

## DIE POSTLIBERALISIERUNGSRICHTLINIE IM LICHT DES BEIHILFERECHTS

Arno Kahl/Thomas Müller

### ABSTRACT

Die beihilferechtliche Beurteilung von Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist von mehreren Variablen abhängig: Zentral sind der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die zulässigen Instrumente der Ausgleichsfinanzierung (zB staatliche Direktzahlungen, reservierte Dienste und Quersubventionen) sowie die Bestimmung der ersatzfähigen Kosten. Die „neue“ Postrichtlinie hält dazu einige Anhaltspunkte bereit. Gleichzeitig können allgemeine Aussagen zum Verhältnis sekundärrechtlicher Liberalisierungen zum primärrechtlichen Beihilferegime getroffen werden. Ziel der folgenden Ausführungen ist die Verschaffung eines Überblicks über die wesentlichen Bestimmungen der reformierten Postrichtlinie im Lichte ihrer Bedeutung für die beihilferechtliche Beurteilung der Ausgleichsfinanzierung für den Post-Universaldienst.

### 1. DEFINITION DES UNIVERSALDIENSTES UND BESEITIGUNG DER LETZTEN POSTMONOPOLBEREICHE

Das Beihilferecht der Europäischen Union spielt bei der nunmehrigen Voll liberalisierung des Postsektors eine besonders wichtige Rolle vor allem im Zusammenhang mit der Definition des Universaldienstes, seiner möglichen Finanzierung und dem (allgemeinen) Begriff der ersatzfähigen Kosten. Diesbezüglich finden sich in der neuen Postrichtlinie, [RL 97/67/EG idF RL 2008/6/EG](#), konkretisierende Regelungen.<sup>1</sup> Die primärrechtlichen Bestimmungen über den Wettbewerb und der Dienstleistungsfreiheit bleiben von dieser Richtlinie freilich unberührt.

Zunächst ist der Begriff des Universaldienstes in Art 3 Post-RL folgendermaßen definiert:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß den Nutzern ein Universaldienst zur Verfügung steht, der ständig flächendeckend postalische Dienstleistungen einer bestimmten Qualität zu tragbaren Preisen für alle Nutzer bietet.

(2) Zu diesem Zweck sorgen die Mitgliedstaaten dafür, daß die Dichte der Abhol- und Zugangspunkte den Bedürfnissen der Nutzer entspricht.

(3) Die Mitgliedstaaten unternehmen Schritte, um zu gewährleisten, daß der Universaldienst an mindestens fünf Arbeitstagen pro Woche gewährleistet ist, sofern keine besonderen Umstände oder außergewöhnlichen geografischen Gegebenheiten vorliegen, und daß dieser Dienst mindestens Folgendes umfasst:

- eine Abholung;
- eine Hauszustellung an jede natürliche oder juristische Person oder, ausnahmsweise, unter von der nationalen Regulierungsbehörde zu beurteilenden Bedingungen, eine Zustellung an geeignete Einrichtungen.

Jede Ausnahme oder Abweichung, die von einer nationalen Regulierungsbehörde gemäß diesem Absatz gewährt wird, ist der Kommission und allen nationalen Regulierungsbehörden mitzuteilen.

(4) Jeder Mitgliedstaat erläßt die erforderlichen Maßnahmen, damit der Universaldienst mindestens folgendes Angebot umfaßt:

- Abholung, Sortieren, Transport und Zustellung von Postsendungen bis 2 kg;
- Abholung, Sortieren, Transport und Zustellung von Postpaketen bis 10 kg;
- die Dienste für Einschreib- und Wertsendungen.

(5) Die nationalen Regulierungsbehörden können die Gewichtsobergrenze für Postpakete, die unter den Universaldienst fallen, auf einen Wert anheben, der 20 kg nicht übersteigt, und Sonderregelungen für die Hauszustellung von solchen Postpaketen vorsehen. Ungeachtet der in einem Mitgliedstaat geltenden Gewichtsobergrenzen für Postpakete, die unter den Universaldienst fallen, stellen die Mitgliedstaaten sicher, daß Postpakete aus anderen Mitgliedstaaten, deren Gewicht höchstens 20 kg beträgt, in ihrem Hoheitsgebiet zugestellt werden.

(6) Für die Mindest- und Höchstabmessungen der betreffenden Postsendungen gelten die in den vom Weltpostverein angenommenen einschlägigen Bestimmungen festgelegten Werte.“

Dieser Begriffsbestimmung kommt in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht deshalb tragende Bedeutung zu, weil damit eine wesentliche Variable des für den Daseinsvorsorgebereich spezifisch ausgeformten Beihilferegimes festgelegt ist. Dies gilt sowohl für die Beurteilung einer Beihilfe auf dem Boden der vier Altmark-

<sup>1</sup> S Art 1 3. Spiegelstrich sowie Art 7 f [Post-RL](#).

Kriterien<sup>2</sup> als auch auf jener des Art 106 Abs 2 AEUV.<sup>3</sup> Nach Art 106 Abs 2 AEUV gelten zum einen für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Zum anderen darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.<sup>4</sup> Der letztgenannte Artikel wird bekanntlich durch die kommissionelle Freistellungs-Entscheidung<sup>5</sup> und ihren Gemeinschaftsrahmen<sup>6</sup> weiter ausgeführt (sog *Altmark*-Paket). Zentraler Anknüpfungspunkt ist jeweils das Vorhandensein einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, deren Definition zwar grundsätzlich im - durch das 26. Protokoll nunmehr positiv-rechtlich verankerten - weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten liegt. Dieser erfährt aber durch Rechtsprechung und Sekundärrecht wie die Postrichtlinie mitunter Beschränkungen.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> EuGH Rs C-280/00, *Altmark*, Slg 2003, I-7747. Der EuGH hat vier Kriterien festgelegt, bei dessen kumulativem Vorliegen keine Begünstigung und damit keine *tatbestandsmäßige* Beihilfe iSd Art 107 AEUV gegeben ist:

- Tatsächliche Betrauung mit klar definierten Gemeinwohlverpflichtungen (Beträuung und klare Definition),
- vorherige Festlegung der Parameter zur Berechnung des Ausgleichs (Vorherigkeits- und Transparenzgebot),
- Beschränkung des Ausgleichs auf die Höhe der tatsächlichen Mehrkosten (Nettokostenersatz)
- mangels eines durchgeführten Vergabeverfahrens die Zugrundelegung eines durchschnittlichen, gut geführten Unternehmens als Vergleichsmaßstab (Effizienzkriterium).

Vgl zur umfassenden Literatur ua *Kahl*, Der weiterentwickelte Ausgleichsansatz in der Daseinsvorsorge – zugleich Analyse der Auswirkungen des Urteils EuGH Rs C-280/00, *Altmark Trans* („Magdeburger Verfahren“), auf Österreich, wbl 2003, 401 ff; *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht, 249 f.

<sup>3</sup> Zur diesbezüglichen Entscheidungspraxis s weiterführend: *Kahl/Müller*, Entscheidungspraxis der Kommission im Bereich ÖPNV-Beihilfen, in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 08, 267 ff; *Kahl/Müller*, Fünf Jahre nach *Altmark* – Was blieb von den „Daseinsvorsorge-Kriterien“?, in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 09, 351 ff.

<sup>4</sup> Rezent zu Art 106 Abs 2 AEUV, diesmal in Bezug auf die Auferlegung von Gemeinwohlverpflichtungen im Erdgasbinnenmarkt: EuGH vom 20. April 2010, Rs C-265/08, *Federutility et al*, noch nicht in Slg, Rn 26 ff.

<sup>5</sup> Entscheidung der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden, 2005/842/EG, ABI 2005/[L 312/67](#).

<sup>6</sup> Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, ABI 2005/C 297/4.

<sup>7</sup> Zudem existiert nunmehr eine positiv-rechtliche Kompetenz der Union für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Art 14 AEUV. Dabei ist zu beachten, dass die neue Kompetenz der Union „unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren“ gilt. Die über den bislang existierenden Rechtsbestand (insb

Abweichungen von dem in leg cit vorgesehenen Konzept sind der Kommission anzuzeigen: Unterschreitet der nationale Universaldienst diesen Standard, besteht die Gefahr, dass eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse begrifflich ausscheidet und damit weder das *Altmark*-Regime noch Art 106 Abs 2 AEUV anwendbar sind.<sup>8</sup> Allerdings führt ein Verstoß gegen die Richtlinie nicht schon *per se* zur Nichtanwendbarkeit von *Altmark* oder Art 106 Abs 2 AEUV, indiziert diesen aber. Gleiches gilt für Überschreitungen des Richtlinienstandards, wobei diese von der Postrichtlinie selbst erwartet (arg „mindestens“ in Art 3 Abs 4 PostRL), gleichzeitig aber begrenzt werden (s Art 3 Abs 5 und 6 PostRL).

Die bedeutendste Änderung des unionalen sekundären Rechtsbestands durch die letzte Fassung der Postrichtlinie besteht jedoch in der Verpflichtung zur Abschaffung des reservierten Bereichs für Postbetreiber (Art 7 Abs 1 Post-RL). Damit ist künftig die Finanzierung von Universaldienstleistungen im Wege von Einnahmen aus einem monopolisierten Bereich nicht mehr möglich. Der Staat kann solche defizitären Dienste in Zukunft über staatliche Direktzahlungen oder über einen Ausgleichsfonds finanzieren, der von den Marktteilnehmern anteilig gespeist wird. Die zweite Möglichkeit ist aus dem Bereich der Telekommunikation bereits bekannt, in dem nach der Liberalisierung ein sogenannter Universaldienstfonds realisiert wurde. Eine Möglichkeit, die dem Staat hinsichtlich der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Dienste aus der Sicht des Unionsrechts freilich immer unbenommen bleiben wird, ist, auch diesbezüglich auf die Marktkräfte zu vertrauen und in den Markt nicht einzugreifen.

In Österreich war bisher die Post AG Betreiberin des Universaldienstes. Briefe bis 2 kg und Pakete bis 20 kg mussten fünf Mal pro Woche im ganzen Bundesgebiet zugestellt werden. In Reaktion auf die Voll liberalisierung des Markts hat der österreichische Gesetzgeber nunmehr im mit 1.1.2011 in Kraft tretenden Postmarktgesetz<sup>9</sup> vorgesehen, dass nur mehr solche Sendungen zum Universaldienst zählen, die bei einer Post-Geschäftsstelle, einem mobilen Postamt oder einem Landzusteller oder Briefkasten aufgegeben werden (§§ 3 Z 6 und 6

Art 16 EGV) hinausgehende Bedeutung der neuen Bestimmung bei Definition, Organisation und Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse wird sich daher noch erweisen müssen.

<sup>8</sup> Legitime Ausnahmen bestehen bei "besonderen Umständen oder außergewöhnlichen geografischen Gegebenheiten" (Art 3 Abs 3 PostRL). Weiterhin erlaubt Art 5 Abs 2 PostRL die Abweichung vom Richtlinienstandard bzw den schon auf Grundlage des Primärrechts erarbeiteten Grundanforderungen an Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf Grundlage von "öffentlichen Interessen", insb jene des Art 36 AEUV (ex-Artikel 30 EGV) oder des Artikel 52 AEUV (ex-Artikel 46 EGV).

<sup>9</sup> [BGBl I 123/2009](#).

PostmarktG). Die große Zahl jener Sendungen, die bei Verteilerzentren direkt abgegeben werden, fällt damit nicht mehr unter den Universaldienst (vgl. [RV 319 BlgNR 24. GP](#), 5).<sup>10</sup> Ausdrücklich ausgenommen wurden davon Zeitungen und Zeitschriften, die damit unter den Universaldienst fallen. Im Wesentlichen umfasst der Universaldienst daher Sendungen im Bereich C2C (Consumer to consumer). Diese Regelung scheint in der Tat der Postrichtlinie entgegenzulaufen, die ausdrücklich den Universaldienst grundsätzlich auf alle „Nutzer“ bezieht (Art 3 Abs 1), worunter sie ohne inhaltliche Beschränkung jede „natürliche oder juristische Person, die einen Postdienst als Absender oder Empfänger in Anspruch nimmt“, versteht (Art 2 Z 17).<sup>11</sup> Die Beschränkung auf C2C ist somit begründungspflichtig, ein sich erweisender Ausschluss eines Großteils des Postverkehrs vom Universaldienst wohl richtlinien-, nicht aber notwendigerweise beihilferechtswidrig.

## 2. ERSATZ DER NETTOKOSTEN

Bestimmend für eine beihilferechtliche Beurteilung des Ausgleichs von Universaldienstkosten ist, dass keine Überkompensation Platz greift, die in der Folge eine Begünstigung des Universaldienstleistungserbringers bewirkt.

Die Postrichtlinie lässt nun die Erstattung der Nettokosten zu, also jener Kosten, die einem Universaldienstleister durch die Erbringung der Daseinsvorsorgeleistung tatsächlich entstehen. Diesbezüglich sind die Ausführungen zur Effizienz des Universaldienstes im Anhang I der Richtlinie interessant. Dort werden als Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen die Differenz zwischen den Nettokosten eines benannten Universaldiensteanbieters mit Universaldienstverpflichtungen und *desselben* Anbieters ohne Universaldienstverpflichtungen definiert. Dies erinnert an das *Altmark*-Paket, das (ebenfalls) keine effiziente Leistungserbringung im Bereich der Daseinsvorsorge verlangt. Anreize für Kosteneffizienz sind nach Anhang I bei der Berechnung des angemessenen Ausgleichs lediglich zu berücksichtigen.

Letztlich erscheint damit jener Beurteilungsmaßstab einschlägig, der in der Freistellungsentscheidung und im Gemeinschaftsrahmen auf Rechtfertigungsebene festgelegt

<sup>10</sup> S. kritisch dazu die Stellungnahme unter <http://www.zukunftpostmarkt.at/sites/default/files/IZP%20Begutachtung.pdf> (26.4.2010).

<sup>11</sup> S. auch den [20. Erwägungsgrund der RL 2008/6/EG](#), nach dem die Öffnung der Märkte und - wohl implizit - der Universaldienst *insb.* allen Verbrauchern und KMU's zugute kommen soll, sowie den 21. Erwägungsgrund, der den Universaldienst grundsätzlich auf die Abholung und Zustellung zu Geschäftsräumen bezieht.

ist.<sup>12</sup> Es kommen die auf der Basis transparenter Rechnungslegung ermittelten Kosten in Betracht, die nicht durch die aus der Erbringung des Universaldienstes erwirtschafteten Erträge und sonstigen geldwerten Vorteile gedeckt sind.

## 3. AUSSCHLIEßLICH KOMPENSATION UNVERHÄLTNIßMÄßIGER KOSTEN

Art 7 Abs 3 UAbs 1 der Postrichtlinie legt hinsichtlich der Kostenerstattung weitergehend fest, dass verhältnismäßige, dh wirtschaftlich zumutbare Nettokosten nicht erstattungsfähig sind. Dass der Universaldienstbetreiber damit verpflichtet ist, gewisse durch gemeinwirtschaftliche Dienste entstehende Mehrkosten ohne Ausgleichszahlung zu bestreiten, bedeutet eine Abweichung von den vier *Altmark*-Kriterien und den im *Altmark*-Paket niedergelegten Rahmen. Der Kompensationsspielraum erscheint in der Postrichtlinie damit beschränkter.<sup>13</sup>

## 4. RÉSUMÉ

Im Zuge der vollständigen Liberalisierung der Postmärkte ist den ehemaligen Monopolisten, die in aller Regel zugleich auch Universaldiensteanbieter waren, das Finanzierungsinstrument der Einnahmen aus einem reservierten Bereich abhandeln gekommen. In Österreich wird die Finanzierung der Universaldienste künftig wie im Bereich der Telekommunikation mittels eines Universaldienstfonds vorgenommen werden. Im Ergebnis ändert sich an den vom *Altmark*-Urteil des EuGH und dem *Altmark*-Paket der Kommission vorgegebenen Rahmen nicht viel. Allerdings sind künftig nur die unverhältnismäßigen Nettomehrkosten, die durch die Erbringung der Universaldienstleistungen entstehen, erstattungsfähig. Dies erinnert an die schon im Telekommunikationsbereich geübte „asymmetrische Regulierung“.

## REFERENZEN

*Kahl*, Der weiterentwickelte Ausgleichsansatz in der Daseinsvorsorge – zugleich Analyse der Auswirkungen des Urteils EuGH Rs C-280/00, *Altmark Trans* („Magdeburger Verfahren“), auf Österreich, wbl 2003, 401.

<sup>12</sup> Vgl. Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen – Begleitend zum Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2008, SEK(2009) 1004 endg., Tz 346. Vgl. zu Art 106 Abs 2 AEUV (ex-Art 86 Abs 2 EGV) im Gefüge der *Altmark*-Judikatur *Bartosch*, EU-Beihilfenrecht - Kommentar, (2009) Rz 72.

<sup>13</sup> S. dazu *Kahl/Müller*, Daseinsvorsorge II: Postliberalisierung und Beihilferecht, in: Jaeger/Rumersdorfer (Hrsg.), Jahrbuch Beihilferecht 10, 369 (374 f).

*Kahl/Müller*, Entscheidungspraxis der Kommission im Bereich ÖPNV-Beihilfen, in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 08, 267.

*Kahl/Müller*, Fünf Jahre nach Altmark – Was blieb von den „Daseinsvorsorge-Kriterien“, in Jaeger (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 09, 351.

*Kahl/Müller*, Daseinsvorsorge II: Postliberalisierung und Beihilferecht, in Jaeger/Rumersdorfer (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 10, 369.

*Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht. International – Europäisch – National (2007).

**Über die Autoren:**

Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl und Univ.-Ass. Dr. Thomas Müller sind am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck tätig.

**Kontaktadresse:**

Innrain 52 d, 6020 Innsbruck

**E-Mail:**

[arno.kahl@uibk.ac.at](mailto:arno.kahl@uibk.ac.at)

[t.mueller@uibk.ac.at](mailto:t.mueller@uibk.ac.at)