

Postprivatisierung, Beamtenleihe und die Folgen

Von Universitätsprofessor Dr. Joachim Wieland, Speyer*

Die Postnachfolgeunternehmen beschäftigen seit der Privatisierung auch Bundesbeamte. Für deren Versorgung müssen sie ein Drittel der Bruttobezüge an die Postbeamtenversorgungskasse zahlen, während die Konkurrenzunternehmen für ihre Arbeitnehmer nur etwa 11 % der Bezüge für deren Altersvorsorge aufwenden. Das VG Berlin hat einen im Gesetz vorgesehenen Antrag der Deutschen Telekom auf Verminderung der Beiträge wegen einer unzumutbaren Belastung ebenso wie zuvor die Bundesregierung mit der Begründung abgelehnt, die Grenze der Unzumutbarkeit sei erst erreicht, wenn eine Existenzbedrohung vorliege. Nach den Vorgaben der Verfassung dürfte eine Unzumutbarkeit aber schon bei einem Verstoß gegen die Chancengleichheit im Wettbewerb vorliegen.

I. Problemaufriss

Seit der Postprivatisierung beschäftigen die Deutsche Telekom AG (Telekom) und andere Postnachfolgeunternehmen gem. Art. 143 b Abs. 3 GG zuvor bei der Deutschen Bundespost tätige Bundesbeamte im Rahmen eines „Beleihungsmodells“. Die Unternehmen üben gegenüber den früher bei der Deutschen Bundespost tätigen Bundesbeamten Dienstherrenbefugnisse aus (Satz 2). Dabei bleibt die Verantwortung des Dienstherrn erhalten (Satz 1). Die Postnachfolgeunternehmen leisten gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 Postpersonalrechtsgesetz (PostPersRG) zur Finanzierung der Altersversorgung der bei ihr tätigen Beamten Beiträge an die Postbeamtenversorgungskasse in Höhe von 33 v. H. der Bruttobezüge ihrer aktiven Beamten und der fiktiven Bruttobezüge ihrer beurlaubten Beamten, soweit die Zeit der Beurlaubung ruhegehaltfähig ist. Die Leistungspflicht der Unternehmen gegenüber der Postbeamtenversorgungskasse kann auf Antrag „bis zu einer marktüblichen Belastung eines vergleichbaren Unternehmens vermindert werden, wenn das Unternehmen nachweist, dass die Zahlung unter Berücksichtigung seiner Wettbewerbsfähigkeit eine unzumutbare Belastung bedeuten würde“ (§ 16 Abs. 2 PostPersRG).

Die Telekom hat 2012 beantragt, die Beiträge für die Kalenderjahre 2007 bis 2013 von 33 v. H. auf die marktübliche Belastung von gut 11,09 % zu vermindern.² Das

Bundesfinanzministerium hat diesen Antrag 2013 abgelehnt.³ Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 2 PostPersRG seien nicht erfüllt, weil keine Kostennachteile der Telekom im Vergleich zu Konkurrenzunternehmen bestünden.⁴ Auch habe die Telekom nicht den Nachweis erbracht, dass ihre Leistungspflicht eine unzumutbare Belastung darstelle.⁵ Auf die Klage der Telekom hin hat das VG Berlin im Oktober 2015 entschieden, dass die Beitragspflicht nicht unzumutbar sei, solange keine konkreten Anhaltspunkte für die Befürchtung bestünden, dass die Telekom von Konkurrenten aus dem Markt gedrängt und zum Aufgeben gezwungen würde.⁶ Dieses Verständnis der Unzumutbarkeit der Beitragspflicht vermag nicht zu überzeugen.

II. Regelungsgeschichte

Als die Deutsche Bundespost privatisiert wurde, wurden die bei ihr tätigen Bundesbeamten bei den privaten Nachfolgeunternehmen weiterbeschäftigt (Art. 143 b Abs. 3 Satz 1 GG). Die Telekom übernahm mehr als 130.000 Beamte,⁷ deren Rechtsstellung und damit auch deren Versorgungsansprüche unberührt blieben.⁸ Die Versorgungsleistungen erbringt die Postbeamtenversorgungskasse (§ 15 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG). Die Telekom leistet Beiträge an die Postbeamtenversorgungskasse in Höhe von 33 % der Bruttobezüge ihrer aktiven Beamten und der fiktiven Bruttobezüge ihrer beurlaubten Beamten, soweit die Zeit der Beurlaubung ruhegehaltfähig ist (§ 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG).

Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, sollte diese rechtliche Konstruktion die Wettbewerbsfähigkeit der Telekom und der anderen Postnachfolgeunternehmen sichern.⁹ Zum Zeitpunkt der Privatisierung der Deutschen Bundespost waren Pensionsverpflichtungen in Höhe von etwa 100 Mrd. DM aufgelaufen.¹⁰ Für diese Verpflichtungen hatte die Deutsche Bundespost als Behörde keine Rückstellungen gebildet, da die Pensionen aus dem Staatshaushalt gezahlt werden sollten.¹¹ Bei der Umwandlung in Aktiengesellschaften hätten jedoch entsprechende Rückstellungen gebildet werden müssen, die bilanzwirksam geworden wären.¹² Das hätte die Umwandlung der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost in Aktiengesellschaften erheblich erschwert bzw. unmöglich gemacht.¹³ Um das zu vermeiden, wurde in den Ausschussberatungen des Deutschen Bundestages

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer und seit Oktober 2011 Rektor der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer.

1 Markus Möstl, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 143b Rn. 22 (Stand: 77. EL 2016); Joachim Wieland, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. (im Erscheinen), Art. 143b Rn. 11.

2 VG Berlin, Urt. v. 2.10.2015, 4 K 86.13, Rn. 4, <http://www-gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/?quelle=jlink&docid=JURE150016298&psml=sammlung.psml&max=true&bs=10> <22.3.2017>.

3 VG Berlin (Fn. 2), Rn. 10.

4 Ebd.

5 Ebd.

6 Ebd., Rn. 73.

7 Ebd., Rn. 1.

8 Wieland (Fn. 1), Art. 143b Rn. 11.

9 BT-Drs. 12/8060, S. 182 (lit. b).

10 Ebd.

11 Ebd.

12 Ebd.

13 Ebd.

der Ausweg der Gründung der Postbeamtenversorgungskasse gefunden, der Rückstellungen der Telekom und der anderen Postnachfolgeunternehmen unnötig machte.¹⁴ Die Postbeamtenversorgungskasse soll sich durch Beiträge der Unternehmen und durch Verkaufserlöse aus dem Aktienbesitz des Bundes finanzieren.¹⁵

Für den Gesetzgeber war die Höhe der Beitragsbelastung der Telekom aber schwer einzuschätzen. Einerseits sollte sie nicht übermäßig mit Erblasten aus der bisherigen Rechtsform der Deutschen Bundespost belastet werden, weil dann ihre Wettbewerbsfähigkeit gefährdet gewesen wäre.¹⁶ Umgekehrt sollte eine Verlagerung der Versorgungslasten auf den Bund so weit wie möglich vermieden werden.¹⁷ Der Gesetzgeber wollte so vermeiden, dass die Privatisierung der Deutschen Bundespost aus Steuergeldern finanziert werden müsste.¹⁸

Es bestand aber nicht nur eine beträchtliche Ungewissheit über die richtige Höhe der Beiträge, sondern auch Meinungsverschiedenheiten zwischen den politischen Parteien. Schließlich einigte man sich auf einen Kompromiss: Der Beitragssatz wurde entsprechend den Vorstellungen der Regierungsfractionen auf 33 v. H. festgesetzt. Den Bedenken der oppositionellen SPD wurde insoweit Rechnung getragen, „als auf Antrag der Unternehmen eine Überprüfung der Beitragshöhe spätestens ab dem vierten Jahr nach dem Rechtsformwandel erfolgen kann“.¹⁹ Ziel der Regelung war es, dass die Höhe der Beitragsbelastung der Unternehmen nach einer Übergangszeit nicht höher als die Belastung von Unternehmen sein sollte, die mit den Postnachfolgeunternehmen im Wettbewerb stehen.²⁰

III. Verwaltungsrechtsstreit

Die Telekom begründete 2012 ihren Antrag auf Absenkung der Beitragspflicht auf etwas mehr als 11 % der Bruttobezüge der aktiven Beamten damit, dass diese Beitragshöhe nach den von ihr vorgelegten Gutachten marktüblich sei.²¹ Demgegenüber vertrat das Bundesfinanzministerium in seinem ablehnenden Bescheid die Auffassung, es fehle an einer Unzumutbarkeit der Belastung.²² Dem hat sich das VG Berlin angeschlossen.²³ Das Gericht räumt zwar ein, dass die Mitglieder des Ausschusses für Post und Telekommunikation bei der Beratung des Postpersonalrechtsgesetzes davon ausgegangen sind, „dass nach einer Übergangszeit die Beitragsbelastung der Postnachfolgeunternehmen vergleichbaren Belastungen von Wettbewerbern der jeweiligen Branche entsprechen sollten (so auch Begründung, BT-Drs. 12/8060, S. 182)“²⁴. In der Gesetzesbegründung heißt es an der zitierten Stelle: „Die Höhe der Beitragsbelastung der Unternehmen für die Unterstützungskassen soll nach

einer Übergangszeit vergleichbaren Belastungen von Wettbewerbern der jeweiligen Branche entsprechen“.²⁵ Das VG Berlin vertritt aber die Auffassung, dass der Wille des Gesetzgebers in der Normstruktur nicht hinreichend zum Ausdruck komme.²⁶ Eine von der Belastung von Wettbewerbern abweichende Beitragsbelastung könne nach der Struktur der Vorschrift vorliegen, ohne dass zwingend Anpassungsbedarf bestehe.²⁷ Die Telekom habe als privatisiertes Sondervermögen mit der Übertragung der Dienstherrenbefugnisse die Rechte und Pflichten gegenüber den Beamten einschließlich der Versorgungslasten übernommen, von denen sie mit der Beitragsbegrenzung auf 33 % nur teilweise entlastet worden sei.²⁸ Deshalb könne eine Unzumutbarkeit der Belastung nicht bereits dann angenommen werden, wenn diese bei der Telekom höher sei als bei Wettbewerbern.²⁹ Die Wettbewerbsfähigkeit der Telekom dürfe auch nicht mit der Fähigkeit gleichgesetzt werden, einmal gehaltene Marktanteile zu halten, weil sonst ihre Marktmacht als Monopolistin „zementiert“ würde.³⁰ Weiter ergebe sich aus Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 GG, der marktwirtschaftliche Tätigkeiten der Telekom vorgebe, keine Verpflichtung des Staates, der Telekom „einen bestimmten Grad der Auskömmlichkeit“ zu finanzieren.³¹ Art. 87 Abs. 2 Satz 1 GG gebe vor allem vor, dass die Telekom als Postnachfolgeunternehmen ohne Sonderrechte agieren müsse. Sonderbelastungen dürften „lediglich nicht zu unverhältnismäßigen Wettbewerbsnachteilen führen“.³² Bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung komme dem fiskalischen Interesse des Staates ein hohes Gewicht zu,³³ dem keine Grundrechtspositionen der Telekom gegenüberstünden.³⁴ Die Wettbewerbsfähigkeit der Telekom sei gewahrt, solange keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestünden, dass sie „von Konkurrenten aus dem Markt gedrängt und zum Aufgeben gezwungen wird“.³⁵ Die Gefahr eines Marktaustritts wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten behaupte aber auch die Telekom nicht.³⁶

Obwohl der Gesetzgeber also nach einer Übergangszeit eine Belastungsgleichheit der Postnachfolgeunternehmen mit ihren Wettbewerbern wollte, interpretiert das VG Berlin § 16 Abs. 2 PostPersRG so, dass er praktisch leerläuft. Erst bei drohender Insolvenz der Telekom soll die Beitragsbelastung unzumutbar werden. Diese Interpretation widerspricht nicht nur der gesetzlichen Regelung (IV.), sondern auch den Vorgaben der Verfassung (I.).

IV. Regelungsgehalt von § 16 Abs. 2 PostPersRG

Voraussetzung für die Verminderung der Leistungspflicht der Postnachfolgeunternehmen gegenüber der Postbeamtenversorgungskasse ist der Nachweis des Unternehmens gegenüber dem Bund, „dass die Zahlung un-

14 Vgl. ebd.

15 Ebd.

16 Ebd.

17 Ebd.

18 Ebd.

19 Ebd.

20 Ebd.

21 VG Berlin (Fn. 2), Rn. 4 und Rn. 9.

22 Ebd., Rn. 10.

23 Ebd., Rn. 52.

24 Ebd., Rn. 56.

25 BT-Drs. 12/8060, S. 182 (lit. b).

26 VG Berlin (Fn. 2), Rn. 58.

27 Ebd., Rn. 56.

28 Ebd., Rn. 57.

29 Ebd., Rn. 58.

30 Ebd., Rn. 61.

31 Ebd., Rn. 68.

32 Ebd., Rn. 71.

33 Ebd.

34 Ebd., Rn. 72.

35 Ebd., Rn. 73.

36 Ebd., Rn. 75.

ter Berücksichtigung seiner Wettbewerbsfähigkeit eine unzumutbare Belastung bedeuten würde.“ Erforderlich ist also *materiell* eine unzumutbare Belastung eines Postnachfolgeunternehmens unter Berücksichtigung seiner Wettbewerbsfähigkeit und *formell* der Nachweis dieser Belastung gegenüber dem Bund. Entscheidend ist folglich einerseits das Tatbestandsmerkmal der unzumutbaren Belastung eines Postnachfolgeunternehmens unter Berücksichtigung seiner Wettbewerbsfähigkeit (1.) und andererseits die Rechtsfolge bei Vorliegen einer unzumutbaren Belastung (2.).

1. Unzumutbare Belastung

Entscheidend für die Interpretation des § 16 Abs. 2 PostPersRG ist die Qualifizierung einer Belastung als unzumutbar. Dabei ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung des Postpersonalrechtsgesetzes die Festlegung des Beitrags auf 33 % der Bruttobezüge der aktiven Beamten und der fiktiven Bruttobezüge der beurlaubten Beamten, soweit die Zeit der Beurlaubung ruhegehaltfähig ist, für zumutbar gehalten hat. Der Begriff der Zumutbarkeit ist mit Blick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip³⁷ auszulegen. Entscheidend ist, ob die Höhe der Belastung des Postnachfolgeunternehmens dem Ziel entspricht, die Wettbewerbsfähigkeit des Postunternehmens auf dem Markt sicherzustellen. Eine Beitragshöhe, die erforderlich ist, um dieses Ziel zu erreichen, ist dem Unternehmen auch zumutbar. Umgekehrt ist der in § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG genannte Betrag unzumutbar, wenn er nach einer Übergangszeit nicht vergleichbaren Belastungen von Wettbewerbern der jeweiligen Branche entspricht.

Das ist unter Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Postunternehmens festzustellen. Wettbewerbsfähig ist ein Unternehmen, wenn es auf dem Markt über die gleichen Chancen verfügt wie seine Konkurrenten. Das ist dann der Fall, wenn die Rahmenbedingungen für das wirtschaftliche Handeln bei den betroffenen Unternehmen gleich sind. Dazu gehören auch die Versorgungslasten. Die unsichtbare Hand des Marktes entscheidet dann, welches Unternehmen seine Marktchancen besser genutzt hat. Da der Staat aus eigener Kenntnis diese Entscheidung nicht treffen kann, war es folgerichtig, zunächst im Gesetz die Höhe der Beitragsverpflichtung festzusetzen, zugleich aber eine Anpassung vorzusehen, wenn die Gegebenheiten sich verändert haben oder sich die ursprüngliche Prognose des Gesetzgebers als falsch herausgestellt hat.

Es kommt also darauf an, ob die Vergleichbarkeit der Leistungen des Postnachfolgeunternehmens nach § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG mit den entsprechenden Leistungen von Konkurrenzunternehmen für seine Arbeitnehmer gegeben ist. Ist die Belastung des Postunternehmens höher, stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit der höheren Belastung. Unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsfähigkeit dürfte nur eine geringfügig höhere Belastung zumutbar sein. Außerhalb des Bereichs einer geringfügigen Mehrbelastung ist von einer Unzumutbar-

keit auszugehen. Das ergibt sich nicht nur daraus, dass der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung eine Entsprechung der Beitragsbelastungen erreichen wollte.³⁸ Eine fühlbare Mehrbelastung würde vielmehr auch die Wettbewerbsfähigkeit des Postunternehmens beseitigen. Nicht überzeugend ist es, wie das Verwaltungsgericht Berlin von einer Unzumutbarkeit erst bei einer Existenzbedrohung des Postunternehmens auszugehen.³⁹ Wettbewerbsgleichheit setzt Chancengleichheit voraus und erlaubt nicht etwa jede Chancenungleichheit, solange nur die Grenze der Existenzbedrohung noch nicht erreicht ist.⁴⁰

Zur Feststellung der Wettbewerbsfähigkeit sind zwei Wege denkbar: Die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens insgesamt kann mit allen Rahmendaten im Vergleich zur Konkurrenz als Maßstab genommen werden oder allein die Zahlungspflichten des Unternehmens für die Altersversorgung bei ihm beschäftigter Beamtinnen und Beamten können den Maßstab bilden. Im ersteren Falle müssen eventuelle Vorteile, die das Unternehmen aus der Beschäftigung von Beamten oder sogar aus seiner früheren Monopolstellung zieht, gegen die Nachteile der hohen Zahlungspflicht aus § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG gegengerechnet werden. Im zweiten Fall werden nur die Beträge verglichen, die auf der einen Seite das Postnachfolgeunternehmen mit Blick auf die Beitragszahlung für Beamtinnen und Beamte aufwendet und die auf der anderen Seite private Konkurrenten des Postnachfolgeunternehmens für die Altersversorgung ihrer Beschäftigten aufbringen. Da Bezugspunkt der Wettbewerbsfähigkeit in § 16 PostPersRG die Versorgung der Beamten ist, spricht vieles dafür, die Wettbewerbsfähigkeit nicht bezogen auf die Gesamtsituation eines Postnachfolgeunternehmens im Vergleich zu seinen Wettbewerbern, sondern mit Blick auf die Leistungen für die Altersversorgung von Beamtinnen und Beamten auf der einen und von Arbeitnehmern auf der anderen Seite vorzunehmen. Ein Gesamtvergleich der wirtschaftlichen Situation eines Postnachfolgeunternehmens mit Konkurrenzunternehmen würde die Möglichkeiten eines Verwaltungsrechtsstreits deutlich übersteigen. Darauf deutet auch die Gesetzesbegründung hin, die auf die Höhe der Beitragsbelastung der konkurrierenden Unternehmen und nicht auf ihre Wettbewerbssituation insgesamt abhebt.⁴¹

Die Verpflichtung der Postnachfolgeunternehmen sollte also zwar nicht sofort, aber nach einer Übergangszeit den Verpflichtungen entsprechen, die Wettbewerber von Postnachfolgeunternehmen für die Versorgung ihrer Arbeitnehmer treffen.⁴² Damit dieses Ziel sicher erreicht werden kann, hat der Gesetzgeber die Revisionsmöglichkeit in § 16 Abs. 2 PostPersRG geschaffen. Wettbewerbsfähig i. S. d. Absatzes 2 ist ein Unternehmen folglich, wenn seine Verpflichtung gegenüber der Postbeamtenversorgungskasse gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG in ihrer Höhe der Belastung privater Konkurrenten ver-

37 Allgemein zum Verhältnismäßigkeitsprinzip *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 179 ff.

38 BT-Drs. 12/8060, S. 182 (lit. b).

39 VG Berlin (Fn. 2), Rn. 73.

40 So aber die Argumentation der Beklagtenvertreter, VG Berlin (Fn. 2), Rn. 47.

41 BT-Drs. 12/8060, S. 182 (lit. b).

42 Ebd.

gleichbar ist oder die Belastung der Wettbewerber jedenfalls nicht wesentlich übersteigt.

Liegen die Belastungen der Telekom aus den Beitragspflichten gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG aber hingegen deutlich über den marktüblichen Belastungen eines vergleichbaren Unternehmens, sind die Zahlungen auch unter Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens unzumutbar. Diese Voraussetzung ist immer erfüllt, wenn die Beiträge nach § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG nicht im Wesentlichen vergleichbaren Belastungen von Wettbewerbern der jeweiligen Branche entsprechen. Also ist eine Belastung nicht erst unzumutbar, wenn sie die Existenz der Telekom bedroht, wie es das VG Berlin annimmt. Unzumutbar ist eine Belastung vielmehr schon dann, wenn sie die Chancengleichheit der Telekom auf dem Markt beeinträchtigt. Davon ist bei fühlbar höheren Versorgungslasten auszugehen.

2. Rechtsfolge

Wenn die Zahlungspflicht gegenüber der Postbeamtenversorgungskasse nachweislich eine unzumutbare Belastung des Postnachfolgeunternehmens darstellt, kann die Leistungspflicht bis zu einer marktüblichen Belastung eines vergleichbaren Unternehmens vermindert werden. Die Rechtsfolge von § 16 Abs. 2 PostPersRG besteht also in einer Verminderung der Beitragspflicht nach § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG. Die Höhe der Verminderung ist nicht vorgegeben. Ergebnis der Verminderung muss aber sein, dass der neue Beitrag zumutbar ist. Andernfalls bestünde auch nach der Verminderung erneut ein Anspruch auf eine zweite Verminderung. Vergleichbare Unternehmen sind Unternehmen der „jeweiligen Branche“,⁴³ die also auf dem gleichen Markt tätig sind wie das jeweilige Postnachfolgeunternehmen und dort entsprechende Produkte oder Dienstleistungen anbieten.

§ 16 Abs. 2 PostPersRG spricht davon, dass die Leistungspflicht des Postnachfolgeunternehmens bei Nachweis einer unzumutbaren Belastung vermindert werden „kann“. Insoweit stellt sich zunächst die Frage, ob damit der zuständigen Behörde ein Ermessen eingeräumt oder ob ihr eine Kompetenz gegeben wird. Ohne die gesetzliche Regelung der Möglichkeit einer Verminderung der Leistungspflicht der Postunternehmen bei nachweisbarer Unzumutbarkeit des in § 16 Abs. 1 Satz 3 PostPersRG geregelten Satzes von 33 v. H. hätte nur der Gesetzgeber selbst durch eine förmliche Gesetzesänderung die Beitragshöhe vermindern können. Um diese Befugnis der Verwaltung zu übertragen, war eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erforderlich. Das Bundesverwaltungsgericht hat in vergleichbarem Zusammenhang festgestellt, das Wort „kann“ eröffne kein Ermessen, sondern habe „vielmehr den Sinn einer Ermächtigung und Befugnis der Verwaltungsbehörde“.⁴⁴ In einer späteren Entscheidung hat das Bundesverwaltungsgericht von einem „Ermächtigungs-Kann“ gesprochen: „Es handelt sich mithin hier um ein sogenanntes ‚Ermächtigungs-Kann‘, nicht um die Einräumung eines Handlungsspielraums“.⁴⁵ Auch in § 16 Abs. 2 PostPersRG dürfte es sich

um ein „Ermächtigungs-Kann“ handeln. Der Gesetzgeber wollte eine Anpassung der Beitragspflicht ohne das aufwändige Verfahren einer Gesetzesänderung ermöglichen und hat deshalb mit dem Wort „kann“ dem zuständigen Bundesministerium eine Ermächtigung eingeräumt. Damit sind den Postunternehmen zugleich verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten eingeräumt worden, die bei einer Senkung der Beitragspflicht durch eine Gesetzesänderung nicht bestanden hätten.

Nimmt man demgegenüber eine echte Ermessenseröffnung an, dürfte ein Ermessensschwund vorliegen.⁴⁶ § 16 Abs. 2 PostPersRG stellt eine Koppelungsvorschrift dar,⁴⁷ die auf der Tatbestandsseite einen unbestimmten Rechtsbegriff und auf der Rechtsfolgenseite eine Ermessenserächtigung enthält. Unbestimmter Rechtsbegriff auf der Tatbestandsseite ist die „unzumutbare Belastung“. Bei der Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes müssen bereits alle auch für eine Ermessensausübung maßgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt werden.⁴⁸ Wenn die Belastung des Postunternehmens durch die Beitragspflicht gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 PostPersRG unter Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Postnachfolgeunternehmens eine unzumutbare Belastung bedeutet, sind keine Ermessenserwägungen ersichtlich, die einer Verminderung auf eine zumutbare Belastung entgegenstehen könnten. Es ist nicht zu erkennen, aus welchen Gründen eine nachgewiesen unzumutbare Belastung eines Postunternehmens aufrechterhalten werden sollte. Nur wenn eine Verminderung angeordnet wird, ist die Wettbewerbsfähigkeit gesichert und sind die vom Gesetzgeber intendierten, den Wettbewerbern vergleichbaren Belastungen des Postnachfolgeunternehmens gewährleistet.

V. Vorgaben der Verfassung

Nur diese Interpretation des Postpersonalrechtsgesetzes und nicht die Auslegung des VG Berlin entspricht auch den Vorgaben der Verfassung: Dienstleistungen im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation werden nach Art. 87 f Abs. 1 und 2 GG als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die Postnachfolgeunternehmen und durch andere private Anbieter erbracht. Die früher bei der Deutschen Bundespost tätigen Beamten werden unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn bei den privaten Unternehmen beschäftigt, die Dienstherrnenbefugnisse ausüben (Art. 143 b Abs. 3 GG). Der Ausgleich von Angebot und Nachfrage auf dem Gebiet von Post und Telekommunikation bleibt damit von Verfassungen wegen den Marktmechanismen überlassen.⁴⁹ Nachdem die Postnachfolgeunternehmen zunächst eine überragende Marktstellung und entspre-

46 Zur „materiellen Verzahnung von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite“ Michael Sachs, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 38–41, der den Begriff „Ermessensschwund“ trotz gleichen Ergebnisses gleichwohl missverständlich findet (Rn. 41).

47 Zur Koppelungsvorschrift Manfred Aschke, in: Johann Bader/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar VwVfG*, § 40 Rn. 42 (Stand: 32. Edition 1.4.2016).

48 Vgl. ebd.

49 Joachim Wieland, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 3, 3. Aufl. (im Erscheinen), Art. 87 f Rn. 7.

43 VG Berlin (Fn. 2), Rn. 56.

44 BVerwGE 23, 25 (29).

45 BVerwGE 44, 339 (342).

chende Marktmacht hatten, haben sich die Marktpositionen der Nachfolgeunternehmen und der neu in den Markt eingetretenen Wettbewerber mittlerweile angeglichen. Mithilfe der Regulierung darf der Staat also nicht etwa das Ziel verfolgen, die Postnachfolgeunternehmen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern zu schwächen. Das Grundgesetz geht in Art. 87 f Abs. 2 Satz 1 davon aus, dass die Postnachfolgeunternehmen privatwirtschaftlich tätig werden. Eine Zerschlagung oder eine im Wege der Regulierung verfolgte Schwächung ihrer Marktstellung wäre mit dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe nicht vereinbar. Die Verfassung vertraut vielmehr darauf, dass der Marktzutritt neuer Anbieter und der sich entwickelnde Wettbewerb zu den erwünschten Ergebnissen führen werde.⁵⁰ Unzulässig wäre dagegen eine Regulierung mit dem Ziel, Machtverhältnisse auf dem Post- oder Telekommunikationsmarkt zu verändern. Die Marktanteile sollen sich nach dem Markterfolg und nicht nach den Konzepten des staatlichen Regulierers richten. Art. 87 f GG fordert eine Erbringung der Dienst-

leistungen im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation unter Wettbewerbsbedingungen. Der verfassungsrechtlich geforderte Wettbewerb auf dem Markt der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen setzt Chancengleichheit voraus. Unzumutbare Beeinträchtigungen der Chancengleichheit durch den Staat verhindern den nach dem Grundgesetz gebotenen fairen Wettbewerb auf dem Gebiet von Post und Telekommunikation. Diesem Ziel dient § 16 Abs. 2 PostPersRG. Wenn die Beitragspflicht der Postnachfolgeunternehmen zur Postbeamtenversorgungskasse nicht im Wesentlichen den vergleichbaren Kosten ihrer Konkurrenten entspricht, ist die Chancengleichheit unter Verstoß gegen Art. 87 f GG beeinträchtigt. Fiskalische Interessen des Staates vermögen einen solchen Verstoß nicht zu rechtfertigen. Der Bund ist weiterhin Dienstherr auch seiner bei den Postnachfolgeunternehmen beschäftigten Beamtinnen und Beamten. Nach Ablauf der Übergangszeit in den Jahren unmittelbar nach der Postprivatisierung muss er nun einen chancengleichen Wettbewerb zwischen den Postnachfolgeunternehmen und ihren Konkurrenten sichern, auch wenn das für ihn mit zusätzlichen finanziellen Belastungen verbunden ist.

⁵⁰ Wieland (Fn. 49), Art. 87 f Rn. 8.