufträge als Leistungsbeschaffung den gesamten Kanon der vergaberechtlichen Regelungen zu beachten.⁸

Die Wettbewerbsförderung bzw. die Verpflichtung zur Beachtung wettbewerblicher Anforderungen ist Regulierungsziel der postrechtlichen Vorschriften und auch Gegenstand wesentlicher vergaberechtlicher Grundsätze und Regelungen. Zudem ist die Erbringung von allgemein als unabdingbar angesehener Postdienstleistungen im Sinne eines postalischen Universaldienstes staatlicherseits zu garantieren.⁹

Durch die vollständige Marktöffnung und die damit einhergehende Erbringung dieser Leistungen im freien Wettbewerb haben sich spezifische Dienstleistungsformen - häufig mit einem regionalen Zuschnitt - im Postsektor entwickelt, die gleichwohl unter das System der europäischen und nationalen Vergabevorschriften zu fassen sind. Vergabestellen haben bei der Durchführung solcher Ausschreibungsverfahren also nicht nur die Besonderheiten eines seit jeher monopolisierten und erst unlängst für den Markt geöffneten Sektors zu beachten, sondern vergeben ihre Leistungen auch in einem regulierten und im Hinblick auf ein Mindestangebot staatlicherseits - jedenfalls im Hinblick auf Mindestanforderungen - zu gewährleistenden Dienstleistungsbereich.

Bereits vor dem Wegfall des gesetzlichen Postmonopols in der Bundesrepublik Deutschland zum 1.1.2008 (Streichung des § 51 PostG) wurden auch in der Bundesrepublik Deutschland Postdienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber national und europaweit ausgeschrieben.¹⁰ So hat die vergaberechtliche Einordnung dieser als unabdingbar angesehenen Dienstleistungen seitdem eine

⁶ Monopolkommission, a.a.O., S. 122; die Zahlen stammen aus dem Jahre 2016, neuere Zahlen liegen noch nicht vor. Die Wettbewerbsverhältnisse haben sich seitdem aber kaum geändert.

⁷ Zu dem Begriff vgl. unten C. V. 4. b).

⁸ Zu Postdienstleistungen als Dienstleistungen im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB vgl. unten A. III. 1.; vgl. zu Postdienstleistungen als besondere Dienstleistungen i.S.v. § 130 GWB unten C. 7. und F. VI.

⁹ Vgl. zum postalischen Universaldienst unten B. II. 6., 9. und D. I. 2. b).

¹⁰ Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.7.2005 - VII-Verg 19/05 und KG Berlin, Beschl. v. 13.1.2005 - 2 Verg 26/04 zu Vergabeverfahren der Stadt Köln und des Landes Berlin aus dem Jahre 2004 zu der Vergabe von Postdienstleistungen i.S.v. § 33 PostG.

ganz erhebliche (wirtschaftliche) Bedeutung für die Verfahrensbeteiligten an einem wettbewerblich orientierten Ausschreibungsverfahren erlangt.

Die Durchführung solcher öffentlichen Ausschreibungen betrifft außerdem einen Sektor, in dem der Staat auch durch eine sekundärrechtlich auferlegte Verpflichtung eine postalische Grundversorgung zu gewährleisten hat. Schon in seiner Entschließung vom 7.2.1994 über die Entwicklung der Postdienste in der Gemeinschaft¹¹ hatte der Rat der Europäischen Union erklärt, dass eines der Hauptziele der Politik der (damals noch) Europäischen Gemeinschaft im Bereich der Postdienste darin besteht, die stufenweise und kontrollierte Öffnung des Postmarkts für den Wettbewerb und eine dauerhafte Garantie der Bereitstellung eines Universaldienstes miteinander in Einklang zu bringen.¹²

Da funktionsfähige Postdienste in der Europäischen Union als ein wesentliches Instrument für die Kommunikation und den Informationsaustausch erachtet wurden (und werden), nehmen sie eine grundlegende Position im Rahmen der Zielsetzungen des sozialen, wirtschaftlichen und territorialen Zusammenhalts der Mitgliedstaaten ein (vgl. heute Art. 14 AEUV). Denn Postnetze haben eine wichtige territoriale und soziale Dimension, indem sie einen universalen Zugang zu grundlegenden nachgefragten Dienstleistungen ermöglichen.¹³

Ausgehend von diesem Grundansatz sind Bestimmungen über die Gewährleistung des Universaldienstes bereits Gegenstand der ersten Postrichtlinie RL 97/67/EG geworden.¹⁴ Die Mitgliedstaaten haben demnach sicherzustellen, dass den Nutzern ein postalischer Universaldienst zur Verfügung steht, der ständig flächendeckend postalische Dienstleistungen einer bestimmten Qualität zu tragbaren Preisen für alle Nutzer bietet.¹⁵ Zur Sicherstellung und Aufrechterhaltung des Universaldienstes wurde bis zur Öffnung des Postmarkts den Mitgliedstaaten dafür das Recht eingeräumt (bzw. belassen), bestimmte postalische Dienstleistungen für einen einzigen universalen Dienstleister zu reservieren, soweit dies erforderlich sei.¹⁶

Gemäß der Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.2.2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft¹⁷ ist (seither) ein freier, aber dennoch nicht unregulierter Marktzugang im Postsektor vorgesehen.¹⁸ Spätestens zum 1.1.2013 waren alle europäischen Postmärkte grundsätzlich insgesamt und vollständig für den Wettbewerb zu öffnen.¹⁹

¹¹ Vgl. Entschließung des Rates vom 7.2.1994 über die Entwicklung der Postdienste in der Gemeinschaft KOM(93) 247 endg.

¹² Darauf nimmt die RL 2008/6/EG in ErwG 1 Bezug.

¹³ ErwG 5 der Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.2.2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl. EU 2008 L 52, 3.

¹⁴ Art. 3 der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.12.1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. EG 1998 L 15, 14.

¹⁵ Art. 3 Abs. 1 RL 97/67/EG; vgl. dazu unten B. II. 2.

¹⁶ Art. 7 Abs. 1 RL 97/67/EG; vgl. unten B. II. 6.

¹⁷ ABl. EU 2008 L 52, 3.

¹⁸ Vgl. unten B. IV. 1.

¹⁹ Vgl. Art. 2 Abs. 1 RL 2008/6/EG.

Dabei erfolgte in der Bundesrepublik Deutschland eine erste sukzessive Marktöffnung bereits ab dem Jahre 1998.²⁰ Eine schrittweise Öffnung des Postsektors wurde durch die Freigabe der gewerbs- und geschäftsmäßigen Beförderung von bestimmten Postsendungsformen für Wettbewerber der Deutsche Post AG²¹ bewirkt. Nach dem gesetzlich in § 51 S. 1 PostG vorgesehenen Wegfall der gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutsche Post AG zum 31.12.2007 ist seither im Einklang mit der europäischen Grundentscheidung zur Marktöffnung (auch) auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ein postalischer Universaldienst im freien Wettbewerb zu gewährleisten. Insoweit trifft die Gewährleistungspflicht als flächendeckende Versorgung mit universalen Postdienstleistungen den Staat als Gewährleistungsträger und den (die) Universaldienstleister als ausführende Unternehmen (s. §§ 56, 13 PostG).²²

Ziel der Regulierung im Bereich des bundesdeutschen Postwesens ist gem. § 1 PostG nicht nur die Sicherstellung einer ausreichenden Dienstleistungsversorgung mit Postdienstleistungen (Universaldienst), sondern zugleich auch - ausdrücklich - die Wettbewerbsförderung im Bereich des Postwesens.

Unionsrechtlich sind Postdienstleistungen als Leistungen der „Postbeförderung im Landverkehr“ sowie der „Luftpostbeförderung“ im Sinne des Anhangs IA, Kategorie 4, des Art. 8 RL 92/50/EWG des Rates vom 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge bereits seit Beginn der 1990er Jahre vom Vergaberecht erfasst und seither ebenfalls vollumfänglich Gegenstand der Regelungen über die öffentliche Ausschreibung dieser Leistungen.²³ Obgleich die Leistungen der Postbeförderung zum Zeitpunkt des Erlasses der genannten Richtlinie im Wesentlichen zugunsten der nationalen Postverwaltungen „reserviert“ waren, d.h. entsprechende Postmonopole bestanden, statuierte bereits die erste Gemeinschaftsvorschrift zur Durchführung von Vergabeverfahren hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungen eine grundsätzliche Verpflichtung der betroffenen öffentlichen Auftraggeber, solche Leistungen (nur) nach der Durchführung von Ausschreibungsverfahren zu beschaffen. Der Wettbewerb um diese Leistungen war in der Europäischen Gemeinschaft zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie noch nicht zugelassen. Eine Ausschreibung dieser Leistungen durch die betroffenen Auftraggeber hätte also kaum zu Angeboten außerhalb des staatlichen jeweiligen Monopolisten geführt.

Indes haben öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe dieser Leistungen seither die europäischen und nationalen Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe von entsprechenden Dienstleistungsaufträgen zu berücksichtigen und damit auch postalische Dienste im Wettbewerb und im Wege von transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren förmlich auszuschreiben.²⁴ Diese Dienstleis-

²⁰ Vgl. § 51 S. 1 PostG, vgl. unten D. II. 2.

²¹ Vgl. allgemein zur Unternehmensbezeichnung „Deutsche Post AG“ auch § 1 PostUmwG v. 14.9.1994, BGBl. 1994 I, 2325, 2339.

²² Vgl. zur Gewährleistung des postalischen Universaldienstes unten D. I.

²³ Vgl. dazu unten C. III. 4.

²⁴ Vgl. dazu C. VII. 2. m) und E. III.

tungserbringung orientiert sich also ihrerseits auch an Wirtschaftlichkeits- und Wettbewerbsgrundsätzen.²⁵

Zugleich sieht der aufgrund der RL 2008/6/EG neu gefasste Art. 7 Abs. 2 der Postrichtlinie 97/67/EG vor²⁶, dass die Mitgliedstaaten die Bereitstellung der Universaldienste nach den für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Vorschriften sicherstellen können, dies einschließlich des wettbewerblichen Dialogs und des Verhandlungsverfahrens mit oder ohne vorherige Bekanntmachung gem. der Sektorenrichtlinie 2004/17/EG.²⁷

Insoweit kommt den Vorschriften zur Wettbewerbsförderung und zur Gewährleistung des postalischen Universaldienstes sowie den Vorschriften über transparente Vergabeverfahren von öffentlichen Aufträgen eine einander ergänzende, komplementäre Funktion zu.

Auch im 12. Jahr (2019) der Liberalisierung des Postsektors und des Wegfalls der sogenannten gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutsche Post AG²⁸ sind die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen noch immer völlig unterentwickelt.²⁹ Bis heute hält das Unternehmen Deutsche Post AG trotz der Marktöffnung und der wettbewerblich orientierten Ausschreibung dieser Leistungen durch öffentliche Auftraggeber mit ihrem großen Postausgangsverkehr einen (umsatzbezogenen) Marktanteil im Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen von etwa 85 %³⁰ und beherrscht damit nach wie vor den entsprechenden sachlichen und räumlichen Markt. Etwa 1.000 Wettbewerbsunternehmen³¹ bundesweit teilen sich den verbleibenden Anteil von etwa 15 %. Da insbesondere öffentliche Auftraggeber einen außerordentlich hohen Postverkehr haben, kommt der wettbewerbsfreundlichen Ausgestaltung der Vorgaben hinsichtlich der Anforderungen für die Teilnahme an einer solchen Ausschreibung und den ausgeschriebenen Leistungspflichten eine überaus große (wettbewerbsfördernde) Bedeutung zu. Durch die Formulierung von wettbewerbsfreundlichen Anforderungs- und Leistungsvorgaben besteht die Möglichkeit, (auch) auf diesem Wege die gesetzlich geforderte Wettbewerbsförderung im Postsektor zu beschleunigen und abzusichern sowie durch die Stärkung einer Vielzahl von Postdienstleistungsunternehmen zugleich auch die postalische Grundversorgung mit entsprechenden Dienstleistungen zu gewährleisten, da es nach der gesetzlichen Systematik zugleich Aufgabe aller lizenzierten Postdienstleistungsunternehmen ist, den postalischen Universaldienst sicherzustellen.³²

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Auswirkungen des staatlichen Wettbewerbsförderungs- und Gewährleistungsauftrags im Postsektor im Hinblick auf die Durchführung von öffentlichen Aus-

²⁵ Vgl. dazu unten F. V.

²⁶ Art. 1 Nr. 8 RL 2008/6/EG.

²⁷ RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. EU 2004 L 134, 1.

²⁸ Vgl. § 51 Abs. 1 PostG.

²⁹ Vgl. dazu näher unten A. II. und III.

³⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 79, S. 122 Rn. K1.

³¹ Die BNetzA hat bis Januar 2019 etwa 1.000 Postlizenzen erteilt, die indes nicht alle auch tatsächlich genutzt werden, vgl. Information über erteilte Lizenzen der BNetzA, abrufbar unter <www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Post/Unternehmen_Institutionen/Lizenzierung/ErteilteLizenzen/erteiltelizenzennode.html> (letztmals abgerufen am 2.4.2019).

³² Vgl. zum postalischen Universaldienst nach §§ 11 ff. PostG unten D. I. 2. b) cc).

schreibungen durch öffentliche Auftraggeber genauer zu analysieren und zu prüfen, ob und inwieweit sich aus einem regulierungsrechtlichen Rahmen Auswirkungen für die Durchführung von entsprechenden Ausschreibungen ergeben können.

Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt damit im vergaberechtlichen Bereich.

- Zunächst werden die tatsächlichen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse im Postsektor der Bundesrepublik Deutschland dargestellt. Enthalten ist auch eine Auswertung von durchgeführten nationalen und europaweiten Ausschreibungsverfahren hinsichtlich der Vergabe von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber aus dem Zeitraum März bis einschließlich Dezember 2018 (A.).
- Daran schließt sich eine Darstellung der Grundzüge des europäischen Postrechts an (B.).
- Unter C. werden die Grundzüge des europäischen Vergaberechts unter besonderer Berücksichtigung der Erbringung von Postdienstleistungen dargestellt.
- Sodann werden die Grundzüge des deutschen Postrechts erläutert (D.).
- Daran knüpft dann eine Darstellung der Grundzüge des „modernisierten“ deutschen Vergaberechts unter besonderer Berücksichtigung der Erbringung von Postdienstleistungen an (E.).
- Besondere und spezifische Einzelfragen bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Postdienstleistungen werden sodann unter F. erörtert und beantwortet.
- Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung, einem Ausblick und einer Quintessenz (G.).

Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf lizenzpflichtige Postdienstleistungen im Sinne von § 5 Abs. 1 PostG, d.h. also auf die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen im Sinne des § 4 Nr. 2 PostG, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1.000 g beträgt. Dabei handelt es sich um den sog. „Briefmarkt“³³, auf dem in der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 2016 insgesamt etwa 9,2 Mrd. EUR umgesetzt wurden.³⁴

Der Begriff „Postsendungen“ bezieht sich demgegenüber im Sinne von § 4 Nr. 5 PostG auch auf die Beförderung von adressierten Paketen, deren Einzelgewicht 20 kg nicht übersteigt, oder auch auf die Beförderung von Büchern, Katalogen, Zeitungen oder Zeitschriften.

³³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 79, S. 122 Rn. K4.

³⁴ Ebd.