

Die neuen RL / Privatisierung / PPP / E-Procurement

Auftragsvergabe

Zinsen-Überzahlung

Beginn der Verjährung

Live-Cam

Links, Informationsdienste und -pflichten

Dauerschuldverhältnisse

Nachhaftung ausgeschiedener Personengesellschafter

Fusionskontroll-VO

Stille Revolution oder Business as usual?

Harmonisierung

Verschiedener Pensionssysteme

EWR-widrig

Besteuerung „schwarzer“ Auslandsfonds

Liberalisierung am Beispiel des Briefkastens

PHILIPP LUST

A. EINLEITUNG

Der Erl der Brieffachanlagen^{V1)} war von einem gewissen Medienecho begleitet, weil *Hausbesitzer* ihre *Briefkästen* nun bis Mitte 2006 gem der ÖNORM EN 13724 *umzurüsten* haben.²⁾ An sich war diese Entwicklung bereits seit dem In-Kraft-Treten des neuen § 14 PostG BGBl I 1998/18 idF 2003/72 absehbar. Demnach muss jeder Gebäudeeigentümer eine Brieffachanlage errichten, die „jedenfalls die Abgabe von Postsendungen (§ 2 Z 4), ausgenommen Pakete, über einen ausreichend großen Einwurfschlitz“ ermöglicht.

Laut RV³⁾ will man damit sicherstellen, dass „chancengleicher Wettbewerb unter den Anbietern von Postdienstleistungen gewährleistet“ wird. Es geht dabei um jene $\frac{2}{3}$ der vorhandenen Hausbriefkästen,⁴⁾ die nicht über einen Schlitz, sondern nur über einen Schlüssel zugänglich sind.⁵⁾

B. OFFENER NETZZUGANG IM SINNE DES EUROPARECHTS

Den groben *Hintergrund* dieser Regelung stellt die *europarechtlich* gebotene Marktöffnung dar. Sie läuft in den traditionell von staatlichen Monopolen geprägten Bereichen Telekommunikation, Strom, Gas, Bahn und Post trotz unterschiedlicher wirtschaftlich-technischer Gegebenheiten regelmäßig nach dem gleichen Schema ab.⁶⁾ Es wird die – mit grob $\frac{2}{3}$ der Gesamtkosten viel aufwändigere – Infrastruktur von der auf ihrer Grundlage erbrachten Dienstleistung getrennt. Zur *Infrastruktur* gehört dabei das Telefon-, Strom-, Pipeline- oder Schienennetz; im Postbereich ist es wohl das Netz von Abhol- und Zustellpunkten. In diesem jeweiligen Infrastrukturbereich hält man das Potential für Wettbewerb verschiedener Anbieter gering. Daher versucht man, immerhin den sog *Dienstleistungsbereich*, der sich zur Leistungserbringung des

bestehenden Netzes bedient, für neue Marktteilnehmer zu öffnen.

Konkret kann das zB Folgendes bedeuten: Die Telefonleitungen des früheren Monopolisten können auch von Wiederverkäufern gemietet werden, die die Leistung des Telefonierens vom Monopolisten kaufen, um sie ihrerseits an ihre Kunden weiterzukaufen. Ebenso kann Zugang zum bestehenden Strom- oder Gasnetz gemietet werden, um als alternativer Anbieter den Kunden zB besonders billige oder besonders umweltfreundliche Energie anbieten zu können, ohne ein zweites Netz aufziehen zu müssen. In diesen Fällen kann der Gesamtpreis für Endkunden sinken, da zB die Endkundenbetreuung wie Rech-

Dr. *Philipp Lust*, LL.M. (Brügge), ist Lehrbeauftragter an der Universität Wien.

1) BGBl II 2004/77.

2) Möglicherweise ist „Hausbrieffachanlage“ in § 14/5 PostG iSv § 14/1 alt zu verstehen, sodass nur Gebäude mit über 4 Wohnungen erfasst werden. Außerdem besteht bei der Umrüstung eine unscharfe Ausnahme, sofern der (bloße?) Zugang „auf andere Weise [...] sichergestellt ist“.

3) RV 130 BlgNR 22. GP.

4) Laut RV handelt es sich um 1,1 Millionen der insg 1,7 Millionen Briefkästen in Österreich.

5) Diesen hat neben dem entsprechenden Bewohner regelmäßig nur der bestehende Briefträger. Die Österreichische Post AG hat freilich ihrerseits keinen Anlass, die Schlüssel für die von ihr errichteten Briefkästen an ihre künftigen Konkurrenten weiterzugeben. Außerdem könnten sich Probleme ua beim Schutz des Postheimnisses (§ 3 PostG) ergeben, wenn jeder beliebige private Zusteller in sämtliche Postfächer blicken und greifen könnte.

6) Am besten lässt es sich über die jeweiligen bereichsspezifischen Normen nachvollziehen, da Versuche von dogmatischen Erklärungen selten sind. Ein sehr knapper Ansatz der Kommission ist unter www.europa.eu.int/comm/competition/liberalization/overview nachlesbar. Zur Kritik im Bereich der bereits am längsten „geöffneten“ Telekommunikation s *Lust*, Telekommunikationsrecht im Überblick (2003) 46 ff u 96 ff.

nungserstellung, Kundenservice oder Inkassowesen von den neuen Anbietern effizienter besorgt werden kann. Die *Effizienzsteigerung* kann dadurch aber nur im sog Dienstleistungsbereich erreicht werden, nicht jedoch im kostenmäßig weit überwiegenden Netz- bzw Infrastrukturbereich.

Da der frühere Monopolist nur selten bereit ist, den Wettbewerb gegen sich selbst durch günstige Zur-Verfügung-Stellung seines Netzes zu fördern, werden regelmäßig Regulierungsbehörden geschaffen. Sie versuchen tendenziell, durch hoheitliches Anordnen niedriger Netzpreise den Dienstleistungswettbewerb zu fördern. Gesamthaft entsteht damit ein weiterer Kostenfaktor durch die Kosten der Regulierung und den Vollzug der aufwändigen Netzzugangsregelungen (*Marktöffnung durch Re-Regulierung*). Durch Einschreiten von Regulierungsbehörden wird der wahrnehmbare Netzzugangspreis jedoch meist in einem höheren Maß gesenkt, als sich die Kosten der Regulierung zu Buche schlagen. Jegliches realisierte Preissenkungspotenzial, das über die erhöhte Effizienz im oben erwähnten Dienstleistungsbereich hinausgeht, kann jedoch nur *auf Kosten der ehemals monopolisierten Infrastrukturihaber* gehen. Die – teils mehr, teils weniger rechtfertigbaren – finanziellen Einbußen dieser ursprünglich staatlichen Unternehmen wirken sich durch geringere Privatisierungserlöse oder höhere Steuerbelastungen nur verzögert und mittelbar aus, sodass sie in der öffentlichen Diskussion meist untergehen. Sie bleiben bei den europäischen „Liberalisierungskonzepten“ – genauer: Marktöffnungskonzepten – regelmäßig unberücksichtigt.

Gerade von diesem Aspekt her sticht die gegenständliche Brieffach-„Liberalisierung“ ins Auge. Der *Zugang zum „öffentlichen Postnetz“*, das aus einer maßgeblich aus Menschen zusammengesetzten Logistik besteht, ist freilich schwerer zu fassen als bei einem bloßen Leitungs- oder Schienennetz. Die Post-RL⁷⁾ definiert das Postnetz als die „Gesamtheit der Organisation und der Mittel jeglicher Art“ zur Abholung, Weiterleitung, Bearbeitung und Zustellung von Sendungen. Der österreichische Gesetzgeber ging hinsichtlich der „Zustellung der Sendungen“ zum einen nicht den Weg des normalen Wettbewerbs, wonach künftige Anbieter ihre Zustellbriefkästen erst selbst errichten (oder dazu beitragen) müssen bzw auf an die Tür gehängte „Plastiksackerln“ auszuweichen haben. Er ging auch nicht den aus anderen geöffneten Sektoren bekannten Weg, dass die bisher staatliche Post auf ihre Kosten eine Umrüstung bzw Schlüsselverteilung vorzunehmen hat und einen Teil der Kosten später als Umrüstungs- bzw Zugangsentgelt ratenweise zurück erhält. Der österreichische Gesetzgeber ging einen dritten Weg, nämlich die *Vorleistung des Umrüstens dem Gebäudeeigentümer anzulasten*, damit neue Anbieter schneller und leichter als Zusteller tätig werden können.

Insoweit ist der vorliegende Fall der Brieffach-„Liberalisierung“ von der Marktöffnungstendenz her symptomatisch für den europarechtlichen Liberalisierungsansatz, jedoch mit zwei Unterschieden:

■ Die Kosten für die Gewährung des „Zugangs zum Briefkasten“ zahlt weniger das dem Bund gehörende ehemalige Monopolunternehmen, son-

dern sehr offen und unmittelbar der mögliche Konsument.

■ Die konkrete Marktöffnungsmaßnahme über die umzurüstenden Brieffächer findet keinen verbindlichen europarechtlichen Anhaltspunkt, sondern stammt aus der Feder des nationalen Gesetzgebers.

C. VERFASSUNGSKONFORM?

Hinsichtlich der österreichischen „Briefkastenöffnung“ werden sich daher vor allem die Hauseigentümer über die *Rechtfertigung* der Regulierungsmaßnahme fragen. Sie werden über die gegenständliche Regelung zu einem aktiven Tun verpflichtet und haben mit Kosten von etwa € 40,- bis gut € 100,- pro Fach zu rechnen. Damit handelt es sich um einen Eingriff in das verfassungsrechtlich nach Art 5 StGG und Art 1 1. ZP MRK gewährte Eigentumsrecht. Hierzu bedarf es neben der gegebenen gesetzlichen Grundlage einer im öffentlichen Interesse gelegenen Rechtfertigung sowie der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Mangels europarechtlicher Gebotenheit der Regelung genügt eine Prüfung am Maßstab der *nationalen Verfassung*.

Aus der RV ergibt sich, dass als Rechtfertigung die Chancengleichheit neuer Anbieter herangezogen wird, die sich möglicherweise durch die Erwerbsfreiheit nach Art 6 Abs 1 StGG unterstützen lässt. Letztere scheidet bei den Briefkästen jedoch insoweit, als es sich um keine rechtliche Erwerbsantritts- oder -ausübungsbeschränkung handelt, sondern um ein *rein wirtschaftliches Problem*, das sich bei jeglicher Erwerbstätigkeit in mehr oder weniger großem Ausmaß stellt. Auch Chancengleichheit besteht formal bereits mit der Öffnung des Briefmonopols (Liberalisierung, s § 6 PostG) und nicht erst durch die wirtschaftspolitisch begründete aktive Förderung neuer Anbieter auf Kosten der Kunden im Sinne zusätzlicher Marktöffnungsmaßnahmen. Jedenfalls wird es unangemessen sein, ^{2/3} der Hausbesitzer zu nicht unbeträchtlichen Ausgaben zu verpflichten, nur damit zwischen Ö Post AG und neuen Anbietern angebliche Chancengleichheit besteht; wollte man dieses Ziel wirklich erreichen, läge eine Förderung seitens des Staates aber auch der Ö Post AG weit näher.⁸⁾

Man wird daher letzten Endes stets auf die Prüfung der Maßnahme nach der *Eigentumsgarantie* zurückkommen. Auch hier scheinen sich die oben genannten Argumente nur schwer zur Rechtfertigung eines öffentlichen Interesses zu eignen, da es um einen *Eingriff zugunsten weniger privater Zustellunternehmen und Briefkastenhersteller* geht. Selbst wenn man davon ausginge, dass die wirtschaftliche Förderung neuer

7) Art 2 Z 2 u Art 11 RL 97/67/EG für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste, ABl L 15, 21. 1. 1998, 14, idF RL 2002/39/EG zur weiteren Liberalisierung, ABl L 176, 5. 7. 2002, 21. Zur europäischen Vorstellung über den Wettbewerb im Postsektor s auch die rechtlich unverbindliche Bekanntmachung der Kommission in ABl C 39, 6. 2. 1998, 2.

8) S auch *Raschauer*, Wirtschaftsrecht² (2003) Rz 164 u 196 f oder *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ (2003) Rz 777. Auch die legitistische Freiheit bei wirtschaftspolitischen Maßnahmen wird eine derart unausgegliche „Marktöffnungssteuer“ nicht rechtfertigen können.

Zusteller qua Marktöffnung (nicht Liberalisierung!)⁹⁾ auch im Allgemeininteresse gelegen sei und die konkrete Maßnahme dazu geeignet sei, wird es an der Angemessenheit scheitern: Es ist ebenso wenig nachzuvollziehen, wieso sich ein Kunde nicht mit der bloßen Zustellung im „Plastiksackerl“ vor der Tür zufrieden geben darf, wie eine Umbaupflicht innerhalb von 3 Jahren in keinem nachvollziehbaren Verhältnis zur jahrzehntelangen Lebenserwartung eines Hausbriefkastens steht.

Gerade aufgrund der wirtschaftspolitischen Idee des Gesetzgebers wird zudem auf eine Entschädigung verzichtet. Dass sich der Eigentümer als möglicher Kunde über Jahre hinweg langsam etwas sparen könnte,¹⁰⁾ ist einerseits bei vermieteten Wohnungen nicht zutreffend und andererseits nicht die rechtlich gebotene Entschädigung durch den Staat, sondern bloß ein *schwacher Trost*. Sollte sich an der Regelung nichts

mehr ändern, wird man als Eigentümer lediglich einen ab Juli 2006 denkbaren Bescheid *abwarten* können, der zum Austausch des Briefkastens unter Androhung einer Verwaltungsstrafe von bis zu € 21.801,- auffordert (§ 29 Abs 1 Z 7 PostG), um dann *nötigenfalls* über den VfGH Klarheit zu erlangen.

9) Es handelt sich hier nicht um die rechtliche Frage, welche Sendungen ein neuer Anbieter erbringen darf (Liberalisierung durch schrittweise Einschränkung des „reservierten Postdienstes“ in § 6 PostG), sondern um die rein wirtschaftspolitische Marktöffnungsfrage, wie sehr man neue Postanbieter darüber hinaus zu Lasten anderer fördert.

10) Selbst bei einer sehr optimistischen Senkung des Portos von derzeit Cent 55 um $\frac{1}{4}$ und unrealistisch niedrig angenommenen € 40,- Umbaukosten bedürfte es ohne Berücksichtigung der Verzinsung mind 300 Briefen. Da realistisch vorwiegend von einer Vergünstigung der Werbesendungen auszugehen ist, ist das Argument ohnehin nur partiell gültig.